



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua en relación con el procedimiento de infracción PI 17-010 incoado por 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, asociada a la información del Presupuesto municipal

1957/2016

ORG110CG

Código de validación/*Balidazio kodea*
0Y2I50534M165Q2R1BZ4



Antecedentes

Por la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos se ha acordado la incoación del procedimiento de infracción identificado con su referencia PI 17-010, mediante resolución que lleva fecha de 20 de marzo de 2017, que ha sido recepcionada en el registro de entrada del Ayuntamiento de Ermua con el número 2.216, de 21 de marzo de 2017.

El mencionado procedimiento de infracción se ha incoado como consecuencia del expediente abierto en la Agencia Vasca de Protección de Datos, identificado con su referencia DN 17-006, a propósito de un escrito de denuncia *“por la publicación en la página web del Ayuntamiento de Ermua (www.ermua.es), de los nombres y apellidos de los integrantes de la plantilla orgánica de esa administración, su puesto dentro del Ayuntamiento y la clasificación profesional.*

Dichos datos personales aparecen publicados en el documento “MEMORIA PRESUPUESTO 2016”, que se puede abrir a través de la siguiente URL: <http://www.ermua.es/abiapuntu/Sessions/ShowDoc.aspx?id=244735&docType=3&idSession=846>

Asimismo, la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos, en la resolución por la que ha acordado la incoación del mencionado procedimiento de infracción al Ayuntamiento de Ermua, considera que dicha infracción puede ser una conducta contraria al 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, y se concede al Ayuntamiento de Ermua un plazo de quince días hábiles para formular alegaciones.

En el plazo conferido, se formula el presente documento de alegaciones en el procedimiento de infracción incoado al Ayuntamiento de Ermua.

¿Qué significa o, si se prefiere, qué se dilucida con la incoación de este procedimiento de infracción?

Sin duda, estamos ante una de las cuestiones actuales más apasionantes del Derecho público, cual es el de las relaciones entre transparencia y privacidad.

El presupuesto de la transparencia parte de la consideración de que sólo mediante la información pueden los ciudadanos y ciudadanas participar en la vida pública con conocimiento cabal, influir así en su desarrollo y prevenir y controlar las ineficiencias, los errores o las arbitrariedades que la actividad pública puede generar.

La consecuencia que se obtiene de todo ello es la mejora de la propia gestión pública y una profundización en la democracia y, en general, en el funcionamiento social y económico de las Administraciones Públicas, en un círculo virtuoso.

Si “*la información es poder*” (frase atribuida a Thomas Jefferson o a Francis Bacon) y la democracia es el “*poder o gobierno del pueblo*”, es necesario poner la información a disposición de los ciudadanos y ciudadanas, ya que “*con suficientes ojos pendientes, cualquier fallo puede solventarse*” (Eric Raymond, inventor de Linux), incluidos los casos de abusos y corrupción, ya que “*se dice que la luz del sol es el mejor de los desinfectantes*” (Louis D. Brandeis, Juez del Tribunal Supremos de Estados Unidos de América). Y de este modo, contribuir a la mejora de la gestión pública, ya que “*la rendición de cuentas sirve el interés del Gobierno tanto como el de los ciudadanos*” (Barack Obama, ex Presidente de los Estados Unidos de América).

Las relaciones entre transparencia y privacidad convergen en un punto de conexión, la divulgación por las autoridades públicas de información que contiene datos personales, lo que requiere dilucidar cuál es la normativa aplicable y las determinaciones sustantivas, procedimentales, de garantías y organizativas que permitan maximizar la eficacia de ambos derechos.

Y, de manera acuciante, hoy además, debemos hacerlo de forma adaptada al mundo de información digital en que actualmente vivimos, que ya nos está planteando nuevos retos a los que debemos hacer frente las Administraciones Públicas y ofrecer las soluciones a esos mismos retos que los ciudadanos y ciudadanas nos demandan, con la necesidad de respuestas jurídicas.

¿Deben ser públicas las declaraciones de ingresos, bienes y actividades de los altos cargos? ¿Y las de todos los empleados y empleadas públicas? ¿Y las de todos los ciudadanos y ciudadanas? ¿Debe publicarse la identidad de todas las personas que perciben fondos públicos y los términos de los contratos y subvenciones? ¿Debe conocerse la identidad de todas las personas que actúan en nombre de la Administración o se relacionan con ella para influir en sus decisiones?

Son sólo unos ejemplos de cuestiones “*prácticas*” que se encuentran resueltas de forma diversa, e incluso contradictoria, en los diferentes ordenamientos.

Por desgracia, entre las diversas aficiones y costumbres que adornan destacadamente a nuestro país y sus gentes, hacer de la regla la excepción ha logrado un hueco importante entre las que más. En eso, la transparencia es una mina, y la protección de los datos personales, un filón.

Y si se trata de información relativa a los datos personales de los empleados y empleadas públicas, se aplica aún con más prestancia la misma cura: la protección de datos personales hace inaccesible la información.

De forma general, dado que la ley básica estatal, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIPBG), no contempla de manera explícita, taxativa, entre los supuestos de publicidad activa que enuncia, tal obligación en general para todos los empleados y empleadas públicas, tal y como, por cierto, sucede en la ley murciana (artículo 13.2 a) de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia) y en la canaria (artículo 30.3 de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública), se viene negando la posibilidad de que una organización publique la



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua en relación con el procedimiento de infracción PI 17-010 incoado por 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, asociada a la información del Presupuesto municipal

1957/2016

ORG1110CG

Código de validación/*Balidazio kodea*
0Y2I50534M165Q2R1BZ4



identificación de cada empleado y empleada pública, con su nombre, apellidos y el puesto de trabajo que ocupa.

La LTAIPBG establece 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, porque queremos, porque nos lo creemos, porque es de puro sentido común y, en última instancia, porque estamos al servicio de la ciudadanía.

Tras la publicación de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (en adelante LILE), cabe entender que el debate sobre si la regulación contemplada en la LTAIPBG y en la LILE sobre transparencia activa constituye el techo de nuestra acción o, por el contrario, es el suelo a partir del cual podemos avanzar, es totalmente estéril, ya que, como establece el artículo 51 de la LILE *“Las obligaciones de transparencia y publicidad recogidas en el presente título tendrán la consideración, salvo las excepciones previstas en esta ley, de normas mínimas, que a su vez podrán ser mejoradas por las propias entidades locales, 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 presente ley.”*

Por tanto, cualquier ayuntamiento puede aspirar a dar cumplida satisfacción a la voluntad de transparencia de la gestión de su actividad de manera tan amplia como entienda su compromiso con la transparencia, en atención a los medios y recursos tanto personales como materiales de que disponga.

Además, la publicidad activa puede contribuir también a la generación de nueva información y de servicios de valor añadido puesta a disposición de la sociedad, que puede cruzarla con datos de distinta procedencia e inventar nuevas aplicaciones que a su vez pueden redundar, entre otros, en una mejor información a disposición de las autoridades públicas que le permita mejorar sus políticas y adaptarlas a las necesidades ciudadanas, así como detectar las disfunciones.

Es esta idea, que conecta con la idea de gobernanza y de gobierno abierto y colaborativo, la que está detrás de los proyectos llamados de *“open data”*, que a su vez plantean el reto de garantizar la preservación de los intereses protegidos por las limitaciones acogidas en las leyes de acceso teniendo en cuenta los nuevos riesgos que puede generar el cruce de datos y la generación de nuevas aplicaciones, a partir de informaciones en principio *“inofensivas”*, en una preocupación similar a la que dio lugar a la diferenciación del concepto de intimidad y el más extenso de protección de datos.

En efecto, se apuntan como riesgos de la puesta a disposición indiscriminada de datos la posibilidad de malas interpretaciones o de informaciones parciales o sesgadas, e incluso de afectación a valores fundamentales de la vida en sociedad. Son riesgos y a la vez potencialidades para estimular la mejora de las políticas públicas propias de una sociedad abierta.

En definitiva, tratándose de la publicación de los nombres y apellidos de los empleados y empleadas públicas, su puesto, teléfono y correo profesional o corporativo, ha de tratarse de maximizar transparencia y protección de datos acudiendo a los criterios generales de adecuación y proporcionalidad, y teniendo en cuenta, en todo caso, que se trata de datos no vinculados a la vida privada y sí directamente conectados con la necesidad de transparencia de la organización y funcionamiento de la Administración, por tratarse de información referida a actividades de trascendencia pública.

A los empleados y empleadas públicas afectadas siempre les queda el derecho de oponerse a dicho tratamiento cuando haya circunstancias que lo justifiquen en su caso, conforme dispone el artículo 6.4 de la LOPD.

¿Entonces, existe un “derecho a acceder a la información en poder de las autoridades públicas”?

Cuando el derecho de acceso a la información y el derecho a la privacidad entran en colisión, ¿prevalece uno sobre el otro de modo incondicional o es necesario llevar a cabo en todo caso una ponderación? En este último caso, ¿con qué criterios? ¿Son trasladables las soluciones jurídicas pensadas para un mundo del papel al mundo digital?

En la oposición acceso a la información “*versus*” protección de datos entran en juego dos derechos de nuevo cuño, relacionados en cada caso con uno más “*tradicional*”, la libertad de información y la intimidad, respectivamente, que operan sobre el material del que está en buena parte hecha la sociedad en la que vivimos: la información.

Sin olvidar que en nuestra sociedad existe en la actualidad una opinión generalizada acerca de la necesidad de transparencia en la gestión pública, que no utilice el argumento, más bien la excusa, de la protección de datos para impedir que se sepa quién ejerce la autoridad pública, cómo la ejerce y en qué se gastan los fondos públicos: la lógica de los derechos a saber y a que no se sepa, respectivamente, llama a la ponderación.

Insisto, se trata de un asunto del máximo interés público, sobre el que, por desgracia, no hay consenso y que se encuentra en fase de construcción jurídica, probablemente, debido a la reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, y, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, que en sus artículos 47 a 66 también regula la materia de gobierno abierto, transparencia, datos abiertos y participación ciudadana.

Previamente a entrar en más consideraciones, conviene recordar que en el artículo 38.2.a) de la LTAIPBG se atribuye a la Presidencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno la función de “*adoptar criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en esta Ley.*”

En este sentido, la disposición adicional 5ª de la LTAIPBG determina que “*El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos “adoptarán”*



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua en relación con el procedimiento de infracción PI 17-010 incoado por 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, asociada a la información del Presupuesto municipal

1957/2016

ORG110CG

Código de validación/*Balidazio kodea*
0Y2I50534M165Q2R1BZ4



conjuntamente los “criterios” de aplicación, en su ámbito de actuación, de las reglas contenidas en el artículo 15, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la “garantía” de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.”

En cumplimiento del citado mandato se aprobó el criterio conjunto de ambas entidades 2/2015 que, en relación al “*Alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), catálogos, plantillas orgánicas, etc... y las retribuciones de sus empleados o funcionarios*”, describe el método para el análisis de las peticiones de derecho de acceso a la información pública.

De tal manera que en primer lugar se ha de analizar lo relativo a la protección de datos personales, conforme establece el artículo 15 de la LTBG, y luego lo referido al resto de límites del artículo 14. Además, se expresan algunos criterios referidos a la aplicación de dichos límites en relación al derecho de acceso que, a pesar de lo que afirma el mencionado Criterio 2/2015, nos pueden servir de referencia en lo atinente a la publicidad activa.

Centrándonos en la protección de datos personales, el artículo 15 de la LTAIPBG describe qué tratamiento ha de darse a la información según el tipo de datos personales que contenga la información, distinguiendo al efecto entre los siguientes supuestos:

a) Datos personales especialmente protegidos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical. En este caso es necesario el consentimiento expreso y por escrito de la persona afectada a menos que la misma hubiese hecho manifiestamente públicos los datos.

b) Datos especialmente protegidos que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública a la persona infractora, en que será necesario el consentimiento expreso de la persona afectada o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley.

c) Datos personales meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano. Salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se pueden publicar o en su caso se puede conceder el acceso a la información pública que los contenga.

d) Datos no especialmente protegidos, incluidos también los meramente identificativos. Para su publicación o para conceder el acceso a este tipo de datos será necesario realizar una ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la

información y los derechos de las personas afectadas cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Para la realización de la citada ponderación, se tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

a) El menor perjuicio a las personas afectadas derivados del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

b) La justificación por las personas solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores/as y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

c) El menor perjuicio de los derechos de las personas afectadas en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativos de aquéllas.

d) La mayor garantía de los derechos de las personas afectadas en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

Centrémonos en el criterio expresado en el apartado "c) *El menor perjuicio de los derechos de las personas afectadas en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativos de aquéllas.*"

Parece conveniente, en primer lugar, contestar a la pregunta ¿qué datos son meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública? Conforme al artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal (LOPD), "*dato personal es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.*"

De forma más explícita el artículo 5 f) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, lo define como "*Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables.*"

Por último, el artículo 2.2 del citado Reglamento excluye de su aplicación, entre otros, a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales.

La anterior relación nos puede valer como lista abierta y ejemplificativa de lo que ha de considerarse datos meramente identificativos. El propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el libro del que el mismo es autor y editor "*100 preguntas sobre transparencia*" responde a la pregunta 75 "*¿Qué debe entenderse por información personal meramente identificativa relacionada con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano?*" Lo siguiente:



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua en relación con el procedimiento de infracción PI 17-010 incoado por 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, asociada a la información del Presupuesto municipal

1957/2016

ORG110CG

Código de validación/*Balidazio kodea*
0Y2I50534M165Q2R1BZ4



“Nombre, apellidos, dirección, correo electrónico, DNI o NRP (número de registro de personal), número de teléfono profesional, cargo, nivel...”

No obstante lo señalado, conviene advertir que el que determinado dato sea, a primera vista, meramente identificativo no significa que pueda, sin más, ser libremente publicado. Así, prevalecerá la publicidad de aquella información que más directamente esté relacionada con la necesidad de control y transparencia de la actuación administrativa, mientras que preponderará el derecho a la privacidad en todos los datos personales cuyo conocimiento es innecesario para dicho objetivo, tal y como señaló la Resolución de la mesa de la Diputación permanente del Congreso de los Diputados nº 2016/26.

En este punto, resulta especialmente significativa la respuesta de la Agencia Española de Protección de Datos Personales, respondiendo el 22 de julio de 2016 en su sede electrónica en internet a la pregunta: *“¿Es posible publicar un listado de las comisiones de servicios con indicación de los puestos de origen, puesto de destino e identificación de los empleados públicos, con indicación de sus nombres y apellidos de un Ministerio?”*

“Esta publicación, de conformidad con la LOPD, constituye una cesión de datos de carácter personal, reguladas por el artículo 11 de la misma.

No obstante, debe tenerse en consideración para esta publicación la aplicación directa del artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, cuyo efecto directo ha sido expresamente declarado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011 (Asunto Asnef, Fecemd), será igualmente posible la cesión cuando ello sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva.

Por lo tanto, deberá apreciarse en primer lugar, la concurrencia del mencionado interés y delimitar su naturaleza para, en segundo lugar, efectuar una adecuada ponderación del citado interés legítimo con los derechos de las personas a las que la información se refiera y, particularmente, su derecho fundamental a la protección de datos.

Sobre el interés legítimo, la finalidad de las normas de transparencia es la de permitir a las personas conocer los mecanismos que intervienen en los procesos de toma de decisión por parte de los poderes públicos, así como la utilización que aquéllos hacen de los fondos presupuestarios, garantizándose así la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos mediante un mejor conocimiento de la acción del Estado.

En cuanto a los derechos de las personas afectadas, cabe recordar que el artículo 15.2 de la Ley 19/2013 dispone que “con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos

meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano”.

De este modo, en consecuencia, la publicación de la información referida a las comisiones de servicios de los empleados públicos de un Ministerio, en cuanto se limite exclusivamente a indicar su nombre y apellidos, puesto de origen y puesto de destino, se encontraría amparada por lo establecido en la normativa de protección de datos a menos que dicha publicación pudiese colocar a la persona a la que los datos se refieren en una situación de riesgo que haga prevalecer su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.”

Bastante tiempo antes, en el año 2008, la Agencia Vasca de Protección de Datos (AVPD), en colaboración con la Asociación de Municipios Vascos–Euskadiko Udalen Elkartea (EUDEL), había elaborado el *“Manual de Buenas Prácticas para las entidades locales de la Comunidad Autónoma del País Vasco”*.

En el Anexo I de dicho manual se contienen múltiples supuestos prácticos con la respuesta adecuada. En relación a los datos personales de los empleados públicos, dicho Anexo, identificado con el número 139, expresamente contiene la siguiente pregunta: *“¿Es adecuado publicar en internet una guía de comunicación de la entidad local que incluya, además de la identificación de los puestos de trabajo que dan un servicio público, los datos de identificación de sus ocupantes?”*

Esta es su contestación literal:

“Las organizaciones quieren facilitar su comunicación con los ciudadanos. De ahí que las entidades públicas identifiquen sus unidades de servicio, los puestos de trabajo y los datos de contacto (correo electrónico, teléfono y dirección postal) y los publiquen en guías de comunicación, en formato papel y en formato electrónico.

Respecto a la cuestión sobre la publicación, en particular en internet, también de los datos de identificación personal (entiéndase, el nombre y los apellidos) de las personas que ocupan los puestos de trabajo, esta práctica comunicativa ha originado frecuentemente conflictos entre los trabajadores y su entidad cuando no ha estado precedida de la solicitud del consentimiento previo a las personas para hacerlo.

Desde un punto de vista práctico, esto es, para acercar la administración a un ciudadano y poder ofrecerle la información que necesite con prontitud, por ejemplo, con una simple llamada, no parece necesario, ni proporcional al fin pretendido, la publicación en internet de los datos personales de un funcionario. Máxime cuando, en ocasiones, la rotación de las personas en los puestos o su ausencia en períodos vacacionales o durante bajas laborales puede resultar en que haya que pensar en modificar, provisional o definitivamente, los datos personales publicados en internet.

En cualquier caso, si una entidad local decidiera publicar una guía de comunicación incluyendo los datos identificativos de sus empleados, en virtud del artículo 2.2. del RD 1720/2007, por otro lado, de previsible aplicación restrictiva, parece que una práctica muy



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua en relación con el procedimiento de infracción PI 17-010 incoado por 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, asociada a la información del Presupuesto municipal

1957/2016

ORG110CG

Código de validación/*Balidazio kodea*
0Y2I50534M165Q2R1BZ4



recomendable es solicitar a los trabajadores su consentimiento previo para hacerlo y explicitar en la publicación que la información no constituye una fuente de acceso público.

Para ampliar información puede consultar los siguientes textos:

Estatuto del Empleado Público. Art. 74.

Dictamen AVPD CN3/2007.

Real decreto 1720/2007, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD. Art. 2.2"

Asimismo, en la normativa administrativa de ámbito estrictamente interno o nacional son numerosos los supuestos en que se contempla el derecho a acceder a la información en poder de las autoridades públicas a través de actos que deben ser objeto de publicación en tablones y/o boletines oficiales precisamente con el objeto de permitir el conocimiento público de información que se estima relevante. Son casos en que se halla especialmente comprometida la transparencia, por poner ejemplos señeros, los ingresos, bienes y actividades de altos cargos; los nombramientos de funcionarios; los actos de concesión de subvenciones; o en materia de contratación pública; de indultos; las determinadas resoluciones del Registro Civil; etc. En estos casos, el legislador, ha decidido que debe prevalecer la transparencia sobre la eventual mínima afección al derecho a la protección de datos por la publicidad de una información sumamente relevante para conocer y controlar la organización, la actividad y el gasto públicos.

Además, numerosas normas sectoriales, tanto estatales como autonómicas, disponen la posibilidad de dar publicidad a las sanciones firmes, bien sea en tablones de anuncios, boletines oficiales o medios de comunicación, en casos de especial gravedad, en muy diversas materias como la salud humana o el medio ambiente, a la represión del narcotráfico o el blanqueo de capitales, etc.

En materia de función pública, se prevé la publicación en el Boletín Oficial correspondiente del nombramiento de los funcionarios y funcionarias en el artículo 62.1.b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público. Además, en el ámbito estatal, conforme dispone el RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso de Personal de la Administración, Provisión de Puestos y Promoción de funcionarios, han de publicarse en el BOE la relación de aprobados (se publican el nombre y apellido, DNI y otros datos, como puntuación y número de orden), el nombramiento (se publican el nombre y el Número de Registro de Personal) y la resolución de adjudicación de puestos de trabajo (se publican el nombre, Número de Registro de Personal, localidad y puesto de trabajo), si bien es cierto que ante la alerta que suscitó en el caso de los funcionarios de prisiones a raíz del secuestro de Ortega Lara, no se publican en estos casos los datos personales, sino que tan sólo se hace mención a los lugares donde estos datos puede consultarse.

Es obligación del legislador ofrecer las soluciones jurídicas precisas para limitar las situaciones de conflicto de intereses que se generan en cualquier relación, en el caso que nos

ocupa, entre el derecho a la transparencia y el de la protección de los datos de carácter personal. Por desgracia, el legislador nacional ha sido pacato, más que prudente, y ha regulado en la LTAIPBG el derecho de acceso a la información pública como un simple derecho administrativo, lo que le confiere, en el ámbito nacional, una protección inferior a la de protección de los datos de carácter personal, lo que constituye una triste singularidad patria en relación al Derecho comparado de los países de la Unión Europea.

Sin embargo, esto no es excusa pues a quienes aplicamos el derecho y a la sociedad en su conjunto nos corresponde la responsabilidad de ofrecer posibles soluciones fundadas en criterios sólidos en pro de la seguridad jurídica.

Al Ayuntamiento de Ermua *“le ha tocado”*, con el procedimiento sancionador abierto por la AVPD, abrir huella en esta materia y recorrer un camino que se sale de lo trillado, por desconocido, y por tanto sin referencias, en el que toca desbrozar la senda por la que otros pasarán mañana con la tranquilidad de saber que recorren un camino seguro.

Que tiene sinsabores, seguro, pero en cualquier caso, como quien aborda un recorrido de gran montaña, se trata de calzarse las botas, armarse con el piolet y el bidón de agua, y empezar a recorrer el camino sabiendo que la aventura es andarlo, sin saber qué nos vamos a encontrar en el próximo recodo.

Por su interés y aplicación al caso que ahora nos ocupa, se trae a colación la sentencia nº 85/2016, de 14 de junio de 2016, del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Madrid, sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y buen gobierno, en relación con el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (FNMT), frente a la resolución de 10 de julio de 15 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, dictada en el expediente nº R/0107/2015. Alegaba la Entidad recurrente que, en la medida en que el debate debe centrarse en si concurre o no el límite de acceso a la información previsto en el artículo 14.1.h) de la Ley de Transparencia, la FNMT consideró que la información perjudicaba a sus intereses comerciales; debiéndose analizar el contenido y alcance de tal previsión, relativa a los intereses económicos y comerciales, que sirvió de fundamento para denegar a una persona el conocimiento de los costes de producción y distribución de la nueva moneda de un euro acuñada con la efigie de Felipe VI, por estimar que la información interesada suponía un perjuicio para los intereses económicos y comerciales de la FNMT.

En la mencionada sentencia expresamente se dice que *“la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.*

Pues bien, a la hora de interpretar tal precepto, hemos de tener presente que, la citada Ley, en su Preámbulo, expresamente afirma que la misma configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública y que dicho derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos.



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua en relación con el procedimiento de infracción PI 17-010 incoado por 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, asociada a la información del Presupuesto municipal

1957/2016

ORG110CG

Código de validación/Balidazio kodea
0Y2I50534M165Q2R1BZ4



Límites que se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad."

En otro momento la sentencia afirma que *"La citada Ley también habla de la implantación de una cultura de transparencia, que impone el acceso a la información y que la regulación del derecho de acceso a la información pública, parte de la previsión contenida en el artículo 105.b) de la CE, y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollado en su artículo 37, y amplía el derecho de acceso.*

Sigue diciendo el preámbulo de la aludida Ley que, el acceso a la información pública, junto a la transparencia y a las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política.

Ley que, reconoce y garantiza el acceso a la información, regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo.

Así, la finalidad, principio y filosofía que impregna la reseñada Ley, es un acceso amplio a la información pública; y los límites a tal acceso han de motivarse, interpretarse y aplicarse de modo razonado, restrictivo y aquilatado a tenor del llamado, test de daño; a la luz de la determinación del perjuicio que el acceso a determinada información puede producir sobre el interés que se pretende salvaguardar con la limitación."

De otra parte, el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 4 de Madrid, mediante sentencia de 28 de febrero de 2016, rechazó el recurso interpuesto por RTVE que alegaba que la resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), de 9 de junio de 2016, que instaba a RTVE a proporcionar, en 20 días hábiles, la última auditoría pública realizada por la Intervención General del Estado (IGAE) al ente público radioeléctrico, era incongruente y que la información solicitada no era una auditoría de cuentas, sino una auditoría de cumplimiento y una auditoría operativa.

La sentencia da la razón al CTBG que establecía que, de acuerdo con el artículo 8.e de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, *"RTVE debe hacer públicas las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan"*.

El juzgado respalda los argumentos expuestos por el Consejo de Transparencia en que la información solicitada está sujeta tanto al principio de publicidad activa como al derecho de acceso a la información. En este sentido, afirma que *"la ley, en el ámbito de la información de relevancia económica, presupuestaria y estadística, se establece un ámbito catálogo que debe ser accesible y entendible para los ciudadanos, dado su carácter de instrumento óptimo para el control de la gestión y utilización de los recursos públicos."*

En el fallo, el tribunal manifiesta que la publicidad activa, además, obliga a *"difundir determinada información sin esperar una solicitud concreta de los administrados"*, y defiende que *"el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos; es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones."*

A mayor abundamiento, la mencionada sentencia establece que *"No cabe duda de que todo lo que tenga que ver con la asignación, distribución y ordenación del gasto del presupuesto debe entenderse claramente incluido en el ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia."*

El texto del CTBG aseveraba que *"el uso de fondos públicos se encuentra precisamente en el eje de las obligaciones de Transparencia"* y es *"uno de los elementos fundamentales para la rendición de cuentas."*

Por tanto, el acceso a la información es la regla general, configurado de manera amplia, y los límites, la excepción.

¿El derecho de acceso a la información se integra en la libertad de información o es un derecho autónomo?

Conforme establece el artículo 10.2 de nuestra Constitución, *"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."*

A este respecto debe señalarse que, en general, en el ámbito de los Convenio internacionales, el derecho a recibir información se considera incluido en el derecho a la libertad de opinión y de expresión.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU que interpreta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966), en su Observación General nº 34, realiza un comentario sobre el artículo 19 del Pacto *"Libertad de Opinión y Libertad de Expresión"*. Dicho artículo 19 en su apartado 2 dice *"Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección."*

En relación a este apartado, el comentario que efectúa el Comité en la Observación citada, considera que en dicho párrafo se enuncia el derecho de acceso a la información pública. En dicho comentario se incide en que la existencia de excepciones a este derecho deben ser eso, excepciones justificadas por la proporcionalidad.

En su Observación General Nº 27, el Comité señaló que *"las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el"*



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua en relación con el procedimiento de infracción PI 17-010 incoado por 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, asociada a la información del Presupuesto municipal

1957/2016

ORG110CG

Código de validación/*Balidazio kodea*
0Y2I50534M165Q2R1BZ4



resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse... El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen". El principio de proporcionalidad también debe tener en cuenta la forma de expresión de que se trate así como los medios por los que se difunda. Por ejemplo, el Pacto atribuye una gran importancia a la expresión sin inhibiciones en el debate público sobre figuras del ámbito público y político en una sociedad democrática.

Igualmente, la Convención contra la Corrupción de 2003, incide en repetidas ocasiones en la importancia de la información pública y su acceso como instrumento de lucha contra la corrupción, dedicándole el artículo 10 por entero, en el que se conmina a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para aumentar la transparencia en sus Administraciones Públicas, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público.

En la misma línea, en Europa, el Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), dedica su artículo 10 a la libertad de expresión. Conviene destacar el apartado 2 de dicho artículo "2. *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*"

Hasta fechas recientes, la cuestión se había planteado frontalmente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH,) en contadas ocasiones, y en todos los casos, el Tribunal había enfocado la demanda por la vía de la posible vulneración del artículo 8 del CEDH, que garantiza el respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia.

Esta solución se explica porque en los asuntos a que respondían los casos planteados se pretendía información concerniente a la vida personal de las propias personas solicitantes, de modo que el TEDH prefirió optar por encajar, a veces, forzosamente, la obligación de facilitarla dentro del contenido activo del derecho al respeto a la vida privada, en línea con las facultades positivas que se integran actualmente en el derecho a la protección de datos en los ordenamientos nacionales.

En todo caso, el TEDH siempre actuó con prudencia, contención, recato, ambigüedad, timidez, indecisión o falta de arrojo, en función de la valoración que quiera dársele, afirmando que la libertad de recibir información se caracteriza, "*al menos de forma principal*", como un derecho a obtenerla de los sujetos privados sin injerencia del poder público, si bien se cuidó de no descartar que pudiera hacerse valer frente a la Administración en función de las circunstancias del caso.

Sin embargo, en 2006 compatibilizó esta afirmación con la inclusión "*de facto*" del acceso a la información administrativa en el ámbito objetivo de la libertad de expresión, procediendo al

análisis de la proporcionalidad de la injerencia en la libertad de información que supone su denegación, y desde 2009 parece haber asumido ya esta posición, incluyendo una admisión expresa de la evolución de su jurisprudencia al respecto.

En este sentido, a nivel global, la Declaración Conjunta de 6 de diciembre de 2004 del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión afirma que *“El derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (por ejemplo, las Leyes de Libertad de Acceso a la Información) basada en el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información es accesible, sujeta solamente a un sistema restringido de excepciones”*.

Así como con el propio Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a la documentación pública, de 2009, que se remite a su vez al artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos referido a la libertad de opinión y de expresión.

En las Constituciones más recientemente promulgadas o reformadas, sin embargo, se tiende al reconocimiento autónomo del derecho de acceso respecto de la libertad de información. Así, en el Derecho comunitario, se encuentra reconocido como derecho fundamental autónomo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000, relacionado con la ciudadanía europea.

Como es sabido, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha dado rango constitucional a la Carta Europea de Derechos Fundamentales aprobada en 2000, amén de prever la adhesión al CEDH y la consideración de los derechos reconocidos en dicho Convenio como parte del Derecho de la Unión en tanto principios generales. Además dedica su artículo 11 a la Libertad de Expresión e Información. En virtud del apartado 3 del artículo 52 de la Carta, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado por el CEDH y las limitaciones de que puede ser objeto este derecho no pueden por lo tanto sobrepasar las establecidas en el apartado 2 de su artículo 10, por lo que el derecho de acceso goza de un *“doble”* reconocimiento *“constitucional.”*

De otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo permite igualmente al legislador y a la jurisprudencia constitucional y ordinaria ir más allá, conectando este derecho con el artículo 20 de la Constitución española. Si en la jurisprudencia constitucional, la libertad de información es un derecho que conecta directamente con el propio principio de Estado democrático, que precisa de una opinión pública informada, y esta afirmación se hace incluso respecto a información sobre personajes famosos, con cuánta mayor razón puede predicarse esto mismo de información en poder de la propia Administración sobre la organización, la actividad o el gasto público, sobre la *“res publica”*, en definitiva.

Pese a que los análisis políticos y económicos muestran a las claras las virtudes de la transparencia como medio, entre otros, para una gestión más eficaz de la *“res publica”*, creando una cultura administrativa de la gestión racional de la información, estimulando una gestión



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua en relación con el procedimiento de infracción PI 17-010 incoado por 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, asociada a la información del Presupuesto municipal

1957/2016

ORG1110CG

Código de validación/*Balidazio kodea*

0Y2I50534M165Q2R1BZ4



honestas y previniendo casos de corrupción, y círculos virtuosos de información y participación entre administradores/as y administrados/as, la historia muestra que en la mayoría de los países, a la transparencia “*se llega*” frente a una reticencia inicial del que ejerce el poder y de las burocracias a someter su gestión a los focos del debate público informado.

¡Cuánta verdad encierra la frase del político inglés Jeremy Bentham: “*cuanto más te observo, mejor te comportas!*”

Por desgracia, en nuestro país, la regulación de la transparencia ha quedado como una auténtica y lamentable “*rara avis*”, probablemente expresiva de una falta de auténtica cultura democrática y ciudadana profunda, necesitada, sin duda, de rodaje. Quizá, dentro de diez años, podamos echar la vista atrás y ver lo que ahora nos pasa con la displicencia de quien ve una situación ampliamente superada, en la que la transparencia haya alcanzado el grado de consolidación y respeto que se merece y necesita cualquier sistema democrático para su propia subsistencia.

Lo cierto es que en el resto de Europa la tendencia actual más poderosa es la de la afirmación de la transparencia como derecho autónomo, lo que además se acompaña de la distinción, dentro de los datos de carácter personal, de un grupo más protegido, los llamados datos “*especialmente protegidos*” o “*sensibles*”, entre los que se encuentran los referidos a las convicciones ideológicas, religiosas, políticas o sindicales, el origen racial, la salud y vida sexual, o las condenas penales sufridas.

¿Se puede restringir o limitar la divulgación de cualquier información que contenga un dato personal?

Hasta fechas recientísimas, el concepto de dato personal era omnicomprendido pues venía siendo interpretado de la forma más amplia posible, con un cada vez más manifiesto exceso respecto a su sentido originario, con importantes implicaciones en relación a la transparencia y acceso a la información oficial por su potencial efecto impeditivo de toda revelación de información pública en la que figurara el nombre de una persona.

Hasta el punto de que hasta ahora prevalecía la consideración de toda información asociada al nombre de una persona como información personal bajo la garantía del derecho a la protección de datos, si bien la mayor o menor proximidad al círculo de lo “*íntimo*” tiene una incidencia decisiva en el momento de la ponderación con otros derechos, bienes o principios.

El derecho de acceso a la información administrativa y el derecho a la protección de datos son derechos constitucionales, a la vista del estado de ambos derechos en la normativa y la jurisprudencia europea, con tendencia actual a la afirmación como derechos autónomos respecto de la libertad de información y del derecho a la intimidad, con los que, no obstante, tienen íntimas conexiones. Su reconocimiento constitucional y desarrollo legal se ha cuasigeneralizado.

Y, precisamente, para dilucidar entre ambos derechos cuando se procede a la divulgación por las autoridades públicas de información que contiene datos personales es necesario

desarrollar una interpretación integradora y armónica de ambos bloques normativos pero ha de quedar claro que, como establece la propia normativa comunitaria, el acceso por terceras personas a los documentos se rige, en las determinaciones de su ámbito subjetivo y objetivo, su procedimiento, sus garantías, etc., por la normativa reguladora de dicha materia, contengan datos personales o no. De contenerlos, la interpretación de la excepción relacionada con el derecho a la intimidad y/o a los datos personales presente en todas las leyes de acceso ha de llevarse a cabo de conformidad con la normativa que protege ambos derechos, como también establece la normativa comunitaria, lo que tiene repercusiones relevantes a la hora de ponderar y distinguir entre datos íntimos y los que no lo son, a la hora de arbitrar medios para la toma en consideración, proactiva o reactiva, de los intereses de la persona cuyos datos personales figuran en la información cuya divulgación se pretende, en el tratamiento posterior de dichos datos una vez divulgados, etc.

En el Derecho comunitario, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, 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, que regula los tratamientos de datos efectuados en los Estados miembros; y el Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, parecen partir, en sus respectivas Exposiciones de Motivos, del principio de que el acceso a los documentos en poder de las Administraciones comunitarias y nacionales que contengan datos personales se rige por la normativa sobre acceso.

En el caso de la Directiva, la referencia es un tanto tímida, ya que se limita a señalar que *“la presente Directiva autoriza que se tenga en cuenta el principio de acceso público a los documentos oficiales a la hora de aplicar los principios expuestos en la presente Directiva.”*

Más clara resulta la dicción del Reglamento, según la cual *“el acceso a los documentos, incluidas las condiciones de acceso a los documentos que contengan datos personales, depende de las normas adoptadas sobre la base del artículo 255 del Tratado CE, cuyo ámbito de aplicación abarca los Títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea.”*

No obstante, en ambos casos se echa de menos la clarificación de un tema tan crucial en el propio articulado, ya que a falta de la misma, la remisión por parte de la normativa sobre protección de datos a la legislación sobre acceso hay que extraerla de referencias más generales. En particular, del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos conforme al cual los datos pueden transmitirse *“cuando el destinatario demuestre que los datos son necesarios para el cumplimiento de una misión de interés público o son inherentes al ejercicio del poder público”* o *“el destinatario demuestre la necesidad de que se le transmitan los datos y no existan motivos para suponer que ello pudiera perjudicar los intereses legítimos del interesado.”*

En los últimos tiempos, y frente a una práctica más restrictiva en el pasado, es objeto de publicación oficial y/o en la *web* de las Instituciones buena parte de las informaciones que contienen datos personales más relacionadas con el conocimiento y control de la actividad



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua en relación con el procedimiento de infracción PI 17-010 incoado por 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, asociada a la información del Presupuesto municipal

1957/2016

ORG1110CG

Código de validación/*Balidazio kodea*

0Y2I50534M165Q2R1BZ4



pública, tales como la identidad de personas al servicio de las Instituciones, beneficiarias de sus fondos o adjudicatarias de sus contratos.

En efecto, hay que reseñar que, sobre todo a partir de las reflexiones contenidas en el Libro Verde sobre la iniciativa europea de transparencia se han ido adoptando decisiones y articulando prácticas que prevén la publicidad tanto en el Diario Oficial como a través de internet de la información personal más relevante para el control del destino de las ayudas comunitarias, acompañadas de las garantías de información, acceso, rectificación y cancelación de la legislación sobre protección de datos, y con el visto bueno del propio Supervisor Europeo de Protección de Datos.

La transparencia y la privacidad en las legislaciones sobre acceso a la información de los Estados miembros de la Unión Europea

En este análisis debemos acudir a las soluciones alcanzadas en el Derecho europeo y comparado, en los que el derecho a acceder a la información en poder de las autoridades públicas se encuentra plenamente consolidado, en el convencimiento y en la constatación de que las cuestiones y las respuestas jurídicas son en gran medida comunes a todas las sociedades.

El criterio más general es el de la publicidad de los datos más directamente relacionados con la organización y el ejercicio de funciones administrativas.

Las diversas leyes europeas de transparencia establecen limitaciones al acceso cuando la información afecta a la esfera privada de los terceros, si bien incluso en estos casos es posible que predomine el interés público en la transparencia, como ocurre singularmente en los casos en que los datos personales tienen relación con el desempeño de tareas públicas, esto es, cuando los datos personales tengan relación con el desempeño de tareas públicas y la comunicación responda a un interés público preponderante.

El modelo europeo combina con solidez y solvencia transparencia y reserva, publicidad y privacidad. En principio, aunque las personas de relevancia pública no quedan desprovistas por ello de toda protección de su privacidad, en general sus expectativas de privacidad quedan disminuidas. En cualquier caso, aunque la amenaza para su privacidad puede provenir tanto de la persona que solicita información sobre aquéllas, como de cualquiera otra persona que pueda acceder a ella una vez divulgada, no es necesario que la amenaza a la privacidad sea patente u obvia, si bien si debe ser real y no una mera posibilidad.

Para apreciar la amenaza a la privacidad, no se requiere que la información sea íntima o delicada (*embarrassing*). Si la información en cuestión está ampliamente difundida o se encuentra fácilmente disponible por ser de dominio público, en general no hay expectativa de privacidad, como tampoco la hay cuando es la propia persona afectada la que ha hecho pública dicha información.

En determinados casos, la divulgación de información no supone invasión de la privacidad porque la naturaleza de la información es tal que no se generan expectativas de privacidad, como

en el caso de los empleados y empleadas públicas en relación con su nombre, títulos, grados, salario y tareas (de este modo, considera que las retribuciones por méritos han estado tradicionalmente sujetas a divulgación; o que no hay una invasión sustancial de la privacidad en la identificación de las personas solicitantes de empleo en la Administración).

En un primer momento, las Instituciones europeas llevaron a cabo una interpretación maximizadora de las exigencias de la protección de datos en detrimento de la transparencia, cuyo resultado fue la denegación, incluso, del acceso a documentos directamente relacionados con la organización y el funcionamiento de dichas Instituciones, incluido la identidad de opositores/as o funcionarios/as.

El primero en llamar la atención sobre los efectos perversos de esta errónea interpretación fue el Defensor del Pueblo Europeo, que suponía la consagración "*de facto*" de un "*derecho fundamental a la participación anónima en actividades públicas*", y puso de relieve la necesidad de una reconducción del concepto de dato personal por su vinculación con la protección del derecho a la vida privada, reclamando a estos efectos una modificación normativa que lo expresara de manera diáfana. La crítica obtuvo el refrendo del Parlamento Europeo.

Posteriormente, el Grupo de Protección de las Personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales insistió en la necesidad de alcanzar un equilibrio, sin automatismos, mediante una ponderación caso por caso.

El Supervisor Europeo de Protección de Datos elaboró en julio de 2005 un documento fundamental, titulado "*Public access to documents and data protection*", en que se aborda monográficamente y detalladamente esta cuestión, y en el que venía, muy en síntesis, a defender que ante una solicitud de acceso a documentos que contengan datos personales la normativa a aplicar es la que regula el derecho de acceso, salvo que sea la propia persona afectada quien pide la información, en cuyo caso estamos ante el también llamado "*derecho de acceso*" de la normativa sobre protección de datos.

Lo primero que habrá que analizar es si el documento contiene datos personales y, además, si está en juego la intimidad, pues no todo dato personal puede considerarse íntimo. Ello no quiere decir que la noción de intimidad excluya "*per se*" las actividades de carácter profesional o comercial, pero, en lo que hace a las actividades "*profesionales*" de los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones, éstos deben ser conscientes de que sus datos personales pueden ser de interés público por razones legítimas vinculadas al valor de la transparencia, y que mientras más relevante sea la función del agente, más poderoso puede ser el interés legítimo del público a ser informado sobre sus actividades.

Y, a la inversa, que el acceso a los datos sensibles tiene el mayor potencial de afectar a la intimidad. Al efecto, considera que en casos particulares, está justificado contactar antes de conceder o no el acceso con el sujeto afectado para recabar su opinión sobre los efectos que tendría la revelación, y tomarla en consideración, sin que, no obstante, sea sustitutiva o vinculante respecto de la decisión a adoptar por la Institución.



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua en relación con el procedimiento de infracción PI 17-010 incoado por 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, asociada a la información del Presupuesto municipal

1957/2016

ORG110CG

Código de validación/*Balidazio kodea*
0Y2I50534M165Q2R1BZ4



El paso final es el “*test de proporcionalidad*”, que implica un acercamiento necesariamente casuístico, en que hay que analizar qué tipo de daño provocaría o ha provocado, si se actúa “*ex post facto*”, en la práctica la comunicación, daño que debe ser sustancial para que pueda considerarse desproporcionado el acceso a la información.

En su pronunciamiento adoptado en sesión de 11 de diciembre de 2001 hizo suya la aproximación del Defensor del Pueblo, y afirmó que “*a menudo se producen conflictos entre la demanda de transparencia y la protección de la integridad personal; destaca que el principal objetivo de la protección de los datos es proteger la vida privada y la información confidencial; por consiguiente, no debería hacerse referencia a la protección de datos cuando, por ejemplo, las personas están actuando en calidad pública, cuando participan en un proceso de toma de decisiones público por propia iniciativa o cuando intentan influir en dicha toma de decisiones*” (punto 3).

¿La solución siempre es la anonimización de los datos personales?

Con carácter general, impera el convencimiento de que, en caso de necesidad, la solución práctica para poder autorizar el acceso a la información solicitada si el daño a la intimidad del sujeto es sustancial y si el sujeto en cuestión no es la fuente primaria de interés para el público, pasa por la anonimización de los datos personales en la documentación o información que se deba suministrar.

El asunto clave en la jurisprudencia es la sentencia del TEDH *Bavarian Lager* en que se debatió si debe darse acceso al nombre de los representantes de intereses que se reúnen con la Comisión Europea, teniendo en cuenta el interés concreto de la publicidad de dicha información para el control democrático del poder y la naturaleza de la información, esto es, su mayor o menor proximidad al núcleo de lo íntimo.

La sentencia del Tribunal sigue una línea argumental en línea con el Derecho comparado y con lo defendido por el propio Supervisor Europeo de Protección de Datos, por cuanto considera que las solicitudes de acceso deben analizarse a la luz de la normativa sobre acceso, y que cuando las Instituciones facilitan información en cumplimiento de dicha normativa están cumpliendo una obligación legal, lo que legitima la transmisión in consentida de datos personales tal y como prevé la normativa sobre acceso, al único requisito de que no perjudique el derecho a la intimidad y la integridad de la persona.

Para interpretar esta limitación, hay que acudir a la jurisprudencia del CEDH, como dispone el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, conforme a la cual las actividades profesionales y comerciales y el derecho a la protección de datos no están excluidas “*per se*” del concepto de intimidad, pero no todos los datos personales referidos a dichas actividades entran necesariamente en dicho concepto.

En todo caso, la excepción sólo se aplica cuando haya un riesgo de perjuicio concreto y efectivo a la intimidad, lo que ocurrirá tendencialmente cuando se trate de datos especialmente protegidos, sin excluir, no obstante, que sean los únicos que pueden producir este efecto.

En el caso concreto, le lleva a considerar que la identificación de las personas que se reúnen con las Instituciones en representación de intereses (“lobbies”) debe ser pública.

Con anterioridad a la resolución del recurso de casación planteado contra esta decisión, el Tribunal General debió juzgar dos asuntos parcialmente similares. En el primero de ellos, se cuestionaba si la identidad y las opiniones de expertos científicos que participan en un proceso previo a la adopción de actos normativos están amparadas por esta excepción, equiparando aquí la referencia a la intimidad y a la “integridad” no ya con la integridad física sino, en sentido lato, a su reputación y carrera. Consideró que no puede afirmarse tal cosa como principio general, sino que habría que acreditarlo en el caso concreto, y apuntó además que en estos casos caben soluciones que permitan ocultar la identidad sin por ello dejar de dar publicidad al contenido.

En el segundo, consideró que no afecta a la intimidad ni a la integridad la divulgación de la composición de un comité del nombre, grado, antigüedad y destino de los miembros de un comité de evaluación en materia de contratación formado por empleados públicos de la Institución concernida.

¿Será cierto que la virtud está en el medio?

Entre toda la diversidad de apriorismos, intereses y aproximaciones al derecho de acceso a la información y el derecho a la privacidad, una vez más, la conclusión a la que siempre se llega en cualquier análisis jurídico o, incluso vital, responde al viejo aforismo de “*in medium virtus*.”

O, dicho de otro modo, quizá la solución a la cuestión que motiva estas alegaciones deba adoptarse en clave de ponderación, sin posiciones maximalistas que sacrifiquen por completo el derecho de acceso y la transparencia, de modo que no nos conduzca a la conclusión de que ningún documento en el que figure el nombre de una persona pueda ser conocido por el resto de los ciudadanos y ciudadanas, ni el derecho a la intimidad y a la protección de datos, de manera que los ciudadanos y ciudadanas puedan conocer cualquier información de terceros, del tipo que sea.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia europea en la materia consideran que la información que afecta a datos sensibles debe ser la más reacia a la publicidad, mientras que la comercial o profesional, incluida la relativa a los empleados y empleadas públicas, debe ser pública en la medida en que sea necesaria para alcanzar el nivel de transparencia que permita en el caso concreto la participación ciudadana y el control de la actividad pública, salvo que haya causas excepcionales que lo justifiquen.

Para una correcta ponderación debe darse entrada a las consideraciones que puedan efectuar tanto la persona solicitante de información como la persona afectada, sin que no obstante exista un derecho de veto por parte de la persona afectada, esto es, se exija su consentimiento.

En su dictamen de 30 de junio de 2008, en la cuestión que analiza, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, acoge como principio la no divulgación de los datos personales que pueda suponer un perjuicio para la intimidad o la integridad de la persona a la que éstos se refieran, salvo que exista un interés público superior en la divulgación, debidamente justificado. Se



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua en relación con el procedimiento de infracción PI 17-010 incoado por 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, asociada a la información del Presupuesto municipal

1957/2016

ORG110CG

Código de validación/*Balidazio kodea*
0Y2I50534M165Q2R1BZ4



“relativizaría” así el carácter imperativo de la excepción. Además, establece casos en que debe prevalecer la publicidad o, en su terminología, “no existe tal perjuicio”, como son los datos referidos a actividades profesionales o personajes públicos.

De este modo, propone la siguiente redacción: “Se divulgarán los nombres, cargos y funciones de los titulares de cargos públicos, funcionarios y representantes de intereses relacionados con la actividad profesional salvo que, por circunstancias particulares, tal divulgación pueda perjudicar a las personas afectadas. Se divulgarán otros datos personales de conformidad con las condiciones de tratamiento legal de tales datos establecidas en la legislación de la CE en materia de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.”

Un análisis de la configuración del derecho a la protección de datos en el Derecho europeo y comparado lleva a concluir que el derecho a la protección de datos, cuando se ostenta frente a los poderes públicos, no prohíbe que se le puedan imponer cargas informativas salvo, en este caso, que la posibilidad esté prohibida con carácter absoluto respecto de cierto tipos de datos, como aquellos que revelan las ideologías o creencias a las que se refiere el artículo 16 de la Constitución española, ni otorga a la persona interesada un derecho a consentir en todo caso el flujo de sus datos personales.

La sustancia de este derecho, incluso cuando es objeto de limitaciones, es más bien el derecho a que los poderes públicos no posean más datos personales que los estrictamente necesarios para el ejercicio de sus competencias legales, a que éstos sean veraces, y a conocer la identidad de los/as responsables de los ficheros y de los datos personales que poseen, en este último caso con posibilidad de restricciones en el modo, tiempo y forma, siempre que haya un fundamento constitucional y guardando una relación de proporcionalidad con el derecho de la persona interesada.

Ciertamente, la protección de datos ha llegado, en ocasiones, a opiniones maximalistas conforme a las cuales no cabe en ningún caso la comunicación a terceros de ningún dato personal en poder de la Administración, lo que, amén de no tener encaje en ninguno de los modelos que aporta el Derecho europeo o comparado, resulta absolutamente irreconciliable con el carácter no absoluto de los derechos fundamentales y su necesaria compatibilidad con el resto de derechos, bienes y principios constitucionales.

Por el contrario, debe prevalecer la publicidad de los datos personales que, sin ser íntimos, están directamente relacionada con la organización, la gestión y el gasto públicos, esto es, cuando se trata de acceder a información relevante para conocer la corrección de la actuación administrativa relativa no a la vida privada de las personas sino a la relación entre el poder público y sus propios/as empleados/as, contratistas, agentes, beneficiarios/as de subvenciones, permisos, etc.

A esta solución se llega por vías diferentes. Desde el punto de vista constitucional-axiológico, se llega a través de la ponderación directa entre la libertad de información y el derecho a la vida privada, inclusivos del derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos, respectivamente.

En otros, la ley de forma expresa establece que determinados datos que contienen el nombre de una persona no son datos personales a los efectos de su comunicación conforme a las leyes de acceso. En otros, aunque se admite como principio la inclusión de este género de datos en la esfera de la privacidad, se dispone legalmente la prevalencia de la transparencia, para lo que ha de prescindirse de los intereses particulares que puedan tener las personas solicitantes de información y llevarse a cabo un juicio abstracto relativo a la importancia de la información para los fines de conocimiento, participación y control de la gestión de los asuntos públicos a los que sirve la transparencia.

La misma razón opera cuando se trata de poner a disposición de todos los ciudadanos y ciudadanas la información administrativa, sin solicitud previa, o "*publicidad activa*", fundamentalmente a través de internet que, por demás, constituye, sin duda, la gran revolución en materia de transparencia y acceso a la información.

Una parte sustancial de la ciudadanía ha incorporado internet a su vida diaria para sus comunicaciones personales, para acceder a la información acerca de qué ocurre en el mundo y en su barrio; la Administración electrónica y la digitalización de la información avanzan ya imparablemente, en muchos casos normativamente impuestas; y un alto grado de transparencia en la gestión de los asuntos públicos es ya universalmente entendido como una exigencia democrática.

En consecuencia, las autoridades pueden y deben poner dicha información en la red a disposición de todos "*motu proprio*", en especial, aquella más relevante para alcanzar la finalidad para la que nació el derecho de acceso: posibilitar el conocimiento, la participación y el control de las personas en los asuntos públicos.

De hecho, la publicidad activa, básicamente, a través de internet, se está imponiendo ya, con creces, cuantitativamente, a la publicidad "*pasiva*" a solicitud. Se trata, sin duda, del instrumento más poderoso, no soñado siquiera hasta fechas recientes, para la transparencia.

Las leyes de acceso más modernas han ido acogiendo el principio general de publicidad activa de la información más relevante para posibilitar la participación y control de la gestión pública, acompañado a menudo de listas detalladas, referidas a las decisiones que interpretan el derecho, datos sobre la organización, los empleados y empleadas públicas, los procedimientos, las concesiones, autorizaciones, contratos y en general el gasto público.

La lista irá previsiblemente aumentando hasta el establecimiento del principio general de publicación activa de la información no afectada por limitaciones. En muchos casos, dichas leyes disponen además la publicación de la información que haya sido ya objeto de una o varias solicitudes previas.

Este nuevo y revolucionario medio de comunicación está llamado a sustituir en buena medida al mecanismo de la información a solicitud posibilitando un acceso inmediato y universal, generando con ello un ahorro de costes y potenciando una buena gestión pública de la información, por lo que resulta no sólo razonable sino exigible que las personas responsables de la publicación de la información administrativa deban realizar una labor proactiva de análisis de la



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua en relación con el procedimiento de infracción PI 17-010 incoado por 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, asociada a la información del Presupuesto municipal

1957/2016

ORG1110CG

Código de validación/*Balidazio kodea*
0Y2I50534M165Q2R1BZ4



información relevante que cada Administración Pública debe o quiere publicar como medio, precisamente, de potenciar la transparencia de su gestión.

¿Sirve de algo publicar los datos identificativos de los funcionarios y funcionarias?

Puede admitirse con carácter general que la finalidad de las normas de transparencia es la de permitir a las personas conocer los mecanismos que intervienen en los procesos de toma de decisión por parte de los poderes públicos, así como facilitar la rendición de cuentas, y consecuentemente la participación de los ciudadanos y ciudadanas en los asuntos públicos mediante un mejor conocimiento de la acción de las Administraciones Públicas.

A este respecto, recordemos que conforme al primer párrafo del artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) *“Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.”*

La publicidad activa de los datos meramente identificativos de los empleados públicos es un mecanismo de garantía del cumplimiento de los Principios éticos y de Conducta a los que están sujetos los empleados y empleadas públicas y que se concretan en los artículos 53 y 54 del TREBEP. En particular resulta especialmente útil en el control de las incompatibilidades a las que están sujetos/as. Teniendo un indudable efecto preventivo en el cumplimiento de tales prescripciones legales.

Los empleados y empleadas públicas dejan de ser sujetos anónimos a ser sujetos plenamente identificados como servidores públicos en relación con el puesto de trabajo que ocupan y por lo tanto sometidos al escrutinio público en relación al cumplimiento de las normas a las que están obligados/as y en particular las que pretenden garantizar la integridad en su actuación.

Desde ésta perspectiva, se percibe un claro componente de participación ciudadana en los asuntos públicos: pone en sus manos la información precisa para reaccionar ante los comportamientos irregulares de los empleados y empleadas públicas. Es en consecuencia una excelente medida dentro del entramado de iniciativas de lucha contra la corrupción además de satisfacer el derecho de acceso a la Información pública como parte del Derecho a la Libertad de Expresión e Información.

En lógica consecuencia con lo señalado y en relación a la identificación de los empleados y empleadas públicas, su publicidad constituye también un instrumento más en la lucha contra la corrupción y las malas prácticas administrativas.

Conclusión

En principio y sin perjuicio de las determinaciones específicas de la LTAIPBG, la publicidad activa de los datos personales de los empleados y empleadas públicas, cuando aquellos datos son meramente identificativos en relación con el puesto de trabajo que ocupan en la organización, no debería ofrecer ningún problema desde la perspectiva de la protección de los datos personales.

Al margen de los criterios expresados en estas alegaciones, es evidente que aquella autoridad o funcionario/a que denuncie un perjuicio por la publicidad de datos personales de los empleados y empleadas públicas, cuando sean meramente identificativos, debe presentar una justificación suficiente y concreta, sin que sea admisible la mera invocación de un perjuicio presunto y abstracto. No debe perderse de vista que la protección de datos personales es la excepción al derecho a la información pública y no lo contrario.

Así, determinadas circunstancias particulares de estos empleados y empleadas que suelen ser ignoradas por la propia organización a la que pertenecen, por ejemplo, víctimas de violencia de género, testigos protegidos, etc., sin que sea válida la simple invocación abstracta de las consecuencias dañinas de la publicación de los datos identificativos.

Por todo ello, se solicita de esa Institución que no se cierre en su actuación en una lógica “defensiva” y no lleve a cabo por ello una interpretación restrictiva del principio de transparencia y publicidad cuando la información contiene datos personales de los empleados y empleadas del Ayuntamiento de Ermua, recuperando el valor de la ponderación del que hizo gala en sus consultas y Dictámenes en sus primeros diez años de existencia.

Y, en consecuencia, se considere ajustada a Derecho la actuación del Ayuntamiento de Ermua en esta materia y se deje sin efecto el procedimiento de infracción incoado.

AGENCIA VASCA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Procedimiento de infracción PI 17-010