



N/REF: 138796/2018

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

I

Tal y como establece el artículo 1 del Reglamento que sería objeto de aprobación por el Borrador sometido al presente informe, su objeto es “el desarrollo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el ámbito de los sujetos que se relacionan” en su artículo 2.

En este sentido, la memoria de Impacto Normativo del proyecto indica que “el propósito de la norma es desarrollar de la ley 19/2013, de 9 de diciembre con los siguientes objetivos:

- Aclarar el alcance de las obligaciones sobre transparencia de la actividad pública previstas en la norma y facilitar su cumplimiento siempre en aras a asegurar la mayor transparencia posible en la actuación de la Administración Pública y facilitar el acceso de los interesados a la información pública de forma eficaz
- Concretar y precisar plazos, trámites, para evitar dilaciones innecesarias, lagunas o dudas interpretativas
- Precisar conceptos jurídicos indeterminados con el fin de asegurar una aplicación restrictiva y siempre justificada y proporcionada de las causas de inadmisión o límites al ejercicio del derecho de acceso tal y como propugna la propia ley 19/2013



- Adaptar la regulación a la jurisprudencia y a los criterios del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y de la Agencia Española de Protección de Datos, entre otros.
- Asegurar la aplicación de los principios de buena regulación previstos en la ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.”

Así el Proyecto es parcialmente similar al que fue objeto de informe por esta Agencia en fecha 6 de noviembre de 2014, especialmente en lo que respeta al régimen del procedimiento de ejercicio del derecho de acceso, la reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la estructura organizativa recogida en su Título VI, difiriendo más de dicho texto en lo que respecta al régimen de publicidad activa, que pasa a regularse de una forma sistemáticamente diferente a la que se incluía en el anterior Proyecto, que a su vez seguía la estructura del Capítulo II del Título I de la Ley 19/2013. No obstante, también se introducen importantes novedades en lo referente a la publicidad activa, tales como la regulación detallada de las causas de inadmisión a las que se refiere el artículo 18 de la Ley, en que se tienen particularmente en cuenta los distintos criterios interpretativos adoptados por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

II

Como consideración previa al análisis del Borrador sometido a informe, debe tenerse en cuenta que, como se anticipó, esta Agencia ya emitió un informe en relación con un anterior Proyecto, muchas de cuyas observaciones han sido tenidas en cuenta, como se indicará, en el ahora informado. Asimismo, resulta relevante indicar que la Agencia ha colaborado en la adopción de los criterios interpretativos de aplicación de la Ley 19/2013, bien por haber sido los mismos adoptados conjuntamente con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, conforme a lo preceptuado en la disposición adicional quinta de la Ley, bien como consecuencia de la presencia de un representante de la Agencia en la Comisión del Consejo, en cuyo seno se han debatido los distintos criterios interpretativos emitidos por aquél.



Además, la Agencia, en su condición de miembro de la Comisión del Consejo, participó igualmente en la emisión del informe que aquél formuló en fecha 28 de julio de 2015 en relación con la versión del Proyecto de Reglamento que en ese momento fue sometida a su parecer.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el régimen vigente en materia de protección de datos de carácter personal ha sido objeto de una profunda reforma como consecuencia de la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). El Reglamento, que entró en vigor el 25 de mayo de 2016, será plenamente aplicable, conforme a su artículo 99.2 a partir del 25 de mayo de 2018, siendo así la norma a tener en cuenta en materia de protección de datos en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión y el efecto directo de los Reglamentos. Por ello, el presente informe analizará el Proyecto sometido a informe a la luz del Reglamento, dado que será la norma previsiblemente aplicable en el momento de su aprobación final.

Dicho lo anterior, y como ya hacía el informe de 6 de noviembre de 2014, deben diferenciarse tres bloques de normas respecto de las que procede el análisis en el presente informe. Así, por una parte, deben analizarse las previsiones del Proyecto relacionadas con la incidencia que en sus previsiones tienen las limitaciones establecidas en el artículo 15 de la Ley 19/2013, bien por su aplicación directa en los supuestos de acceso a la información pública, bien por la expresa referencia que a dicho precepto realiza su artículo 5.3 en lo que se refiere a la publicidad activa. Asimismo, deberá analizarse la incidencia de las normas de protección de datos en la tramitación del procedimiento de acceso y la posterior reclamación al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno regulado por el Proyecto. Finalmente, un tercer bloque de comentarios deberá referirse a la incidencia que sobre el Estatuto y naturaleza jurídica de la Agencia Española de Protección de Datos podría producir el modelo institucional recogido en el Capítulo IV del Proyecto.

III



Entrando ya en el análisis de las disposiciones que guardarían relación con el derecho fundamental a la protección de datos como límite de la publicidad activa y del acceso a información pública, el artículo 6 del Reglamento objeto de informe dispone que “Serán de aplicación al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa reguladas en las secciones 2ª, 3ª y 4ª de este capítulo, los límites al derecho de acceso a la información pública regulados en los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre”.

En relación con esta cuestión, el informe de esta Agencia de 6 de noviembre de 2014 ponía de manifiesto la importancia de clarificar los límites de las obligaciones de responsabilidad activa desde el punto de vista de la protección del derecho a la protección de datos de las personas a las que se refiere la información. Así, se indicaba lo siguiente:

“(…) el cumplimiento del principio de publicidad activa implicará un gran número de cesiones de datos de carácter personal derivadas de la difusión universal de las informaciones a las que la Ley se refiere, siendo particularmente relevantes las que contiene el artículo 8 de la Ley, en particular las relacionadas con contratos, convenios, retribuciones y beneficiarios de subvenciones públicas.

La publicidad de estas informaciones encontraba su apoyo en las propias previsiones de la Ley. No obstante se hacía preciso que la misma estableciese una previsión que garantizase el cumplimiento en el marco del principio de publicidad activa del principio de proporcionalidad, habida cuenta de las consecuencias que para la esfera privada de los particulares podía implicar la difusión de la información, lo que resultaba especialmente agravado cuando de la misma resultase la revelación de datos especialmente protegidos, como podía suceder en relación con la publicidad de los datos identificativos de determinados tipos de subvenciones públicas.

Por este motivo, el artículo 5.3 de la Ley 19/2013 establece finalmente que “serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos”.

Pues bien, esta Agencia considera que sería necesario que el Proyecto consagrara nuevamente estas limitaciones, garantizando así que la



publicidad activa no supondrá una extralimitación sobre el derecho fundamental a la protección de datos o, cuando menos señalase en el artículo 2.1 que la publicidad se deberá llevar a cabo respetando los límites establecidos por el artículo 15 de la Ley 19/2003.”

Por otra parte, debe recordarse que en los criterios interpretativos adoptados conjuntamente por esta Agencia y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se ha puesto reiteradamente de manifiesto la diferente aplicación de los límites en los supuestos de publicidad activa y acceso a la información pública, habida cuenta del efecto multiplicador de la difusión de la información que se da en la primera y no concurre en la segunda, dado que el acceso se concede de un modo individualizado.

En el mismo sentido, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015 (recurso de casación 3552/2012) que “las prescripciones legales que plasman los principios de publicidad, transparencia y concurrencia que rigen la concesión de las subvenciones, esto es, la Ley estatal 38/2003, de Subvenciones, y las normas autonómicas sobre la misma materia, antes citadas, no exigen ni autorizan la publicación de los datos de identidad de las personas discapacitadas en cuya ayuda se concede la subvención, y tampoco casa con un cumplimiento riguroso y diligente de los deberes de cuidado y sigilo, que recaen sobre el responsable de un fichero, que los datos en él contenidos sobre la salud de las personas, que están especialmente protegidos por la LOPD, sean de libre acceso a través de un buscador de internet, sin medidas eficaces que lo impidan”.

El artículo 5.3 de la Ley 19/2013 dispone en su último inciso que “cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos”.

La categoría de “datos especialmente protegidos se corresponde ahora con las denominadas “categorías especiales de datos”, reguladas por el artículo 9 del Reglamento General de Protección de Datos, cuyo apartado 1 dispone que “Queda prohibido el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física”, con las excepciones previstas en el apartado



2, que no contemplaría la publicación como consecuencia de la aplicación del principio de publicidad activa.

Por este motivo, a fin de reforzar el principio contenido en el artículo 5.3 y clarificar su alcance conforme al marco derivado del Reglamento General de Protección de Datos, **sería preciso añadir un segundo párrafo al artículo 6 del Reglamento sometido a informe, que dispusiera lo siguiente:**

“En todo caso se procederá a la previa disociación de los datos de carácter personal en caso de que la información contuviera datos sometidos a un régimen de especial protección conforme a la normativa vigente en materia de protección de datos”.

IV

Dentro igualmente de las disposiciones relacionadas con la aplicación de los límites derivados del artículo 15 de la Ley 19/2013 y la normativa de protección de datos de carácter personal debe ahora hacerse referencia al artículo 10 del Reglamento que sería objeto de aprobación por el borrador sometido a informe, cuyo apartado 1 dispone que “Con carácter general, la información se actualizará en el Portal de la Transparencia, al menos, trimestralmente, salvo que la normativa específica establezca otros plazos atendiendo a las peculiaridades propias de la información de que se trate y sin perjuicio de la posibilidad de publicar en plazos más breves toda la información que se estime conveniente por el órgano competente”, añadiendo el apartado 2 que “Se habilitará la posibilidad de acceder a la información que, habiendo sido objeto de publicidad, hubiera sido sustituida”.

De este modo, se establecería un régimen de permanencia indefinida de los datos en el portal de la transparencia, con independencia de su antigüedad y relevancia.

En este sentido, es preciso recordar que el artículo 5.1 e) del reglamento general de Protección de Datos consagra el denominado principio de conservación, al disponer que los datos de carácter personal serán “mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales”.

Ciertamente, el principio se completa con un segundo inciso, a cuyo tenor, “los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado”. No obstante, la finalidad de archivo de interés público no aparecería vinculada a un principio general de publicidad activa, sino al derecho de acceso a la información pública, de modo que el hecho de que los datos se conservasen para tal finalidad no implicaría que los mismos se encontrasen a disposición de cualquier persona en un portal libremente abierto al público.

Por este motivo, entiende esta Agencia que sería necesario completar la previsión del apartado 2 del artículo 10 del Reglamento que sería aprobado por el Proyecto sometido a informe, incorporando una regla que determinase la posible desaparición de los datos del portal de la transparencia transcurridos determinados períodos de tiempo que supusiesen una pérdida de relevancia de la información a efectos de publicidad activa, sin perjuicio de que, en su caso, continuase la conservación de los datos, en los términos establecidos en la legislación reguladora de los archivos de interés público y, particularmente en el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso.

De este modo, **el texto debería incorporar una regla que estableciese el período de obsolescencia de los datos para su conservación en el Portal de la Transparencia, bien de forma general, bien sometida a un desarrollo posterior, que en todo caso debería ser sometido al parecer de esta Agencia Española de Protección de Datos.**

V

La última cuestión a considerar dentro de las referidas a los límites relacionados con la protección de datos de carácter personal es la referida a la posible ampliación de los supuestos de publicidad activa respecto de la

información objeto de mayor solicitud como consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Esta cuestión fue igualmente analizada por esta Agencia en el informe de 6 de noviembre de 2014, manifestándose el parecer de la misma en los siguientes términos:

“(…) a diferencia del alcance relativamente estático del principio de publicidad activa contemplado por la Ley 19/2013, sin perjuicio de la fórmula empleada por el artículo 5.1 de la misma, el Proyecto sometido a informe prevé un alcance más amplio, centrado además en las “tipologías de datos” solicitadas.

Al propio tiempo, la catalogación no se hace depender de que las “tipologías de datos” hayan sido objeto de acceso por cuanto tras solicitarse el acceso a la información pública, bien el órgano competente para resolver, bien el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, bien los órganos jurisdiccionales al revisar las resoluciones de unos u otro han considerado procedente el acceso a la información, sino que se tendrá en cuenta si dichas “tipologías de datos” han sido objeto de solicitud de acceso, con independencia de que el mismo se haya concedido.

De este modo, a diferencia de lo que prevé con carácter general el artículo 5.3 de la Ley 19/2013 para los supuestos expresamente mencionados en el Capítulo II del Título I, la determinación de las “tipologías de datos” que habrán de ser publicadas una vez concluido cada semestre dependerá únicamente del número de solicitudes presentadas, sin que se lleve a cabo para aplicar el artículo 27 la ponderación establecida en el artículo 15 de la Ley entre el interés del público en el acceso con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, consagrados por el artículo 18.4 de la Constitución.

Por ello resulta especialmente relevante que el texto ahora sometido a informe recuerde particularmente los límites establecidos en el artículo 15 de la Ley, a fin de poder servir de contrapeso a la fórmula establecida, de forma completamente genérica, por el artículo 27 del texto sometido a informe. Sólo previa ponderación razonada de los derechos en presencia debería finalmente considerarse que una determinada “tipología de datos” pudiera ser objeto de publicación, con independencia de que fuera mayor o menor el número de solicitudes de acceso relacionadas con esa “tipología de datos”.



De este modo, sería necesario que el Proyecto clarificase qué ha de considerarse por “tipologías de datos” estableciendo además como criterio para que procediera la publicación no el mero hecho de la solicitud de la información, sino que el acceso hubiera sido otorgado, bien por el órgano al que se dirige la solicitud, bien por el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno, bien por los órganos jurisdiccionales, previa valoración de la concurrencia de las limitaciones establecidas en los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013.”

(...)

Si, frente a dicho criterio, se establece un sistema en que la plena publicidad de las informaciones se derivará, por una parte, del hecho de su mera solicitud, correspondiendo por otra parte a los Departamentos objeto de la delegación efectuada por la disposición final primera la competencia para proceder a dicha ampliación, sin tomar en ningún momento en consideración el parecer de esta Agencia en cuanto a la procedencia o improcedencia de la revelación conforme a lo previsto en la disposición adicional quinta de la Ley, se estaría obteniendo un resultado que puede exceder del querido por el legislador, que impone la realización de la ponderación y la fijación de los correspondientes criterios como requisito necesario para que proceda el acceso a la información pública..

De este modo, entiende esta Agencia que su parecer debería ser tenido en cuenta con carácter previo a la adopción de las medidas habilitadas por la disposición final primera del Proyecto de Reglamento siempre que la información objeto de publicación contuviera datos de carácter personal.

De todo lo señalado hasta este punto en cuanto a la ampliación de los contenidos objeto de información pública se desprende la necesidad de introducir determinadas mejoras en el texto sometido a informe, consistente, en primer lugar, en reemplazar la referencia a informaciones cuyo acceso haya sido meramente solicitado por informaciones respecto de las que se haya concedido el acceso, y en segundo lugar en recabar el parecer de la Agencia Española de Protección de Datos antes de adoptar las medidas de ampliación de información a las que se refiere la disposición final única del Proyecto de Reglamento. Además, en todo caso debería hacerse referencia a los límites establecidos por el artículo 5.3 de la Ley 19/2013 en el artículo 2 del Proyecto de Reglamento.”

El artículo 31.1 del Proyecto sometido a informe dispone que “En el primer semestre de cada año, se publicará en el Portal de la Transparencia, debidamente sistematizada y actualizada de forma permanente, aquella información solicitada con mayor frecuencia que haya sido concedida en el

ejercicio del derecho de acceso y cuyo conocimiento resulte relevante para que los ciudadanos conozcan cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan las instituciones públicas”. Añade el artículo 31.2 que “Esta publicación se realizará previa ponderación razonada de los derechos en presencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la ley 19/2013, de 9 de diciembre”.

A su vez, conforme a la disposición transitoria segunda “En el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de este reglamento se publicará la información prevista en el artículo 31, correspondiente a los años 2014 a 2017”.

Si bien la redacción del artículo 31 del Borrador supone un notable avance sobre lo establecido en el Proyecto que fue objeto de previo informe de esta Agencia, tanto por lo que respecta a la inclusión de la concesión del acceso como requisito para que la información pueda ser objeto de publicación como en la expresa referencia a los límites de los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013 como límites que habrán de ser tomados en cuenta, conforme al artículo 5.3, para que tenga lugar la publicación, esta Agencia considera necesario efectuar dos precisiones:

La primera tendría por objeto una mayor clarificación de la redacción del apartado 1, **reemplazando la expresión “(...) información solicitada con mayor frecuencia que haya sido concedida en el ejercicio del derecho de acceso y cuyo conocimiento (...)” por “(...) información cuyo acceso fuese solicitado con mayor frecuencia habiendo este sido concedido y cuyo conocimiento (...)”**.

La segunda se referiría al necesario papel de esta agencia en los supuestos en los que pudiese plantearse alguna duda respecto de la aplicación de los límites establecidos en el artículo 15 de la Ley; es decir, información que contuviese datos de carácter personal. A tal efecto, **se considera preciso añadir un segundo párrafo al artículo 31.2 del Proyecto señalado que “cuando la información contuviese datos de carácter personal se recabará el informe previo de la Agencia Española de Protección de Datos”**.



Como ya se indicó, el segundo bloque de cuestiones a tomar en consideración en el presente informe guarda relación con la necesaria preservación del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en los procedimientos de ejercicio del derecho de acceso así como en las reclamaciones que pudieran plantearse ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

En relación con esta cuestión, el informe de 6 de noviembre de 2014 analizaba detenidamente la cuestión, planteando una serie de modificaciones en el texto que en ese momento fue sometido al parecer de la Agencia. EN dicho informe se señalaba lo siguiente:

“Este precepto resulta especialmente relevante en los supuestos en los que la resolución se fundamente en la aplicación del artículo 15 de la Ley 19/2013, dado que en estos casos la mera indicación de la existencia de la información en caso de que la solicitud de acceso se refiriese a una persona física determinada podría afectar a su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Así, puede plantearse el supuesto en que se solicitase el acceso a determinada información pública con el objeto de conocer la identidad de una determinada persona (como por ejemplo, el beneficiario de una ayuda pública).

En estos supuestos debería evitarse que la resolución revelase los datos que identificasen al afectado al que se refiere la información, dado que en ese caso podría quedar perjudicada la aplicación al supuesto de los límites establecidos en el artículo 15 de la Ley 19/2013. En efecto, si la resolución hiciese constar que el interesado ha efectuado alegaciones o contuviera datos que permitieran identificarle, se produciría de hecho un acceso a la información solicitada, incluso en los supuestos de denegación del derecho. Igualmente, si la resolución fuese estimatoria de la solicitud, el acceso se produciría de hecho con independencia de que el interesado pudiera ejercer posteriormente el derecho que le otorga la Ley 19/2013 a impugnar la resolución ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Por este motivo, la resolución debería ser objeto de un previo procedimiento de disociación, no sólo en el momento de su publicación a



través de los medios establecidos en el artículo 16.2 del Proyecto de Reglamento, sino también al tiempo de ser dictada, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 15, que habría servido de fundamento legal de la decisión finalmente adoptada.

Por ello, sería necesario que se estableciese en el Proyecto de Reglamento sometido a informe una disposición que clarificase que en los supuestos en los que la resolución se base en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, deberá evitarse la indicación en la motivación de datos o circunstancias que pudieran implicar el conocimiento indirecto de los datos personales cuya protección motiva la denegación del acceso.

Al propio tiempo, estas consideraciones deben ser igualmente tenidas en cuenta a la hora de aplicar lo dispuesto en el artículo 20 del Proyecto, en relación con la impugnación de la resolución ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

El artículo 20.2 del Proyecto dispone que “si la reclamación es presentada por un tercero que haya efectuado alegaciones durante la tramitación de la solicitud de acceso, podrá solicitar que se suspenda la ejecución de la resolución objeto de la reclamación en atención al perjuicio que el acceso pudiera ocasionar a sus derechos o intereses”. A su vez, el apartado 3 del artículo 20 añade que “cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros, se otorgará, con carácter previo a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas”.

A su vez, debe recordarse que el artículo 20.1, siguiendo lo establecido en el artículo 24.3 de la Ley 19/2013 somete la impugnación al régimen de recursos establecido en la Ley 30/1992, por lo que se trataría de uno de los supuestos en que procede la aplicación del artículo 107.2 de la citada Ley, que prevé la posible sustitución de los recursos de alzada y reposición por un régimen especial de impugnación, lo que ya señala el artículo 23.1 de la Ley.

Volviendo al ejemplo señalado con anterioridad, la existencia de una reclamación formulada contra la estimación de una solicitud de acceso



por el interesado al que se refirieran los datos podría implicar la revelación de su identidad por el solicitante del acceso si se hiciera constar esa identidad al tiempo de darse traslado al mismo del recurso, en los términos establecidos en el artículo 112.2 de la Ley 30/1992.

Del mismo modo, en caso de interponerse la impugnación por el solicitante al que se hubiese denegado el acceso, la indicación en la resolución de los terceros a los que se hubiera dado traslado del expediente en aplicación del artículo 20.3 del Proyecto podría también suponer una revelación de los datos cuyo acceso se deniega por dicha resolución.

El segundo de los problemas planteados podría solventarse en caso de que el Proyecto de Reglamento incorporase una previsión similar a la propuesta en relación con la resolución de la solicitud de acceso a la que se ha hecho ya referencia, de modo que dicha cautela no sólo fuese aplicable a la resolución del procedimiento de acceso, sino también a la de la impugnación que recayese, en su caso.

En cuanto a la aplicación del artículo 20.2 del Proyecto en conexión con el artículo 112.2 de la Ley 30/1992, debería establecerse una cautela que impidiese al solicitante conocer la identidad del tercero que hubiera impugnado la resolución, dado que en caso de no incluirse, la impugnación podría perder su objeto, al producirse de hecho el acceso antes de resolverse sobre la misma y antes de la firmeza del acto impugnado.

(...)

La aplicación de los criterios que acaban de reproducirse al supuesto ahora planteado podría llevarse a cabo mediante la inclusión de una previsión en el artículo 20.2 del Proyecto de Reglamento en que se hiciese constar que cuando la impugnación se funde en la aplicación al supuesto del artículo 15 de la Ley 19/2013, se preservará a lo largo del procedimiento, de forma que, en particular, el traslado de la reclamación al solicitante del acceso se lleve a cabo previa disociación de los datos personales de quien hubiera formulado la reclamación.”

El texto ahora sometido a informe establece en su artículo 27 que “En el caso en que la resolución denegatoria del acceso solicitado se fundamente en



la protección de datos de carácter personal, a que se refiere el artículo 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, deberá evitarse indicar en la misma aquellos datos o circunstancias que pudieran implicar el conocimiento indirecto de los datos personales cuya protección motive la denegación del acceso”.

A su vez, conforme al artículo 29.2, “La puesta a disposición de la información solicitada se realizará simultáneamente a la notificación de la resolución estimatoria o, en el caso de que no sea posible, en el plazo máximo de diez días, salvo cuando haya existido oposición de tercero, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 22.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre”, según el cual “Si ha existido oposición de tercero, el acceso sólo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información”.

Y en relación con el procedimiento de reclamación al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, dispone el artículo 33.2 que “La tramitación de la reclamación, cuando la resolución contra la que se presenta se fundamente en lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, evitará hacer públicos los datos o circunstancias que pudieran implicar el conocimiento indirecto de los datos personales cuya protección haya motivado la denegación del acceso”.

Además, si la reclamación se interpusiese por el interesado al que se refieren los datos, dispone el artículo 33.4 que “El traslado de la reclamación al solicitante del acceso, cuando la reclamación se fundamente en el artículo 15 de la ley 19/2013, se llevará a cabo previa disociación de los datos personales de quien hubiera formulado la reclamación”.

De este modo, las propuestas efectuadas por esta Agencia en su informe al anterior Borrador del reglamento han sido tenidas en consideración en el que ahora es sometido a informe.

Por otra parte, el artículo 25 del texto informado establece que “En caso de no realizar alegaciones, en el plazo correspondiente, el órgano o entidad al que se dirija la solicitud dictará resolución concediendo el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público o privado en la divulgación de la información, y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a

la protección de datos de carácter personal. Esta ponderación se realizará tomando especialmente en consideración los criterios establecidos en el artículo 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y no será necesaria cuando el acceso a la información se efectúe previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas”.

Quiere ello decir que la resolución que se dicte en su día respetará en todo caso los límites establecidos en el artículo 15 de la Ley 19/2013 y, en consecuencia, lo exigido por la normativa de protección de datos de carácter personal, de modo que la falta de alegaciones del interesado no prejuzgará ni la concesión ni la denegación del acceso, aplicándose simplemente las previsiones de la Ley. Por este motivo, el citado precepto merece también una valoración favorable.

VII

Debe finalmente, como ya se anticipó al comienzo de este informe, hacerse mención de las normas de carácter organizativo establecidas en el Proyecto sometido a informe, teniendo en cuenta el carácter de Autoridad administrativa independiente de esta Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

De este modo, la Agencia española de Protección de Datos se encuentra sometida a las previsiones del texto sometido a su parecer, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.1 d) del Borrador, estableciéndose ciertas previsiones para esta categoría de sujetos obligados.

Así, conforme al artículo 8.3 “el resto de los sujetos incluidos en el artículo 2.1 (distintos de la Administración General del Estado) podrá publicar información en el Portal de la Transparencia de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera”, que prevé lo siguiente:

1. Los sujetos del artículo 2.1 y 2.3 que vayan a publicar información en el Portal de la Transparencia o formalizar el acceso a la información pública a través del mismo, deberán contar con la autorización previa de la unidad de información de transparencia departamental y de la unidad de información de transparencia central, siempre que la solicitud de



adhesión se justifique en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

2. Lo previsto en el apartado primero, acerca de la obtención de dicha autorización previa, no será de aplicación en el caso de aquellos sujetos que ya tuviesen publicada su información en el citado Portal o estuviesen formalizando su acceso a través del mismo en la fecha de entrada en vigor del presente reglamento. Dichos sujetos podrán seguir cumpliendo con sus obligaciones de publicidad o formalizando el acceso a la información pública a través del Portal de la Transparencia.

Por su parte, el artículo 8.4 del texto establece en relación con las Autoridades Administrativas Independientes que “Si los sujetos incluidos en el artículo 2.1.d integraran su información en el Portal de la Transparencia, la misma se realizará en un lugar específico, independiente del asignado a los restantes Departamentos y organismos de la Administración General del Estado”.

Por su parte, y siguiendo el modelo que ya establecía el Borrador que fue objeto de análisis en el informe de esta Agencia de 6 de noviembre de 2014, el texto ahora sometido al parecer de la Agencia diferencia entre las unidades de información y transparencia departamentales y singulares, estableciendo en el artículo 37.3 respecto de estas últimas que “se coordinarán con las unidades de información de transparencia departamentales en materia de transparencia y acceso a información pública para asegurar un conocimiento periódico de sus actuaciones”, siendo así que su creación, conforme al artículo 37.1 se producirá “en el ámbito de órganos, organismos o entidades con rango mínimo de dirección general cuando así lo exija su nivel de competencia, grado de independencia y volumen de solicitudes de información que reciban, previa autorización de las unidades de información de transparencia departamentales de la unidad de información de transparencia central”.

Como ya se indicaba en el informe de 6 de noviembre de 2014 “el sistema institucional establecido para dar adecuado cumplimiento a la Ley 19/2013 debe igualmente resultar respetuoso con el especial Estatuto que a las entidades establecidas en el artículo 1.2 e) en general, y en particular en lo que interesa a los efectos de este informe a la Agencia Española de Protección de

Datos atribuyen tanto las normas de derecho interno, como las de derecho internacional y, particularmente, las derivadas del derecho de la Unión Europea. De este modo, debe tenerse en cuenta que, como se indicará a continuación, la Agencia no puede ser considerada como entidad “adscrita” a ningún Departamento ministerial, por sólo cabría interpretarse el artículo 23 del Proyecto en el sentido de no considerar incluido en el mismo a la Agencia Española de Protección de Datos, que debería contar con una Unidad de Información propia y diferenciada”.

En relación con la independencia de la Agencia Española de Protección de Datos, como punto de partida, el artículo 8.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales, dedicado al derecho a la “Protección de datos de carácter personal”, establece que “El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente”.

A su vez, de acuerdo con el artículo 51.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales, relativo al ámbito de aplicación “las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión”

De este modo, la propia Carta atribuye la función de velar por el derecho a la protección de datos, reconocido como independiente y autónomo por el propio texto legal, a una autoridad a la que expresamente otorga el atributo de “independiente”.

Esta independencia se reconoce también de forma expresa en el artículo 16.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece que “el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes”.

En el mismo sentido, el artículo 1.3 del Protocolo Adicional del Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y relativo a transferencias de



datos, ratificado por España el 2 de junio de 2010, dispone que “las Autoridades de Control ejercerán sus funciones con completa independencia”.

Igualmente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido a consolidar el principio de “total” o “absoluta independencia” de las autoridades de protección de datos como uno de los pilares esenciales sobre los que descansa el sistema de garantías del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, habiendo declarado en tres ocasiones el incumplimiento del párrafo segundo del artículo 28.1 de la Directiva 95/46/CE, al apreciar la no concurrencia de esta “absoluta independencia”, puesta de manifiesto por la Comisión. En este sentido se ha pronunciado en las sentencias de 9 de marzo de 2010 (Asunto C-518/07, Comisión v. Alemania), 16 de octubre de 2012 (Asunto C-614/10, Comisión v. Austria) y 8 de abril de 2014 (Asunto C-288/12, Comisión v. Hungría).

El artículo 51.1 del reglamento General de Protección de Datos establece que “Cada Estado miembro establecerá que sea responsabilidad de una o varias autoridades públicas independientes (en adelante «autoridad de control») supervisar la aplicación del presente Reglamento, con el fin de proteger los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y de facilitar la libre circulación de datos personales en la Unión”, dedicando su artículo 52 a la independencia de las autoridades de control, en los siguientes términos:

- “1. Cada autoridad de control actuará con total independencia en el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus poderes de conformidad con el presente Reglamento.
2. El miembro o los miembros de cada autoridad de control serán ajenos, en el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus poderes de conformidad con el presente Reglamento, a toda influencia externa, ya sea directa o indirecta, y no solicitarán ni admitirán ninguna instrucción.
3. El miembro o los miembros de cada autoridad de control se abstendrán de cualquier acción que sea incompatible con sus funciones y no participarán, mientras dure su mandato, en ninguna actividad profesional que sea incompatible, remunerada o no.



4. Cada Estado miembro garantizará que cada autoridad de control disponga en todo momento de los recursos humanos, técnicos y financieros, así como de los locales y las infraestructuras necesarios para el cumplimiento efectivo de sus funciones y el ejercicio de sus poderes, incluidos aquellos que haya de ejercer en el marco de la asistencia mutua, la cooperación y la participación en el Comité.

5. Cada Estado miembro garantizará que cada autoridad de control elija y disponga de su propio personal, que estará sujeto a la autoridad exclusiva del miembro o miembros de la autoridad de control interesada.

6. Cada Estado miembro garantizará que cada autoridad de control esté sujeta a un control financiero que no afecte a su independencia y que disponga de un presupuesto anual, público e independiente, que podrá formar parte del presupuesto general del Estado o de otro ámbito nacional.”

Al propio tiempo, y de *lege ferenda*, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos, por el que se adapta el derecho español al mencionado Reglamento General de Protección de Datos, actualmente en tramitación parlamentaria, recuerda en su artículo 44.1 que “La Agencia Española de Protección de Datos es una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal, de las previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones”, añadiendo que “Se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia”.

Estas circunstancias fueron ya puestas de manifiesto en el informe de 6 de noviembre de 2011, en cuyo último apartado se indicaba lo siguiente:

“Pues bien, del sistema establecido en el Proyecto sometido a informe pudiera desprenderse que, con independencia de la posible creación en el ámbito de las entidades a las que se refiere el artículo 1.2 e), y en particular de Agencia, de una Unidad Singular de información, lo que exigiría el “previo conocimiento de la Oficina de la Transparencia y Acceso a la Información” conforme al artículo 25.2, existiría una Unidad Departamental relacionada con la misma, al considerarla “adscrita” a ese Departamento.



Además, el artículo 24.2 podría interpretarse en el sentido de que esa Unidad Departamental ejercería una “coordinación, tanto respecto de la información que sea objeto de publicidad activa como respecto de las resoluciones que pongan fin a una solicitud de acceso a la información pública” respecto de las entidades mencionadas en el artículo 12 e), entre las que se encuentra la Agencia Española de Protección de Datos. De este modo, también podría interpretarse que las decisiones adoptadas por esas entidades quedarían sometidas a la “coordinación” de un determinado Departamento Ministerial, lo que no se compadecería con principio de independencia de las entidades en general y de la Agencia en particular.

Sentado lo anterior, y teniendo particularmente en cuenta la diferenciación que el propio Proyecto, siguiendo estrictamente lo dispuesto en la Ley 19/2013, efectúa entre los Organismos y entidades mencionadas en sus apartados c), d) y e), sería preciso que el artículo 24.1 incluyese en el ámbito de aplicación de las Unidades Departamentales a los organismos y entidades definidos en las letras a) a d) del artículo 1.2, de modo que las entidades a las que se refiere la letra e) de dicho precepto no fueran objeto del ámbito de actuación y coordinación de las Unidades Departamentales, por lo que debería crearse una unidad singular específica en las mismas, no sujeta a coordinación de ninguna unidad departamental.

En todo caso, la observación que acaba de realizarse debería aplicarse, al menos, a la Agencia Española de Protección de datos, a fin de garantizar su régimen de “total” y “absoluta independencia”, establecido en el Derecho de la Unión Europea y en el propio ordenamiento jurídico español.

Finalmente, y en línea con lo anterior convendría clarificar en el artículo 26 que la información procedente de las entidades a las que se refiere el artículo 1.2 e) aparecerá recogida en el Portal de la Transparencia con la debida separación, clarificándose así su régimen de “total” y “absoluta independencia”.

Estas conclusiones deben nuevamente ser traídas a colación con ocasión de la emisión del presente informe, siendo preciso indicar que si bien la señalada en último lugar sí parece haber sido asumida por el Proyecto ahora analizado, toda vez que se prevé la debida separación de la información que pudiera contenerse en el portal de la transparencia en relación con las Autoridades Administrativas Independientes, que figurará con la debida separación de la relacionada con los Departamento Ministeriales, el texto ahora informado sigue sin resolver el problema planteado en relación con la organización institucional de las Unidades de Información y Transparencia.



En efecto, del tenor del Borrador sometido a informe se desprende la existencia, junto con la unidad central, de dos tipos de unidades: las departamentales, reservadas en exclusiva a los Ministerios, y las singulares, que aun manteniendo determinadas competencias dentro de su ámbito, quedarán sujetas a la coordinación de las unidades departamentales. De este modo, se vuelve a plantear el problema de que la Unidad de Transparencia singular con que pudiera dotarse a esta Agencia, como a las restantes Autoridades independientes, sería objeto de coordinación por la Unidad Departamental del Ministerio al que estuviera “adscrita, siendo así que tal adscripción en el caso de la Agencia no existe por mandato no sólo del derecho interno, sino también del de la Unión Europea.

Por ello, una organización como la prevista en el Borrador, en que los criterios a adoptar por la Agencia debieran ser objeto de coordinación por la Unidad de Transparencia e Información del ministerio de Justicia, al ser éste el departamento con el que “se relaciona” la Agencia Española de Protección de Datos, atentaría contra la independencia de esta Agencia, como a nuestro juicio sucedería en el caso de las restantes autoridades administrativas independientes.

De este modo, **el Proyecto debería ser objeto de modificación en lo que se refiere a las unidades de información y transparencia de las autoridades reguladas por su artículo 2.1 d), bien para establecer que las mismas crearán unidades departamentales, bien para indicar que sus unidades singulares no estarán sometidas ni a la autorización departamental previa a su creación ni al régimen de coordinación establecido en el artículo 8.3.**