



Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, solicitado de esta Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 h) de la Ley Orgánica, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, cúmpleme informarle lo siguiente:

I

Tal y como indica la Exposición de Motivos del Anteproyecto sometido a informe, el mismo viene a responder a la necesidad de “una reforma integral y estructural que permita ordenar y clarificar cómo se organizan y relacionan las Administraciones tanto externamente, con los ciudadanos y empresas, como internamente con el resto de Administraciones e instituciones del Estado”. De este modo, añade la Exposición de motivos, el objetivo del texto “es eliminar la superposición de regímenes jurídicos existentes y superar la dispersión normativa, contando con una ley única y sistemática que regule el conjunto de las relaciones internas de las Administraciones entre sí y una única ley que ordena las relaciones externas de la Administración con los ciudadanos y empresas, tanto a través del procedimiento administrativo de elaboración de actos, como del procedimiento de elaboración de normas”, incardinándose en una reforma integral de las normas básicas del Derecho Administrativo, que se complementa con el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, también sometida a informe de esta Agencia.

En este sentido, es preciso indicar, como punto de partida, que las conclusiones que se alcancen en el presente informe deberán entenderse complementadas con las incluidas en el informe emitido en relación con el Anteproyecto últimamente mencionado, toda vez que la reforma operada ha de concebirse de una forma unitaria, sin perjuicio de las distintas cuestiones que deban ser objeto de análisis en relación con cada uno de los Proyectos normativos informados.



Particularmente relevante, desde el punto de vista de la aplicación de las normas de protección de datos, resulta la reforma operada por el Anteproyecto en la denominada “administración electrónica”, procediéndose a derogar el régimen incorporado a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. En este punto, la Exposición de Motivos señala en su apartado II que “resulta clave contar con una nueva Ley que sistematice toda la regulación relativa al procedimiento administrativo, que clarifique e integre el contenido de las citadas Ley 30/1992, de 26 de noviembre y Ley 11/2007, de 22 de junio, y profundice en la agilización de los procedimientos con un pleno funcionamiento electrónico con cero papel. Todo ello revertirá en un mejor cumplimiento de los principios constitucionales de eficacia y seguridad jurídica que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas, tal y como dispone el texto constitucional”. Posteriormente, en el apartado V se enumeran las modificaciones más importantes en esta materia, señalándose entre las mismas “la separación y simplificación de los medios de identificación electrónica, que permiten verificar la identidad del interesado, y los medios de firma electrónica, que permiten acreditar su voluntad y consentimiento, disponiendo asimismo, con carácter general, la suficiencia de la identificación”, haciéndose posterior referencia al Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE”.

Igualmente, se añade que “Se establece, con carácter básico, un conjunto mínimo de categorías de medios de identificación y firma a utilizar por todas las Administraciones. En particular, se admitirán como sistemas de firma: sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos cualificados de firma electrónica, entendiéndose admitidos en esta categoría tanto los certificados electrónicos de persona jurídica como los de entidad sin personalidad jurídica; sistemas de sello electrónico reconocido o cualificado y de sello electrónico avanzado basados en certificados cualificados de sello electrónico; así como cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan. Se admitirán como sistemas de identificación: cualquiera de los sistemas de firma admitidos, así como sistemas de clave concertada y cualquier otro que establezcan las Administraciones Públicas”.



También se menciona dentro de las novedades “la obligación de todas las Administraciones Públicas de contar con un registro electrónico general, o, en su caso, adherirse al de la Administración General del Estado”, señalándose que “estos registros estarán asistidos a su vez por la actual red de oficinas en materia de registros, que pasarán a denominarse oficinas de asistencia en materia de registros, y que permitirán a los interesados, en el caso que así lo deseen, presentar sus solicitudes en papel y será en estas oficinas donde se conviertan a formato electrónico”. Asimismo, “en materia de archivos se introduce como novedad la obligación de cada Administración Pública de mantener un archivo electrónico único de los documentos que correspondan a procedimientos finalizados, así como la obligación de que estos expedientes sean conservados en un formato que permita garantizar la autenticidad, integridad y conservación del documento”.

Finalmente, se menciona la modificación del régimen relativo a la no aportación de copias de documentos que ya obren en poder de la Administración, “estableciendo con carácter general la obligación de las Administraciones Públicas de no requerir documentos ya aportados por los interesados, documentos elaborados por las Administraciones Públicas o documentos originales, salvo las excepciones contempladas en la Ley”.

Obviamente, estas disposiciones se complementan con las reguladoras del procedimiento administrativo, así como la revisión de los actos dictados por las Administraciones Públicas, introduciéndose en el régimen las especialidades aplicables a determinados procedimientos, como el sancionador o el de responsabilidad patrimonial, que dejan de regularse de forma individualizada en el texto en relación con el sistema establecido en la Ley 30/1992. El texto se completa con la incorporación al mismo del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, actualmente contenido en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, respecto del que se introducen importantes modificaciones.

Hecha esta descripción general, el texto sometido a informe contiene una pluralidad de disposiciones que afectan tanto al derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal como a la propia actividad de la Agencia, como Administración Pública que es sometida al procedimiento establecido en el Anteproyecto. Ello exige que deban diferenciarse en el presente informe dos partes claramente diversas: la primera se referirá a la incidencia de las normas del texto en el régimen sustantivo de la Ley Orgánica



15/1999, que se referirá en gran medida a las normas que vienen a regular la generalización del uso de medios electrónicos por parte de las Administraciones Públicas, así como determinados supuestos de acceso, electrónico o no, por una Administración a datos de otra o por distintos órganos de la misma Administración; la segunda se referirá, por su arte, al régimen procedimental establecido en el Anteproyecto, especialmente en lo que respecta al ejercicio de la potestad sancionadora, aunque no sólo limitado a este procedimiento, y la incidencia que sus normas pueden tener en la actividad de la Agencia.

II

Entrando ya en el análisis del articulado del Anteproyecto sometido a informe cabe hacer en primer lugar referencia al artículo 27 del mismo, en el que se enumeran los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración; precepto que se complementa con los derechos de los interesados en el procedimiento administrativo, a los que se refiere el artículo 67 del Texto.

Dentro de los derechos enumerados por el artículo 27, el apartado h) reconoce el derecho “a la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas”, reproduciendo así lo dispuesto en el artículo 6.2 i) de la Ley 11/2007.

Debe tenerse en cuenta en este punto que el citado derecho venía a complementar las finalidades y principios básicos establecidos en la Ley 11/2007, recogidos en sus artículos 3 y 4 que, siendo objeto de derogación por la norma sometida a informe, no han sido reemplazados por un precepto similar en el texto de la Ley, que no obstante, como indica su Exposición de Motivos, viene a establecer el régimen general de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los individuos.

Así, cabe señalar que el artículo 3.3 de la Ley 11/2007 recoge, como una de las finalidades de la Ley “crear las condiciones de confianza en el uso de los medios electrónicos, estableciendo las medidas necesarias para la preservación de la integridad de los derechos fundamentales, y en especial los relacionados con la intimidad y la protección de datos de carácter personal, por



medio de la garantía de la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones y los servicios electrónicos”.

A su vez, dentro de los principios que rigen el uso de las tecnologías de la información por parte de las Administraciones Públicas el artículo 4 recoge en su apartado a) como primer principio “el respeto al derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de los Datos de Carácter Personal, en las demás leyes específicas que regulan el tratamiento de la información y en sus normas de desarrollo, así como a los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar”.

En este sentido, es preciso recordar la naturaleza del derecho a la protección de datos de carácter personal como derecho fundamental y autónomo de los restantes derechos fundamentales consagrados por el artículo 18 de la Constitución, tal y como ponen de manifiesto el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Debe recordarse que la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000 se refiere expresamente al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, como derecho independiente y autónomo del derecho a la intimidad personal y familiar, señalando en su Fundamento Jurídico 5 que “La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática» es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático («habeas data») y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/1998, F. 5, 94/1998, F. 4)”.

De este modo se reconoce el derecho fundamental a la protección de datos, que “a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta



regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran”.

Aclara asimismo el Fundamento Jurídico 6 que “La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22 de julio, F. 8). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, por esta razón, y así lo ha dicho este Tribunal (SSTC 134/1999, de 15 de julio, F. 5; 144/1999, F. 8; 98/2000, de 10 de abril, F. 5; 115/2000, de 10 de mayo, F. 4), es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidos de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin”, indicando, en fin, que “el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre, como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la



garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado”.

Lo que se ha venido indicando implica que sería preciso que habiendo desaparecido del texto sometido a informe una norma similar al artículo 4 a) de la Ley 11/2007, el artículo 27 se refiriese expresamente, dentro de los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración, no sólo a la seguridad y confidencialidad de la información, sino a la protección de sus datos de carácter personal, dado que dichas garantías son únicamente dos de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999 (artículos 9 y 10), siendo preciso tener en cuenta el necesario respeto a los restantes principios y derechos establecidos en esa norma.

Por este motivo, se propone modificar el texto del artículo 27 h) en los siguientes términos:

“h) A la garantía **de su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, así como** de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas.”

III

Siguiendo con el estudio de las normas vinculadas al uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de las Administraciones Públicas, y sentado que a juicio de esta Agencia la referencia al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal ha de operar como elemento fundamental que debe regir la actuación de la Administración debiendo reconocerse como uno de los derechos a los que se refiere el artículo 27 del Anteproyecto, debe hacerse ahora referencia a diversas disposiciones del mismo en que además del principio general mencionado debería igualmente tomarse en consideración el contenido de la Ley Orgánica 15/1999 y, en muchos de los supuestos, hacer referencia al deber de seguridad impuesto por su artículo 9. Debe tenerse en cuenta que el presente informe no realizará una delimitación exhaustiva de



todas las disposiciones relacionadas por cuanto parte del principio general del respeto al derecho fundamental al que se ha hecho mención en el apartado anterior.

En este sentido, resulta esencial el cumplimiento del citado artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999, cuyo apartado 1 dispone que “el responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento, deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural”

En este sentido, el artículo 27.2 del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica dispone que “cuando un sistema al que afecte el presente Real Decreto maneje datos de carácter personal le será de aplicación lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y normativa de desarrollo, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el Esquema Nacional de Seguridad”.

El texto sometido a informe viene a establecer una amplia pluralidad de normas referidas a la utilización de medios electrónicos por parte de la Administraciones Públicas, estableciendo en muchos de esos supuestos normas específicas de seguridad. Así, a título de ejemplo, cabe hacer referencia al artículo 31.3 del Anteproyecto, referido al archivo de documentos, que prevé que “los medios o soportes en que se almacenen documentos, deberán contar con medidas de seguridad, de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Seguridad, que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados. En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos, así como el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos”.

Esta regla, a nuestro juicio, debería también establecerse en relación con determinados preceptos específicos del texto, habida cuenta de los efectos que producen en la esfera privada de los particulares. En particular, **sería conveniente que la referencia a la necesaria implantación de las medidas de seguridad previstas en la normativa de protección de datos fuera**



tenida en cuenta expresamente en relación con las resoluciones que pongan término al procedimiento administrativo, estableciendo una previsión similar en el artículo 115.4, que en la redacción sometida a informe dispone que “sin perjuicio de la forma y lugar señalados por el interesado para la práctica de las notificaciones, la resolución del procedimiento se dictará electrónicamente y garantizará la identidad del órgano competente, así como la autenticidad e integridad del documento que se formalice mediante el empleo de alguno de los instrumentos previstos en esta Ley”.

Particularmente relevante será la referencia a la necesaria adopción de las medidas de seguridad establecidas no sólo en el Esquema Nacional de Seguridad sino también la normativa de protección de datos de carácter personal dentro de la normativa reguladora de los registros a los que se refiere el Anteproyecto y, en particular, en el Registro de apoderamientos y en los regulados por el artículo 30.

En cuanto al registro de apoderamientos, el artículo 19.7 dispone que “las Administraciones Públicas podrán habilitar con carácter general o específico a personas físicas o jurídicas autorizadas para la realización de determinadas transacciones electrónicas en representación de los interesados. Dicha habilitación deberá especificar las condiciones y obligaciones a las que se comprometen los que así adquieran la condición de representantes, y determinará la presunción de validez de la representación salvo que la normativa de aplicación prevea otra cosa. Las Administraciones Públicas podrán requerir, en cualquier momento, la acreditación de dicha representación” y el párrafo primero del artículo 20.2 señala que “los registros electrónicos generales de apoderamientos y los registros electrónicos de apoderamientos de cada Organismo deberán ser plenamente interoperables entre sí, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se registren en sus correspondientes registros”.

Esta previsión debería completarse con otra que añadiera que los registros de apoderamientos, tanto el general como los que existieran en los distintos Órganos implantarán las medidas de seguridad establecidas en la normativa de protección de datos de carácter personal.

En cuanto a los Registros regulados por el artículo 30, su apartado 1 dispone que “cada Administración dispondrá de un registro electrónico general,



en el que se hará el correspondiente asiento de todo escrito o comunicación que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, entidad u organismo dependiente o vinculado a éstos. También se podrán anotar en el mismo, la salida de los escritos y comunicaciones oficiales dirigidas a otros órganos o particulares”, pudiendo los Organismos dependientes de cada Administración “disponer de su propio registro electrónico plenamente interoperable e interconectado con el Registro Electrónico de la Administración de la que depende”.

Además, siendo posible la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones a través de tales registros, conforme al artículo 30.4, el artículo 30.3 dispone que “el registro electrónico de cada Administración u organismo garantizará la constancia, en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona u órgano administrativo al que se envía, y, en su caso, referencia al contenido del escrito o comunicación que se registra. Para ello, se emitirá automáticamente un recibo consistente en una copia autenticada del escrito, solicitud o comunicación de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro, así como un recibo acreditativo de los documentos que, en su caso, acompañan a la solicitud, escrito o comunicación que garanticen la integridad y el no repudio de los mismos”.

Pues bien, nuevamente considera esta Agencia que debería establecerse en este precepto la necesaria implantación en los registros de las mencionadas medidas de seguridad previstas en la normativa de protección de datos, a fin de garantizar que no se produzca la pérdida, acceso accidental o destrucción de los documentos o solicitudes presentadas por los ciudadanos que pudieran contener datos de carácter personal.

En este mismo sentido, y en cuanto a la posible existencia de registros electrónicos de las Comunidades Autónomas y entidades locales, a la que se refiere la disposición adicional tercera del Anteproyecto, debería señalarse que dichos registros, además de garantizar la interoperabilidad, habrán de implantar las mencionadas medidas de seguridad.



IV

Dentro de las disposiciones relacionadas con el uso de medios electrónicos por las Administraciones Públicas y en general en el marco de las relaciones de los interesados con las mismas en el marco del procedimiento administrativo, el artículo 67 d) reconoce el derecho “a no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas”

En relación con este derecho, el artículo 42.3 del Anteproyecto dispone que “las Administraciones no exigirán a los interesados la presentación de documentos originales, salvo que, con carácter excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario”.

A tal efecto, dispone el artículo en su párrafo segundo que “asimismo, las Administraciones Públicas no requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos por la normativa reguladora aplicable o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración. A estos efectos, el interesado deberá indicar en qué momento y ante qué órgano administrativo presentó la citada documentación, debiendo las Administraciones Públicas recabarla electrónicamente a través de sus redes corporativas o de una consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto. Se presumirá que esta consulta es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso. Excepcionalmente, si las Administraciones Públicas no pudieran recabar la citada documentación podrán solicitar nuevamente al interesado su aportación”.

Este precepto vendría a reemplazar lo establecido en los artículos 6.2 b) y 9 de la Ley 11/2007. El primero de dichos preceptos establece que “los ciudadanos tienen en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad administrativa, y en los términos previstos en la presente Ley, los siguientes derechos (...) a no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los



términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados. El citado consentimiento podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos”. A su vez, el artículo 9 se refiere a los criterios para la disponibilidad de la información, que quedará, según el apartado 2, supeditada a lo dispuesto en el artículo 6.2 b), es decir, al previo consentimiento expreso del interesado.

De este modo, el Proyecto sometido a informe viene a modificar el régimen actualmente existente, en que el acceso por la Administración a la documentación previamente aportada por el interesado a otro órgano u otra Administración se supedita, a salvo de previsión legal específica en contrario, a su consentimiento, por un sistema en que dicho consentimiento se presume a menos que exista oposición expresa por el interesado o exista una exigencia expresa de consentimiento. Se establece así una habilitación legal para la cesión de datos entre órganos de una misma Administración o entre Administraciones Públicas u Organismos Públicos, que debería ampararse en lo dispuesto en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, a cuyo tenor no será preciso el consentimiento para la cesión de datos cuando exista una norma con rango de Ley que habilite la cesión.

En este punto, debe recordarse que esta Agencia ha puesto reiteradamente de manifiesto que la mera adopción de una norma con rango de Ley no puede considerarse por sí sola como habilitante de un tratamiento o cesión, sino que debería analizarse si la mencionada previsión propuesta resulta conforme y respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, consagrado por el artículo 18.4 de la Constitución. En este sentido, si bien es cierto que la Ley puede, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6.1 y 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, establecer causas específicas legitimadoras del tratamiento de los datos de carácter personal sin que se haga preciso en tales supuestos recabar el consentimiento de los afectados, debe tenerse en cuenta que tales limitaciones deberán en todo caso resultar respetuosas con el contenido esencial del derecho fundamental, conforme exige el artículo 53.1 de la Constitución. Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/2013, de 31 de enero, en cuyo fundamento jurídico 4 se señala lo siguiente:



“En conclusión, tal como establece nuestra doctrina, es claro que la LOPD no permite la comunicación indiscriminada de datos personales entre Administraciones Públicas dado que, además, estos datos están, en principio, afectos a finalidades concretas y predeterminadas que son las que motivaron su recogida y tratamiento. Por tanto, la cesión de datos entre Administraciones Públicas sin consentimiento del afectado, cuando se cedan para el ejercicio de competencias distintas o que versen sobre materias distintas de aquellas que motivaron su recogida, únicamente será posible, fuera de los supuestos expresamente previstos por la propia LOPD, si existe previsión legal expresa para ello [art. 11.2. a) en relación con el 6.1 LOPD] ya que, a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE, los límites al derecho a consentir la cesión de los datos a fines distintos para los que fueron recabados están sometidos a reserva de ley. Reserva legal que, como es obvio, habrá de cumplir con los restantes requisitos derivados de nuestra doctrina- esencialmente, basarse en bienes de dimensión constitucional y respetar las exigencias del principio de proporcionalidad- para poder considerar conforme con la Constitución la circunstancia de que la norma legal en cuestión no contemple, por tanto, la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para autorizar la cesión de datos.”

De este modo deberá verificarse si dicha habilitación resulta coherente con los principios de protección de datos y, particularmente, con los consagrados en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999. En este sentido, el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que “los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”, añadiendo el artículo 4.2 que “los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”.

Por este motivo, para que la previsión contenida en el artículo 42.3 del Anteproyecto resulte plenamente conforme al contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos sería necesario que se establecieran en la misma determinadas cautelas que garantizaran el respeto a los principios que conforme a la Ley Orgánica 15/1999 configuran ese derecho.



A tal efecto, y en primer lugar, será necesario que en cada momento el interesado pueda conocer cuáles son los documentos cuya presentación resulta necesaria para la realización del trámite concreto, dado que ello permitiría garantizar el cumplimiento del principio de proporcionalidad al que acaba de hacerse referencia, vinculando el acceso a los documentos a la necesidad de que los mismos sean aportados al procedimiento.

Además, la exclusión del consentimiento del interesado no implica que el mismo no haya de ser claramente informado acerca de la cesión que podrá tener lugar, en los términos establecidos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999. Si no se diera cumplimiento a este deber de información no podría considerarse que la cesión se ha llevado a cabo con pleno cumplimiento del contenido esencial del derecho y, a su vez, no se dotaría al interesado de elementos suficiente para que pudiera oponerse a tal cesión, circunstancia ésta que sí permite el precepto.

En tercer lugar, la posibilidad de oposición del interesado debe ser real, de forma que al solicitarse la información se ponga en su conocimiento esta opción y se articule un procedimiento idóneo para que, en su caso, el interesado pueda oponerse a la cesión.

Finalmente, el intercambio de la información deberá resultar respetuoso con los principios de la Ley Orgánica 15/1999, y particularmente los que garantizan la seguridad de los datos de carácter personal. De este modo, debería ponerse de manifiesto que se respetará en todo momento lo dispuesto en este punto por la legislación de protección de datos. En este sentido, cabe hacer referencia a los mecanismos de control de accesos establecidos a los que se refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia anteriormente citada como garantizadores del contenido esencial del derecho en la cesión objeto de análisis en ese caso.

Por todo ello, sería necesario modificar el tenor del párrafo segundo del artículo 42.3, pasando a tener la siguiente redacción:

“Asimismo, las Administraciones Públicas no requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos por la normativa reguladora aplicable o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración. A estos efectos, **el interesado deberá ser informado de la documentación requerida, indicando** en qué



momento y ante qué órgano administrativo presentó la citada documentación, debiendo las Administraciones Públicas recabarla electrónicamente a través de sus redes corporativas o de una consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto, **que deberán respetar lo establecido en la normativa de protección de datos de carácter personal.** Se presumirá que esta consulta es autorizada por los interesados siempre que hayan **sido informados de la misma con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre,** salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa **a través del procedimiento que a tal efecto se ponga a su disposición** o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso. Excepcionalmente, si las Administraciones Públicas no pudieran recabar la citada documentación podrán solicitar nuevamente al interesado su aportación.”

Los criterios a los que ha venido haciéndose referencia resultan igualmente aplicables a los sistemas de comprobación o verificación de datos a los que se refiere el artículo 93.5 del Anteproyecto sometido a informe, según el cual “los sistemas normalizados de solicitud podrán incluir comprobaciones automáticas de la información aportada respecto de datos almacenados en sistemas propios o pertenecientes a otras Administraciones u ofrecer el formulario cumplimentado, en todo o en parte, con objeto de que el interesado verifique la información y, en su caso, la modifique y complete”.

Este precepto viene a permitir la existencia de un sistema de comprobación o verificación automática de la información facilitada por el interesado mediante su cotejo con la que se encontrase en poder de la misma o distinta Administración, habilitando así la cesión derivada del acceso que implica ese cotejo.

La potestad de verificación de la información aportada por el interesado ya se planteó en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, cuyo artículo 11 disponía que “cuando se formulen solicitudes por medios electrónicos en las que el interesado declare datos personales que obren en poder de las Administraciones públicas, el órgano destinatario de la solicitud podrá efectuar en el ejercicio de sus competencias las verificaciones necesarias para comprobar la autenticidad de los datos”.



Este precepto fue anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010, por la que se resolvía uno de los recursos interpuestos contra el mencionado Reglamento (recurso 23/2008), en cuyo fundamento de derecho sexto se indicaba lo siguiente:

Sostiene la recurrente que el precepto reglamentario es contrario a los artículos 6.2, 11.2.a) y 21 de la Ley Orgánica y a los artículos 6.2.b) y 9 de la Ley 11/2007, de 22 de junio (RCL 2007, 1222), de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

Argumenta que el precepto impugnado habilita un nuevo supuesto de tratamiento y/o cesión de datos por parte de las Administraciones Públicas sin consentimiento de los interesados, sin más habilitación que una norma reglamentaria.

Introducido el artículo en atención a las observaciones que al proyecto de Reglamento formuló el Ministerio de Administraciones Públicas (folios 906 a 909 del expediente -documento nº 6-), en las que entre otras proponía la adición de un nuevo artículo con la siguiente redacción: "La formulación por medios electrónicos de solicitudes en las que el interesado declare datos personales que obren en poder de las Administraciones públicas conllevará la autorización al órgano destinatario de la solicitud para que verifique la autenticidad de tales datos", razón asiste a la recurrente cuando afirma que la redacción del precepto, parcialmente modificado con relación a la propuesta u observación del Ministerio de Administraciones Públicas, supone un tratamiento o cesión de datos sin consentimiento y sin la habilitación legal exigida por los artículos 6 y 11 de la Ley Orgánica, ya transcritos en el fundamento de derecho precedente.

La circunstancia de que en la redacción del precepto se hubiera omitido la implícita referencia que en el texto propuesto por el Ministerio de las Administraciones Públicas se hacía a un consentimiento tácito, no permite inferir, contrariamente a lo que sostiene el Abogado del Estado, que el artículo 11 del Reglamento se acomoda a los artículos 6 y 11 de la Ley Orgánica cuando prescinde de la habilitación legal, acomodación que tampoco cabe deducir de la circunstancia de que el precepto reglamentario limite la potestad de verificación de la Administración



cuando se encuentre en el ejercicio de sus competencias, pues una cosa es que ese ámbito competencial se encuentre amparado legalmente, consideración esta aducida por el Abogado del Estado, y otra muy distinta que ese amparo legal no comprenda la habilitación legal específica exigida por la Ley Orgánica.”

El precepto ahora analizado trataría de cubrir la laguna cuya existencia dio lugar a la anulación del artículo 11. Ahora bien, para que ello sea posible, y conforme a los criterios que se han indicado en un lugar anterior, resulta necesario que esta habilitación respete el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, lo que en este punto, en que el interesado conocerá el alcance de la información que va a ser objeto de comprobación al haberla aportado él mismo, se traducirá en la necesaria información a aquél de que la comprobación tendrá lugar y a la adopción, nuevamente, de las adecuadas garantías de seguridad establecidas en la normativa de protección de datos.

Por ello, sería preciso completar el artículo 93.5 citado, del siguiente modo:

“Los sistemas normalizados de solicitud podrán incluir comprobaciones automáticas de la información aportada respecto de datos almacenados en sistemas propios o pertenecientes a otras Administraciones, **siempre que el interesado haya sido debidamente informado, en los términos previstos en la normativa reguladora del derecho a la protección de datos de carácter personal**, de que dicha comprobación, **que deberá respetar las medidas de seguridad previstas en esa normativa**, tendrá lugar. Asimismo, podrán ofrecer el formulario cumplimentado, en todo o en parte, con objeto de que el interesado verifique la información y, en su caso, la modifique y complete.”

Dentro de estas facultades de comprobación, debe hacerse referencia a la establecida en el párrafo segundo del artículo 20.2 del texto sometido a informe, referido a los registros de apoderamientos, que establece que “los registros electrónicos generales de apoderamientos y los registros electrónicos de apoderamientos de cada organismo permitirán comprobar válidamente, mediante la consulta a otros registros administrativos similares, así como al registro mercantil y de la propiedad, y a los protocolos notariales, la



representación que ostentan quienes actúen ante las Administraciones Públicas en nombre de un tercero”.

Esta previsión debería completarse con las referencias que ya se han mencionado a los principios de proporcionalidad, seguridad e información al interesado, debiendo ser su redacción la siguiente:

“Los registros electrónicos generales de apoderamientos y los registros electrónicos de apoderamientos de cada organismo permitirán comprobar válidamente, **siempre que los interesados haya sido debidamente informado, en los términos previstos en la normativa reguladora del derecho a la protección de datos de carácter personal, la representación que ostentan quienes actúen ante las Administraciones Públicas en nombre de un tercero**, mediante la consulta a otros registros administrativos similares, así como al registro mercantil y de la propiedad, y a los protocolos notariales.”

V

Debe ahora hacerse referencia a otras cuestiones contenidas en el Anteproyecto sometido a informe que sin referirse al régimen de la denominada administración electrónica también afectan a la aplicación de las normas de protección de datos de carácter personal. Así, habrá de hacerse ahora referencia a las previsiones relativas al régimen de las encomiendas de gestión, el funcionamiento de los órganos colegiados, el deber de colaboración con las Administraciones Públicas y el régimen de notificación o publicación de los actos administrativos.

a) En cuanto a la **encomienda de gestión**, el artículo 7.1 del texto sometido a informe prevé que la misma se podrá referir a “la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público”, pudiendo otorgarse “a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”. La encomienda de gestión no supone, conforme al artículo 7.2 “cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter



jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda”, debiendo formalizarse, con arreglo al artículo 7.3 “de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, que dispone que diferencia los instrumentos de formalización según los órganos encomendante y encomendado pertenezcan a la misma o distinta Administración Pública.

Desde la perspectiva de la normativa de protección de datos, la encomienda de gestión, que no implica, como se ha dicho, cesión en la titularidad de la competencia, ha de considerarse sometida, cuando su desarrollo implique el tratamiento de datos de carácter personal, al régimen establecido para el acceso a datos por cuenta de terceros en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 y en los artículos 20 a 22 de su Reglamento, ostentando el destinatario de la encomienda la condición de encargado del tratamiento, por cuanto la destinataria de la encomienda tratará los datos por cuenta del titular de la competencia.

En este sentido, y además de las normas anteriormente citadas, puede tomarse en consideración lo establecido en la Disposición Adicional vigésima sexta del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, referida a los contratos de servicios que impliquen el acceso a datos por cuenta de la Administración contratante. Así, se dispone lo siguiente:

“1. Los contratos regulados en la presente Ley que impliquen el tratamiento de datos de carácter personal deberán respetar en su integridad la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo.

2. Para el caso de que la contratación implique el acceso del contratista a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquél tendrá la consideración de encargado del tratamiento.

En este supuesto, el acceso a esos datos no se considerará comunicación de datos, cuando se cumpla lo previsto en el artículo 12.2 y 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. En todo caso, las previsiones del artículo 12.2 de dicha Ley deberán de constar por escrito.



Cuando finalice la prestación contractual los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos a la entidad contratante responsable, o al encargado de tratamiento que ésta hubiese designado.

El tercero encargado del tratamiento conservará debidamente bloqueados los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con la entidad responsable del tratamiento.

3. En el caso de que un tercero trate datos personales por cuenta del contratista, encargado del tratamiento, deberán de cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que dicho tratamiento se haya especificado en el contrato firmado por la entidad contratante y el contratista.

b) Que el tratamiento de datos de carácter personal se ajuste a las instrucciones del responsable del tratamiento.

c) Que el contratista encargado del tratamiento y el tercero formalicen el contrato en los términos previstos en el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

En estos casos, el tercero tendrá también la consideración de encargado del tratamiento.”

Tal y como ha venido señalando reiteradamente esta Agencia los principios contenidos en las disposiciones a las que ahora se viene haciendo referencia deberían igualmente respetarse en el caso de encomiendas de gestión, lo que en aras a la seguridad jurídica debería ponerse de manifiesto en el propio texto sometido a informe.

Por este motivo, y sin perjuicio de lo que se señala en el informe emitido por esta Agencia al Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, se propone que se añada un segundo párrafo al artículo 7.2 del Anteproyecto ahora informado, en que se señale lo siguiente:

“En todo caso el destinatario de la encomienda de gestión tendrá la condición de encargado del tratamiento, siéndole de aplicación lo



dispuesto para el mismo en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.”

b) En cuanto al funcionamiento de los **órganos colegiados** deben mencionarse dos previsiones del texto sometido a informe que podrían afectar al régimen de la Ley Orgánica 15/1999.

En primer lugar, el artículo 13.7 dispone que “quienes acrediten la titularidad de un interés legítimo podrán dirigirse al Secretario de un órgano colegiado para que les sea expedida certificación de sus acuerdos. Salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario, la citada certificación será expedida a través de medios electrónicos”.

Sin perjuicio de la lógica de la disposición, la misma debería a nuestro juicio completarse con el debido respeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y al régimen previsto por la misma para la cesión de datos de carácter personal. En este sentido, es cierto que el precepto prevé que será necesaria la acreditación por el solicitante de un interés legítimo en el acceso al acuerdo cuya certificación se solicita. Ahora bien, dicho interés legítimo debería además, conforme exige el artículo 7 f) de la Ley Orgánica 15/1999, prevalecer sobre el derecho a la protección de datos de la persona cuya información pueda constar en el Acuerdo.

En este sentido, es preciso recordar que incluso las normas reguladoras de la publicidad activa, contenidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, establecen limitaciones a la divulgación de la información del sector público a la que se aplica ese principio cuando la información contenga datos de carácter personal. Así, el artículo 5.3 de la Ley somete la publicidad activa de la información que contenga datos a los límites establecidos en el artículo 15 de la Ley, vedando dicha publicidad a los datos especialmente protegidos. A su vez, el artículo 15 establece distintas normas aplicables para ponderar los derechos a la protección de datos y al acceso a la información pública que contenga datos personales, entre los que se encuentra el denominado por la Exposición de Motivos “test del daño”, contenido en el artículo 15.3.

A nuestro juicio, dichos criterios deberían ser tenidos igualmente en cuenta en caso de solicitud de certificaciones de actos que pudieran contener datos de carácter personal, debiendo establecerse ciertas limitaciones a la emisión de la certificación en caso de que el interés legítimo que motiva su



solicitud no haya de prevalecer sobre los derechos de las personas cuyos datos aparezcan en el Acuerdo, especialmente su derecho fundamental a la protección de datos.

Por ello, sería conveniente completar el artículo 7.3 con un segundo párrafo que establezca que:

“No se expedirá la certificación cuando los derechos de las personas cuyos datos contuviera el acuerdo respecto del que se solicita, y en particular su derecho a la protección de datos de carácter personal, deban prevalecer sobre el interés legítimo que motiva la solicitud.”

Por otra parte, el artículo 14 se refiere a las Actas de los órganos colegiados. Su apartado primero establece, en su primer párrafo que las mismas habrá de contener “los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados”, añadiendo en su párrafo segundo que “podrán grabarse las sesiones que celebre el órgano colegiado. El fichero resultante de la grabación junto con la certificación expedida por el Secretario de la autenticidad e integridad del mismo y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentación de la sesión, podrán acompañar al acta de las sesiones”.

A su vez, el párrafo segundo del artículo 14.2 añade que “cuando se hubiese optado por la grabación de las sesiones celebradas o por la utilización de documentación en soporte electrónico, deberán conservarse de forma que se garantice la integridad y autenticidad de los archivos electrónicos correspondientes mediante los medios adecuados y garantizar el acceso a los mismos por parte de los miembros del órgano colegiado”.

Debe indicarse que en caso de grabación de las actas, los “ficheros” a los que se refiere el precepto contendrán datos de carácter personal relacionados, en particular, con la voz y la imagen de los miembros del órgano, así como con la totalidad de las manifestaciones que los mismos lleven a cabo durante la reunión.

Por este motivo, sin perjuicio de lo indicado en el informe referido al Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, y a fin de



garantizar el cumplimiento de los principios que rigen el derecho fundamental a la protección de datos, dado que la grabación es potestativa, **sería al menos preciso que se indique en el Proyecto que la grabación de las sesiones deberá incluirse en la regulación del funcionamiento del propio órgano, a través de un instrumento como su reglamento de régimen interior.**

Del mismo modo, **sería preciso que el Anteproyecto clarificase que en caso de que quiera considerarse a la grabación parte integrante o anexa del acta, no recogiendo las imágenes con la exclusiva finalidad de facilitar su preparación, será necesario que así se prevea en la norma de funcionamiento del órgano colegiado**, máxime si se tiene en cuenta el régimen de acceso a las actas derivado del ya citado artículo 13 del Anteproyecto y de lo dispuesto en la Ley 19/2013.

c) Por otra parte, el artículo 32 establece el **deber de colaboración de las personas con la Administración**, estableciendo su apartado 1 que “las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable, y a falta de previsión expresa facilitarán a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación salvo que la revelación de la información solicitada por la Administración atentara contra el honor, la intimidad personal o familiar o supusieran la comunicación de datos confidenciales de terceros de los que tengan conocimiento por la prestación de servicios profesionales de diagnóstico, asesoramiento o defensa”.

La transmisión de datos planteada constituye, como se ha indicado en un lugar anterior de este informe, una cesión de datos de carácter personal, debiendo recordarse lo ya expuesto acerca de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que exige que la habilitación legal de dicha cesión resulte respetuosa del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, regulado en la Ley Orgánica 15/1999, de conformidad con lo exigido a su vez por el artículo 53 de la Constitución.

Como se ha reproducido, el artículo 32.2 establece que, a falta de previsión legal expresa, los datos deberán facilitarse salvo que atenten contra el honor, la intimidad o los deberes profesionales de confidencialidad. De este modo, del tenor de la Ley parece desprenderse que, a sensu contrario, deberán facilitarse los datos no comprendidos en esos límites a menos que exista una limitación legal expresa a la cesión.



Pues bien, como primera cuestión relevante en relación con dicho precepto, debe recordarse la configuración constitucional del derecho fundamental a la protección de datos como distinto de los enumerados en el artículo en su actual redacción, de modo que las exigencias de la Ley Orgánica no operarían en principio como restricciones a una suerte de deber universal de cesión de los datos salvo previsión legal en contrario.

Al propio tiempo, debe nuevamente recordarse la trascendencia que en esta materia ostenta el principio de proporcionalidad, que exigiría que los datos comunicados a las administraciones públicas resultasen adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la finalidad que justifica la cesión; en este caso, la derivada de la competencia del órgano requirente de los informes, inspecciones o actos de investigación. En este sentido, las normas que actualmente regulan deberes de cesión de información a las Administraciones Públicas siempre vinculan dicha comunicación a las competencias que el destinatario tiene encomendadas o a la inequívoca relación entre la naturaleza de la información requerida y las competencias desarrolladas, como por ejemplo cuando la Ley General Tributaria sujeta la cesión de datos a la Administración competente en la aplicación de dicha Ley al hecho de que dicha información revista “trascendencia tributaria”.

Estas previsiones deberían tenerse en cuenta en la norma que ahora es objeto de análisis, de forma que la misma las recogiese expresamente. Por ello, resultaría necesario modificar la dicción del artículo 32.1 del Anteproyecto, pasando a tener la siguiente redacción:

“Las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable, y a falta de previsión expresa facilitarán a la Administración **los** informes, inspecciones y otros actos de investigación **que requieran para el ejercicio de sus competencias** salvo que la revelación de la información solicitada por la Administración atentara contra el honor, la intimidad personal o familiar, **la protección de datos de carácter personal** o supusieran la comunicación de datos confidenciales de terceros de los que tengan conocimiento por la prestación de servicios profesionales de diagnóstico, asesoramiento o defensa”.



VI

Por lo que respecta a la notificación y publicación de los actos administrativos, el presente informe no analizará dichas figuras en lo que respecta a su condición de requisito de eficacia de los actos administrativos, sino que se referirá a los problemas que la notificación, en supuestos excepcionales, y la publicación, con mayor frecuencia, pueden plantear desde el punto de vista de la garantía del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, por cuanto la publicación y la notificación pueden implicar, de facto, la transmisión a un tercero o a una pluralidad indeterminada de personas de datos de carácter personal del interesado al que el acto administrativo se refiere.

a) En este sentido cabe, en primer lugar, hacer referencia al **contenido de la notificación** para que surta plenos efectos. En general, el artículo 54.2 del Anteproyecto señala que “Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente”. En todo caso, concluye el artículo 54.4 que “Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado”.

Debe en este punto tenerse en cuenta la referencia al contenido íntegro de la resolución en aquellos supuestos en los que aparecen en la misma datos personales de terceros distintos del interesado al que se practica la notificación, pudiendo la misma contener datos de carácter personal de esas terceros interesados cuya inclusión en la notificación practicada a otro interesado puede suponer una revelación que resulte contraria al principio de proporcionalidad consagrado por el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999 si dicha información es irrelevante para que el acto despliegue todos sus efectos respecto del interesado al que se practica la notificación.



Desde el punto de vista de la actuación y experiencia de la Agencia puede hacerse referencia a supuestos en que se haya producido una acumulación de actuaciones o se haya iniciado de oficio un procedimiento sancionador referido a una pluralidad de denunciados, pudiendo contener la resolución no sólo sus datos identificativos, sino otros que afectan en mayor medida a su esfera íntima o, en situaciones extremas, datos relacionados con su salud. Así podría suceder en actuaciones relacionadas con la procedencia o improcedencia de atender una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por varias personas a las que se haya producido un daño de carácter físico o cuando se trate de procedimientos sancionadores en que sea relevante la constancia de determinados datos de los distintos denunciados, tales como su historia clínica o sus datos financieros.

En estos supuestos, sería conveniente que el Proyecto incorporase alguna previsión a fin de, por una parte, garantizar al interesado notificado, el conocimiento íntegro del acto administrativo en lo que le afecta o en lo que puede derivarse de la actuación relacionada con terceros, pero al propio tiempo no se revelasen al mismo datos de esos terceros cuyo conocimiento no porta ninguna garantía adicional para el interesado.

En este sentido, puede tenerse en cuenta la propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial elaborada por esta Agencia en relación con el acceso por las partes a datos de carácter personal contenidos en las sentencias y resoluciones judiciales, que ha sido incorporada como artículo 236 quinquies.1 al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la mencionada Ley, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 6 de marzo de 2015, y que señala lo siguiente:

“1. Los Jueces y Tribunales podrán adoptar las medidas que sean necesarias para la supresión de los datos personales de los documentos a los que puedan acceder las partes durante la tramitación del proceso siempre que no sean necesarios para garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva.

Del mismo modo procederán respecto del acceso por las partes a los datos personales que pudieran contener las sentencias y demás resoluciones dictadas en el seno del proceso, sin perjuicio de la aplicación en los demás supuestos de lo establecido en el artículo 235 bis.”



Por este motivo, sería conveniente que se indicase en el artículo 54 del Anteproyecto que el contenido íntegro de la resolución no precisará de la incorporación de los datos de carácter personal de terceros interesados que no sean necesarios para garantizar la eficacia de la notificación y los derechos del interesado al que la misma se realiza, pudiendo introducirse un apartado 5 con el siguiente tenor.

“Cuando sean varios los destinatarios de la resolución o acto administrativo, la notificación a cada uno de los interesados podrá efectuarse previa disociación de los datos personales de los restantes si con ello no queda perjudicada la efectividad del acto respecto del destinatario ni los derechos que al mismo otorgan la Constitución y las Leyes.”

b) En segundo lugar, el Anteproyecto incorpora en el artículo 55.4 una regla de acceso o cesión de datos con la finalidad de llevar a cabo la notificación en los procedimientos iniciados de oficio, disponiendo que “En los procedimientos iniciados de oficio, a los solos efectos de su iniciación, las Administraciones Públicas podrán recabar, mediante consulta a las bases de datos del Instituto Nacional de Estadística, los datos sobre el domicilio del interesado recogidos en el Padrón Municipal, remitidos por las Entidades Locales en aplicación de lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local”.

Esta previsión viene coincidiendo con la reiteradamente sostenida por esta Agencia, que considera que la cesión de estos datos, con la única finalidad de conocer el domicilio y lograr la práctica de la notificación está amparada por el artículo 16.3 de la Ley 7/1985.

Por otra parte, la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 15/1999 regula los registros de población de las Administraciones Públicas, regulando un supuesto de hecho similar al previsto en el Anteproyecto, aunque ampliado más allá de los procedimientos iniciados de oficio, estableciendo lo siguiente:

“1. La Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas podrán solicitar al Instituto Nacional de Estadística, sin consentimiento del interesado, una copia actualizada del



fichero formado con los datos del nombre, apellidos, domicilio, sexo y fecha de nacimiento que constan en los padrones municipales de habitantes y en el censo electoral correspondientes a los territorios donde ejerzan sus competencias, para la creación de ficheros o registros de población.

2. Los ficheros o registros de población tendrán como finalidad la comunicación de los distintos órganos de cada administración pública con los interesados residentes en los respectivos territorios, respecto a las relaciones jurídico administrativas derivadas de las competencias respectivas de las Administraciones Públicas.”

Debería, en consecuencia plantearse la incidencia del artículo 55.4 del Anteproyecto en esta disposición adicional, a los efectos de valorar la vigencia de la misma, una vez aprobado el Anteproyecto o la procedencia de su derogación, así como la posible aplicación en su caso del artículo 55.4 a procedimientos distintos de los iniciados de oficio.

c) Debe, por último, analizarse el régimen de publicación de los actos administrativos, derivado de lo establecido en los artículos 58 a 60 del Anteproyecto sometido a informe.

El primer párrafo del artículo 58 establece que “cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado, en el «Boletín Oficial del Estado»”. Asimismo, conforme al párrafo tercero “las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el «Boletín Oficial del Estado»”.

El artículo 59.2, a su vez, especifica que “la publicación de un acto deberá contener los mismos elementos que el artículo 54.2 exige respecto de las notificaciones. Será también aplicable a la publicación lo establecido en el apartado 3 del mismo artículo”, debiendo así tenerse en cuenta lo ya señalado respecto de la incidencia que puede revestir la notificación en los supuestos en que existe una pluralidad de destinatarios cuyos datos se incorporan al contenido de la resolución.



El artículo 60, por último, establece en su párrafo primero, siguiendo el criterio ya sostenido en la vigente Ley 30/1992 que “si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el Diario oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento”.

Finalmente, la disposición adicional cuarta del Anteproyecto señala en su apartado 1 que “el «Boletín Oficial del Estado» pondrá a disposición de las diversas Administraciones Públicas, un sistema automatizado de remisión y gestión telemática para la publicación de los anuncios de notificación en el «Boletín Oficial del Estado» previstos en el artículo 58 de esta Ley y en esta misma disposición adicional. Dicho sistema, que cumplirá con lo establecido en esta ley, y su normativa de desarrollo, garantizará la celeridad de la publicación, su correcta y fiel inserción, así como la identificación del órgano remitente”, añadiendo en su apartado 2 que “en aquellos procedimientos administrativos que cuenten con normativa específica, de concurrir los supuestos previstos en el artículo 58 de esta Ley, la práctica de la notificación se hará, en todo caso, mediante un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado», sin perjuicio de que previamente y con carácter facultativo pueda realizarse en la forma prevista por dicha normativa específica”.

Como ya se ha indicado, el contenido íntegro de las resoluciones puede contener datos de carácter personal cuyo acceso por parte de terceros puede producir una lesión de sus derechos e intereses y, en particular, del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Este efecto adverso en la esfera jurídica del interesado se ve, lógicamente, agravado, en caso de que ese acceso pueda producirse de forma indiscriminada como consecuencia de la publicación de la información en el Boletín Oficial del Estado, con la peculiaridad de que la versión oficial del Boletín será la electrónica y en consecuencia accesible para cualquier persona a través de Internet.

Al propio tiempo, debe tenerse en cuenta que el Anteproyecto derogaría lo establecido en el artículo 12 de la Ley 11/2007, según el cual “la publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deban publicarse en tablón de anuncios o edictos podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo



correspondiente”. En este sentido, el régimen de los tablones edictales electrónicos actualmente existentes establecía dos peculiaridades importantes en lo referente a su contenido: la aplicación, con carácter general de la regla establecida en el artículo 61 de la Ley 30/1992, coincidente con la ahora prevista en el artículo 60 del Anteproyecto y el establecimiento en todo caso de procedimientos que impidan la recogida e indexación de la información a través de motores de búsqueda en Internet, mediante la aplicación de criterios de exclusión actualmente existente, tales como el “robots.txt” o las metaetiquetas “noindex”.

Debe en este sentido tenerse en cuenta lo ya señalado por esta Agencia en numerosas resoluciones por las que se han estimado reclamaciones de tutela del derecho de oposición del interesado a la indexación de sus datos personales por motores de búsqueda, así como la fundamental doctrina derivada de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 (Asunto Google v. AEPD, Mario Costeja), por la que se reconoce el derecho de los interesados a que la información no pueda ser accesible en Internet a partir de la búsqueda de la misma por el nombre y apellidos del interesado si, ponderado su derecho con el interés del público en conocer la información ha de darse prevalencia al primero. Así, los apartados 80 y 81 de la citada sentencia indican que:

“A este respecto, debe señalarse, en primer lugar, que, como se ha afirmado en los apartados 36 a 38 de la presente sentencia, un tratamiento de datos personales como el controvertido en el litigio principal, efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad



moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados carácter ubicuo (véase, en este sentido, la sentencia eDate Advertising y otros, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, apartado 45).

Vista la gravedad potencial de esta injerencia, es obligado declarar que el mero interés económico del gestor de tal motor en este tratamiento no la justifica. Sin embargo, en la medida en que la supresión de vínculos de la lista de resultados podría, en función de la información de que se trate, tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión, es preciso buscar, en situaciones como las del litigio principal, un justo equilibrio, en particular entre este interés y los derechos fundamentales de la persona afectada con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta. Aunque, ciertamente, los derechos de esa persona protegidos por dichos artículos prevalecen igualmente, con carácter general, sobre el mencionado interés de los internautas, no obstante este equilibrio puede depender, en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública.”

De este modo son dos los aspectos a tener especialmente en consideración en relación con la afección del régimen de publicación de los actos administrativos sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal: la utilización del criterio establecido en el artículo 60 del Anteproyecto como fundamental en caso de que el acto administrativo contenga datos que excedan de los meramente identificativos de los destinatarios de la notificación, con especial referencia a los datos especialmente protegidos, y la minimización de los perjuicios que pueden causarse a los derechos de los interesados como consecuencia del denominado “efecto multiplicador” de los motores de búsqueda en Internet.

Teniendo en consideración todo lo anteriormente indicado, se proponen las siguientes modificaciones en el Proyecto:

1. Hacer especial referencia al derecho fundamental a la protección de datos en el artículo 60, resultando la redacción siguiente:



“Si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, **en particular el derecho a la protección de datos de carácter personal**, se limitará a publicar en el Diario oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento. **Esta regla será aplicable siempre que el anuncio o la publicación contuvieran datos especialmente protegidos según la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.**”

2. Añadir un último apartado a la disposición adicional cuarta teniendo en cuenta los criterios ya mencionados en relación con la no indexación de los anuncios por motores de búsqueda en los siguiente términos:

“Por el «Boletín Oficial del Estado» se adoptarán las medidas que proceda a fin de evitar la indexación y recuperación automática por medio de motores de búsqueda desde Internet de los anuncios de notificación y publicaciones que se lleven a cabo en el mismo.”

VII

Como ya se anticipó al comienzo del presente informe, la segunda parte del mismo se referirá a las previsiones contenidas en el Anteproyecto relacionadas directamente con la regulación del procedimiento administrativo. A tal efecto se diferenciarán, en primer lugar, las que afectan al régimen sancionador, habida cuenta de su relevancia en la actuación de esta Agencia, para hacer posteriormente mención de otras previsiones del texto sometido a informe que resultan particularmente relevantes, habida cuenta del especial régimen de independencia otorgado a la misma por el ordenamiento jurídico, tanto interno como de la Unión Europea.

Entrando ya en el estudio de las disposiciones que afectan al régimen sancionador, debe señalarse en primer lugar, que resulta relevante la inclusión en el Anteproyecto de determinadas previsiones que corroboran lo señalado, respecto al régimen sancionador de la Agencia, por la doctrina derivada de las sentencias de la Audiencia Nacional que han resuelto distintos recursos



interpuestos contra resoluciones dictadas por esta institución en procedimientos relacionados con el ejercicio de la potestad sancionadora.

Así, en primer lugar, debe coincidir con lo indicado por los artículos 39.1 b) y 122 del texto sometido a informe, en relación con los efectos de la caducidad del procedimiento, en particular con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 122.2 cuando dispone que “en los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado”.

Asimismo, respecto de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras, a la que se refiere el artículo 69.2, es ingente la doctrina judicial relacionada con dicho principio en relación con la actuación de esta Agencia como consecuencia de la reforma del régimen sancionador previsto en la Ley Orgánica 15/1999 como por la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Igualmente, se considera positiva la indicación en el artículo 83.3 i) de la posible existencia de medidas provisionales “que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución”, lo que permite considerar que el hecho de que una Ley establezca una determinada medida provisional para ese aseguramiento, como sucede en el caso de la potestad de inmovilización de los ficheros a la que se refiere el artículo 49 de la Ley Orgánica 15/1999, no impide la adopción de las restantes medidas que enumera el citado artículo 83.3, siempre que proceda su adopción conforme a los dos primeros apartados del precepto.

VIII

Junto a tales disposiciones, existen otras que afectan igualmente al procedimiento sancionador y que establecen criterios generales que deberían, a juicio de esta Agencia, matizarse por la legislación específica que pudiera ser aplicable a los procedimientos encomendados a un determinado Órgano u Organismo, toda vez que tales provisiones podrían introducir, y de hecho



introducen, ciertas excepciones respecto del régimen que prevé el Anteproyecto. Ciertamente, tales excepciones pueden considerarse aplicables en virtud del principio de especialidad una vez el texto sometido a informe hubiera entrado en vigor, sin embargo, la salvedad de la referencia a la normativa específica sería relevante en aras a garantizar el principio de seguridad jurídica.

a) Así sucedería, en primer lugar, con lo dispuesto en el **artículo 71.2** del Anteproyecto, en cuya virtud “las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 127 de esta Ley”

En materia de protección de datos, el artículo 19 de la Ley Orgánica 15/1999 consagra el derecho de los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos a ser indemnizados. No obstante, los apartados 2 y 3 establecen cuál habrá de ser el procedimiento para obtener ese resarcimiento, disponiendo que “cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas” y que “en el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”.

De este modo, la Ley Orgánica establece expresamente el procedimiento que habrá de seguirse para obtener la indemnización, sustrayéndolo de la competencia de la Agencia Española de Protección de Datos y residenciándolo en los órganos de la jurisdicción civil, en caso de infracciones cometidas por entidades privadas o en el órgano competente para resolver en cada caso las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas si las mismas fueran las autoras de la infracción.

Teniendo esta disposición en cuenta, sería necesario que el Anteproyecto clarificase que la adopción de una decisión en lo que respete a los daños y perjuicios causados “podrá ser” adoptada por el órgano



sancionador cuando así lo permita su normativa aplicable. Esta opción resulta incompatible con lo establecido actualmente en el Anteproyecto, que establece que dicha decisión “será” adoptada por dicho órgano.

Debe recordarse que el artículo 19 de la Ley Orgánica 15/1999 no es una mera disposición de carácter procedimental, sino que aparece recogida dentro del régimen de los derechos de los afectados, ostentando dicho precepto el carácter de Ley Orgánica, por lo que no sería posible, entendemos, que la Agencia pudiera adoptar la decisión prevista con carácter imperativo por el artículo 71.2.

Por tanto, se propone modificar el artículo 71.2 del Anteproyecto, con la siguiente redacción:

“Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que **podrá ser** determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora **salvo que la normativa que le sea de aplicación otorgue la competencia a otro Órgano**. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 127 de esta Ley.”

b) Por otra parte, debe analizarse el contenido del **artículo 89**, referido al inicio del procedimiento por denuncia. En particular ha de tenerse en consideración lo establecido en los apartados 3 y 4 del mencionado precepto.

En cuanto al artículo 89.3, se dispone en su párrafo segundo que “en todo caso, cuando el denunciante haya participado en la comisión de esta infracción y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado”. Añade el párrafo tercero que “Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le



correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga, cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia”.

Esta Agencia es plenamente consciente de la utilidad de la norma que ahora es analizada en el marco del ejercicio por la Administración de competencias sancionadoras respecto de conductas en las que no se haya producido un perjuicio a los derechos fundamentales de terceros o se hayan puesto dichos derechos en una situación de riesgos inasumible. Del mismo modo, deben tenerse en cuenta los efectos que pudieran derivarse de la posible autoincriminación que la presentación de la denuncia a la que se está haciendo referencia pudiera implicar.

No obstante, deben tenerse en cuenta las especiales peculiaridades del régimen sancionador previsto en la Ley Orgánica 15/1999, que supone siempre la reacción frente a la realización de conductas que han producido o son susceptibles de producir una vulneración de un derecho fundamental, consagrado como tal en el artículo 18.4 de la Constitución.

En este sentido, debe tenerse también en cuenta la peculiaridad de las conductas tipificadas en la Ley Orgánica, en que como se viene indicando no es necesaria la efectiva producción de la lesión en el afectado, sino la vulneración de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 15/1999 que genera una situación de vulneración igualmente inasumible. En estos casos es posible que la vulneración pueda provenir de la actuación conjunta de varios sujetos responsables, como por ejemplo sucedería en caso de transmisión ilícita de los datos, que conllevaría una vulneración por cesión ilícita del cedente y otra por tratamiento ilícito del cesionario. La aplicación del artículo 89.3 en los términos en que éste aparece reflejado implicaría que la mera denuncia de cualquiera de ambos intervinientes le exonerase enteramente de responsabilidad siempre y cuando se hayan reparado los perjuicios causados.

Como ya se ha dicho, la Ley Orgánica 15/999 establece distintos mecanismos de reacción ante una situación de incumplimiento, atribuidos además a órganos distintos: la sanción, competencia de la Agencia, y el resarcimiento, competencia del órgano que proceda conforme al artículo 19 de



la Ley Orgánica. Al propio tiempo, como ya se ha señalado, la infracción de la Ley Orgánica puede no haber producido un perjuicio real residenciable en un afectado concreto, sino generar una situación en que el derecho haya sido vulnerados, con la generación de un riesgo de que ese perjuicio se produzca, aun cuando el mismo no pueda ser cuantificable.

Por este motivo, en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 no sólo resultaría esencial que el perjuicio haya sido objeto de reparación, sino que se haya cesado en la conducta típica y que se hayan restituido las circunstancias a la situación de cumplimiento anterior a la comisión de la infracción. Continuando con el ejemplo anteriormente citado, una vez producida la cesión ilícita de datos y habiéndose producido el tratamiento por parte del cesionario, el mero hecho de que éste último denunciase la infracción del cedente no debería ser causa que por sí mismo le exonerase de responsabilidad, habida cuenta de la vulneración de los derechos de los afectados que se habrá producido mientras se ha persistido en el tratamiento. Del mismo modo, si fuera el cedente quien denunciase la vulneración no sería razonable su exoneración, toda vez que su participación habría resultado condición sine qua non para que la vulneración de la Ley por el cesionario haya tenido lugar.

Ello exige que deba tenerse en cuenta la posible existencia de regímenes especiales en los que situaciones como la descrita no impliquen necesaria e imperativamente la exoneración del denunciante, sino que permitan modular su responsabilidad a la luz de los criterios de determinación de la responsabilidad o, en su caso, de la cuantía de la sanción establecidos en esa normativa

Por este motivo, esta Agencia considera necesario que las previsiones establecidas en los dos párrafos que están ahora analizándose puedan quedar exceptuadas en los supuestos en que la legislación específica reguladora del correspondiente procedimiento sancionador establezca criterios concretos de atenuación o exclusión de la responsabilidad distintos a los previstos en la norma general, dada la naturaleza de la infracción cometida, tal y como sucede en el caso de las normas de protección de datos, que establecen en el artículo 45.5 criterios de atenuación de la sanción y en el artículo 45.6 un régimen especial en que las circunstancias del hecho implican la sustitución de la sanción por un apercibimiento de carácter no sancionador, tal y como ha considerado la doctrina de la Audiencia Nacional en su sentencia de 29 de



noviembre de 2013 (recurso 455/2011). De este modo, sería preciso añadir un último párrafo al artículo 89.3 del Anteproyecto con el siguiente tenor.

“Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será de aplicación cuando las Leyes reguladoras del régimen sancionador específico que resulte de aplicación establezcan un efecto distinto en caso de denuncia.”

c) Debe por último hacerse referencia a lo dispuesto en el **artículo 117.2** del Anteproyecto, según el cual “En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes en el plazo de quince días”.

Esta Agencia ha venido aplicando dicho precepto, concediendo una nueva audiencia al interesado en caso de que el Director de la Agencia apreciase que la infracción que procede considerar cometida es más grave que la indicada en la propuesta de resolución. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Sentencia de 21 octubre 2014, recaída en el Recurso contencioso-administrativo 336/2013 parece considerar que este nuevo trámite de audiencia debe también concederse en los supuestos en que no sólo se aprecia una agravación de la infracción, sino también de la sanción que procede como consecuencia de la comisión de la infracción a la que se refiere la propuesta de resolución. Es decir, el Alto Tribunal considera que incluso en los casos en que se aprecie por el órgano competente para resolver la comisión de la infracción prevista en la propuesta, dicho órgano aprecie que la sanción debe revestir una mayor gravedad.

En este sentido, el Fundamento de derecho undécimo de la citada sentencia resume los argumentos que coadyuvan a su conclusión en los siguientes términos:

“Para terminar y recapitulando, concluiremos que la necesidad de dar audiencia al interesado si el órgano decisor pretende imponer una sanción más grave que la contenida en la propuesta de resolución, tiene a su favor las siguientes razones:



1ª.- En primer lugar, es más favorable para la efectividad del derecho fundamental de defensa.

2ª.- En segundo lugar, el cumplimiento de un nuevo trámite de audiencia no retrasa irrazonablemente la conclusión del procedimiento sancionador.

3ª.- En tercer lugar, si, como sabemos, el artículo 135 de la Ley 30/1992 exige la notificación al presunto responsable de los hechos, de su calificación jurídica y de las sanciones que, en su caso se le pudieran imponer, no parece lógico que siendo estas últimas las que realmente más interesan a los expedientados, se exija la previa audiencia cuando se varían los hechos, o se varía la calificación jurídica, pero no se exija cuando se varía "in pejus" la sanción anunciada.

4ª.- Finalmente, esta es la solución más adecuada para una defensa efectiva del principio de proporcionalidad. En efecto, según el artículo 20 del Reglamento 1398/1993, de 4 de Agosto, para el ejercicio de la potestad sancionadora, la propuesta de resolución ha de contener necesariamente la concreta y específica sanción que el Instructor considera adecuada a los hechos apreciados y a su calificación jurídica, y ninguna duda cabe de que será sólo a la vista de esa concreta propuesta de sanción cuando el expedientado pueda alegar sobre su necesaria proporcionalidad. Y si luego se permite que esa concreta sanción se agrave por la autoridad sancionadora sin nueva audiencia, la anterior defensa del interesado en lo que afectaba a la proporcionalidad de la sanción quedaría reducida a una pura entelequia; resultado que se agrava a la vista de que, aunque no se modifique la calificación jurídica, la sanción puede variar ostensiblemente, pues las normas sancionadoras suelen establecer abanicos muy amplios en la previsión de las sanciones.

En este sentido, no debe olvidarse que de apreciarse la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo que acaba de reproducirse se produciría un efecto perjudicial a la tramitación de los procedimientos sancionadores, toda vez que en todo caso deberían acelerarse los trámites con el fin de que siempre restase un plazo suficiente para el otorgamiento de ese nuevo trámite de audiencia al interesado, puesto que en caso contrario cabría considerar que el órgano competente para resolver se encuentra siempre atado, en la



determinación de la cuantía de la sanción, por la propuesta de resolución, que operaría en la práctica como límite máximo.

Igualmente, debe señalarse que la agravación de la sanción impuesta difiere considerablemente de la que se refiere a la infracción cometida en cuanto a los elementos de juicio que han de ser objeto de alegación y valoración posterior. En efecto, las alegaciones en caso de que se apreciase una agravación de la infracción cometida valorarían si concurren en la conducta los elementos del tipo que justifican esa agravación; por el contrario, si sólo se tratase de una agravación de la sanción, el único elemento a discutir sería el modo en que se aplican los criterios de determinación de la sanción en orden a garantizar el cumplimiento del principio de proporcionalidad, por lo que las cuestiones objeto de alegación se reducirían a este punto, debiendo considerarse que no concurriría indefensión si los plazos de alegación, en caso de existir, fueran más reducidos en este caso.

Pues bien, en aras a garantizar la seguridad jurídica y la legalidad y viabilidad de la actuación sancionadora de las Administraciones Públicas, de modo que no se pueda apreciar la indefensión que entiende concurrente el Tribunal Supremo en el razonamiento que acaba de reproducirse, **esta Agencia se plantea si no sería conveniente que el Anteproyecto estableciese alguna aclaración determinando si procede o no la concesión de este nuevo trámite de audiencia en caso de que la agravación no se aprecie en la infracción, sino en la sanción que procede imponer; en particular dicha aclaración podría conllevar la concesión de un nuevo trámite de audiencia, si bien de duración más reducida al incluido en el artículo 117.2, pudiendo establecerse un plazo de cinco días.**

IX

Dentro de las normas relacionadas con el procedimiento, debe ahora hacerse referencia a dos previsiones que pueden verse afectadas por la particular naturaleza de la Agencia Española de Protección de Datos y el régimen de especial independencia otorgado a la misma por el ordenamiento jurídico español y de la Unión Europea.



En este sentido, debe recordarse lo informado por esta Agencia en fecha 24 de octubre de 2014 al Ministerio proponente del Anteproyecto, respecto del que otorgó su conformidad la Abogacía General del Estado en fecha 29 de octubre de 2014, referido al régimen de especial independencia otorgado a la Agencia, en esa ocasión en lo que atañía a su inclusión en el sistema de contratación centralizada de la Administración general del Estado. En particular, las conclusiones primera a cuarta indicaban lo siguiente:

“PRIMERA.- *El principio de independencia de las autoridades de protección de datos de carácter personal aparece expresamente consagrado por el artículo 8.3 de la Carta de derechos y Libertades Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 16.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Igualmente el principio se contiene en el Convenio 108 del Consejo de Europa y en la Directiva 95/46/CE. Del mismo modo, las normas de modificación del Convenio 108 y del régimen de protección de datos de la Unión Europea, actualmente en tramitación, regulan de modo aún más detallado el mencionado principio.*

SEGUNDA.- *El citado principio de independencia ha sido igualmente analizado por diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considerando éste que en todo caso excede de la mera independencia funcional, abarcando un contenido más amplio que determina la “total independencia” de las autoridades de protección de datos, sin perjuicio de su sometimiento a la Ley y al derecho.*

TERCERA.- *Dentro de este contenido ha de tenerse particularmente en cuenta el principio de independencia presupuestaria de las autoridades de protección de datos, debiendo encontrarse dotadas de los medios materiales, técnicos y humanos necesarios para poder garantizar adecuadamente el derecho de las personas a la protección de sus datos de carácter personal sin injerencia o intervención de ninguna otra autoridad pública.*

CUARTA.- *La independencia de la Agencia Española de Protección de Datos aparece expresamente recogida en la Ley Orgánica 15/1999 y en el estatuto de la Agencia. En el ámbito presupuestario se ha establecido en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado un mecanismo de garantía de la independencia presupuestaria de la Agencia en cuya virtud el presupuesto es financiado íntegramente por*



los ingresos derivados de su actividad, sin que se produzca transferencia alguna procedente de otros órganos, ostentando el Director de la Agencia plenas potestades en la gestión de dicho presupuesto, sin más límites que los derivados de lo que establezcan para cada ejercicio las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado.”

En este sentido, respecto de la citada jurisprudencia, baste mencionar las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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). EN la primera de las citadas sentencias el Tribunal señala (apartado 19 in fine) que en la Directiva 95/46/CE “el término «independencia» viene reforzado por el adjetivo «total», lo que implica una facultad de decisión exenta de toda influencia externa a la autoridad de control, ya sea directa o indirecta”, añadiendo en el apartado 42 que el principio de “total independencia” no resulta contrario al principio democrático.

Por otra parte, en el derecho interno, el artículo 35.1 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que “la Agencia de Protección de Datos es un Ente de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones. Se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en un Estatuto propio, que será aprobado por el Gobierno”, estableciendo el artículo 1.2 del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 marzo, vigente en virtud de lo previsto por la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 15/1999 establece expresamente que “la Agencia de Protección de Datos actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones y se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia”.

Quiere ello decir que la Agencia Española de Protección de Datos se integra en la categoría de las denominadas en el artículo 59.1 a) 2º del Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público “autoridades administrativas independientes, definidas por su artículo 78 como “entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, que tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad económica, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado”, si bien dotada de la especialidad de que



su régimen no prevé la adscripción a un departamento ministerial, sino su mera relación con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia.

Si bien en el informe relacionado con el Anteproyecto últimamente citado se analizan otras consecuencias relacionadas con este peculiar régimen con que el legislador español y de la Unión Europea ha dotado a la Agencia Española de Protección de Datos, existen dos previsiones que pudieran afectar a la mencionada independencia.

Así, en primer lugar, el artículo 119 del Anteproyecto se determina la competencia para resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que pudieran haber sido interpuestas contra las Administraciones Públicas. El primer párrafo establece que “En el ámbito de la Administración General del Estado, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán, por el Ministro respectivo o por el Consejo de Ministros en los casos del artículo 75.3 o cuando una ley así lo disponga”, añadiendo el párrafo tercero que “en el caso de las Entidades de Derecho Público, las normas que determinen su régimen jurídico podrán establecer los órganos a quien corresponde la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. En su defecto, se aplicarán las normas previstas en este artículo”.

Por otra parte, el artículo 138 establece la competencia para declarar la revisión de oficio de actos nulos o anulables en la Administración General del Estado, señalando en los Organismos públicos la competencia corresponderá a “los órganos a los que estén adscritos los Organismos, respecto de los actos dictados por el máximo órgano rector de éstos” o a “los máximos órganos rectores de los Organismos, respecto de los actos dictados por los órganos de ellos dependientes”.

Los artículos 36.1 de la Ley Orgánica 15/1999 y 12.1 del Estatuto de la Agencia otorgan al Director de la misma las competencias de dirección y organización de la entidad. Dentro de las mismas, el artículo 12.2 señala, en cuanto a sus funciones ejecutivas, que “corresponde al Director de la Agencia de Protección de Datos dictar las resoluciones e instrucciones que requiera el ejercicio de las funciones de la Agencia y, en especial:

- a) Resolver motivadamente sobre la procedencia o improcedencia de las inscripciones que deban practicarse en el Registro General de Protección de Datos.



- b) Requerir a los responsables de ficheros de titularidad privada a que subsanen deficiencias de los códigos tipo.

- c) Resolver motivadamente, previo informe del responsable del fichero, sobre la procedencia o improcedencia de la denegación, total o parcial, del acceso a los ficheros policiales o tributarios automatizados.

- d) Autorizar transferencias temporales o definitivas de datos que hayan sido objeto de tratamiento automatizado o recogidos a tal efecto, con destino a países cuya legislación no ofrezca un nivel de protección equiparable al de la Ley Orgánica 5/1992 y el presente estatuto.

- e) Convocar regularmente a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas a efectos de cooperación institucional y coordinación de criterios o procedimientos de actuación.

- f) Recabar de las distintas Administraciones Públicas la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

- g) Solicitar de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, a que se refiere el artículo 40 de la Ley Orgánica 5/1992, la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones, así como facilitar a aquéllos la información que le soliciten a idénticos efectos.

- h) Adoptar las medidas cautelares y provisionales que requiera el ejercicio de la potestad sancionadora de la Agencia con relación a los responsables de los ficheros privados.

- i) Iniciar, impulsar la instrucción y resolver los expedientes sancionadores referentes a los responsables de los ficheros privados.

- j) Instar la incoación de expedientes disciplinarios en los casos de infracciones cometidas por órganos responsables de ficheros de las Administraciones Públicas.

- k) Autorizar la entrada en los locales en los que se hallen los ficheros, con el fin de proceder a las inspecciones pertinentes, sin perjuicio de la aplicación de las reglas que garantizan la inviolabilidad del domicilio.



De este modo, con carácter general, los actos de la Agencia que pueden ser susceptibles de revisión de oficio como consecuencia de su nulidad o anulabilidad, así como los que podrían dar lugar al surgimiento de responsabilidad patrimonial como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Institución serán dictados por su Director, que ostenta la condición de máximo órgano de la Agencia.

La aplicación a la actuación de la Agencia de las normas de competencia previstas en los artículos 119 y 138 anteriormente citadas implicarán que, por una parte, en el ámbito de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, al no existir una norma específica en la Ley Orgánica 15/1999, la competencia para resolver la reclamación recaiga en un Ministro, conforme al párrafo primero de ese artículo, y que en cuanto a la revisión de oficio, la resolución debería dictarse por el Ministerio al que “esté adscrita” la Agencia.

Como ya se indicó, la Agencia no está sometida a régimen de adscripción alguno, por cuanto su “relación” con el Gobierno y la Administración General del Estado, según sus normas reguladoras, se materializa a través del Ministerio de Justicia, al que sin embargo no se encuentra adscrita. De este modo, no existe un órgano superior jerárquico del Director de la Agencia en toda la estructura de la Administración General del Estado.

Ello ha determinado que, en lo que atañe a los expedientes de responsabilidad patrimonial, hasta la fecha las reclamaciones hayan sido resueltas por el Ministro de Justicia, si bien en ocasiones se ha venido planteando por aquél su propia competencia al respecto, habiendo tenido que pronunciarse en este sentido el Consejo de Estado, a falta de una norma específica que estableciese un régimen de competencia distinto en su 2380/2000, de 11 de octubre, en que recuerda que al no existir una previsión específica en la Ley Orgánica 15/1999 las reclamaciones habrán de ser resueltas por el Ministro de Justicia, al que sin embargo no se encuentra “adscrita la Agencia”

De este modo, se puede apreciar una aparente contradicción, dado que la competencia para resolver los expedientes de responsabilidad patrimonial emanados de actuaciones imputables a la Agencia se atribuye a la Administración Estatal con la que guarda esa relación de autonomía,



exigencia no sólo de la lógica institucional sino también del Derecho de la Unión Europea, y que difícilmente permitiría calificar de relación de vinculación o dependencia, a los efectos del art. 142.2 de la Ley 30/1992, a la existente con el Ministerio de Justicia.

El problema se agrava aún más si se tiene en cuenta el régimen de competencias establecido en el artículo 138 del Anteproyecto para la revisión de oficio, toda vez que en ese caso se prevé expresamente que dicha revisión será competencia del titular del Órgano al que esté adscrita la Agencia, lo que como se ha indicado reiteradamente no sucede en el derecho español.

De este modo, si se considerase a la Agencia adscrita a un Órgano o Departamento Ministerial, que además sería titular de la competencia para la revisión “de oficio” de sus actos se estaría contraviniendo el régimen de “total independencia” de la Agencia, impuesto expresamente por el derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se ha mencionado con anterioridad, dado que el Departamento “de adscripción” podría revisar los actos de la Agencia.

Por todo ello, sería necesario que el Anteproyecto tuviera en cuenta estas peculiaridades en el régimen jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos que, en su caso, podría ser extensible a otras autoridades administrativas independientes en cuyas normas de creación no se apreciase una efectiva adscripción a otro Órgano o Departamento (cuestión ésta cuya valoración no corresponde a esta Agencia, que debe limitar sus consideraciones a las especialidades de su régimen jurídico).

De este modo, sería necesario, al menos en cuanto a la Agencia Española de Protección de Datos o en su caso a todas o parte de las restantes autoridades administrativas independientes, introducir modificaciones en los regímenes competenciales establecidos en los artículos 119 y 138 del Anteproyecto. Si las especialidades se refiriesen a las citadas autoridades en su conjunto las modificaciones podrían introducirse en los preceptos indicados. Sin embargo, dado que esta Agencia se limita a apreciar las peculiaridades de su régimen jurídico, se propone la introducción de una disposición adicional en el Anteproyecto, con el siguiente tenor:

“Disposición adicional xx. Competencias de la Agencia Española de Protección de Datos.



El Director de la Agencia Española será competente para la resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial referidas al funcionamiento de la Agencia. Igualmente será competente en la resolución de los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos o anulables citados por él mismo y los restantes órganos de la Agencia.”