



Examinada su solicitud de informe, remitida a esta Agencia Española de Protección de Datos, referente al Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno, 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 el artículo 1 del Anteproyecto sometido a informe, el mismo tiene por objeto "ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento".

A tal efecto, el Texto dedica su Título I a la regulación del régimen de transparencia en la actividad desarrollada por las Administraciones Públicas, enumeradas exhaustivamente en el artículo 2, incorporando así las normas que regirán la publicidad activa de tal actividad y el derecho de acceso a la información pública. A su vez, el Título II establece el régimen de buen gobierno aplicable a las personas que desempeñen los cargos a los que se refiere el artículo 22, incluyendo los principios éticos y de actuación que deberán regir su actividad y recogiendo el régimen de infracciones y sanciones aplicable a los mismos.

Así, en relación con la publicidad activa de la actuación administrativa, el artículo 5 del Anteproyecto establece determinadas reglas relativas a la publicación de la información con relevancia jurídica, incorporando el artículo 6 los supuestos de información relativa a actos de gestión administrativa que serán objeto de información pública, entre los que resulta relevante hacer referencia a los datos relacionados con los contratos formalizados con las administraciones, los convenios suscritos por las mismas, las subvenciones y ayudas públicas que hubieran concedido, las retribuciones percibidas por los altos cargos y máximos responsables de las entidades sujetas a la Ley, las declaraciones de bienes y actividades de los representantes locales y los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, dado que en todos estos casos la publicación implicará la divulgación pública de datos de carácter personal.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que en lo relativo a las normas de publicidad activa el artículo 3.3 del Proyecto señala, en relación con los



principios generales a los que dicha publicidad se sujeta que "serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 10 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 11".

Por su parte, en lo que afecta al régimen de derecho de acceso a la información pública, el Anteproyecto establece en su artículo 9, en primer lugar, un concepto de información pública a los efectos de la norma, excluyendo del mismo alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.1 del convenio número 205 del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos. La enumeración contenida en el citado artículo del convenio se completa, a su vez, con los límites al derecho de acceso que aparecen recogidos en el artículo 10 y, particularmente en lo que afecta al régimen del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, en el artículo 11, que bajo la rúbrica "protección de datos personales" establece los criterios esenciales en relación con los límites del derecho de acceso a la información pública derivados de la normativa de protección de datos, tomando especialmente en cuenta la naturaleza de los datos cuando los mismos son especialmente protegidos y la vinculación de dichos datos, en los restantes supuestos, con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano respecto del que se solicita el acceso. En todo caso se establece una cautela relacionada con la utilización de la información por parte del titular del derecho de acceso, al disponer el artículo 11.5 que el tratamiento de datos personales que se hubiera contenido se encontrará sometido a lo dispuesto en las normas de protección de datos.

A su vez, el artículo 12 prevé el posible acceso parcial a la información en los supuestos de aplicación de los límites del artículo 10, sin referirse a los contenidos en el artículo 11.

Por otra parte, en cuanto al procedimiento del ejercicio del derecho, regulado por la Sección segunda del Capítulo II, y en lo que afecta a protección de datos, se señala en el artículo 15 d) que se inadmitirán las solicitudes "que afecten a una pluralidad de personas cuyos datos personales pudieran revelarse con el acceso a la petición en número tal que no sea posible darles traslado de la solicitud en el tiempo establecido para su resolución". Disponiendo así mismo el artículo 16.3 que cuando la información "pudiera afectar a derechos o intereses de terceros debidamente identificados, se les concederá un plazo de 15 días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas", siendo el plazo máximo de duración del procedimiento de un mes desde la recepción de la solicitud y el silencio negativo, entendiéndose desestimada la solicitud una vez transcurrido el plazo fijado.

La formalización del derecho, por vía electrónica o cuando el solicitante hubiera pedido otro medio para formalizar el acceso no tendrá lugar, si hubiera existido oposición de tercero, hasta que haya transcurrido el plazo para interponer recurso administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información.



Por último, la Sección tercera regula el régimen de impugnaciones de las resoluciones dictadas, estableciendo en el artículo 21 el procedimiento de reclamación potestativa ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios. En todo caso las resoluciones dictadas en el procedimiento, así como las adoptadas por la Agencia Estatal serán recurribles en vía contencioso-administrativa.

## **II**

Como cuestión que debe ser tomada en cuenta desde un primer momento, es preciso poner de manifiesto que resulta innegable la incidencia de las cuestiones reguladas por el Título I del Anteproyecto en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, consagrado inicialmente por el artículo 18.4 de la Constitución y desarrollado en cuanto a su naturaleza y perfiles por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debiendo en particular tenerse en cuenta lo indicado por la Sentencia del Alto Tribunal 292/2000, de 30 de noviembre.

En efecto, la divulgación de la información que obre en poder de las Administraciones Públicas, bien como consecuencia de una difusión general garantizadora de la transparencia en la actividad de dichas Administraciones, bien a un destinatario concreto que ejerciese su derecho de acceso a la información pública al amparo del artículo 105 b) de la Constitución Española implicará, como punto de partida, la realización de un tratamiento específico sobre los datos de carácter personal que tal información pudiera contener.

En este sentido, el artículo 3 c) de la Ley Orgánica 15/1999 considera tratamientos de datos las "cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias", siendo igualmente definidas las cesiones por el artículo 3 i) de dicha Ley Orgánica como "toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado".

De este modo, el establecimiento de un régimen específico de divulgación de la información de que disponen las Administraciones Públicas debe resultar congruente con los principios que conforman el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y que, precisamente, contiene la Ley Orgánica 15/1999, de constante cita y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el Convenio del Consejo de Europa número 205 sobre el acceso a los documentos públicos, firmado el 18 de septiembre de 2009 hace expresa referencia en su preámbulo al Convenio número 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, a la Recomendación (91) 10 del Comité de Ministros sobre la comunicación a terceros de datos de carácter personal que se encuentren en poder de



organismos públicos y a la Recomendación (97) 18, del propio Comité, relativa a la protección de los datos de carácter personal almacenados y tratados con fines estadísticos, incluyendo en su artículo 3 f) entre las limitaciones al derecho de acceso a la información pública las derivadas de "la vida privada y los demás intereses privados legítimos".

### III

La incidencia que las normas reguladoras de la transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas, tanto en lo referente a la publicación del resultado de dicha actividad como en lo que atañe al acceso a la información pública ha sido ya analizado por esta Agencia en diversos informes. En este sentido, debe tenerse particularmente en cuenta el informe emitido en fecha 25 de octubre de 2011 en relación con el entonces Proyecto de Real Decreto por el que se regula el procedimiento común para el acceso a documentos conservados en archivos de la Administración General del Estado, cuyo texto fue finalmente incorporado al Real decreto 1708/2001, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, cuyo Capítulo IV regula el procedimiento de acceso a los documentos y archivos, y al que nos referiremos con posterioridad.

Volviendo al informe al que acaba de hacerse referencia, en el mismo se analizaba, en primer lugar, la interrelación existente entre las normas de protección de datos y el derecho desarrollado por el artículo 37 de la Ley 30/1992, actualmente vigente, haciendo cita de su informe de 22 de marzo de 2000, en que se señalaba lo siguiente:

*"(...) de la lectura de ambas Leyes (Ley Orgánica 15/1999 y Ley 30/1992) se desprende la existencia de dos supuestos en que los archivos o registros públicos tienen la condición de ficheros de datos de carácter personal, siendo necesario delimitar cuál será la ley aplicable en este caso.*

*En relación con el primero de los supuestos indicados, la Ley 30/1992 los excluye del derecho de acceso a archivos y registros, en cuanto el acceso no se solicite por el interesado. Por ello, entendemos, en cualquier acceso distinto al previsto en esa norma, será preciso comprobar si el mismo resulta amparado por las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 15/1999.*

*En cuanto a los ficheros que contengan "documentos nominativos", esto es, aquéllos que contengan datos de carácter personal que no suponen necesariamente una intromisión en la intimidad de las personas (tales como directorios de nombres, con identificación del puesto de trabajo desempeñado si es de naturaleza pública u otros listados que aparezcan*



*recogidos en registros que tengan el carácter de fuente accesible al público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 j) de la Ley Orgánica 15/1999), la Ley limita el acceso, como se ha visto, sin establecer referencia alguna a la legislación reguladora de la protección de datos de carácter personal.*

*Sin embargo, entiende esta Agencia de Protección de Datos que será preciso tener en consideración los principios reguladores de la protección de datos de carácter personal, dado el carácter especial de los mismos frente al carácter general de la Ley 30/1992 y tomando en cuenta el fundamento de la citada regulación, que se pone de manifiesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual "la presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar".*

*En consecuencia, y con independencia de la procedencia o improcedencia de conceder el acceso solicitado, a los efectos previstos en el artículo 37 de la Ley 30/1992, deberá tenerse en cuenta, en cuanto a aquellos archivos que tengan la consideración de ficheros de datos de carácter personal, conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999, las previsiones de ésta última, de tal suerte que sólo cabrá conceder el acceso si el mismo es conforme a lo dispuesto en ambas normas.*

*Una vez delimitados los supuestos en que habrán de ser tenidos en consideración las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, procede ahora analizar el acceso solicitado a la vista de lo dispuesto en la mencionada Ley Orgánica.*

*A nuestro juicio, el acceso solicitado, en cuanto se refiera a datos de carácter personal contenidos en ficheros, a los efectos definidos en la meritada Ley Orgánica, constituirá una auténtica cesión de datos, dado que el artículo 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999 define la cesión o comunicación de datos como "toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado", lo que sucederá en el presente caso si se concede el acceso solicitado a ficheros que contengan datos de carácter personal de personas distintas del propio interesado.*

*Pues bien, respecto de la cesión de datos de carácter personal, el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999 establece, como regla general aplicable al caso, que "los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del*



*interesado". Esta regla general se verá únicamente exceptuada en los supuestos a que se refiere el artículo 11.2, a cuyo tenor "el consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:*

- a) Cuando la cesión está autorizada en una Ley.*
- b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.*
- c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.*
- d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.*
- e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones Públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.*
- f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica".*

*Por otra parte, dado que el acceso se solicita de archivos y registros de la Administración Pública (y sin entrar ahora a valorar los supuestos en que los ficheros de los Colegios Profesionales habrán de ser considerados de naturaleza pública o privada, cuestión ésta relacionada con la naturaleza de las potestades ejercitadas por la Corporación y que se estudia con mayor detalle en el informe solicitado por el propio Consejo General, obrante en el expediente administrativo), será de aplicación al supuesto lo establecido en el artículo 21.3 de la Ley Orgánica 15/1999, que establece taxativamente que "no obstante lo establecido en el artículo 11.2 b), la comunicación de datos recogidos de fuentes accesibles al público no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una Ley prevea otra cosa".*

*En consecuencia, a la vista de las disposiciones estudiadas, y tomando como único referente la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal, sólo será posible conceder el acceso solicitado en aquellos supuestos en que el interesado haya manifestado su consentimiento libre, inequívoco, específico e informado a ello o cuando una norma con rango de Ley habilite la cesión de los datos.*



**Aplicando conjuntamente la conclusión antedicha con lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 37 de la Ley 30/1992, y respecto de los ficheros en que ambas resulten de aplicación:**

**1.- Sólo será posible la cesión de datos incorporados a registros de las Administraciones Públicas que tengan la condición de ficheros y que afecten a la intimidad de las personas en caso de que el interesado manifieste su consentimiento o exista una Ley especial que así lo autorice.**

**2.- En cuanto a los denominados "documentos nominativos", la cesión será posible siempre y cuando el interesado haya dado su consentimiento o (según dispone el artículo 37.3 de la Ley 30/1992) el solicitante del acceso haya acreditado "un interés legítimo y directo" que justifique la cesión, a juicio de la Unidad responsable del fichero, habida cuenta que será una norma con rango de ley (la propia Ley 30/1992) la que posibilite la cesión cuando concurren determinadas circunstancias."**

A ello, deben añadirse, según se indicaba en el informe de 25 de octubre de 2011, las especialidades establecidas en la Ley Orgánica 15/1999 en relación con los datos especialmente protegidos, respecto de los que se establecen dos reglas diferenciadas, al indicarse por una parte en el artículo 7.2 que "sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias" y, por otra, en el artículo 7.3 que "los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente".

Del mismo modo, debe recordarse que el artículo 11.6 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que "si la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores". Ello se deriva del hecho de que las normas de protección de datos serán aplicables, tal y como dispone el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 15/1999 en caso de que existan datos de carácter personal, definidos como "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables" conforme al artículo 3 a) de la Ley Orgánica.

Por su parte, el artículo 5.1 o) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica define a la persona identificable como "toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados" y el artículo 3 f) considera procedimiento de disociación "todo tratamiento de datos personales de modo



que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable”.

De este modo, concluía en este punto el citado informe, “en caso de que los datos objeto de acceso en el ámbito del derecho regulado por el artículo 37 de la Ley 30/1992 no contuvieran datos de carácter personal, de forma que no resultase posible para el interesado que accede a la información asociar la misma a personas identificadas o identificables, debería concluirse que, sin perjuicio de que el tratamiento de dichos datos llevado a cabo por la Administración concedente del acceso se encuentra sometido a las normas de protección de datos, la cesión misma del dato, que no contiene información que pueda ser considerada como datos de carácter personal, no está sujeta a dicha normativa, no existiendo en consecuencia limitación alguna a dicha cesión desde la perspectiva de la Ley Orgánica 15/1999, sin perjuicio de lo que puedan establecer otras normas especiales de aplicación”.

#### IV

El informe de 25 de octubre de 2011 incorporaba en su apartado V un resumen de la interacción entre lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y el artículo 37 de la Ley 30/1992, teniendo igualmente en cuenta las consecuencias derivadas de la aplicación de las normas de acceso a documentos del Patrimonio Histórico Español, conforme a la normativa reguladora del mismo. Así, se ponían de manifiesto diversas conclusiones (lógicamente, vuelve a repetirse, en virtud del marco legal actualmente vigente y que difiere parcialmente del que resultaría de la entrada en vigor del Anteproyecto sometido a informe si se mantienen los términos del mismo), diferenciando una serie de supuestos y reglas de aplicación para el acceso a los datos contenidos en los archivos y registros regulados por el artículo 37 de la Ley 30/1992, teniendo en cuenta la naturaleza de los datos accedidos, la finalidad que justifica el acceso y la antigüedad de los mencionados datos:

1. *Las normas de protección de datos de carácter personal no serán de aplicación en los supuestos en los que la información facilitada como consecuencia del acceso a los archivos o registros no contenga datos de carácter personal, bien por no incluirlos los documentos respecto de los que se solicita el acceso, bien al haberse producido un previo procedimiento de disociación.*
2. *Del mismo modo, las normas de protección de datos tampoco serán aplicables a las informaciones referidas a personas fallecidas que sean objeto del acceso, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, pudieran establecerse en las normas reguladoras del Patrimonio Histórico Español o en otras normas especiales.*





3. *Quando el acceso se solicite por el propio interesado cuyos datos figuren en los documentos a los que dicho acceso se refiere no existirá una cesión de datos sino una solicitud por el interesado de ejercicio del derecho de acceso, que podrá tramitarse conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, sin perjuicio de la posible existencia de disposiciones específicas reguladoras de dicho acceso cuando se trate de archivos o registros sometidos a normas especiales, tal y como dispone el artículo 25.8 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.*
4. *El acceso a los documentos que contengan datos especialmente protegidos de los interesados distintos de quien solicita el acceso a los mismos requerirá el consentimiento del interesados, que deberá reunir los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999 o, tratándose de datos relacionados con la salud, el origen racial o la vida sexual de los interesados, que exista una norma con rango de Ley que así lo habilite por razones de interés público.*
5. *Del mismo modo, también sería preciso el consentimiento de los interesados cuando se trate de documentos que afecten a la intimidad de las personas, dado que en caso contrario el acceso queda únicamente limitado a ellas, conforme a lo previsto en el artículo 37.2 de la Ley 30/1992.*
6. *El acceso a documentos de "carácter nominativo", que no contengan otros datos que afecten a la intimidad de las personas será posible, además de cuando el interesado haya prestado su consentimiento para ello, en los supuestos en los que el solicitante acredite la existencia de un interés legítimo y directo, tal y como dispone el artículo 37.3 de la Ley 30/1992, en conexión con el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, entendiéndose que dicho interés puede deberse a que "en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos".*
7. *De la regla anterior, no obstante, quedarán exceptuados los documentos referidos a los procedimientos sancionadores.*
8. *Finalmente, se podrá autorizar el acceso directo a los documentos en los supuestos en que el investigador solicitante acredite un interés histórico, científico o cultural relevante, "siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas". A tal efecto, deberán tenerse en cuenta las reglas establecidas en las propias normas reguladoras del derecho de acceso a archivos y registros y las que establecen*



*el régimen del patrimonio histórico español. De este modo, el acceso sería posible:*

- a. Con las limitaciones que se han expuesto en caso de documentos con una antigüedad inferior a cincuenta años.*
- b. Sin dichas limitaciones en caso de documentos con una antigüedad superior a cincuenta años si no consta el fallecimiento del afectado o la fecha del mismo.*

Tomando parcialmente en consideración estas conclusiones, el Real decreto 1708/2011 incorporó un artículo 28 relativo a la solicitud de consulta de documentos de acceso restringido por contener datos personales, en que se indicaba lo siguiente:

*"1. La solicitud de acceso a documentos que contengan datos personales referidos exclusivamente al propio solicitante se regirá por la normativa de protección de datos personales.*

*2. El acceso a los documentos que contengan datos personales que puedan afectar a la intimidad o a la seguridad de las personas, o que tengan la consideración de especialmente protegidos en los términos de la normativa de protección de datos personales, incluyendo los que se encuentren en procedimientos o expedientes sancionadores, será posible siempre que medie el consentimiento expreso y por escrito de los afectados.*

*No obstante, serán accesibles los documentos con datos personales que puedan afectar a la seguridad o intimidad de las personas cuando hayan transcurrido veinticinco años desde el fallecimiento de los afectados. Si este dato no constara, el interesado deberá aportar la correspondiente certificación expedida por el Registro Civil.*

*Cuando no fuera posible conocer la fecha o el hecho del fallecimiento y el documento o documentos solicitados posean una antigüedad superior a cincuenta años, el acceso se concederá si, atendidas las circunstancias del caso, se entiende razonablemente excluida la posibilidad de lesión del derecho a la intimidad personal y familiar o el riesgo para la seguridad del afectado y siempre de conformidad con la normativa de protección de datos.*

*3. El acceso a documentos que contengan datos nominativos o meramente identificativos de las personas que no afecten a su seguridad o su intimidad, será posible cuando el titular de los mismos haya fallecido o cuando el solicitante acredite la existencia de un interés legítimo en el acceso.*



*A estos efectos, se entenderá que poseen interés legítimo quienes soliciten el acceso para el ejercicio de sus derechos y los investigadores que acrediten que el acceso se produce con una finalidad histórica, científica o estadística.*

*4. Se concederá el acceso a documentos que contengan datos de carácter personal, sin necesidad de consentimiento de sus titulares, cuando se proceda previamente a la oportuna disociación de los datos, de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.*

*5. La información que contenga datos de carácter personal únicamente podrá ser utilizada para las finalidades que justificaron el acceso a la misma y siempre de conformidad con la normativa de protección de datos."*

## V

Las consideraciones vertidas en el tan repetido informe de 25 de octubre de 2011 deben no obstante ser revisadas a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 24 de noviembre de 2011 (Asunto Asnef-Fecemd), que ha venido a ampliar el catálogo de supuestos legitimadores del tratamiento recogidos en cuanto a las cesiones, como se ha indicado ya, en el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999.

La Sentencia del Tribunal de Justicia resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo en los recursos interpuestos contra el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999. A su vez, el marco se ve igualmente afectado por las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en fecha 8 de febrero de 2012, por las que se resuelven los mencionados recursos.

La Sentencia del Tribunal de Justicia ha declarado expresamente el efecto directo del artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, según el cual "Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si (...) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva". Por ello, dicho precepto deberá ser tomado directamente en cuenta en la aplicación de la normativa de protección de datos de carácter personal por los Estados Miembros, y en consecuencia por esta Agencia Española de Protección de Datos, dado que como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 2012 "produce efectos jurídicos inmediatos sin necesidad de normas nacionales para su aplicación, y que por ello puede hacerse valer ante las autoridades administrativas y judiciales cuando se observe su trasgresión".



Tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su apartado 38, el artículo 7 f) de la Directiva "establece dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea lícito, a saber, por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado" y, en relación con la citada ponderación, el apartado 40 recuerda que la misma "dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate y en cuyo marco la persona o institución que efectúe la ponderación deberá tener en cuenta la importancia de los derechos que los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confieren al interesado".

Por este motivo, la sentencia señala en su apartado 46 que los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a la Directiva 95/46, deberán "procurar basarse en una interpretación de ésta que les permita garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos y libertades fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, por lo, conforme a su apartado 47 que "nada se opone a que, en ejercicio del margen de apreciación que les confiere el artículo 5 de la Directiva 95/46, los Estados miembros establezcan los principios que deben regir dicha ponderación".

Todo ello implica que, como consecuencia de lo señalado en la citada sentencia del Tribunal de Justicia, sus previsiones deban tenerse en cuenta en cada supuesto concreto de publicidad de la actuación administrativa o de solicitud de acceso a información pública que no se encuentre ya cubierta por alguna de las restantes causas legitimadoras del tratamiento ya analizadas, y siempre que no se refiera a datos especialmente protegidos (a los que no resulta de aplicación el artículo 7 de la Directiva). De este modo, si no existiese otra causa legitimadora de la cesión sería precisa la realización de una adecuada ponderación de los intereses legítimos de los solicitantes de la información y de los derechos e intereses de los particulares a los que la información se refiere, en particular los derechos a la intimidad personal y familiar y a la protección de datos de carácter personal, a los que se refiere expresamente la Sentencia del Tribunal de Justicia.

Debe finalmente en este punto tenerse en cuenta lo señalado en los apartados 46 y 47 de la sentencia, señalando el primero de ellos que "nada se opone a que, en ejercicio del margen de apreciación que les confiere el artículo 5 de la Directiva 95/46, los Estados miembros establezcan los principios que deben regir dicha ponderación", si bien añade que "no obstante, si una normativa nacional excluye la posibilidad de tratar determinadas categorías de datos personales, estableciendo con carácter definitivo el resultado de la ponderación de los derechos e intereses en conflicto respecto de tales categorías, sin permitir un resultado diferente en atención a las circunstancias



particulares de cada caso concreto, no se trata ya de una precisión en el sentido del citado artículo 5”.

En consecuencia sí sería posible que los Estados miembros pudiesen establecer en su normativa de aplicación reglas que permitan analizar los factores que podrían como punto de partida facilitar la ponderación, previendo supuestos en los que existirá una presunción *iuris tantum* de prevalencia del interés legítimo o del interés público sobre los derechos de los interesados.

## VI

Esta Agencia, por otra parte, ya ha tenido la ocasión de analizar la ponderación exigida por el artículo 7 f) de la Directiva en un supuesto concreto, referido a la posible divulgación pública por los Ayuntamientos, sin restricciones y a través de Internet, de los datos contenidos en el “fichero de facturas”, remitido al Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. Así el informe de 22 de marzo de 2012 analizaba la cuestión concreta en los siguientes términos:

*“Podría en este sentido invocarse que el acceso a la información por el público en general garantiza el principio de transparencia en la actuación de los poderes públicos, al darse conocimiento a la situación financiera de la entidades locales y el cumplimiento por las mismas de sus obligaciones, prevaleciendo ese interés sobre el derecho de los contratistas acreedores de la entidad local.*

*Sin embargo, esta cuestión ha sido ya analizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 9 de noviembre de 2010 (asunto Volker und Markus Schecke), en que se lleva a cabo un juicio de ponderación entre el deber general de transparencia al que se viene haciendo referencia y los derechos de los interesados personas físicas cuyos datos son objeto de publicación por la Administración Pública (tratándose en el supuesto analizado de datos sobre los beneficiarios de fondos procedentes del Fondo Europeo Agrícola de Garantía –FEAGA- y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural –Feader-).*

*La sentencia dedica a esta cuestión los apartados 72 y siguientes, analizando, según el primero de ellos, “si la limitación de los derechos consagrados por los artículos 7 y 8 de la Carta (de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) es proporcionada a la finalidad legítima perseguida” con la publicación de las ayudas recibidas con indicación de los beneficiarios de las mismas.*



*En este sentido, aclara en el apartado 79 que “si bien es cierto que, en una sociedad democrática, los contribuyentes tienen derecho a ser informados de la utilización de los fondos públicos (sentencia Österreichischer Rundfunk y otros, antes citada, apartado 85), no es menos cierto que para ponderar equilibradamente los diversos intereses en conflicto se requería que, antes de adoptar las disposiciones cuya validez es objeto de controversia, las instituciones competentes verificasen si la publicación, en un sitio web único por Estado miembro y de consulta libre, de los datos nominales de todos los beneficiarios afectados y de los importes específicos procedentes del FEAGA y del Feader percibidos por cada uno de ellos –y ello sin establecer diferencias en función de la duración de las ayudas percibidas, de su frecuencia, o del tipo o magnitud de las mismas– no iba más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos, en especial habida cuenta de que tal publicación lesionaba los derechos reconocidos por los artículos 7 y 8 de la Carta, aclarando en el apartado 80 que “por lo que respecta a las personas físicas beneficiarias de ayudas del FEAGA y del Feader, no parece que el Consejo y la Comisión hayan intentado ponderar equilibradamente, por un lado, el interés de la Unión en garantizar la transparencia de su actuación y la utilización óptima de los fondos públicos y, por otro, los derechos fundamentales consagrados en los artículos 7 y 8”.*

*Así, en el apartado 85 añade la sentencia que “es preciso recordar que, antes de divulgar información sobre una persona física, las instituciones están obligadas a poner en la balanza, por una parte, el interés de la Unión en garantizar la transparencia de sus acciones y, por otra, la lesión de los derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la carta. Ahora bien, no cabe atribuir una primacía automática al objetivo de transparencia frente al derecho a la protección de los datos de carácter personal (véase en este sentido la sentencia Comisión/Bavarian Lager, antes citada, apartados 75 a 79), ni siquiera aunque estén en juego intereses económicos importantes. Ello conduce al Tribunal a la conclusión de que “procede declarar inválidos el artículo 44 bis del Reglamento núm. 1290/2005 y el Reglamento núm. 259/2008 en la medida en que obligan, por lo que respecta a las personas físicas beneficiarias de ayudas del FEAGA y del Feader, a publicar datos de carácter personal de todos los beneficiarios, sin establecer distinciones en función de criterios pertinentes, tales como los períodos durante los cuales dichas personas han percibido estas ayudas, su frecuencia o, incluso, el tipo y magnitud de las mismas”.*

*En el supuesto ahora analizado, a diferencia del planteado en la sentencia, el legislador sí ha establecido los criterios que deben regir la ponderación entre el principio de transparencia y el derecho fundamental a la protección de datos; entendiéndose que el logro de dicha transparencia no precisa de la publicación exhaustiva en Internet de la*



*lista de contratistas acreedores de las entidades locales, y mucho menos la referente al desglose de las facturas emitidas, sino que dicha información puede revestir igual relevancia si las cifras constan de forma agregada, siempre que se garantice el derecho del acreedor a comprobar su efectiva inclusión en la lista.*

*Este objetivo no empece que los datos puedan encontrarse disponibles a través de Internet, pero será preciso que el acceso a la información se establezca de tal manera que se garantice, por una parte, que la información pueda ser consultada por el contratista interesado y, por otra, que no se encuentre libremente disponible para terceros distintos de aquél.*

*Tal objetivo podrá lograrse mediante el establecimiento de una zona de acceso restringido en el sitio web de la Corporación, de forma que únicamente el interesado, mediante la inclusión de determinados datos que en principio sean de su exclusivo conocimiento, pueda conocer si se encuentra efectivamente en el listado remitido al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y los detalles relacionados con las obligaciones contraídas con la Corporación. Así, por ejemplo, podría establecerse como requisito para el acceso a la información la inclusión del NIF o CIF del contratista unido a otro u otros datos obrantes en la relación, tales como el número de factura o el importe de la misma, teniendo en cuenta que tampoco cabría considerar que la inclusión exclusiva del NIF o el CIF garantiza plenamente una confidencialidad en el acceso a los datos."*

De este modo, concluía el informe que "la publicación en Internet de los datos contenidos en el denominado por la consultante "fichero de facturas" referidos a quienes no tengan la condición de personas jurídica o se refieran a comerciantes, industriales o navieros el ámbito exclusivo de su actividad empresarial, de forma que la información sea libremente accesible por cualquier persona implica una cesión de datos que no encuentra amparo, sin el consentimiento del interesado, ni en el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999 ni en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE. De este modo, la inclusión de estos datos en Internet únicamente sería posible si el acceso quedase limitado al propio interesado mediante la inclusión previa de varios datos que sólo él pudiera, en principio, conocer".

## VII

Una vez descrito el marco actualmente existente y analizadas igualmente las implicaciones del principio de transparencia en la actividad administrativa, será preciso, por razones de coherencia interna del presente informe, que el análisis del texto sometido a informe comience con lo dispuesto en el artículo 11 del mismo, aplicable no sólo al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, dentro de cuyo Capítulo se incluye, sino, en virtud de



la remisión efectuada por el artículo 3.6 del Anteproyecto, al régimen de publicidad activa de la actuación administrativa. El artículo 11 dispone lo siguiente:

*“1. Cuando la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicarán las disposiciones previstas en esta Ley. No obstante, se aplicará la normativa de protección de datos personales cuando los datos que contenga la información se refieran únicamente al solicitante.*

*2. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos en los términos de la normativa de protección de datos personales, se denegará el acceso salvo que el titular de los datos consienta expresamente y por escrito su divulgación.*

*3. Con carácter general y, salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos vinculados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.*

*4. Asimismo, se podrá conceder el acceso a información que contenga datos personales que no tengan la consideración de especialmente protegidos si, previa ponderación suficientemente razonada, el órgano competente para resolver considera que no se perjudica ningún derecho constitucionalmente protegido.*

*5. La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los datos personales obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso.”*

En relación con este precepto, la Exposición de motivos del Anteproyecto, tras indicar que el derecho de acceso a la información pública “solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información-derivado de lo dispuesto en la Constitución Española- o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad”, específica en lo que afecta directamente al derecho fundamental a la protección de datos que “dado que el acceso a la información puede afectar de forma directa a la protección de los datos personales, la Ley aclara la relación entre ambos derechos estableciendo los mecanismos de equilibrio necesarios. Así, por un lado, en la medida en que la información afecte directamente a la organización o actividad pública del órgano, prevalecerá la divulgación mientras que por otro se protegen-como no podría ser de otra manera- los datos que la





normativa califica como especialmente protegidos, núcleo duro del derecho, para cuyo acceso se requerirá el consentimiento de su titular”.

Igualmente, la Memoria de impacto normativo del Anteproyecto señala que “el artículo 11 contiene una serie de previsiones, novedosas en nuestro ordenamiento jurídico, en las que se regula el equilibrio necesario entre la protección de datos de carácter personal y el derecho de acceso a la información pública. Así, se exige el consentimiento del interesado para el acceso a datos denominados especialmente protegidos, en la terminología usada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Si se dará acceso cuando se trate de datos relativos al funcionamiento y a la actividad pública y cuando, tratándose de datos que no son especialmente protegidos, prevalezca el interés en el conocimiento público de la información”.

## VIII

*Conforme al apartado 1 del artículo 11 “cuando la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicarán las disposiciones previstas en esta Ley. No obstante, se aplicará la normativa de protección de datos personales cuando los datos que contenga la información se refieran únicamente al solicitante”.*

El primer inciso del precepto puede interpretarse en el sentido de que las disposiciones de la norma sometida a informe operan como norma especial que será aplicable en los supuestos de acceso a información pública. Sin embargo ello no supone realmente una exclusión de las normas contenidas en la Ley Orgánica 15/1999, que serán aplicables al tratamiento de datos que esté siendo llevado a cabo por parte de las Administraciones Públicas de las que se requiera el acceso, toda vez que no cabe apreciar excepción alguna a dicho tratamiento en la mencionada Ley Orgánica.

Al propio tiempo, el hecho de que la eventual cesión de datos de carácter personal que se deriva del acceso a la información pública se someta a las reglas del texto sometido a informe no supone siquiera una exclusión de lo dispuesto en la propia Ley Orgánica, toda vez que las normas del Anteproyecto únicamente operarían como supuesto legal habilitante de la cesión de los datos; es decir, las previsiones de la Ley permitirían amparar la cesión de los datos en lo dispuesto en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, que legitima la cesión de los mismos sin consentimiento del interesado en los supuestos en los que exista una Ley que habilite la citada cesión.

Incluso si se produjese la cesión de datos especialmente protegidos, cuestión que se analizará con posterioridad, la cesión que excepcionalmente pudiera establecer la Ley no sería más que un supuesto amparado, en los casos en los que la Ley Orgánica lo permite, en el propio texto de la citada Ley



Orgánica 15/1999, que permite la cesión de determinados datos especialmente protegidos cuando existe una norma legal habilitante para ello (artículo 7.3).

De este modo, el inciso primero del artículo 11.1 únicamente podría ser interpretado de una forma sistemática con las previsiones de la Ley Orgánica si se entiende que las especialidades del Anteproyecto sometido a informe no son más que una precisión de lo dispuesto, con carácter general, en los artículos 7 y 11 de la propia Ley Orgánica.

**Por ello, sería preciso que el Proyecto sometido a informe especificase que en los supuestos de acceso a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicarán las disposiciones no sólo del Anteproyecto, sino también de la Ley Orgánica 15/1999.**

Por otra parte, y dentro de estas precisiones generales que se están efectuando en relación con este primer inciso, es preciso señalar que existen multitud de normas que establecen un régimen de acceso más o menos amplio a determinados datos que son objeto de tratamiento por la Administración Pública y que podrían suponer excepciones al régimen concreto que se pretende regular a través del Anteproyecto sometido a informe.

A título de meros ejemplos cabe hacer referencia, en este sentido, a las normas que limitan el acceso a información objeto de tratamiento por la Administración Tributaria o por la Seguridad Social, así como el acceso a los datos incluidos en el padrón municipal de habitantes.

Estas especialidades aparecen, no obstante, aparentemente salvadas en el Anteproyecto sometido a informe, toda vez que su disposición adicional primera establece en su apartado 2 que "se regirán por su normativa específica aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información"

En cuanto al segundo inciso, se somete a las disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999 el acceso a información pública que únicamente contenga datos relacionados con el propio solicitante del acceso.

En este sentido, el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que "el interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos", recordando el artículo 27.1 del Reglamento de desarrollo de la citada Ley Orgánica que "el derecho de acceso es el derecho del afectado a obtener información sobre si sus propios datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento, la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando, así como la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos".



De este modo, el Proyecto sometido a informe parece considerar que las solicitudes de acceso por el interesado a documentos en los que únicamente se contengan datos que se refieran al mismo no es sino una forma de ejercicio del derecho de acceso establecido en las normas de protección de datos de carácter personal, por lo que serán éstas las que deban resultar de aplicación a ese supuesto específico, sin que sea preciso el establecimiento de otras precisiones.

No obstante, cabe recordar igualmente que el artículo 37.2 de la Ley 30/1992 actualmente establece que "el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados". Esta previsión no resulta plenamente coincidente con la establecida en las normas de protección de datos reguladoras del derecho de acceso, que refieren el mismo no a los documentos que contengan los datos de carácter personal sino a qué concretos datos están siendo objeto de tratamiento.

La consecuencia de esta diferente regulación y del hecho de que el acceso por el interesado a los "documentos que contengan datos personales referidos exclusivamente al propio solicitante" quede sujeto a las normas de protección de datos podría implicar una limitación en el alcance del acceso del propio interesado a sus datos, dado que en aplicación de las normas contenidas en la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo, el interesado únicamente tendría derecho a "obtener información sobre si sus propios datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento, la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando, así como la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos", pero no a acceder propiamente al documento en que sus datos se contienen.

**A la vista de todo lo señalado, y en cuanto al segundo inciso del artículo 11.1, el Anteproyecto debería indicarse que se aplicará la normativa de protección de datos personales cuando los datos que contenga la información se refieran únicamente al solicitante, sin perjuicio de que en este caso el otorgamiento del acceso permita el conocimiento por el solicitante no sólo de los datos contenidos en el documento, sino del documento mismo en que aquéllos consten.**

## IX

El apartado 2 del artículo 11 del Anteproyecto se refiere a los datos calificados por la normativa de protección de datos de carácter personal como especialmente protegidos, estableciendo que el acceso a dichos documentos quedará en todo caso denegado si no se contase con el consentimiento expreso y por escrito del interesado.



Con ello se establece una regla especialmente garantista en cuanto a la limitación del acceso a la información pública que contenga este tipo de información acerca de los interesados, sometida exclusivamente a su consentimiento, de forma que en caso de no constar éste, que además deberá verificarse en forma escrita, no será posible el acceso a los datos personales.

Esta regla parece conectarse con el régimen previsto para este tipo de datos personales en el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, que no obstante diferencia tres tipos de datos especialmente protegidos:

- Por una parte, el artículo 7.2 se refiere a los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, disponiendo que los mismos sólo podrán ser objeto de tratamiento, y por tanto de cesión, "con el consentimiento expreso y por escrito del afectado".
- En segundo lugar, el artículo 7.3 se refiere a los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, que "sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente".
- Por último, conforme al artículo 7.5 "los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras".

Al propio tiempo, en relación con la primera categoría de datos especialmente protegidos a los que se ha hecho referencia, esta Agencia analizó la drástica limitación establecida por el artículo 7.2 a la luz de lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución y en la normativa de la Unión de la que trae causa la propia Ley Orgánica en su informe de 4 de agosto de 2009. En particular, se analizaba si la regla del consentimiento expreso y escrito resultaba igualmente aplicable en los supuestos de datos que el interesado hubiera hecho manifiestamente públicos con anterioridad a que se produjese el tratamiento (por ejemplo, respecto de sus datos de ideología en el momento en que el interesado concurriese en un proceso electoral, supuesto analizado en el informe, pero también aplicable a quienes ocupasen un puesto sindical relevante o a quienes administrasen públicamente el culto en una confesión religiosa). El informe se pronunciaba en los siguientes términos:

*"(...), el régimen establecido en el artículo 7.2 parece traer su causa directa de lo dispuesto en el artículo 7.1 de la propia Ley Orgánica que establece que "De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias".*



*Al propio tiempo, el artículo 8 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos se refiere a este tipo de datos, disponiendo como principio general que "Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad".*

*No obstante, esta regla se complementa con los supuestos enumerados en el artículo 8.2 de la Directiva, previendo la misma que dicha regla no se aplicará cuando "el interesado haya dado su consentimiento explícito a dicho tratamiento, salvo en los casos en los que la legislación del Estado miembro disponga que la prohibición establecida en el apartado 1 no pueda levantarse con el consentimiento del interesado" (apartado a) y cuando "el tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos o sea necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial" (apartado e).*

*Como puede comprobarse el artículo 8.2 de la Directiva establece un principio claro, preciso e incondicional referido a la posibilidad de tratamiento de los datos en caso de que así se consienta por el derecho interno o, sin ningún tipo de consideración adicional, respecto de los datos que el interesado hubiera hecho manifiestamente públicos.*

*Esta excepción contenida en el artículo 8.2 e) de la Directiva aparece vinculada a lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 15/1999 en el sentido de que el carácter especialmente protegido del dato y la exigencia de un consentimiento reforzado, expreso y por escrito, del afectado guarda relación directa con el derecho a la libertad ideológica consagrado en el artículo 16.1 de la Constitución.*

*De este modo, los datos referidos a la ideología del afectado deberán quedar restringidos en su tratamiento a menos que el propio interesado levante esta restricción, renunciando a su derecho a no declarar acerca de su ideología política, pudiendo esta circunstancia derivarse de una manifestación explícita del consentimiento, referido a un determinado responsable que vaya a proceder al tratamiento y cesión de los datos de carácter personal, o a una manifestación pública del interesado, dirigido a una pluralidad indeterminada de destinatarios pero en ningún caso limitada a un ámbito concreto, en que aquél pone de manifiesto al común los datos referentes a su ideología política.*



*Teniendo estas circunstancias en consideración, la limitación establecida por el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999 ha de ser interpretada congruentemente con el derecho consagrado por el artículo 16.1 de la Constitución y con las precisiones establecidas en el artículo 8.2 e) de la Directiva 95/46/CE, dotadas de efecto directo, al establecer una excepción incondicionada de la regla general de limitación del tratamiento establecida en el apartado 1 de su artículo 8.”*

Al propio tiempo, como se ha dicho, es posible que el establecimiento de un régimen taxativo de consentimiento respecto de los datos contenidos en el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999 pudiese implicar una excepción de dicho régimen que limitase la cesión de los datos incluso cuando existiese una norma especial que por razones de interés público justificase que tal acceso tuviese lugar. Este mismo régimen debería igualmente preverse, si bien en este caso a efectos limitativos en relación con datos que apareciesen contenidos en registros administrativos relacionados con la comisión de infracciones penales o administrativas, en que debería ser el propio legislador quien estableciese en la normativa especial aplicable a los registros los supuestos en los que pudiese ser posible dicho acceso, si bien partiendo de una regla general limitativa de ese acceso.

Por ello, a juicio de esta Agencia debería completarse la regla establecida en el artículo 11.2 del Anteproyecto, diferenciando los datos especialmente protegidos en atención al régimen general aplicable a los mismos según la Ley Orgánica 15/1999 y clarificando las reglas de acceso a la información contenida en registros de infracciones penales o administrativas mediante su remisión a la normativa reguladora de dichos registros.

Por todo ello, se propone modificar el apartado 2 citado en los siguientes términos:

**“2. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999 el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.**

**Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevasen la amonestación pública al infractor el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley.”**



X

Fuera de los supuestos en que la información cuyo acceso se solicita contuviera datos especialmente protegidos, el Anteproyecto objeto del presente informe establece un régimen general que implica la realización de una ponderación de las circunstancias del caso concreto, de forma que en todo caso será preciso valorar el interés que justifica la solicitud del acceso y el modo en que se ven afectados los derechos de los interesados cuyos datos son objeto de tratamiento, toda vez que el apartado 4 del artículo 11 dispone que "se podrá conceder el acceso a información que contenga datos personales que no tengan la consideración de especialmente protegidos si, previa ponderación suficientemente razonada, el órgano competente para resolver considera que no se perjudica ningún derecho constitucionalmente protegido".

Esta regla, no obstante, se invierte en un supuesto concreto en relación con la "información que contenga datos vinculados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano" al que se efectúa la petición, dado que en ese caso se invierte la ponderación, toda vez que "con carácter general y, salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso".

De este modo, el Anteproyecto establece como criterio legitimador del acceso la regla de ponderación de los derechos e intereses concurrentes en el tratamiento, consagrada por el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, dotado de efecto directo según la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, de 24 de noviembre de 2011, tal como se analizó con mayor detalle en un lugar anterior de este informe, e incorporada por tanto al ordenamiento jurídico como una de las causas legitimadoras del tratamiento y cesión de los datos de carácter personal, en plano de igualdad con las establecidas en los artículos 6, 11 y 21 de la Ley Orgánica 15/1999, siempre que la información no contenga datos especialmente protegidos.

El problema se plantea en este punto en el hecho de que el Anteproyecto únicamente contiene un criterio objetivo de ponderación que pudiera resultar aplicable para determinar la procedencia o improcedencia del acceso a la información pública que contuviera datos de carácter personal no especialmente protegidos, cual es que la información se refiera a la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

Al propio tiempo, dicho criterio encierra un concepto jurídico indeterminado que pudiera plantear serios problemas en su aplicación práctica, dado que una interpretación amplia de los conceptos de "funcionamiento" o "actividad pública" del órgano del que se solicita el acceso conduciría a invertir en la práctica totalidad de los supuestos la regla de ponderación, de forma que debiera establecerse un criterio general de acceso salvo lesión grave del



derecho fundamental a la protección de datos. No debe olvidarse en este punto que el derecho fundamental a la protección de datos aparece reconocido expresamente por la Sección segunda del Capítulo I del Título I de la Constitución, mientras que el derecho de acceso a la información pública, aun siendo una garantía esencial de funcionamiento de un Estado democrático, no aparece incluido en el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas recogido por la Constitución.

Como se ha señalado, no obstante, la propia Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2011 considera que los Estados miembros gozan de un margen de maniobra, al amparo del artículo 5 de la Directiva 95/46/CE, para determinar los criterios que permitan facilitar la ponderación de los derechos e intereses concurrentes en cada supuesto de tratamiento, lo que permitiría que el Anteproyecto sometido a informe pudiese habilitar igualmente los criterios que permitiesen llevar a cabo la ponderación necesaria para determinar si procede o no autorizar el acceso a una determinada información pública.

Algunos de los criterios que podrían facilitar esta ponderación aparecen ya recogidos en la normativa actualmente vigente. Así, por ejemplo, la Ley 30/1992 incluye en su artículo 37.3 un criterio en que considera que el interés legítimo del solicitante prevalece sobre el derecho a la protección de datos del interesado, cuando dispone que “el acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del Derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo”.

Ciertamente, el concepto de “documentos de carácter nominativo” puede resultar igualmente indeterminado; sin embargo sí podría asimilarse dicho concepto, conforme se desprende del artículo 28.2 del Real Decreto 178/2011 a los documentos que contengan datos “meramente identificativos de las personas que no afecten a su seguridad o a su intimidad”.

En este sentido, el concepto de datos meramente identificativos podría extraerse de una interpretación congruente con las exclusiones ya previstas de la aplicación de las normas de protección de datos de carácter personal. Así, los apartados 2 y 3 del artículo 2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 disponen lo siguiente:

“2. Este Reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las





funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales.

3. Asimismo, los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal.”

De este modo, aplicando estas previsiones y efectuando una interpretación extensiva de las mismas que permitiese determinar el concepto de datos identificativos de las personas (que sí se encontrasen sometidos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, cabría determinar que sería posible efectuar la ponderación a la que se refiere el artículo 11.4 del Anteproyecto a favor del interés de quien solicita el acceso a los documentos cuando la información pública únicamente contuviese datos meramente identificativos del interesado, cuando incluyese datos exclusivamente referidos a su posición en el seno de una organización o cuando esos datos se refirieran a su actividad como comerciante industrial o naviero.

## XI

Un segundo criterio objetivo que pudiera facilitar la ponderación podría encontrarse en la aplicación de la normativa actualmente vigente en materia de acceso al patrimonio histórico documental español.

El informe emitido por esta Agencia en fecha 25 de octubre de 2011, al que ya se ha hecho referencia en lugares anteriores de este informe analizaba detenidamente la interacción existente entre las normas reguladoras del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, las que legitimaban el derecho de acceso a la información pública y las incorporadas a la legislación reguladora del Patrimonio Histórico español.

A estos efectos, y partiendo de la exclusión de las normas de protección de datos a las personas fallecidas, en los términos establecidos en el artículo 2.4 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, se analizaba el supuesto resuelto por informe de esta Agencia de 19 de abril de 2011, en que se daba respuesta a una consulta formulada por un determinado partido político y referida al posible acceso a los datos de sus militantes y dirigentes históricos, en que se señalaba lo siguiente:

*“(...) ha de tenerse en cuenta el carácter histórico de la información a la que se refiere la consulta, debiendo a tal efecto recordar que esta Agencia se ha pronunciado acerca de la posibilidad de tratamiento, con fines históricos, científicos o estadísticos, de datos que formarían parte del patrimonio documental, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español que, tras establecer su artículo 57 que los documentos del*



*patrimonio documental "serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos", añade, en su apartado 1 c), que "los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos".*

*Ciertamente, el precepto peca de cierta ambigüedad, dado que no establece claramente a qué supuestos se está haciendo referencia en el segundo de los casos referidos a personas cuya fecha de fallecimiento no sea conocida. Así, es posible considerar que será en todo caso necesario que conste el fallecimiento de la persona, aunque su fecha no sea conocida o que la expresión "en otro caso" se refiere a cualesquiera supuestos, conste o no la circunstancia del citado fallecimiento.*

*No obstante, esta Agencia ha venido tradicionalmente considerando que debe prevalecer la segunda de las interpretaciones señaladas; es decir, en caso de que no conste si una persona ha fallecido o no, los datos podrán ser tratados con fines históricos científicos o estadísticos una vez hayan transcurrido cincuenta años desde la fecha del documento.*

*Por este motivo, sería posible la difusión de la información a la que se refiere la consulta en caso de que la misma se encontrase en uno de los supuestos siguientes:*

- *Se refiriese a personas fallecidas al tiempo de la difusión.*
- *Se refiriese a personas no fallecidas, pero hubieran transcurrido más de cincuenta años desde la fecha del documento."*

Ello implica que incluso cuando pudiera existir un potencial perjuicio a los derechos de las personas a las que el documento se refiere, si la antigüedad del documento, teniendo en cuenta el hecho de que dichos sujetos hubieran o no fallecido, superase los límites establecidos en la Ley del Patrimonio Histórico Español, la ponderación a la que se refiere al artículo 11.4 del Anteproyecto sometido a informe debería efectuarse a favor del derecho de acceso y no de la tutela de los derechos de los afectados con carácter general.



Al propio tiempo, una referencia expresa a las disposiciones de la mencionada Ley en el Anteproyecto permitiría garantizar una adecuada interrelación entre ambas normas que evitase los problemas interpretativos que pudieran deducirse de su aplicación, de forma que incluso pudiera considerarse que el criterio objetivo del tiempo transcurrido no pudiera tampoco ser tenido en cuenta en el régimen actual sin llevar a cabo la ponderación impuesta por el artículo 11.4.

Por tanto, podría establecerse como criterio a tomar en consideración para efectuar la ponderación prevista en el Anteproyecto lo dispuesto en la normativa reguladora del Patrimonio Histórico Español.

Junto con este criterio, y de forma necesariamente vinculada al mismo puede tenerse en cuenta lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 28.3 del Real Decreto 1708/2011, que dispone que "se entenderá que poseen interés legítimo (...) los investigadores que acrediten que el acceso se produce con una finalidad histórica, científica o estadística

## XII

Por último, cabe hacer referencia a la luz de la normativa actualmente aplicable a dos supuestos en la que podrían aplicar se factores adicionales que facilitasen la ponderación impuesta por el artículo 11.4 del Anteproyecto:

En primer lugar, y como criterio favorable al otorgamiento del acceso, el artículo 28.3 del Real Decreto 1708/2011 considera que "se entenderá que poseen interés legítimo quienes soliciten el acceso para el ejercicio de sus derechos".

Por otra parte, el apartado 2 del citado artículo 28 establece un criterio en que la ponderación debería efectuarse a favor de los derechos de los interesados cuyos datos personales constasen en el documento, al referirse al "acceso a los documentos que contengan datos personales que puedan afectar a la intimidad o a la seguridad de las personas", situando este criterio en el mismo plano de protección que el relativo a la inclusión en los documentos de datos especialmente protegidos. Asimismo, el citado artículo 28.2 se refiere a los datos que "se encuentren en procedimientos o expedientes sancionadores".

Ciertamente, el régimen de acceso previsto en el Real decreto para tales datos es particularmente restrictivo, toda vez que, salvo aplicación de la normativa del patrimonio histórico español, dicho acceso únicamente sería posible con el consentimiento de los interesados. Sin embargo, cabría considerar que tan tajante limitación se fundamenta en el necesario respeto a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 30/1992 que debe cumplir la norma reglamentaria.



En este sentido, si bien el Anteproyecto sometido a informe pretende ampliar los márgenes de ejercicio del derecho de acceso a la información pública, es cierto que los límites derivados de los criterios a los que se ha hecho referencia podrían actuar como medios que facilitasen la realización de la ponderación establecida en el artículo 11.4, de forma que, como regla general, no procediese el mencionado acceso.

### XIII

De este modo, y resumiendo lo que se ha venido indicando en estos últimos apartados en relación con la aplicación de la regla de ponderación del artículo 11.4 del Anteproyecto, el Proyecto podría tomar en consideración en su propio articulado los siguientes criterios que permitiesen facilitar la ponderación y garantizar en mayor medida la seguridad jurídica, tanto de quien solicita el acceso como del afectado cuyos datos aparecen en la información cuyo acceso se solicita:

- La vinculación de los datos con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano requerido, si bien sería conveniente que se precisasen en mayor medida los dos últimos conceptos.
- El carácter nominativo o meramente identificativo de los datos contenidos en la información pública cuyo acceso se solicita.
- El transcurso de los plazos establecidos en la normativa reguladora del Patrimonio Histórico Español.
- Que los datos sean solicitados por investigadores que motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.
- Que el acceso se solicite para el ejercicio de un derecho del propio solicitante.
- Que los datos contenidos en el documento puedan afectar a la intimidad o a la seguridad de las personas a los que se refieran.

Con esta objetivización de los criterios de ponderación a tomar en consideración podrá darse solución a un gran número de supuestos de ejercicio del derecho de acceso, si bien existirán otros en los que no resulte completamente clara la aplicación de los criterios o sean de aplicación varios de ellos, lo que exija una ponderación del eso de cada uno de los mismos. AL propio tiempo, podrán darse supuestos en los que ningún criterio resulte de aplicación, lo que exigirá ponderar efectivamente las circunstancias del caso sin tomar en consideración la aplicación de estas reglas.

Como ya se ha indicado, la ponderación prevista en el artículo 11.4 del Anteproyecto objeto de informe no es sino la aplicación en relación con el



derecho de acceso a la información pública de la regla establecida en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, dotado de efecto directo en virtud de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, que establece que "los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si (...) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva".

El Anteproyecto otorga a los propios órganos a los que se solicita el acceso la competencia para resolver de las peticiones que se formulen, siendo sus resoluciones directamente recurribles en vía contencioso-administrativa. No obstante, la Sección 3ª del Capítulo II del Título I prevé la interposición de una reclamación potestativa ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios, atribuyendo a dicha Agencia funciones propias de un organismo regulador en materia de transparencia.

La disposición final cuarta prevé la modificación del Estatuto de la citada Agencia, a fin de adaptarlo a sus nuevas competencias, por lo que se desconoce cuál será el contenido real de dicha reforma estatutaria.

No obstante, sería conveniente que por la citada Agencia pudieran dictarse directrices concretas que facilitasen a los órganos competentes la realización de la ponderación establecida por el artículo 11.4. Para la elaboración de las citadas directrices, dada la trascendencia de esta materia en relación con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, sería preciso que la citada Agencia contase con la colaboración de esta Agencia Española de Protección de Datos, bien determinándose en el Anteproyecto que las directrices se elaborarán conjuntamente por ambas, bien previendo la colaboración entre la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios y la Agencia Española de Protección de Datos en la determinación de las citadas directrices.

Por último, el Anteproyecto no establece la posibilidad de que la transmisión de la información al solicitante del acceso pueda efectuarse previo procedimiento de disociación, de forma que no fueran conocidos los datos personales de las personas a las que se refiere el documento.

Ciertamente, el artículo 12 del Anteproyecto establece el régimen de acceso parcial a la información pública, previendo que "en los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 10 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la



información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido”.

Sin embargo, como puede fácilmente comprobarse, el precepto no se refiere a los supuestos en los que deba aplicarse a favor del afectado cuyos datos constan en el documento la regla de ponderación establecida en el artículo 11, sino sólo en caso de aplicarse los supuestos de limitación del artículo 10.

Por ello, sería conveniente que el Anteproyecto incluyese, bien en su artículo 11, bien en su artículo 12, una previsión que permitiese el acceso de los interesados a los documentos previamente sometidos a un procedimiento de disociación, teniendo en cuenta que el artículo 11.6 de la Ley Orgánica 15/1999, ya citado en un lugar anterior de este informe, dispone que “Si la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores”

#### XIV

Las conclusiones alcanzadas en el apartado anterior de este informe nos conducen a las proponer la reforma de lo dispuesto en el artículo 11 del Anteproyecto, reemplazando su actuales apartados 3 y 4 por los siguientes:

**“3. Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.**

**Para la realización de la citada ponderación, el órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:**

- a) El interés público en el conocimiento de la información relacionada con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano requerido.**
- b) El menor perjuicio a los interesados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.**
- c) Que los solicitantes justifique su petición en el ejercicio por los mismos de un derecho o tengan la condición de investigadores que motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.**



d) El menor perjuicio de los derechos de los interesados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.

e) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad.

4. Cuando debiera denegarse el acceso en aplicación de lo dispuesto en los dos apartados precedentes, podrá no obstante concederse aquél siempre que se proceda previamente a la oportuna disociación de los datos de carácter personal, de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.”

Además, conforme a lo indicado en el apartado anterior, y a fin de garantizar una objetivización lo mayor posible de los criterios de ponderación a tomar en consideración y de las garantías del derecho a la protección de datos, estableciéndose un procedimiento colaboración entre los reguladores establecidos en la Ley Orgánica 15/1999 y el Anteproyecto sometido a informe, se considera oportuno que el Anteproyecto incorpore, bien en su articulado, bien en sus disposiciones adicionales o finales, la siguiente previsión:

“La Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios y la Agencia Española de Protección de Datos adoptarán conjuntamente las resoluciones que sean necesarias a fin de determinar los criterios de aplicación de las reglas contenidas en el artículo 11 de esta Ley, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”.

## XV

A la vista de todas las consideraciones precedentes relacionadas con el artículo 11 del Anteproyecto, esta Agencia considera que el mismo debería señalar lo siguiente:

### “Artículo 11. Protección de datos personales

1. Cuando la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicarán las disposiciones previstas en esta Ley y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. No obstante, se aplicará la normativa de protección de datos personales cuando los datos que contenga la información se refieran



únicamente al solicitante, sin perjuicio de que en este caso el otorgamiento del acceso permita el conocimiento por el solicitante no sólo de los datos contenidos en el documento, sino del documento mismo en que aquéllos consten.

2. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999 el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley.”

3. Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

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

f) El interés público en el conocimiento de la información relacionada con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano requerido.

g) El menor perjuicio a los interesados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

h) Que los solicitantes justifique su petición en el ejercicio por los mismos de un derecho o tengan la condición de investigadores que motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.





**i) El menor perjuicio de los derechos de los interesados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.**

**j) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad.**

**4. Cuando debiera denegarse el acceso en aplicación de lo dispuesto en los dos apartados precedentes, podrá no obstante concederse aquél siempre que se proceda previamente a la oportuna disociación de los datos de carácter personal, de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.**

**5. La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los datos personales obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso."**

## XVI

Como resulta evidente, el análisis del artículo 11 del Anteproyecto resulta ser la cuestión fundamental sobre la que se centra el presente informe. No obstante, existen otras previsiones del texto sometido a informe que deben ser objeto de análisis.

La primer de ellas guarda directa relación con el análisis hasta ahora efectuado y se refiere a lo dispuesto en el artículo 3.3 que considera como límites del principio de publicidad activa de la actividad administrativa regulados en el Capítulo que el propio precepto encabeza, los derivados "especialmente" de la protección de datos de carácter personal, regulados por el artículo 11.

Como ya se expuso al comienzo de este informe, el citado principio de publicidad activa implica, en lo que afecta al derecho a la protección de datos de carácter personal, la publicación por parte de las Administraciones Públicas a las que se refiere el artículo 2 del Anteproyecto, de los datos contenidos en el artículo 6 del mismo, que incluyen información referida a los contratos y convenios suscritos por aquélla (apartados a) y b)), las subvenciones públicas concedidas (apartado c), las retribuciones de altos cargos y máximos responsables, así como las indemnizaciones que procedan para el caso de cese en el cargo (apartado f), las resoluciones dictadas en materia de compatibilidad por la Oficina de Buen Gobierno y Conflictos de Intereses (apartado g) y las declaraciones anuales de bienes e intereses de los representantes locales y de los miembros no electos de la Junta de Gobierno local (apartado h).

Las informaciones a las que se refiere este artículo 6 guardan una serie de diferencias sustanciales con las relacionadas con la totalidad de la actividad



de las Administraciones Públicas, respecto de la que es posible el ejercicio del derecho de acceso a la información pública:

Así, en primer lugar, y siguiendo los propios criterios que establece el Anteproyecto, no cabe duda que la información a la que se está haciendo referencia guarda relación directa con la organización, funcionamiento y actividad pública del órgano al que dicha información se refiere, siendo así que como se ha analizado en lugares anteriores de este informe, y sin perjuicio de los problemas que pudieran derivarse de la interpretación de estos conceptos, tales circunstancias actúan como criterios de ponderación favorables al otorgamiento del derecho de acceso a la información pública.

Por otra parte, la publicidad de los concretos datos a los que se ha venido haciendo referencia no sólo opera en cumplimiento de lo dispuesto en el propio Anteproyecto, sino que trae su causa de lo establecido en otras normas especiales ya vigentes con rango de Ley, tanto cuando así se cita expresamente en el Anteproyecto como cuando dicha publicidad deriva de la normativa específica no citada en el mismo. Así sucede en el caso de los datos relacionados con la contratación o el otorgamiento de subvenciones públicas, cuestiones respecto de las que se han venido dictando reiteradas resoluciones por parte de esta Agencia Española de Protección de Datos en el sentido de entender procedente la publicidad de la información.

De este modo, el establecimiento de la aplicación en bloque de lo dispuesto en el artículo 11 del Anteproyecto pudiera obstaculizar el logro de transparencia pretendido por la norma, por cuanto aun existiendo una normativa que previera la publicación o resultar la misma admisible en aplicación de los criterios contenidos en el propio artículo 11 sería preciso llevar a cabo un examen pormenorizado y caso a caso de la procedencia de dicha publicación, aplicando esos criterios de ponderación ya señalados en relación con la publicación de cada dato de carácter personal.

El único supuesto en el que sería especialmente preciso tomar en consideración el perjuicio generado como consecuencia de la publicación es aquél en el que la misma implicase un conocimiento generalizado de datos especialmente protegidos relacionados con los solicitantes. En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos ya ha tenido la ocasión de indicar en diversas resoluciones, por todas la de 24 de noviembre de 2008, que la publicación en un diario oficial de los datos de beneficiarios de ayudas públicas que impliquen el conocimiento por parte del público de determinada condición de los beneficiarios que implique la existencia de un dato especialmente protegido debería haber supuesto, con carácter previo, el sometimiento de los datos a un procedimiento de disociación, de forma que la identidad de los beneficiarios no pasase a ser del dominio público.

El supuesto analizado en la resolución se refería a la publicación en un diario oficial autonómico de datos de beneficiarios de ayudas a personas



drogodependientes, señalando la citada resolución en su fundamento de derecho V lo siguiente:

*“La Vicepresidencia argumenta que está habilitada para la publicación de las ayudas en las normas nacionales y autonómicas siguientes: a) la Ley 38/2003 General de Subvenciones que en su artículo 18, establece: “ los órganos administrativos publicaran en el diario oficial correspondiente, y en los términos que se fijen reglamentariamente, las subvenciones concedidas con expresión de la convocatoria, el programa y crédito presupuestario al que se imputen, beneficiario, cantidad concedida y finalidad de la subvención” ; la Ley Autonómica 9/2007 de Subvenciones de Galicia; y en la Orden de 3/03/2008 de la convocatoria de las ayudas que en el párrafo séptimo prevé que “se atenderá en todo caso a los principios de publicidad, objetividad y concurrencia” . Y respecto al punto 3 del artículo 18 de la citada Ley General de Subvenciones que prevé “ no será necesaria la publicación en el diario oficial de la Administración competente la concesión de las subvenciones en los siguientes supuestos: a) Cuando la publicación de los datos del beneficiario en razón del objeto de la subvención pueda ser contraria al respeto y salvaguarda del honor, la intimidad personal, y familiar de las personas físicas en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, del protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y haya sido previsto en la normativa de desarrollo “, aduce que la expresión “ no será necesaria” habilita para que la administración actuante decida sobre la necesidad o no de la publicación y la propia Orden de la convocatoria establece expresamente que la solicitud, tramitación y concesión de las ayudas se realizará atendiendo al principio de “ publicidad”, además de que el artículo 8 de la Ley 1/1982 establece: “ no se reputará con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley.”*

*No obstante la posición de la Vicepresidencia, se considera que ésta no tiene en cuenta el principio general de derecho de “jerarquía” de las normas (la LOPD como Ley Orgánica) y que nos encontramos en presencia de un “derecho fundamental”, en que las obligaciones informativas han de cohonestarse con otras previsiones legales que limitan el acceso a la información contenidas en la LOPD.*

*Así cabe citar lo previsto en el transcrito artículo 10 que impone el “deber de secreto” y el 44 que tipifica expresamente como infracción muy grave, grave o leve la vulneración del deber de secreto.*

*La STC 292/2000, de 30/11, que recoge, entre otras, la sentencia de la Audiencia Nacional de 2/02/2005, recurso 1299/2002, dice: “ El derecho fundamental a la protección de datos persigue, en suma, garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y*



*destino; o dicho de otro modo, del derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de personales del conocimiento ajeno; mientras que el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Por lo tanto, el objeto de la protección de datos- de aquí su singularidad- es mas amplio que el objeto de la intimidad , pues entre otras cosas, y en lo que ahora nos interesa tiene como contenidos esencial del mismo, el conferir a la persona afectada el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera intima de la persona y la prohibición de usar de los datos a ella referente: El mismo atribuye a su titular un conjunto de poderes o facultades que se traducen en auténticos deberes para aquellos que utilizan los datos, y que son , esencialmente: el derecho a que se requiera el consentimiento para la recogida y uso de datos personales; el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de los mismos; y el derecho acceder, rectificar y cancelar dichos datos. Pues solo así se puede garantizar el poder de disposición sobre los datos personales”.*

*Pues bien, sentada la prevalencia de la Ley Orgánica con respecto a otras normas y la consideración del derecho a la protección de datos como “fundamental” se señala que, en el presente caso, no se discute la habilitación para la publicación de la Resolución con las ayudas a la drogodependencia sino el contenido de la resolución, pues, es claro, que no era necesario, se insiste para cumplir con el requisito de la “publicidad, objetividad y concurrencia”, la identificación de los beneficiarios.*

*La Vicepresidencia habría cumplido con los requisitos de “publicidad, objetividad y concurrencia” si hubiese procedido, en observancia a la normativa de protección de datos, a la “anonimización o disociación” a hacer inidentificables a los beneficiarios, lo cual no hubiese impedido ni la publicidad ni que el beneficiario accediese a la información sobre el reparto de las ayudas.*

*La LOPD en su artículo 3. f) se refiere al procedimiento de “disociación” como:*

*“Todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable”.*

*La Sentencia de la Audiencia Nacional de 30/01/2008, recurso 363/2006, en su Fundamento de Derecho tercero recoge sobre el contenido del derecho fundamental a la protección de datos que; “ Los principios generales, contenidos en el Título II de la Ley Orgánica 15/1999, definen, las pautas a las que debe atenerse la recogida, tratamiento y uso de datos de carácter personal, pautas encaminadas a hacer efectivo, y a garantizar el poder de disposición del titular de los datos personales sobre los mismos.... A estos efectos, debemos tener*



*en cuenta que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su protección no a los datos íntimos de la persona -que se protegen en el derecho a la intimidad- sino a los datos de carácter personal (STC 292/2000, de 30 de noviembre), por tanto, la garantía de la vida privada de la persona y su reputación poseen una dimensión positiva que excede del ámbito del artículo 18.1 CE y que se traduce en un derecho al control sobre los datos por el titular de los mismos. Se pretende garantizar a la persona, mediante este derecho fundamental, un poder de disposición sobre los datos personales, sobre su uso y destino, para salvaguardar la dignidad del afectado.*

*En este sentido el Tribunal Constitucional ha declarado que el «contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos (...) requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. (...) En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables (...) el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele» (fundamento jurídico séptimo de la STC 292/2000, de 30 de noviembre”.*

*En consecuencia, la Vicepresidencia debió cohonestar la obligación de dar publicidad a los beneficiarios de las ayudas con el derecho a la protección de datos y acudir al procedimiento de “disociación” haciendo no identificables los beneficiarios de las ayudas a la drogodependencia terceros.”*

Lo indicado en la citada resolución puede servir de indicio para determinar cuáles habrían de ser los límites de la publicidad activa a la que se refiere el artículo 6 del Anteproyecto, de modo que **no sería preciso una remisión íntegra al contenido del artículo 11 del texto, sino o bien limitar esa remisión a los supuestos en que las informaciones contengan datos**



**especialmente protegidos o bien señalar, como párrafo independiente del artículo 3.3 del Proyecto que cuando la información contuviera datos especialmente protegidos la publicidad se llevará a cabo sólo previa disociación de los mismos.**

## XVII

Debe ahora hacerse referencia a algunas cuestiones relevantes relacionadas con la tramitación del procedimiento regulado en el Anteproyecto sometido a informe

La primera de ellas resulta especialmente relevante, por cuanto aún no incluyéndose en el artículo 11 del texto implica una limitación en la práctica al ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

En efecto, el artículo 15 del Anteproyecto dispone que se inadmitirá a trámite las solicitudes de acceso "que impliquen a una pluralidad de personas cuyos datos personales pudieran revelarse con el acceso a la petición, en número tal que no sea posible darles traslado de la solicitud en el tiempo establecido para su resolución". Este precepto además se conecta con el artículo 16.3 del Anteproyecto, que señala que "si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas", disponiendo además como consecuencia de lo establecido en su segundo inciso que el plazo de un mes para dictar resolución, previsto en el artículo 17.1 del Anteproyecto quedará suspendido hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo de quince días establecido para su presentación.

La primera cuestión que resulta relevante a juicio de esta Agencia es que del juego de ambas normas se desprende que en caso de que la información cuyo acceso se solicita contuviera datos de carácter personal se daría a los interesados cuyos datos aparecen en la información el plazo de quince días para formular las alegaciones que estimasen oportunas a su derecho. Sin embargo, esta conclusión aparentemente clara no aparece establecida de modo explícito en el Anteproyecto, entendiéndose esta Agencia que sería conveniente que se hiciese constar dentro del artículo 16.3 del mismo.

Por este motivo, como primera conclusión, entiende esta Agencia que sería necesario modificar el tenor del artículo 16.2, cuyo inciso primero debería señalar lo siguiente:

**"Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, y en todo caso cuando la misma contuviera datos de carácter personal, se les concederá un plazo de**



quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas.”

Al propio tiempo, la interpretación de las dos normas a las que nos estamos refiriendo en este apartado del informe pueden inducir a una situación equívoca, por cuanto el otorgamiento o denegación del derecho de acceso no dependería de la aplicación de los criterios de ponderación establecidos en el artículo 11 del Anteproyecto; es decir, del análisis efectuado en cada caso concreto sobre la afectación que la entrega de la información puede tener en el derecho de la persona cuyos datos se incluyen en aquélla y su contraposición con el interés público que fundamenta el derecho de acceso. La aplicación de la regla prevista en el artículo 15 d) del Anteproyecto, por el contrario, ignorando la aplicación de esa regla de ponderación, implica que el criterio realmente relevante para determinar si procede o no conceder el acceso lo constituya el número de personas cuyos datos personales sean incluidos en la documentación solicitada.

De este modo, por ejemplo si la información pública solicitada se limita a contener datos meramente identificativos de los interesados la solicitud de acceso sería inadmitida a trámite sin ponderar siquiera la incidencia de la entrega de la información en el derecho de los interesados, mientras que en supuestos en los que esa incidencia pudiera ser más relevante sí se admitiría la solicitud, quedando la resolución pendiente de la realización de la ponderación exigida en el artículo 11.

Al propio tiempo, no parece que el criterio meramente numérico establecido en la norma pudiera tener una incidencia decisiva en el otorgamiento o denegación del derecho, toda vez que el artículo 16 del Anteproyecto prevé expresamente la suspensión del plazo para la resolución en tanto se reciban las alegaciones o se haya cumplido el plazo para realizarlas. Ciertamente la concurrencia de un gran número de afectados podría dificultar la tramitación del procedimiento si se produjeran alegaciones por parte de los mismos, pero en ese caso cabe considerar que lo procedente sería otorgar al órgano que tramita el procedimiento la posibilidad de acordar una ampliación del plazo para resolver, sin que ello conlleve necesariamente una inadmisión *a limine* de la solicitud.

Por ese motivo, esta Agencia considera que el criterio sustentado en la letra d) del artículo 15 no debía fundar una inadmisión de las solicitudes, sólo que debería poder implicar la posibilidad de ampliar el plazo de un mes de duración del procedimiento, dado que en caso contrario no se ponderarían realmente los derechos e intereses en presencia quedando el derecho a la protección de datos de los interesados garantizado, no por su prevalencia sobre el interés público en el acceso a la información, sino por el mero hecho de aparecer en el documento solicitado junto con un número elevado de afectados.



## XVIII

En cuanto al régimen de impugnación de las resoluciones, regulado por el artículo 21 del Anteproyecto, esta Agencia entiende necesario efectuar dos consideraciones específicas.

En primer lugar el artículo 21.3 prevé en su párrafo segundo que cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de intereses de terceros se otorgará trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga.

Si bien cabe claramente deducir del precepto que este trámite de audiencia será de aplicación en caso de que la denegación del acceso se hubiera fundado en lo previsto en el artículo 11 del Anteproyecto; es decir, en el derecho a la protección de datos de las personas incluidas en la información solicitada podría ser conveniente clarificar esta circunstancia de forma expresa en el texto.

Por ello, se propone que el citado segundo párrafo del artículo 21.3 indique que se otorgará ese trámite de audiencia "cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de intereses de terceros y, en todo caso cuando se base en lo dispuesto en el artículo 11 de esta Ley".

En segundo lugar el artículo 21.5 del Anteproyecto dispone que "las resoluciones de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios se publicarán, por medios electrónicos y en los términos en que se establezcan reglamentariamente una vez se hayan notificado a los interesados.

Esta previsión se considera especialmente relevante para garantizar el principio de seguridad jurídica en lo que afecta, en particular a la aplicación de la regla de ponderación establecida en el artículo 11 del Anteproyecto. Sin embargo, lógicamente, plantea el problema de que será posible que a través de la publicación se dé conocimiento público a datos de carácter personal respecto de los que, precisamente, la resolución de la Agencia acuerde que procede garantizar el derecho fundamental a la protección de datos de los interesados, confirmando la denegación del acceso. Por ello, en este punto resultará especialmente relevante que se proceda a la disociación de los datos de carácter personal que constasen en las resoluciones.

Esta Agencia es consciente de que las disposiciones reglamentarias que se adopten en desarrollo del Anteproyecto sometido a informe establecerán a buen seguro cautelas tendentes a garantizar la mencionada disociación. En este mismo sentido, es consciente de que ese ha sido el criterio en relación con las propias resoluciones de la Agencia, respecto de las que el artículo 37.2 de la Ley Orgánica 15/1999 únicamente establece el principio general de





publicidad, quedando no obstante limitada la difusión de los datos y sometidas a previo proceso de disociación las resoluciones como consecuencia de la aplicación de la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la propia Agencia.

Sin embargo, la relevancia de la cuestión analizada en este lugar y especialmente el hecho de que la información cuyo acceso se pretende pueda afectar sencillamente los derechos de los afectados conduce a que se haga necesario proponer una modificación del artículo 21.5 del Anteproyecto sometido a informe, señalando que las resoluciones "se publicarán, **previa disociación de los datos de carácter personal que las mismas contuvieran**, por medios electrónicos y en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Madrid, 5 de junio de 2012.

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA  
DE PROTECCIÓN DE DATOS

  
Fdo.- José Luis Rodríguez Álvarez.

SRA. SECRETARIA GENERAL TÉCNICA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.