



## **INFORME QUE FORMULA LA AGENCIA VASCA DE PROTECCION DE DATOS EN RELACIÓN CON EL ANTEPROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA DE EUSKADI**

### **I**

#### **ANTECEDENTES**

Con fecha 19 de julio de 2023 tuvo entrada en esta Agencia Vasca de Protección de Datos solicitud de informe en relación con el asunto referenciado en el encabezamiento.

### **II**

#### **INTERVENCIÓN DE LA AGENCIA VASCA DE PROTECCIÓN DE DATOS**

En virtud del artículo 17.1 de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos, y su normativa de desarrollo, corresponde a esta Agencia Vasca de Protección de Datos la emisión del informe en respuesta a la solicitud formulada.

### **III**

#### **ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY**

##### **1.- DESCRIPCIÓN**

Tal y como se establece en la **parte positiva del texto**, el anteproyecto “culmina diversas iniciativas, producidas a lo largo de los últimos años, para implementar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi una regulación legal, cabecera y apropiada, sobre el concepto central de la transparencia...”

Si bien la Ley dedica más de la mitad de su articulado a la regulación de la transparencia en su doble vertiente de publicidad activa y derecho de acceso a la información pública, el texto regula además otras cuestiones como la planificación pública, la participación ciudadana y finalmente la creación de la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena.

El texto está formado por 85 artículos, una Disposición transitoria y una Disposición final. Los artículos se agrupan bajo los siguientes Títulos:

Título I – Disposiciones generales (arts. 1-9)



Título II – Transparencia de la actividad pública (arts. 10-49)

Título III.- Planificación pública (arts. 50-51)

Título IV – Participación ciudadana (arts. 52-68)

Título V – Autoridad Vasca de Transparencia (arts. 69-85)

Pasaremos a continuación a analizar el texto del Anteproyecto de Ley, deteniéndonos en aquellas cuestiones más relevantes desde el punto de vista de su afectación a la protección de datos personales, y en aquellas otras cuestiones en las que podamos realizar alguna aportación que pueda resultar de interés.

## 2. CONSIDERACIONES PREVIAS

El actual **marco normativo** en protección de datos personales se contiene en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD). El Reglamento es directamente aplicable en los Estados miembros desde el 25 de mayo de 2018; para su adaptación al ordenamiento jurídico español se aprobó la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), en vigor desde el 7 de diciembre de 2018.

Así mismo, resulta de aplicación en esta Comunidad Autónoma, la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos y su normativa de desarrollo, en todo aquello que no se haya visto desplazada por la normativa anterior.

El artículo 4.1 del RGPD, define los datos personales como

*“Toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.*

El tratamiento de datos personales se define, a su vez, en el artículo 4.2 del RGPD como

*“Cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”.*

El Anteproyecto de Ley remitido prevé numerosos tratamientos de datos personales. Todo tratamiento de datos personales supone una injerencia en el derecho fundamental, y por ello sólo será lícito si se ampara en alguna base jurídica que legitime el uso de los datos.



El RGPD regula en su artículo 5 los **principios relativos al tratamiento de datos** personales, disponiendo en primer lugar que los datos serán tratados de manera lícita, leal y transparente (art.5.1.a). De conformidad con este principio de licitud, los tratamientos de datos personales deberán ampararse en alguna de las posibles seis bases jurídicas enunciadas en el artículo 6 del RGPD, entre ellas, el consentimiento del interesado (art.6.1.a), la ejecución de un contrato (art. 6.1.b), el cumplimiento de una obligación legal (art.6.1.c), la protección de intereses vitales de los interesados o de otras personas (art.6.1.d), o el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable (art.6.1.e), si bien para estos últimos casos el tratamiento será legítimo cuando derive de una norma con rango de ley o de una competencia atribuida por una norma con rango de ley (art.8 LOPDGDD). La sexta base legitimadora del tratamiento sería el interés legítimo (art. 6.1.f) si bien no puede ser invocado como interés propio por las Administraciones Públicas.

No obstante, cuando esa información personal se refiera a categorías especiales de datos, como los datos de salud, la base jurídica legitimadora del tratamiento debe incardinarse en alguna de las excepciones del artículo 9.2 RGPD.

En virtud del principio de limitación de la finalidad proclamado en el artículo 5.1.b) del RGPD, los datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines.

Asimismo, el Reglamento General de Protección de Datos recoge el principio de minimización de datos en el artículo 5.1 c), que establece que los datos personales serán *“adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados”*. El Considerando 39 del RGPD señala que los fines específicos del tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de su recogida.

A los efectos de este Anteproyecto de Ley cobra también especial relevancia el cumplimiento del principio de exactitud, en cuya virtud los datos personales serán exactos y actualizados. Por otra parte, el tratamiento de los datos personales no puede, extenderse durante más tiempo del necesario para los fines del tratamiento (limitación del plazo de conservación, art. 5.1.e RGPD).

Finalmente, el RGPD incluye entre los principios aplicables al tratamiento de los datos personales el principio de integridad y confidencialidad en artículo 5.1 f), que establece que *“los datos serán tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»)”*.

Todos estos principios deben ser cumplidos por el responsable del tratamiento, quien además deberá poder ser capaz de acreditar este cumplimiento.

Por último, es preciso recordar que **el RGPD también se refiere al acceso a la información pública**. Así, el Considerando 154 del texto expresa que *“el presente Reglamento permite que, al aplicarlo, se tenga en cuenta el principio de acceso del público a los documentos oficiales. El acceso del público a documentos oficiales puede considerarse de interés público. Los datos personales de documentos que se encuentren en poder de una autoridad pública o un organismo público deben poder ser comunicados”*.



*públicamente por dicha autoridad u organismo si así lo establece el Derecho de la Unión o los Estados miembros aplicable a dicha autoridad u organismo. Ambos Derechos deben conciliar el acceso del público a documentos oficiales y la reutilización de la información del sector público con el derecho a la protección de los datos personales y, por tanto, pueden establecer la necesaria conciliación con el derecho a la protección de los datos personales de conformidad con el presente Reglamento”.*

Ya en la parte dispositiva, concretamente en el Capítulo IX dedicado a las disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento, se incluye el artículo 86 que bajo el título “tratamiento y acceso del público a documentos oficiales” dispone:

*“Los datos personales de documentos oficiales en posesión de alguna autoridad pública u organismo público o una entidad privada para la realización de una misión en interés público podrán ser comunicados por dicha autoridad, organismo o entidad de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a fin de conciliar el acceso del público a documentos oficiales con el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento”.*

El Reglamento obliga por lo tanto a conciliar el derecho de acceso a la información pública con el derecho fundamental.

### **3.- ANALISIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY**

#### **Título I – Disposiciones generales (artículos 1-9)**

En el Capítulo I el texto regula el objeto, finalidad y los ámbitos de aplicación funcional, material y personal.

En cuanto al **objeto**, el artículo 1 apartado d) dispone que la ley tiene por objeto “*regular la protección a informantes prevista en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de las personas que informen...*” A nuestro juicio el texto no regula esta materia, pues, tal y como se reconoce en el literal reproducido, la protección a informantes ya está regulada en la Ley 2/2023 de 20 de febrero, por lo que no debiera incluirse en el objeto. Lo realmente relevante de ese apartado d) es en nuestra opinión la regulación de la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena.

En lo referente a los **principios generales** de funcionamiento e interacción con la ciudadanía a que se refiere el artículo 3, este precepto contiene una declaración en su apartado primero y en el segundo una remisión a los principios contenidos en la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco; en realidad todo el contenido del artículo está ya previsto en la citada ley.

En el artículo 4 “**definiciones**” se incluyen las definiciones de transparencia e información pública en los apartados a) y b), mientras que los apartados c) y d) no contienen definición alguna. En el apartado a) parece que existe una errata “hacer efectivo el acceso a la ciudadanía a aquella en su poder...”, parece que debiera incluirse “que obre en su poder”.

En el apartado b) se incluye una definición de información pública muy similar a la contenida en el artículo 13 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIPBG): “*información, contenido o*



*documento, cualquiera que sea su formato o soporte y forma de expresión, elaborada o adquirida por los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones y que obre en su poder”*

Tal y como se ha expuesto desde la doctrina, en lugar del término “adquirida” que tiene una connotación mercantil, parece más adecuado hablar de información “recibida” por los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones. La segunda definición de información pública contenida en el apartado a) resulta muy confusa. Por otra parte, se advierte en este precepto y en el anterior un uso aleatorio e inadecuado de los conceptos “sector público”, “administraciones públicas” y “poderes públicos”.

En el apartado c) se expresa que el principio de transparencia en todo caso de aplicará de forma preferente como regla general y cualquier excepción o limitación requerirá *“su adopción mediante una disposición con rango de ley o por la protección de algún derecho ...”*. De la lectura del precepto parece inferirse que los límites a la transparencia pueden ser acordados mediante una disposición con rango de ley, cuando estos límites ya están regulados en los artículos 14 y 15 de la LTAIPBG. Por otra parte, a nuestro juicio los requisitos para la limitación al derecho son acumulativos, esto es, además de previsión legal debe confluír la defensa de un interés superior.

El apartado d) dispone que *“las obligaciones de transparencia establecidas en la presente ley son mínimas y de carácter general, debiendo entenderse en consecuencia sin perjuicio de las que pueda establecer de forma más detallada y específica la legislación aplicable en cada caso particular”*.

Teniendo en cuenta la doble vertiente de la transparencia, esto es, la obligación de publicar (publicidad activa) y el derecho a solicitar información (derecho de acceso), este apartado referido a las obligaciones en materia de transparencia parece que debiera estar ubicado en la parte correspondiente a la publicidad activa (capítulo I del Título II). De hecho, el precepto viene a ser una reproducción del artículo 5.2 de la LTAIPBG que, para la publicidad activa, dispone: *“las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad”*.

A nuestro juicio, **las obligaciones mínimas en materia de transparencia** son las contenidas en los artículos 6, 7 y 8 de la LTAIPBG, quedando margen de ampliación a las Comunidades Autónomas a través de sus respectivas leyes de transparencia; así lo hace el anteproyecto de ley sometido a informe en sus artículos 14 a 22. Si bien es cierto que la LTAIPBG no contiene una reserva de ley para la ampliación de las obligaciones en materia de publicidad activa, no lo es menos, que si la información a publicar contiene datos personales, dicho tratamiento debe estar amparado en alguna de las bases legitimadoras contenidas en el artículo 6 del RGPD, entre las cuales solo consideramos de aplicación la del apartado c) obligación legal y la del apartado e) satisfacción del interés público o ejercicio de poderes públicos, bases jurídicas que exigen una ley formal.

En el artículo 6 se regulan los **derechos y obligaciones de la ciudadanía** en materia de transparencia, incluyéndose en el 6.1. a) *“el derecho a conocer y a tomar la información pública que haya sido publicada de forma activa en los términos previstos en esta ley.”* Llama la atención la inclusión del “tomar”, parece más adecuado el empleo de otros términos como recabar, acceder, utilizar...



El texto dedica su artículo 7 a la **protección de datos personales**. La expresión “atendiendo a su naturaleza y finalidad” contenida en el apartado 1 parece hacer referencia a la distinción entre las categorías especiales de datos y el resto de información personal. Siendo ello así, la mención a los tipos de datos resultaría más clarificadora.

En el apartado a) se incluye la obligación de cumplimiento de los principios de protección de datos, “especialmente los referidos a proporcionalidad del tratamiento de datos personales y la limitación del plazo de conservación”. A nuestro juicio, es más adecuado referirse al principio de minimización (en el RGPD no se menciona la proporcionalidad como principio específico) y se echa en falta también la mención al principio de finalidad, con el que está vinculado.

Los apartados b) y c) parecen hacer referencia en ambos casos al principio de privacidad desde el diseño, por lo que lo más adecuado sería su inclusión en el mismo apartado. Si lo que se pretende con el apartado b) es referirse al principio de responsabilidad proactiva, lo procedente sería incluir una referencia expresa.

En el apartado e) se recoge la obligación de realizar una evaluación de impacto en determinados supuestos. Por seguridad jurídica sería más adecuado incluir la remisión al artículo 35 del RGPD que señala los casos en los que resulta necesaria la evaluación de impacto. Por otra parte, resulta errónea la mención al delegado de protección de datos de la Comunidad Autónoma de Euskadi, figura inexistente, parece que el texto pretende referirse al delegado/a de protección de datos de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

La referencia contenida en el apartado f) a la identificación de las personas en notificaciones y publicaciones de actos administrativos debiera completarse con la mención de la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

En el artículo 7.2 se reitera la equivocada mención al delegado de protección de datos de la Comunidad Autónoma de Euskadi. En el mismo precepto, cuando se refiere al “*ejercicio de los derechos regulados por la normativa sobre protección de datos, ...*” sería conveniente añadir “en caso de que los datos sean de carácter personal.”

En el apartado 3, se establece que “*las personas o entidades que recopilen datos e información publicada en el portal de transparencia, o facilitada en virtud de solicitudes del derecho de acceso a la información pública son responsables del uso o tratamiento* (habría que añadir el término “posterior”) *que realicen*.”

El apartado 4 incluye una cautela a adoptar por el responsable, cuando se publiquen datos personales en internet; se trata de la elaboración de un informe, informe que no será necesario si la política de privacidad accesible en sede electrónica ya ha realizado una ponderación para el tratamiento de que se trate. A este respecto es preciso recordar que la evacuación de un informe favorable no constituye una base legitimadora del tratamiento. La publicación en internet de datos personales debe estar amparada por una de las bases legitimadoras del RGPD.

El apartado 5 del texto se reitera el término “aplicable”. Además, en lo referente al informe por el delegado de protección de datos, debe tenerse en cuenta que esta figura tiene unas funciones de asesoramiento y supervisión, pero no decisorias, la decisión corresponde en todo caso al responsable del tratamiento.



Por otra parte, el régimen de supletoriedad en materia de acceso a la información pública se encuentra en la disposición adicional primera de la LTAIPBG, que establece que se regirán por su normativa específica, y por dicha Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información. Esta previsión se recoge también en el artículo 24.2 del texto sometido a informe. En cuanto a la normativa de protección de datos, no opera de manera subsidiaria, se aplica en todo caso al tratarse de un derecho fundamental de carácter transversal a todo el ordenamiento jurídico.

En el artículo 9 se incluye una previsión sobre el **ámbito material y personal de aplicación** de la regulación referida a la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Se configura en dicho precepto a la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena como doble autoridad al asumir también el papel de Autoridad Independiente de Protección del Informante. A nuestro juicio, y desde el respeto a la opción elegida por el pre legislador vasco, la inclusión de esta materia en la ley vasca de transparencia resta coherencia al texto y distorsiona la figura de la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena.

## **Título II. Transparencia de la actividad pública (art. 10-49)**

El texto dedica el artículo 10 a los **principios rectores de la publicidad activa**.

En el apartado a) al regular el principio de veracidad se expresa que la información pública ha de ser cierta y exacta. A nuestro juicio debiera añadirse “y, si fuera necesario, actualizada”, tal como indica el RGPD en su artículo 5.

La mención incluida en el apartado e) relativa al principio de interoperabilidad adolece de falta de precisión. Por otra parte, no se comprende su inclusión en el texto pues es un principio de aplicación en el marco de las relaciones inter-administrativas, y no en las relaciones de las **administraciones** con la ciudadanía. Puede tener más sentido la inclusión de la interoperabilidad en el artículo 13.2 del texto.

En el artículo 11 se regulan las **obligaciones en materia de publicidad activa**, concretándose la información a publicar en ocho artículos (14-22). Analizados los mismos, se echa de menos la inclusión entre las obligaciones de publicidad activa, de la publicación del registro de actividades de tratamiento, exigencia establecida en el artículo 6 bis de la LTAIPBG.

En el artículo 25 f) se reconoce el **derecho a utilizar la información recibida**, sin autorización previa, dentro de los límites previstos en esta ley y en el resto del ordenamiento. Se trata de una previsión excesivamente genérica; por otra parte, en el artículo 15.4 de la LTAIPBG ya se establece que la normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso.

En el artículo 29 se regulan los **límites al derecho de acceso**, y se establece la mención al derecho fundamental a la protección de datos en dos apartados, el a) y el d). En nuestra opinión la referencia al derecho fundamental es reiterativa.

En el artículo 31 se regula como **límite la protección de datos personales**. El precepto dispone en su apartado primero que *“para la resolución de las solicitudes de acceso a la*



*información pública que contenga datos personales de terceras personas, se estará a lo dispuesto en la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal”.*

La protección de datos personales como límite al derecho de acceso ya se encuentra regulada en el artículo 15 de la LTAIPBG; por otra parte, la exigencia de consentimiento escrito para el tratamiento de determinados datos contenida en el apartado 2 de este artículo 31 del anteproyecto no es correcta al exigir un requisito formal (constancia escrita) que ni el RGPD ni la LTAIPBG contemplan.

El apartado 3 es una reproducción del artículo 15.2 de la LTAIPBG, salvo el término “excepcionalmente”, que consideramos improcedente pues la salvedad, la excepción la determina el caso concreto de que se trate, supuesto que podrá ser excepcional o habitual.

En el apartado 4 se establece la denegación del acceso en función de que se aprecien circunstancias especiales, sin determinar con exactitud cuáles son; téngase en cuenta que la LTAIPBG en el artículo 15.3.d) identifica los factores que pueden implicar la denegación del acceso:

*“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, o se refieran a menores de edad.”*

El artículo 33 regula el **procedimiento para el acceso a la información pública** y dispone que “el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública tiene carácter de especial. Se rige por esta ley y, supletoriamente, por la normativa que regula el procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.”

A este respecto, y en relación con las normas de procedimiento incluidas en el texto sometido a informe, debe recordarse que el Tribunal Constitucional en su sentencia 104/2018, de 4 de octubre de 2018 declaraba inconstitucional el precepto de la ley aragonesa de transparencia que se apartaba del sentido del silencio de la ley estatal. En esta sentencia el Tribunal señalaba que el título competencial, de entre los citados por la disposición adicional octava de la LTAIPBG en el que puede residenciarse formalmente la regulación del procedimiento en la ley estatal es el previsto en el artículo 149.1.18 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

En el artículo 36 se regula la **tramitación de la solicitud de acceso** a la información pública. El apartado 3 del precepto dispone que “*si la solicitud se refiere a información que afecta a derechos o intereses de terceras personas, debidamente identificadas, el órgano encargado de resolverla concederá a estas el oportuno trámite de audiencia por un plazo de quince días para que aleguen lo que crean conveniente y otorguen, en su caso, su consentimiento expreso*”. El precepto viene a ser una reproducción del artículo 19.3 de la ley estatal, salvo la previsión de un consentimiento expreso que la ley estatal no recoge. Ha de recordarse que la oposición al acceso por parte del tercero afectado no supone un veto, no implica necesariamente que afecte a la decisión que el órgano administrativo adopte sobre la solicitud de acceso. Por ello, no tiene sentido la mención del consentimiento del afectado; el precepto confunde la audiencia del afectado con la necesidad de consentimiento expreso.

En el artículo 37 se regula la **resolución de acceso a la información pública**. El apartado 3 del precepto dispone que las resoluciones denegatorias, de acceso parcial, de acceso por



modalidad distinta a la solicitada y de acceso con oposición de terceros afectados deberán ser motivadas. La previsión es superflua pues la obligación de motivación afecta a todos los actos administrativos.

En el artículo 40 se regula la **reclamación potestativa** ante la Autoridad Vasca de Transparencia. El apartado 2, que contiene la regulación del procedimiento, incluye en el sub apartado b) una remisión a la regulación del procedimiento contenida en la Ley 39/2015, lo que convierte en innecesario al apartado 2.

El artículo 41 regula el **procedimiento de mediación**, admitiéndose también una mediación parcial, un acuerdo sobre parte de la información objeto de solicitud. A nuestro juicio, se trata de un procedimiento que difícilmente prosperará sobre todo en los supuestos de oposición de terceros; teniendo en cuenta que según el apartado 6 del precepto, el acuerdo fruto de la mediación deberá ser aprobado por la persona reclamante, la reclamación afectada y también las terceras personas que hayan comparecido en el procedimiento, consideramos difícil que prospere la consecución de un acuerdo.

Por otra parte, este procedimiento parece inspirado en la intervención de los delegados de protección de datos en los procedimientos de tutela de derechos tramitados ante las autoridades de control. En estos procedimientos puede tener más sentido una figura intermedia entre el reclamante y la autoridad de control como el delegado de protección de datos, toda vez que el acuerdo es más sencillo (solo intervienen dos partes, reclamante y Administración reclamada) y el procedimiento es más largo (nueve meses) que la reclamación ante la Autoridad Vasca de Transparencia (tres meses en el texto), lo que hace más necesaria esta figura.

#### **Capítulo IV – Régimen sancionador (arts. 44-49)**

Respecto al régimen sancionador, el artículo 45 contiene la **determinación de los responsables de las infracciones**. A este respecto, llama la atención la inclusión como posibles responsables de conductas infractoras, del personal empleado público al servicio de los altos cargos o del personal directivo del sector público de la CAE; resulta llamativa esta inclusión toda vez que las decisiones sobre el acceso o la publicidad activa corresponden a los altos cargos o al personal directivo y no a los empleados públicos.

El artículo 46 tipifica las **infracciones en materia de transparencia**. El apartado 2 d) del precepto califica como infracción grave *“la desestimación arbitraria del acceso a la información pública”*. A nuestro juicio la definición del tipo no es lo precisa que debiera, lo que podría obviarse concretando esa arbitrariedad en la falta de motivación suficiente.

El artículo 47 regula las **sanciones** correspondientes a las infracciones leves, graves y muy graves. En este sentido, resulta llamativo el régimen de sanciones incluido en algunos preceptos, en los que queda abierta la posibilidad de elección entre la publicidad de la sanción o la multa. En el apartado 2 esta posibilidad de elección se mantiene para las infracciones leves, graves y muy graves en el caso de altos cargos o personal directivo. Sin embargo, en el caso de que las infracciones sean imputables a entidades privadas y corporaciones de derecho público, no cabe la opción, la sanción es en todos casos de multa, siendo la cuantía de las multas muy superior a las previstas para los altos cargos o personal directivo. (La multa más importante prevista para altos cargos o personal directivo es de



12.000 euros, mientras que la de las entidades privadas y corporaciones de derecho público puede llegar a los 400.000.

El artículo 49 regula la **potestad sancionadora**. El apartado 2 del precepto determina que en el supuesto de que las infracciones sean imputables a altos cargos y personal directivo del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la potestad sancionadora será ejercida por la persona titular del departamento del cual dependa la persona infractora, en el caso de las sanciones leves y graves, y por el Consejo de Gobierno, en el caso de las sanciones muy graves. A nuestro juicio, el ejercicio de la potestad sancionadora por el mismo departamento del que depende el infractor implica una merma de imparcialidad e independencia.

El hecho de que la Autoridad Vasca de Transparencia, carezca de potestad sancionadora en este ámbito, supone una limitación importante a su función de institución garante de un derecho que para buena parte de la doctrina tiene la consideración de derecho fundamental.

Por otra parte, resulta un contrasentido que la institución se denomine Autoridad Vasca de Transparencia y, sin embargo, la potestad sancionadora atribuida a la misma en el artículo 78 del texto solo afecte a las infracciones de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, aspecto este sobre el que volveremos más adelante.

### **Título III Planificación pública (arts. 50-51)**

En los artículos 50 y 51 se regulan el Programa de Gobierno y la Rendición social de cuentas, previéndose su divulgación en el primer caso a través del BOPV y Plataforma de Gobierno Abierto, y en el segundo a través de la Plataforma de Gobierno Abierto.

Teniendo en cuenta el objeto del Anteproyecto de Ley y la relevancia de la información a divulgar, a nuestro juicio debería preverse de forma expresa en el texto la publicidad de esta información a través del Portal de Transparencia.

### **Título IV Participación ciudadana (arts. 52-68)**

En el artículo 54 del texto se contempla la creación del **Registro para la participación y la colaboración de la ciudadanía de la Comunidad Autónoma de Euskadi**. Según el apartado 2 del precepto, reglamentariamente se determinarán los requisitos de inscripción, el contenido de sus asientos, etc.

En la medida en que dicho Registro implique tratamiento de datos de carácter personal, deberán cumplirse los principios proclamados en el artículo 5 del RGPD. Además, esta actividad deberá incluirse en el Registro de Actividades de Tratamiento exigido por el artículo 30 del RGPD.

El apartado 7 del precepto dispone que *“se promoverá la colaboración con el Registro de Transparencia de la Unión Europea y con los registros de participación y colaboración forales y municipales existentes para que los ciudadanos y las ciudadanas y grupos representativos de intereses diversos no tengan que inscribirse en varios registros, puedan acceder de forma coordinada a la información de todos ellos y se facilite la inclusión y registro del mayor número posible de grupos y ciudadanos, contribuyendo al mejor el logro*



*de sus fines de inclusión, participación y transparencia*”. En el caso de que los accesos a la información a que se refiere el precepto, impliquen tratamientos de datos de carácter personal, deberán respetar los principios del artículo 5 del RGPD.

En el artículo 56 se regulan las **garantías y derechos comunes** a los diferentes procedimientos e instrumentos participativos.

Este precepto utiliza el término garantías en el apartado 1, cuando por la concreción de las mismas, parece que se está refiriendo a derechos. Entre estos, se encuentra el derecho a acceder a información relevante (apartado 1. c). Respecto a este derecho, debemos reiterar la cautela a que nos hemos referido al comentar el artículo anterior.

En el apartado 1. g) se establece el derecho o garantía *“a conocer los grupos y, al menos de forma resumida, las personas que han tomado parte en el proceso participativo y las principales aportaciones que se realizan.”* A nuestro juicio no parece existir cobertura jurídica clara para acceder a esa información; de hecho, algunas solicitudes de información sobre la identidad de las personas que habían formulado alegaciones en trámites de información pública, han sido denegadas por las autoridades de transparencia al entender que se trataba de información que no coadyuvaba a la consecución de los fines de la transparencia: conocer la utilización de los fondos públicos la Administración y la manera en que la Administración adopta sus decisiones.

En el artículo 59 se crea el **Registro de grupos de interés** de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Al igual que hemos mencionado en relación con el Registro regulado en el artículo 54, en la medida en que dicho Registro implique tratamiento de datos de carácter personal, lo que parece claro a tenor del artículo 63 (contenido del registro) y del 65 (contenido del código de conducta), deberán cumplirse los principios proclamados en el artículo 5 del RGPD. Además, esta actividad deberá incluirse en el Registro de Actividades de Tratamiento exigido por el artículo 30 del RGPD.

## **Título V Autoridad Vasca de Transparencia (arts. 69-85)**

El último Título del texto está dedicado a la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena. Se trata de una regulación en algunos aspectos bastante similar a la contenida en el proyecto de ley de la Autoridad Vasca de Protección de Datos actualmente en sede parlamentaria. A lo largo del texto se va alternando la denominación de la autoridad: a veces Autoridad Vasca de Transparencia, Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena o simplemente Gardena. Debiera adoptarse un criterio uniforme a este respecto.

En el artículo 70 se configura la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena como **dobles autoridad**, con competencias tanto en acceso a la información pública como en materia de protección a informantes, a los que se refiere la Ley 2/2023, de 20 de febrero; sin embargo, la Ley, en su artículo 88 únicamente prevé el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de infracciones de la Ley 2/2003.

En relación con esta cuestión debiera tenerse en cuenta que, en la consulta pública previa a la modificación de la LTAIPBG, ya decaída, opiniones autorizadas en la materia como la Fundación Civio ya expresaron la necesidad de que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno debiera estar dotado de capacidad sancionadora y por lo tanto con poder para



instruir y resolver procedimientos sancionadores en supuestos de infracciones de publicidad activa y derecho de acceso. Esta misma tesis es defendida por la doctrina más autorizada como Javier Sierra Rodríguez o Severiano Fernández Ramos.

El artículo 80 al regular la **Presidencia de la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena** dispone en su apartado 2 que la persona titular de la Presidencia será nombrada por decreto del Gobierno a propuesta de la persona titular del Departamento competente en materia de transparencia por un período de cinco años. A nuestro juicio, se echa en falta en el procedimiento de nombramiento la intervención del Parlamento Vasco, intervención que sí está prevista a través de la Comisión de Instituciones, Seguridad y Gobernanza Pública en el proyecto de ley de la Autoridad Vasca de Protección de Datos. En nuestra opinión la independencia de la futura institución se vería muy reforzada con la participación del Parlamento Vasco en el proceso de nombramiento.

En el artículo 82 se regula el **Consejo Consultivo de la Autoridad**, órgano consultivo con una composición heterogénea en la que se incluye en el apartado 1.f) a “la persona titular de la Dirección de la Autoridad Vasca de Protección de Datos”. Si tenemos en cuenta que para la descripción de la mayoría del resto de integrantes se ha utilizado la fórmula “una persona representante de ...”, parece más adecuado seguir el mismo criterio con la Autoridad Vasca de Protección de Datos, sin que sea obligatoria la participación del Director o Directora.

Estas son las consideraciones que realiza la Agencia Vasca de Protección de Datos en relación con el proyecto de Decreto.

Vitoria-Gasteiz, 13 de septiembre de 2023



**Unai Aberasturi Gorriño**  
Director de la Agencia Vasca de Protección de Datos