

MEDIDAS ORGANIZATIVAS Y REDISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS COMO PUNTO DE PARTIDA PARA ALCANZAR LOS ESTÁNDARES DE CUMPLIMIENTO

Gema Ruth AYUELA ALBARRÁN

Funcionaria habilitada de Carácter Nacional: Subescala de secretaria, categoría de entrada. Secretaria general. Ayuntamiento Torrejón de Velasco (Madrid)

Trabajo de Evaluación presentado para el Curso de Transparencia y protección de datos en las Administraciones Locales (II edición)

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Reorganización política y administrativa
 - 2.1 El responsable político
 - 2.2 Órgano administrativo responsable: Unidad Administrativa de transparencia y acceso a la información.
 - 2.3 Funciones de cada unidad administrativa responsable por materia.
 - 2.4 Unidad de nuevas tecnologías y administración electrónica.
 - 2.5 Delegado de protección de datos.
 - 2.6 Aprobación de una Ordenanza de Transparencia.
 - 2.7 Formación y concienciación.
3. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN.

La Transparencia y el acceso a la información pública son la herramienta que permite a la ciudadanía conocer cómo y cuándo se adoptan las decisiones que les afectan, cómo se gestionan y utilizan los fondos públicos, así como los criterios de actuación de los representantes políticos y de las Administración.

Los beneficios que aporta una mejora de la transparencia como la que se propone, pasan por la mayor proximidad entre el ciudadano y el Gobierno, la lucha

contra la corrupción, el mayor control de la gestión pública, la capacidad de decisión de los ciudadanos, así como la legitimación del Gobierno municipal.

No obstante, uno de los principales problemas que se detectan cuando, tras la aprobación de una ley, se exigen nuevas obligaciones y competencias, es el reparto de funciones y tareas dentro de la Administración Local.

El inmovilismo y la resistencia al cambio que tantas veces caracteriza la Administración suponen un importante reto puesto que, como se ha indicado, la asignación de nuevas tareas y responsabilidades a los empleados públicos no siempre es tarea sencilla.

Por ello, el primer paso debe ser, como Secretaria del Ayuntamiento, desde mi punto de vista, asumir las funciones de coordinación e impulso de dichas cuestiones.

Muchos compañeros ya venían asumiendo estas nuevas funciones, tras la entrada en vigor de la Ley de Transparencia, hace varios años. No obstante, no es baladí que una norma posterior, como ha sido la normativa de contratos del sector público Ley 9/2017, de 8 de noviembre, haya establecido en su Disposición adicional tercera que *“Corresponderá también al Secretario la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establecen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.”*

En definitiva, son cuestiones que, con carácter general, ya habían sido asumidas por el secretario, pero que la nueva normativa de contratos vino a recalcar, definiendo **las responsabilidades en dicha cuestión, y, en definitiva, encomendando las funciones** de coordinación al habilitado nacional que desempeña las funciones de secretaría, de forma expresa.

Por otro lado, la irrupción en el panorama legal del Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/279, que entró en vigor en mayo de 2018 después de dos años de *vacatio legis* (en los que no se hizo prácticamente nada por adaptarse al mismo en la mayoría de las entidades públicas ni privadas), ha supuesto un nuevo reto, incorporando obligaciones y medidas que han de adoptarse por el Responsable del Tratamiento (en nuestros casos, el Ayuntamiento es el responsable), y añadiendo, entre otros aspectos, nuevos derechos de los interesados y ciudadanos que han de garantizarse por las Administraciones Públicas.

Asimismo, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, se ha publicado en el BOE número 264, de fecha 6 de diciembre de 2018, concluyendo así la obligación del Estado Miembro Español de adaptar el Reglamento al ordenamiento jurídico interno, puesto que el Reglamento tiene aplicación directa y no requiere de su transposición (como si ocurre con las directivas). La entrada en vigor estaba prevista para el día siguiente de su publicación, por lo que la fecha de entrada en vigor fue inminente, el 7 de diciembre de 2018, sin permitir más prórrogas al cumplimiento.

Tras la entrada en vigor pudimos leer múltiples noticias analizando el impacto y las nuevas (o no tan nuevas) obligaciones y, todo sea dicho, uno de los temas recurrentes fue la crítica del sector privado a la Administración, puesto que se mantiene en la normativa un régimen sancionador muy similar al conocido hasta ahora, es decir un régimen sancionador laxo, con apercibimientos en lugar de sanciones pecuniarias cuando el responsable del tratamiento es una entidad pública.

La protección de datos constituye una materia transversal, que afecta de forma directa, no solo a la transparencia, sino a todas las relaciones que la Administración Pública tiene con los ciudadanos, y para los ciudadanos (contratación pública, recaudación, sanciones, licencias, responsabilidad patrimonial, etc.)

La nueva normativa deja atrás la regulación contenida en la, ya derogada, Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de carácter personal, que nació en un escenario social físico y poco relacionado con el mundo actual, es decir, con las nuevas tecnologías y el uso lógico de internet.

El cambio social de la última década, el desarrollo de las nuevas tecnologías, el deseo de saber y conocer el funcionamiento de la Administración por los vecinos, así como la aparición de la administración electrónica, entre otras muchas cuestiones, han supuesto un gran reto para la Administración Pública, que ahora termina cerrando el círculo con el refuerzo de la normativa en materia de protección de datos, derivados de la necesidad de protección de los datos de carácter personal en un escenario tecnológico e interconectado.

Por todo ello, es necesario, bajo mi humilde punto de vista, afrontar el cambio con una serie de medidas organizativas y redistribución de competencias en materia de transparencia y protección de datos como punto de partida para alcanzar los estándares de cumplimiento en la Administración Local.

2. REORGANIZACIÓN POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA

Para poder articular estas demandas legales y garantizar un nivel de cumplimiento óptimo, es fundamental, en primer lugar, la creación de una Unidad Administrativa de Transparencia, Acceso a la Información, de la que se hablará posteriormente, y establecer y delimitar con claridad el reparto de funciones y responsabilidades, y en concreto las siguientes cuestiones:

2.1. El responsable político

En primer lugar, definir quién es el responsable desde el punto de vista político.

Ni la ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local¹, ni la Ley de Transparencia recogen quien debe ser el órgano de gobierno responsable en

¹ En adelante, LRBRL.

materia de transparencia y acceso a la información pública. Por ello, por la vía de la cláusula residual del artículo 21.1.s de la LRBRL 7/1985, será el Alcalde.

Todo ello, sin perjuicio de las eventuales delegaciones realizadas por el mismo, en los correspondientes concejales.

Es habitual en muchos Ayuntamientos que una de las concejalías delegadas, aunque con una cartera más amplia normalmente (que suele incluir: nuevas tecnologías, administración electrónica, participación ciudadana), asuma también las funciones de Transparencia por delegación del responsable último: el Alcalde.

En materia de protección de datos, el Responsable del Tratamiento es el Ayuntamiento, siendo el Alcalde el representante de dicha Administración Pública. Con el refuerzo de la normativa en materia de protección de datos, sería recomendable que la misma concejalía delegada de Transparencia pudiera asumir también la cartera de protección de datos, puesto que el responsable del tratamiento es el Ayuntamiento.

2.2. Órgano administrativo responsable: Unidad administrativa de transparencia y acceso a la información

Con respecto al órgano administrativo responsable, a pesar de que la Ley de Transparencia no establece la obligación de creación de Unidades específicas en el caso de las Entidades Locales, si se propone por esta funcionaria la creación de una **Unidad Administrativa de Transparencia e Información**, con adscripción y dependencia de Secretaría².

A dicha unidad, y siempre en función de los medios personales disponibles, sería recomendable que se le asignará un Técnico de Administración General y un auxiliar Administrativo o bien Administrativo, dependiendo de los medios personales con los que cuente cada Administración Local.

Para ello, habría que modificar la Relación de Puestos de Trabajo. El motivo de la modificación de la RPT será la potestad organizativa de acuerdo con las necesidades de los servicios, por la creación de la Unidad Administrativa de Transparencia e Información. Así lo establece el artículo 72 y 74 del TREBEP, el cual reconoce las competencias de auto organización que permiten la estructuración de los RRHH a través de la RPT, siendo esta última un acto administrativo y no norma (STS de 5 de febrero de 2014, y 15 de septiembre de 2014).

² En este caso, la Unidad Administrativa dependerá de la Secretaría a efectos de que esta lidere y asuma las funciones de coordinación. A favor de esta postura, encontramos la ya citada Disposición Adicional Tercera de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

La modificación afectaría, en principio, a dos puestos de trabajo: uno de TAG A1, y el otro de auxiliar administrativo C2, o bien Administrativo C1.

La modificación de la RPT deberá ser objeto de negociación con las secciones sindicales (art 37 TREBEP). La provisión de los puestos podrá hacerse por concurso de méritos, el cual podrá abrirse a otras Administraciones Públicas de resultar conveniente. Y en el caso de no ser posible, se acudiría a un procedimiento de selección (atendiendo en su caso a la tasa de reposición). A la unidad se le atribuirán, entre otras, las siguientes funciones:

- Promover la Transparencia y velar por el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de Publicidad Activa y Pasiva.
- Gestionar los flujos de información.
- Velar por que la información publicada se adecue a los principios de accesibilidad, interoperabilidad, calidad y reutilización.
- Estructurar la presentación, gestionar la publicación.
- Actualizar el catálogo de contenidos periódicamente y verificar su cumplimiento.
- Resolver las incidencias que pudieran surgir.
- Coordinar y supervisar las publicaciones de los contenidos y la información elaborada por cada uno de los departamentos y unidades administrativas competentes por razón de la materia.
- Publicar la misma en el Portal de Transparencia en los formatos más adecuados para dar cumplimiento a los principios anteriores.
- Tramitar el procedimiento de Acceso a la Información. Le corresponderán las funciones de recibir y dar tramitación a las solicitudes, realizar los trámites internos necesarios, así como el seguimiento y control de las solicitudes.
- Coordinarse con el Delegado de Protección de Datos, para garantizar el máximo respeto y cumplimiento de la nueva normativa.

A la Secretaría General se le atribuirán las funciones de coordinación en materia de transparencia.

Con respecto a la publicidad pasiva, la Unidad administrativa de Transparencia e Información será la encargada de tramitar las solicitudes, siendo el Alcalde o concejal correspondiente, por delegación de Alcaldía, el competente para resolver.

Las posibles discrepancias sobre la atribución de competencias sobre las informaciones, su contenido o forma de exposición, se resolverán por Alcaldía o, en caso de delegación expresa, por el concejal delegado que asuma la cartera en esta materia.

2.3. Funciones de cada unidad administrativa responsable por materia

Asimismo, será responsabilidad de **cada una de las unidades administrativas**, en función de sus competencias por razón de materia (contratación, intervención, recaudación, servicios sociales, personal, etc.) las siguientes:

- La elaboración de los contenidos específicos para su publicación, que le correspondan por razón de materia.
- Velar por la integridad, veracidad y actualización de los contenidos que les correspondan, cumpliendo con los formatos de actualización y los plazos de vigencia y actualización fijados.
- Disociar los datos en los casos en los que sea necesario como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones en materia de protección de datos. La seudonimización implica el tratamiento de datos personales, de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona identificada o identificable.

En caso de dudas jurídicas o dificultades, se trasladarán a Secretaría para su análisis y resolución conjunta. Las cuestiones controvertidas en materia de protección de datos, se trasladarán al DPO, para que este, en sus funciones de asesoramiento, determine cuál es la forma de proceder.

Así, con la fijación de la unidad competente, se facilita el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad activa.

2.4. Unidad de nuevas tecnologías y administración electrónica

Por otro lado, **la unidad administrativa de Nuevas Tecnologías y Administración Electrónica** se encargará de otorgar el soporte técnico que sea necesario para el cumplimiento de las funciones descritas anteriormente.

Las cuestiones técnicas revisten especial importancia, para poder garantizar la seguridad informática de los datos.

Como se ha indicado al inicio del presente trabajo, el avance de las nuevas tecnologías y de internet ha supuesto importantes retos, pero suelen suponer el mayor riesgo pues a través de la red pueden producirse importantes brechas de seguridad. Por ello, la seguridad informática y el soporte técnico han de ser una piedra angular en materia de transparencia y de protección de datos. Es importante disponer asimismo de los softwares adecuados y los medios que permitan el tratamiento y cifrado de la información en determinados casos.

2.5. Delegado de protección de datos

En el reparto de funciones y responsabilidades, no podemos olvidar la figura independiente y transversal que constituye el Delegado de Protección de Datos, tras la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) que es de aplicación directa (puesto que no se trata de una directiva, sino de un reglamento) desde el pasado 25 de mayo de 2018.

El Estado Español ha incumplido el deber de desarrollo de la norma interna en el plazo fijado por el Reglamento, por lo que en julio se aprobó, como medida transitoria, hasta que pudiera aprobarse la ley orgánica, el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos.

El pasado 22 de noviembre de 2018, el Senado ha aprobado la Ley, y ha sido el día 6 de diciembre de 2018 cuando se ha publicado en el BOE la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digital, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

El Delegado de Protección de Datos debe ser una persona con conocimiento especializado en Derecho y en la práctica en materia de protección de datos. Estos conocimientos serán exigibles en relación con los tratamientos que se realicen, así como las medidas que deban adoptarse para garantizar un tratamiento adecuado de los datos personales objeto de esos tratamientos.

En este sentido, aunque son muchos los compañeros Secretarios que han asumido dicha función, (normalmente motivado por la falta de medios personales y materiales, siendo el secretario o secretario-interventor en muchas ocasiones el único funcionario a1), a mi juicio debe ser una persona “independiente” que pueda llevar a cabo de forma correcta esa labor de control.

Con respecto a dicha cuestión, con la expresión “independiente” citada ut supra, no estoy poniendo, ni mucho menos, en duda, el ejercicio de las funciones de los Habilitados Nacionales, entre los cuales me incluyo, que es todo caso ajustado a la más estricta independencia y legalidad.

Lo que trato de poner de manifiesto es que, sobre todos en los Ayuntamientos pequeños como es el mío, el Secretario tramita e informa prácticamente todos los expedientes, realizando labores de gestión y de trámite (como consecuencia de la falta de medios personales) además de las funciones reservadas determinadas por el Real Decreto 128/2018, por lo que si a todo eso le sumamos también las labores de control y supervisión como Delegado de Protección de Datos, difícilmente puedan estas llevarse a cabo de forma correcta, pues estaríamos ante una autofiscalización, y si me permiten la expresión popular “*como Juan Palomo, yo me lo guiso, yo me lo como*”.

En este sentido, la FEMP ha puesto de manifiesto que “*Secretarios, interventores y tesoreros, podrán actuar como delegados de protección de datos siempre que no exista conflicto de intereses en relación con el ejercicio de sus respectivas funciones en la gestión ordinaria del ente local en cuestión*³”. Dicho conflicto de intereses es, a mi juicio, obvio y permanente en aquellos municipios donde el Secretario realiza las citadas labores de gestión, trámite e informe en la mayoría de los expedientes.

Por ello, en aquellos Ayuntamientos donde los medios personales lo permitan, desde mi punto de vista, el Delegado podrá ser otro funcionario a1, con los conocimientos y la formación necesaria, el cual podrá adquirir la certificación regulada por la AEPD, emitida por centro acreditado, la cual es voluntaria pero recomendable para garantizar la competencia profesional de la persona que va a desempeñar dichas funciones. De conformidad con el Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD 002995/2019: «la forma de provisión del puesto de trabajo al que se adscriba DPD no resulta relevante, pudiendo derivar de la autonomía organizativa interna de la propia Administración pública u órgano administrativo correspondiente». Lo que sí advierte es que «se debe requerir que la selección de empleados públicos se ajuste a los requisitos legalmente exigibles y, en especial, los conocimientos especializados en derecho y práctica de la protección de datos que el RGPD exige».

En su defecto, y teniendo en cuenta que se permite expresamente por la propia norma, el Delegado de Protección de Datos podrá ser externo, mediante la tramitación de un contrato de servicios, que en ningún caso podrá ser menor, por la vocación de permanencia y repetición, más allá de un año.

No obstante, en este punto, me surgen ciertas dudas, ante la contradicción que ponen de manifiesto por un lado la normativa de protección de datos permitiendo que sea externo, por otro lado, la necesidad, desde el punto de vista del derecho administrativo, de que las necesidades estructurales y permanentes sean desempeñadas por personal de la propia Administración, y no a través de un contrato de servicios.

También está suscitando cierta controversia y preocupación, incluso para la AEPD (tal y como nos comentó uno de los trabajadores de la AEPD en un curso impartido por Administración Local de la Comunidad de Madrid este otoño), la proliferación de empresas que, aprovechando la preocupación de muchos Ayuntamientos, van ofreciéndose puerta a puerta para prestar dichos servicios, sin ser verdaderos especialistas en la materia.

³ GUÍA PARA LA ADAPTACIÓN AL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS, DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES; elaborado por el grupo de trabajo para la implantación del nuevo reglamento general de protección de datos (RGPD) en las Administraciones Locales. Comisión de sociedad de la información y tecnologías.

Por último, no solo el nombramiento del delegado de protección de datos ha de cumplirse por el responsable del tratamiento (Ayuntamiento), sino que la nueva normativa exige otras muchas obligaciones, como la realización de las evaluaciones de impacto antes de iniciar los tratamientos que puedan suponer un alto riesgo para los derechos y libertades de los interesados, la suscripción de contratos con los encargados del tratamiento, o la adaptación de los modelos e instancias a las exigencias legales de suministro de información sobre protección de datos a los interesados. Desaparece asimismo la obligación de inscripción de ficheros en la AEPD, debiendo llevar el responsable del tratamiento un registro de actividades del tratamiento.

Todas estas cuestiones, así como muchas otras, habrán de ser objeto de asesoramiento, control y supervisión por el Delegado de Protección de Datos, para garantizar un óptimo nivel de cumplimiento.

2.6. Aprobación de una Ordenanza de Transparencia.

Por otro lado, para instrumentar adecuadamente todas estas cuestiones, una de las medidas que me parece fundamental es la de aprobar una Ordenanza de Transparencia.

Como ha indicado Concepción Campos Acuña, *“La regulación contenida en la ley se vislumbra como una regulación incompleta en cuanto no ofrece la totalidad de las claves necesarias para su aplicación a las EELL, por lo que, en ausencia de normativa autonómica que pudiese ofrecer soluciones precisas, el debate se plantea en torno a la conveniencia y oportunidad de aprobar una ordenanza municipal de Transparencia”*.⁴

La aprobación de una Ordenanza municipal, adaptada al municipio, ofrece una serie de ventajas, entre otras citar:

- Llevar a cabo la sistematización de los supuestos más frecuentes que puedan plantearse en el Municipio.
- Adaptar las pautas generales y el cumplimiento de la ley a las características concretas.
- Asimismo, la ausencia de Ley de Transparencia en la Comunidad de Madrid, hace más necesaria la aprobación de la Ordenanza.

Antes de adoptar esta decisión por la entidad local, será necesaria una previa revisión de la normativa municipal, pues puede que existan disposiciones con incidencia directa o indirecta en esta materia (reglamento de participación ciudadana, administración electrónica, etc.), que tras los cambios legislativos recientes, es probable que se encuentren desfasados y sea necesario su estudio y modificación conjunta con la Ordenanza de Transparencia, para dotar de sentido y coordinación a las normas municipales.

⁴ CAMPOS ACUÑA, Concepción. Revista Digital CEMCI. Número 23. *“Las entidades locales ante las obligaciones de Transparencia”*. Pág. 5.

Se puede tomar como base el esquema propuesto por la Federación Española de Municipios y Provincias, eliminando o añadiendo aquellas cuestiones que, tras el debate y los trabajos de elaboración, resulten más adecuados al municipio. En la misma se contendrán las especificidades establecidas, como son, entre otras:

- La unidad administrativa competente.
- El órgano político responsable.
- Los plazos de actualización e históricos fijados en el catálogo de contenidos.
- Los contenidos fijados en el catálogo. Ampliación de información en determinadas materias, como contratación y presupuestos.
- El procedimiento descrito para el acceso a la información que se ha elaborado.
- Los límites en materia de protección de datos, cuando pueda haber una colisión de derechos.
- El sistema de presentación de solicitudes on-line de acceso a la información.
- Los requisitos de reutilización, etc.

Asimismo, a mi juicio, dicha Ordenanza de transparencia no puede nacer de otra forma que a través de un **proceso participativo**⁵ en el que entidades sociales y ciudadanos aporten sus valoraciones, prioridades y conocimiento especializado.

Fomentando a los vecinos y a cualquier otro interesado, a participar tanto en los trámites previos mientras se elabora el borrador del texto de la Ordenanza (informándoles y favoreciendo el debate y la participación), como en el periodo de 30 días de información pública o audiencia tras la aprobación inicial.

2.7. Formación y concienciación

Por último, una de las medidas fundamentales para adaptarse a las obligaciones en materia de transparencia, acceso a la información pública y protección de datos es la formación, entendida como derecho y deber de todo empleado público.

Todas las medidas expuestas anteriormente carecen de sentido y de efecto práctico y real sino van de la mano con un programa de formación y concienciación periódica de los empleados públicos. El cambio parte de dentro hacia fuera, y así debe afrontarse desde la Administración Local.

Recientemente, en mi Ayuntamiento, se han impartido cursos a todos los empleados municipales, a través de la Federación de Municipios, en materia de protección de datos. A pesar de ser una materia, en principio, poco atractiva para ellos, conseguimos motivarles desde el departamento de secretaría, y ello dio como resultado un alto índice de participación de casi el 99% de la plantilla municipal. Desde entonces, han tomado un gran interés por la materia y, cada uno, en su puesto de trabajo, ha ido

planteando las necesidades y aspectos de mejora, tomando como base todo lo que han aprendido en el curso. Además, gracias a la formación, hemos podido observar un cambio de mentalidad en el personal, los cuales han adquirido una total concienciación sobre la importancia de los datos y de su adecuado tratamiento, así como de la necesidad de preservar los derechos de los ciudadanos.

En definitiva, no podemos dejar a un lado la importancia que tiene la formación, concienciación e implicación del empleado público en el cambio, puesto que va a facilitar enormemente el avance hacia delante.

Pero no solo debe formarse a los empleados públicos, sino que también los cargos electos han de tomar conciencia de la importancia de estas materias y de la necesidad de invertir medios personales y materiales en alcanzar los estándares de cumplimiento deseados.

3. CONCLUSIÓN

Con el desarrollo y la implantación de estas medidas de reorganización y distribución de funciones (y otras muchas más que se podrían ir implementando) se debería de conseguir que las actuaciones en materia de Transparencia y Protección de datos sean estables, con continuidad, ya que el esfuerzo debe sostenerse permanentemente con el fin de, una vez alcanzados los niveles deseables, mantenerlos.

De esta forma, aunque haya cambios en la representación política de forma periódica, el funcionamiento estructurado de la Administración y el adecuado reparto de tareas entre los funcionarios, va a permitir reducir el impacto del cambio de representantes, pudiendo así mantener los niveles de cumplimiento a largo plazo.