INFORME DE LA COMISIÓN CONSULTIVA DE LA TRANSPARENCIA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS AL ANTEPROYECTO DE LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA.

Se ha recibido, con fecha 16 de abril de 2021, procedente de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, solicitud de informe del Anteproyecto de Ley de la Función Pública de Andalucía.

***** Acuerdo de inicio de la tramitación del Anteproyecto de Ley de la Función Pública de Andalucía.

* Informe económico del anteproyecto de ley.

* Memoria sobre el cumplimiento de los principios de buena regulación del anteproyecto de ley.

Por esta Comisión Consultiva se ha examinado el texto remitido cuyo objeto:

"*El objeto de esta Ley es definir, ordenar y desarrollar la función pública de la Administración de la Junta de Andalucía, así como determinar las normas aplicables a todo el personal de las Administraciones Públicas de Andalucía incluido en su ámbito de aplicación, en el ejercicio de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Andalucía por la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de Andalucía, en el marco de la normativa estatal de carácter básico.*"

Con carácter previo, se advierte de que este informe se ocupa exclusivamente de aquellas cuestiones que, tras el análisis del texto de la norma proyectada, afectan, a juicio de la Comisión, a materias relacionadas directamente (o por conexión o consecuencia) con la transparencia pública y la protección de datos. Por tanto, dado que sería excederse en nuestro cometido, no se realizan consideraciones sobre otros aspectos generales o mejoras de técnica normativa, que serán informados por los órganos correspondientes.

1. En materia de transparencia pública.

Observación 1. Cuestiones generales

Este Consejo ha analizado en reiteradas ocasiones el acceso a la información sobre recursos humanos, ya sea resolviendo reclamaciones por denegación del acceso, o en la instrucción de denuncias por posibles incumplimientos de las obligaciones de publicidad activa relacionadas con la materia. Como hemos venido manifestando, el acceso a la información sobre recursos humanos contribuye en gran medida a la consecución de los objetivos previstos en la normativa de transparencia.

El interés de la ciudadanía en conocer este tipo de información se manifiesta en las numerosas reclamaciones y denuncias recibidas por este Consejo, que no serán más que una reducida parte del número total de solicitudes de acceso a información sobre recursos humanos que reciben los sujetos obligados por la Ley. Según el Informe Anual de Transparencia 2019 de la Administración de la Junta de Andalucía, casi el 25% de las solicitudes de información recibida versaban sobre recursos humanos, siendo la materia más consultada.

La relevancia de esta materia, relacionada con derechos fundamentales (artículo 23 CE) y con el gasto público, ha motivado la posición favorable de este Consejo al acceso a la misma, respetando el resto de derechos e intereses legítimos de las personas interesadas en el procedimiento. Como indicábamos en nuestra Resolución 32/2016, de 1 de junio:

En lo que se refiere a la gestión de recursos humanos al servicio de la Administración Pública las exigencias de transparencia de la información deben ser escrupulosamente atendidas, pues, además de suponer un evidente gasto de fondos públicos, los procesos selectivos correspondientes han de estar basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Dada la relevancia de este sector de la gestión pública, no ha de extrañar que la propia LTPA lo mencione repetidas veces entre los asuntos objeto de publicidad activa, ya que exige a las entidades incluidas en el ámbito subjetivo de la Ley que publiquen información relativa a "las relaciones de puestos de trabajo, catálogo de puestos o documentos equivalentes referidos a todo tipo de personal, con indicación de sus retribuciones anuales" [art. 10.1 g)], así como a "los procesos de selección del personal" [art. 10.1 k)].

Así pues, en cuanto exigencia de publicidad activa, las administraciones públicas están ya obligadas a publicar por su propia iniciativa, sin que medie solicitud alguna, los procesos de selección del personal a su servicio. Pero, como es obvio, el hecho de que exista este deber ex lege de publicar de oficio dicha información no empece, en modo alguno, a que pueda ser reclamada por cualquier ciudadano a través del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, como ha sucedido en este caso. E incluso, como no es menos evidente, nada impide que, por esta vía, se solicite información suplementaria que vaya más allá de la que deba proporcionarse en cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa.

La Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (en adelante, LTPA), ya era consciente de la relevancia de esta materia. Así, y sin perjuicio del derecho de acceso a la información pública, estableció varias obligaciones de publicidad activa relacionadas con los recursos humanos, como las previstas en los artículos 10.1. g) a l).

Así, este Consejo debe manifestar su interés en que el Anteproyecto contribuya a avanzar en la transparencia de la materia. En este sentido, se realizan las consideraciones más específicas incluidas a continuación.

Por otra parte, y pese a que la LTPA establece varias obligaciones de publicidad activa, el Anteproyecto no parece incluir ninguna previsión respecto a las mismas, pese a que regula aspectos relacionados con las mismas (vg. Procesos de selección).

Dado que la materia de recursos humanos es objeto de numerosas solicitudes de información pública, y sin duda posee una especial importancia para conocer el funcionamiento de los poderes públicos, este Consejo plantea la posibilidad de que el Anteproyecto incluya nuevas obligaciones de publicidad activa en las cuestiones que sean solicitadas frecuentemente, dando por otra parte respuesta indirecta a lo previsto en el artículo 17.1 LTPA, sin perjuicio del reparto de competencias entre las distintas Consejerías. O bien que regule aspectos relacionados con las obligaciones ya creadas que puedan mejorar la publicidad y el conocimiento de esas informaciones.

En este sentido, este Consejo ya posee una consolidada doctrina en determinadas materias relacionadas con los recurso humanos, que, con las debidas cautelas, pueden servir de guía para su publicación activa en los portales de transparencia.

Observación 2. Artículo 4. Transparencia y derecho de acceso a la información

Esta Comisión estima que la redacción de este artículo afecta a la regulación contenida en la LTBG del ejercicio del derecho de acceso, de carácter básico, así como al desarrollo de estos preceptos que realiza la LTPA. Ambas normas establecen el régimen general de acceso a la información pública, tal y como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPAC) reconoce al remitirse a la normativa de transparencia para el acceso a la información pública contenida en los registros y archivos de las administraciones públicas (artículo 13 d). El Preámbulo de la LTBG indica respecto al derecho de acceso:

La Ley también regula el derecho de acceso a la información pública que, no obstante, ya ha sido desarrollado en otras disposiciones de nuestro ordenamiento. En efecto, partiendo de la previsión contenida en el artículo 105.b) de nuestro texto constitucional, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrolla en su artículo 37 el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y documentos que se encuentren en los archivos administrativos. Pero esta regulación adolece de una serie de deficiencias que han sido puestas de manifiesto de forma reiterada al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica.

Igualmente, pero con un alcance sectorial y derivado de sendas Directivas comunitarias, otras normas contemplan el acceso a la información pública. Es el caso de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente y de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público

Parece que la redacción trata de establecer particularidades del régimen general de acceso a la información regulado en la LTBG y LTPA cuando las solicitudes versen

sobre la materia de recursos humanos. A este respecto, este Consejo considera que el artículo 4 no puede afectar al contenido básico de la LTBG, dictada en desarrollo, entre otras, de la competencia prevista en el artículo 149.1.18 CE (Disposición final octava LTBG). Tal y como hemos indicado anteriormente, la LTBG regula, con carácter básico, el régimen general de acceso a la información pública. Las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, ha desarrollado las previsiones de este régimen general, precisando algunos aspectos de interés (vg. artículo 30 LTPA, respecto a las causas de inadmisión). El desarrollo de la LTPA se guió tanto por el respeto al contenido básico de la LTBG como a la intención de regular un régimen general y común para todas las solicitudes de acceso, sin perjuicio de las regulaciones especiales previstas en la Disposición adicional cuarta, que deben reunir, como hemos indicado, ciertos requisitos. La LTPA no establece ninguna diferenciación en atención a la materia solicitada, dado el amplio concepto de información pública reconocido en el artículo 2 a). Este Consejo tampoco conoce ninguna norma sectorial que haya regulado peculiaridades del procedimiento de acceso, más allá de las contenidas en el LTPA.

Así las cosas, y como conclusión, a nuestro juicio, <u>este artículo debe limitarse a realizar una remisión genérica al derecho de acceso a la información reconocido en la LTBG y LTPA</u>, por lo que las solicitudes de información sobre recursos humanos se tramitarán de acuerdo con las reglas generales establecidas en dichas normas, sin necesidad de establecer peculiaridades o diferenciaciones.

Observación 3. Artículo 93. Derecho de acceso al Registro y certificación de datos.

La redacción propuesta no contradice ni impide el ejercicio del derecho de acceso a la información contenida en el Registro, sin perjuicio de que su desarrollo reglamentario pueda establecer un régimen específico de acceso a la información contenida en el mismo.

Para ello, si es voluntad la creación de un régimen específico de acceso, este Consejo recomienda que el Anteproyecto lo prevea y que se regule el procedimiento, ya sea en el anteproyecto o en el reglamento de desarrollo, de manera que se cumplan con las exigencias de la doctrina de los órganos de control y la jurisprudencia. Este reconocimiento implicaría, tal y como se indicó anteriormente, la falta de con-

trol del CTPDA sobre las resoluciones sobre el acceso, salvo previsión específica al respecto.

2. En materia de protección de datos personales.

Observación 1 (Exposición de Motivos – Bloque II)

En el texto, en relación con el personal directivo público profesional, aparece la frase:

> "*Toda la información sobre este personal, así como los procesos para su selección, nombramiento, evaluación del cumplimiento y cese, son públicos*".

La expresión "toda la información" es excesivamente amplía ya que podría suponer la catalogación como "públicos" de datos obrantes en la administración que no pueden revelarse a terceros ni como consecuencia del acceso al interesado al procedimiento, ni como consecuencia del derecho de acceso a información pública ni como parte de la publicidad activa, en aplicación de las normas que regulan estos accesos y de la normativa de protección de datos.

Por otra parte, no está claro qué supone el catalogar esos datos como "públicos" y las consecuencias de dicha catalogación.

Como sugerencia se podría emplear una expresión más cercana a la transparencia, del tipo: "*Se aplicará la máxima transparencia en relación con la información sobre este personal, así como los procesos para su selección, nombramiento, evaluación del cumplimiento y cese*".

También podría establecerse una obligación de publicidad activa en relación con la información a facilitar respecto a dicho personal.

En cualquier caso, en el articulado del anteproyecto no se desarrolla el concepto en los términos en que se encuentra en la Exposición de Motivos, por lo que es recomendable su modificación.

Observación 2 (Por todas, Exposición de Motivos – Bloque II)

En el texto, al final de un párrafo, aparece la frase:

> "T*odo ello, ajustándose a la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal".*

La expresión utilizada en la normativa vigente habla de ‘datos personales’ en vez de ‘datos de carácter personal’.

Esta observación es aplicable a otras ocasiones en que aparece la expresión a lo largo del texto.

Observación 3 (Artículo 4.2)

El segundo párrafo de este apartado señala:

“*Será público el acceso a las autorizaciones de compatibilidad del personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley*”.

Habría que evitar que se entienda que es público el documento en el que se autoriza la compatibilidad, ya que puede incluir datos que no tienen por qué ser revelados (por ejemplo, el domicilio del autorizado u otros datos no relevantes a efectos de la compatibilidad); de ahí que se más aconsejable emplear la expresión ‘a la información sobre las autorizaciones de compatibilidad’ o ‘los datos sobre las autorizaciones de compatibilidad’, o bien, si se refiere al documento concreto que autoriza la compatibilidad, indicar al final del párrafo: “*, una vez eliminados los datos no relevantes en relación con las mismas*”.

No obstante, esta última opción sería menos recomendada, salvo que fuera complementaria de la anterior, en aras a una mayor transparencia, dada la dificultad de interoperabilidad, en la mayoría de las ocasiones, de los documentos administrativos en formato ‘pdf’.

Observación 4 (Artículo 4.3)

Al final del primer párrafo se indica:

“*La información facilitada lo será siempre en cómputo anual*”.

Se sugiere valorar su sustitución por la expresión “*… en cómputo íntegro anual*”.

Observación 5 (Artículo 4.4)

El apartado dispone:

“*En ningún caso, salvo consentimiento expreso de las personas afectadas, se facilitará información alguna sobre documento nacional de identidad, retenciones en la nómina por cualquier causa, datos de afiliación a la Seguridad Social, datos de salud y datos relativos a expedientes disciplinarios*”.

La enumeración exhaustiva de los datos que no deben facilitarse tiene el riesgo de dejar fuera otra información que tampoco debería ser facilitada (cuota sindical -no considerada como una retención, sino como un descuento-, sindicato, domicilio y teléfono particular, datos familiares, etc.). Quizás fuera más adecuado una referencia inicial a la normativa de transparencia y de protección de datos, en relación con los datos que se pueden facilitar, y posteriormente, si se quiere hacer referencia a algún dato concreto, enumerar los que se considere oportuno.

También podría emplearse una expresión genérica del tipo:

"*En ningún caso, salvo consentimiento expreso de las personas afectadas, se facilitará información que no sea la adecuada, pertinente y limitada a lo necesario en relación con la transparencia y derecho de acceso a la información que se persigan*".

Observación 6 (Artículos 21. 3 y 23.3)

Estas normas disponen que:

"21.3. Los procesos de selección se basarán en la verificación de capacidades, actitudes, conocimientos, experiencias profesionales y competencias técnicas y directivas de las personas aspirantes o cualquier otro sistema predictivo del comportamiento".

"23.3. *Los procesos de acreditación se basarán en la verificación de capacidades, actitudes, conocimientos, experiencias profesionales y competencias técnicas y directivas de las personas aspirantes, u otros sistemas predictores del comportamiento*".

Los sistemas "predictivos/prescriptores del comportamiento" pueden resultar incluidos en el concepto de "elaboración de perfiles" que contempla el artículo 4.4) RGPD: "*toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física*".

En relación con la elaboración de perfiles, el artículo 22 RGPD establece lo siguiente:

"1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión:

a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;

b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o

c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado".

Por lo tanto, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el precepto transcrito, en particular en lo que se refiere a la necesidad de establecer las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de las personas interesadas. Además, debe significarse que la utilización de datos personales no aportados por el interesado deberá estar sujeta a lo establecido en el artículo 14 RGPD en lo que se refiere a la información que deberá facilitarse al mismo en relación con el tratamiento.

En el mismo sentido habrá que interpretar las citas a la "validez predictiva" que se hacen tanto en la Exposición de Motivos como en el articulado (arts. 104.1. e) y 111.3).

Observación 7 (Artículo 27.3)

La letra f) dispone:

"*Recibir la información conforme a la normativa vigente, sin perjuicio de las limitaciones que establezca la normativa reguladora del tratamiento de datos de carácter personal. En particular, se reconoce el derecho de acceder al expediente personal y a la movilidad conforme a la normativa aplicable*".

Se hace una referencia reiterativa al cumplimiento de la normativa. Además parece añadirse en este apartado referencia a otro derechos no conexo con el de recepción de información como es el derecho a la movilidad, que quizás debería tener su propio apartado independiente.

Así pues, se propone sustituir el apartado f) por dos apartados con redacción similar a la siguiente:

"f) Recibir la información necesaria para el desarrollo de su trabajo y de su carrera profesional, incluyendo el acceso al expediente personal, todo ello con respeto de la normativa aplicable en materia de protección de datos personales y seguridad de la información.

g) A la movilidad."

Observación 8 (Artículo 83.2)

El apartado dispone:

"*La Administración y la representación sindical colaborarán activamente en el proceso negociador, proporcionándose mutuamente la información que sea necesaria para estos fines, actuando con lealtad recíproca y procurando soluciones basadas en el consenso y la corresponsabilidad*".

Aunque lógicamente sería en cualquier caso aplicable, como apoyo al cumplimento podría ponerse: "*...que sea necesaria para estos fines, con adecuación a lo establecido en la normativa de protección de datos, actuando con lealtad ...*"

Observación 9 (Artículo 85.4)

Al final del apartado se indica:

"*La creación de estos registros se ajustará a la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal*".

Se propone:

"*La creación y el tratamiento de estos registros se ajustará a la normativa vigente en materia de protección de datos personales*".

Observación 10 (Artículo 92.3)

El apartado indica:

"*Los datos existentes en el Registro General de Personal gozarán de la protección prevista en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal, y su utilización estará sometida a las limitaciones previstas en dicha normativa*".

Se propone:

"*Los datos existentes en el Registro General de Personal gozarán de la protección prevista en la normativa vigente en materia de protección de datos personales, y su tratamiento estará sometida a las limitaciones previstas en dicha normativa*".

Observación 11 (Artículo 92.4)

El apartado indica:

"*Los datos existentes en el Registro General de Personal podrán ser anonimizados y aprovechados para la mejor gestión en beneficio de las personas y de la organización*".

Se propone añadir:

"*El proceso de anonimización garantizará la no reversibilidad del mismo, y que el tratamiento que se realice no permita la identificación de las personas interesadas como consecuencia de operaciones o agrupaciones realizadas con datos no sujetos a anonimización*".

Observación 12 (Artículo 97.1)

El apartado indica:

"*El Registro General de Personal de la Administración general de la Junta de Andalucía creará una sección diferenciada en la que se incluirá información de los Registros de personal de las entidades locales, de las Universidades Públicas de Andalucía y del personal de la Administración de Justicia de la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a los efectos de análisis y valoración de la situación del empleo público de Andalucía.*".

No se concreta la información a incluir de modo que no cabe pronunciarse sobre la posible adecuación o no de los datos que se incorporarían a esa sección, y además, por su propia denominación y finalidad principal, esa información sería ajena al "Personal de la Administración general de la Junta de Andalucía", por mucho que se califique como una 'sección diferenciada'.

Por sí misma, este apartado no podría utilizarse como base legitimadora para el traslado de 'no se sabe qué' información.

Observación 13 (Artículo 97.2)

El apartado indica:

"*Con la misma finalidad, y previos los acuerdos o convenios pertinentes, se podrán crear secciones diferenciadas en las que incluir la información sobre los recursos humanos de otras instituciones estatutarias de la Comunidad Autónoma*".

Id. observación anterior, con el matiz adicional de que se hace mención a un 'acuerdo o convenio pertinente', cuestión que no se menciona en el apartado anterior.

Observación 14 (Varios)

En el anteproyecto de ley se habla de diferentes tratamientos, registros o bases de datos. Así:

- en el artículo 91 se expresa que cada Administración Pública constituirá un Registro en el que se inscribirán los datos relativos a su personal, de acuerdo con lo establecido en la normativa estatal de carácter básico

- en el artículo 92 se habla del "*Registro General de Personal*" constituido por la Administración general de la Junta de Andalucía, de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior

- en el artículo 98.1 se dice que "*en la Administración de la Junta de Andalucía existirá un único sistema de administración integrada de los recursos humanos a través de la aplicación informática correspondiente, bajo la dependencia y dirección de la Consejería competente en materia de función pública*"

- en el artículo 98.2 se indica que "*el Registro General de Personal constituirá una base de datos...*".

En distintos artículos hace referencia igualmente a la necesaria compatibilidad e interoperabilidad de los diferentes Registros de Personal que puedan constituirse en las Administraciones Públicas de Andalucía.

No obstante, en el texto, aunque pueda en algún caso indicarse la competencia de algún órgano en relación con alguno de estos instrumentos, no se hace referencia -desde el punto de vista de la normativa de protección de datos personales- a la responsabilidad (o, en su caso corresponsabilidad) sobre la actividad o actividades de tratamiento a que den lugar los instrumentos definidos en el anteproyecto de ley. Dada la relevancia que adquiere en la mencionada normativa la figura de los responsables del tratamiento, se sugiere valorar la inclusión en el proyecto la determinación de los órganos responsables o, en su caso, corresponsables, de los principales tratamientos de datos personales a que dé lugar la aplicación de la ley.

El secretario de la comisión
Consta la firma
Amador Martínez Herrera

VºBº El presidente de la comisión
Consta la firma
Jesús Jiménez López