

IV ENCUENTRO DE AGENCIAS AUTONÓMICAS DE PROTECCIÓN DE DATOS. Un encuentro necesario entre derechos concurrentes.

PUBLICIDAD EN SISTEMAS DE CONCURRENCIA COMPETITIVA Y PROTECCIÓN DE DATOS. LOS TIEMPOS ESTÁN CAMBIANDO. ACTOS PÚBLICOS, PUBLICIDAD EN BOLETINES Y DIFUSIÓN.

José Ramón Chaves García, Magistrado de lo Contencioso-Administrativo.

SUMARIO.- I. ¿CHOQUE O ALIANZA DE REGULACIONES. II.- DERECHOS EN RESENCIA. III.- LA PUBLICACIÓN. IV.- PROCEDIMIENTOS DE CONCURRENCIA: TODOS LLAMADOS POR IGUAL PERO UNOS MAS IGUALES QUE OTROS. V. DISECCIONANDO LA PUBLICACIÓN. VI. EL EXCESO ADMINISTRATIVO EN LOS DATOS INCLUIDOS EN EL BOLETÍN OFICIAL VII.-EL EXCESO ADMINISTRATIVO EN EL OFRECIMIENTO DE DATOS POR LA ADMINISTRACION A LOS PERSONADOS TRAS LA PUBLICACION OFICIAL. VIII. LIMITACIONES GENERALES AL DERECHO DE ACCESO DERIVADO DE LA PUBLICACIÓN OFICIAL; IX.- LA PROBLEMÁTICA DE LA PUBLICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA. X- CONCURRENCIA EN SEDE JUDICIAL. PERSONADOS. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONFIDENCIALIDAD.

I. ¿CHOQUE O ALIANZA DE REGULACIONES?.

El principio troncal común que inspira la actuación de la Administración es la transparencia (ex.art.105 en concordancia con el art.20 CE), que carece de rango de derecho fundamental a diferencia de la protección a la intimidad o la protección de datos personales (art.18 CE).

Hemos de señalar la complejidad de la concurrencia normativa de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LAP) y de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (LPD) en relación al tratamiento de la información administrativa, no existiendo unanimidad doctrinal ni jurisprudencial sobre si la relación entre ambas normas es de complementariedad (la LAP referida al acceso a expedientes como documentos administrativos, y la LPD referida a archivos de datos), de subsidiariedad (la LAP como norma especial preferente y excluyente en cuanto se refiere a expedientes pero los mismos encierran datos; o la posición inversa, la LPD como norma general y posterior que desplazaría a la LAP en esta materia).

Lo que sí nos ha aclarado el Tribunal Constitucional (STC 292/2000) es el distinto ámbito de la esfera de protección del “derecho a la intimidad” respecto del “derecho fundamental a la protección de datos”, ya que este último “*extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el artículo 18.1 de la CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios*

esfera de bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto a la dignidad personal (STC 170/1987), como el derecho al honor, citado expresamente en el artículo 18.4 de la CE, e igualmente en expresión bina amplia del propio artículo 18.4 de la CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona (...). De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales". Diríase que el derecho a la intimidad protege la "confidencialidad" de la información relativa a una persona, mientras que el derecho a la protección de datos tutela la "inalienabilidad" (en expresión administrativista) o sea el señorío de la persona sobre el tráfico de los datos que le afectan.

II. DERECHOS EN PRESENCIA. De ahí que nos pronunciemos por una posición tendente a armonizar y complementar dichas normas, sin exclusiones ni claudicaciones de una sobre otra. Por ello, hemos de distinguir varios derechos en concurrencia:

- . El *Derecho de acceso a expedientes en curso*, que deriva del art.35 a) Ley 30/92, para "conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de los documentos contenidos en ellos". Aquí subrayamos que el expediente que incluye la publicación oficial bien como llamamiento a terceros o bien para reforzar la eficacia o acierto de la decisión, está técnicamente "en curso".

- El *Derecho de acceso a expedientes terminados* que deriva del art.35 n) y 37 de la Ley 30/1992. Este último precepto define el derecho de acceso a los documentos administrativos "cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren", lo que permite extender su regulación a los documentos clásicos que integran los expedientes y a los datos personales obrantes en ficheros automatizados.

- El *Derecho a la protección de datos*, que deriva del art.18.4 CE y que tiene desarrollo legal en la LO 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter personal. Desde la perspectiva de la protección de datos, la cesión de datos por la Administración para su publicación oficial (mas bien "comunicación" o puesta en conocimiento de tercero), tiene expreso amparo en la LPD. Así el art.11 exonera de la necesidad del consentimiento: a) Cuando la cesión esté autorizada en una Ley (Ej.deber de comunicar a la Hacienda datos e trascendencia tributaria, art.111 LGT); b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público (" tienen el carácter de fuente accesible al público los diarios y boletines oficiales", art.3 j. LPD); 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. Muy elocuente es el "principio de calidad" sentado por el art.4.1 LPD: "*Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con le ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido*". Es decir, no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos

hubieran sido recogidos. No puede convertirse una autorización tácita y específica (al participar en un procedimiento concreto) en una autorización universal “urbi et orbe”, pues ello excedería el ámbito de la excepción acogida por el art.6 LOPD¹

III.- LA PUBLICACIÓN.

El procedimiento administrativo normalmente es bilateral, entre ciudadano y Administración. Pero en ocasiones es “triangular” asumiendo la Administración una posición arbitral entre intereses particulares (ej.concesión minera o autorización de farmacia, etc). Y en otras es el procedimiento se vuelve “poligonal” dada la multiplicidad de interesados que convergen en el mismo expediente administrativo.

La técnica para asegurar el llamamiento/y/o presencia de interesados a un procedimiento es la “publicación oficial”.

Los supuestos legales en que la Administración se sirve de la publicación oficial a tenor de la legislación general administrativa, son los siguientes:

- “ *Si el acto lesiona derechos o intereses legítimos*” (art.61 LAP). En efecto, “si el órgano competente aprecia que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesionan derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el Diario Oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer; en el plazo que se establezca para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento”.
- Cuando “*el acto tenga por destinatario una pluralidad indeterminada de sujetos*” (art.59.5 a LAP).
- Si se trata de actos integrantes de un *procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva*, “la convocatoria del procedimiento deberá indicar el tablón de anuncios o medio de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos “ (art.59.5 b LAP).
- A ello se añade, “*cuando lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento* ” (art.60.1 LAP).
- Y “*cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente*” (art.60.1 LAP), supuesto vinculado a una potestad discrecional.

IV.- PROCEDIMIENTOS DE CONCURRENCIA: TODOS LLAMADOS POR IGUAL PERO UNOS MAS IGUALES QUE OTROS.

¹ Y en sentido contrario, la finalidad inherente a la relación jurídica principal en que se enmarca la toma de datos, autoriza a su tratamiento congruente. Así, la STS de 2 de Julio de 2007 (rec.5017/2003) declara “adecuada, pertinente y no excesiva” la toma de datos de la huella digital al servicio del control horario ya que “la finalidad perseguida mediante su utilización es plenamente legítima: el control del cumplimiento del horario de trabajo al que vienen obligados los empleados públicos. Y, en tanto esa obligación es inherente a la relación que une a estos con la Administración Autonómica, no es necesario obtener previamente su consentimiento ya que el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999 lo excluye en estos casos”.

Los procedimientos administrativos de concurrencia pueden clasificarse *lege ferenda* en cinco tipos:

A) Procedimientos de concurrencia competitiva. Es el caso de los procedimientos en que la actuación administrativa favorable solo beneficiará a uno o algunos de los posibles aspirantes por cumplir una finalidad esencialmente selectiva. La Administración es quien fijará el límite. Ej. Subvenciones, contratación administrativa, oposiciones. En tales casos, la regla general es la publicidad de la resolución inicial y final en los Boletines Oficiales (ficción de conocimiento universal), sustituyéndose las comunicaciones de actos de trámite por publicaciones en tabloneros oficiales o de edictos (ficción de conocimiento restringido), e incluso por su publicación en la web (ficción debilitada).

Ahora bien, la calificación de un procedimiento como “competitivo” no es discrecional sino mas bien constituye un concepto jurídicamente indeterminado pero que admite su concreción objetiva a la vista de las variables en presencia en el caso concreto, y en particular si existe limitación o gravamen derivado de la terminación del procedimiento cuyo origen radique precisamente en la restricción cuantitativa del acto final (subvención, premio, plazas a cubrir, etc). Es más, dado que esa competitividad es la que justifica la publicidad y con ello la extensión subjetiva de accesibilidad a los datos, su carácter no puede presumirse ni ampararse en el decisionismo reglamentario, teniendo en cuenta que ya la SC 292/2000 apuntaba a la reserva legal en la materia al decir: *“Es el legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse, y además, es él quien debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias”*.

B) Procedimientos de concurrencia no competitiva. Es el caso de los procedimientos en que la actuación administrativa no está limitada en sus efectos favorables sino que desplaza a cada aspirante la carga de alcanzar el umbral de adquisición del derecho o facultad. Ej. examen académico universitario, solicitud de ayuda al amparo de la Ley de dependencia, etc. Si no hay competencia, no hay razón para publicidad sustantiva (aunque cabe la publicidad puramente formal por economía procedimental).

C) Procedimiento de concurrencia positiva. Esta concurrencia positiva o efectiva puede ser “espontánea” (el tercero tiene noticia del procedimiento y solicita participar en el mismo) o “inducida” (el tercero tiene noticia del procedimiento cuando la Administración hace uso del art. 61 LAP). Es el caso de los procedimientos administrativos en los que puede personarse un tercero que tenga interés.

D) Procedimientos de concurrencia latente. Es el caso de los procedimientos que incorporan un trámite de información pública y cuya asunción por el tercero no comporta la condición de interesado (art.86 LAP)².

² La información pública se alza como manifestación del principio de participación en ámbitos sectoriales, p.ej. el temprano Reglamento de Actividades Molestas, Nocivas, Peligrosas o Insalubres de 1961 (RAMI); Ley 4/1989, de 27 de Marzo, de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre (art.6, Planes de Ordenación de Recursos), Texto Refundido Ley de Aguas (art.41.3, planificación hidrológica); Ley 37/2003, de 17 de Noviembre, del Ruido (arts.14.1 y 22, mapas de ruido y Planes de acción); Ley 43/2003, de 21 de Noviembre, de Montes (art.31.7, planes de ordenación de recursos forestales).

E) Procedimientos de concurrencia testimonial. Así calificamos a los procedimientos en que la Resolución final reviste naturaleza sancionadora y se impone su publicación en un Boletín Oficial. En estos casos la concurrencia no genera derecho alguno en manos de terceros mas allá del puro y estricto conocimiento de la resolución que se dota de pretensiones ejemplificadoras.

V. DISECCIONANDO LA PUBLICACIÓN.

La “publicación” como actuación o comunicación de datos o expedientes a terceras personas de forma indiscriminada, abierta y formalizada, plantea diversos problemas.

5.1 La justificación de la publicación. Es diversa y abarca exigencias tan variopintas como: a) Transparencia; caso de la publicación de los miembros de los Tribunales, Comisiones o Jurados, con el fin de hacer efectivo el derecho ciudadano a identificar al personal bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos administrativos, art.35 LAP; o la misma publicación de trámites de procedimientos selectivos para asegurar la observancia del principio de mérito y capacidad constitucionalmente impuesto, art.23.3 CE- b) Asegurar el efecto útil del procedimiento y evitar su carácter desierto; c) Vincular a la Administración con sus actos a partir de tal publicación cerrando o limitando la rectificación o cambio de criterio; d) Facilitar la posibilidad de recurrir; g) Promover la mejora o acierto de la decisión administrativa (caso de las informaciones públicas en procedimientos de concurrencia latente) f) O la simple ejemplaridad (caso de sanciones que son publicadas testimonialmente.

5.2. El medio de difusión. Así como la publicación en diarios oficiales o edictos cuenta con expreso refrendo en la legislación general administrativa, en el caso de la publicidad a través de páginas web nos movemos en el mundo reglamentario o de la simple praxis administrativa. Aquí ha de entenderse supeditada la validez a la existencia de cobertura normativa suficiente, ya que si no cuenta con tal amparo habrá de reputarse una extralimitación de la Administración actuante al manejar los datos por la vía de hecho. Aquí ha de estarse a lo que deriva del art.45 y 59 de la LAP, así como a la Ley 11/2007, de 22 de Junio, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, y sus normas de desarrollo, que por su apuesta tecnológica podrían prestar amparo a la fijación reglamentaria de la publicidad oficial por este cauce.

5.3 El contenido. Ha de considerarse precisa la publicación de los datos que se consideran necesarios para el efecto útil del procedimiento, que es doble, por un lado, que sea identificable el alcance de la actuación objetivamente (lo que obliga a precisar las circunstancias de la convocatoria), que sea identificable el sujeto o grupo de sujetos a que se refieren (el procedimiento administrativo vinculado a la potestad de autoorganización por su anonimato e indiferencia subjetiva, autoriza una extensión a la carta, ej RPT o presupuestos). En cambio la adjudicación de un puesto de trabajo en la RPT a una persona no se satisface con las “iniciales”, ni tampoco con el nombre (posible identidad nominal), por lo que ha de vincularse a algún dato que “individualice” y que además sea “objetivo” (no un apodo, diminutivo, ni referencial por un espacio o afinidad), o sea, el DNI o nombre completo se revela adecuado y proporcionado a la finalidad. Aquí interesa subrayar que los datos personales no íntimos, en cuanto amparados por la finalidad del procedimiento administrativo no se benefician

de un secretismo ni blindaje frente al quehacer de la Administración Pública en cuanto a su publicación oficial, particularmente cuando se refieren a los funcionarios en el marco de la relación de sujeción especial.

5.4. La vulnerabilidad de los datos publicados. La publicación en Boletines Oficiales se revela formalmente intangible ya que sólo las autoridades responsables tienen acceso a su elaboración o rectificación de errores. En cambio, la publicación en tabloneros de edictos está expuesta en ocasiones al acceso directo a manipulaciones de terceros, con añadidos o tachones, mas o menos grotescos, mas o menos refinados, e incluso por la inclusión de datos personales que afectan a la intimidad. En tales casos, es claro que la Administración cumple con publicar la versión auténtica y formal, pero la diligencia exigible impone que extreme la vigilancia para evitar la alteración o deterioro de tales listados o avisos generales (p.ej.vitrinas cerradas, control de acceso,etc). Por último, la publicación en la web por su vinculación tecnológica resulta altamente de riesgo dado no solo la manipulación directa, sino la reproducción mimética y con añadidos, por lo que este cauce de acceso indiscriminado de terceros no interesados en el procedimiento consideramos ha de estar rodeado de garantías y contar con amparo normativo expreso, pero no presunto.

5.5. La eficacia. El impacto de la publicación oficial en boletines depende del tipo de procedimiento en que se enmarca. Puede surtir efectos preclusivos de trámites alegatorios, o bien marcar el punto de arranque de reclamaciones o recursos. Pero también puede dar lugar a la excepción al conocimiento o acceso por terceros de datos personales sin consentimiento, azagapado bajo el término “fuentes accesibles al público”. Ahora bien, esta publicación oficial sólo autoriza a su acceso para el conocimiento que lo justifica pero no cabe aprovechar el nacimiento a la luz pública del dato para promover su utilización abusiva a otras finalidades ³.

En todo caso, no debe olvidarse que la consideración de “fuente accesible al público” sin necesidad de consentimiento, se ciñe a los “diarios y boletines oficiales” (art.3 j, LPD), sin que los mismos incluyan a la publicación en internet. De ahí, que estamos en una materia escurridiza, ya que los Boletines Oficiales pertenecen a la segunda generación de las comunicaciones administrativas y sólo en la medida que se amplien las excepciones tasadas mediante norma expresa podrá predicarse igual efecto de la

³ La Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 15-2-2002, rec. 212/2000 sitúa en sus justos términos el sentido de las fuentes accesibles al público. El Tribunal, primero aclara que el “ *desempeño de funciones públicas implica un grado de publicidad inherente al cargo y en garantía de los administrados -a este principio hace referencia el art. 35.b de la Ley 30/1992. Y otra muy distinta, el tratamiento automatizado de dichos datos que permite la obtención de un perfil de la persona y su uso para una pluralidad de fines. En el caso de autos para enviarle propaganda, lo que poco o nada tiene que ver con las necesidades de publicidad inherentes al desempeño de una función pública*”; y después, tratándose de funcionario de instituciones penitenciarias cuyos datos no se publicaron en el boletín oficial por razones de seguridad, ante la pretensión de la Administración de escudarse en la accesibilidad de los mismos, objeta: “ *Ahora bien, en el caso de autos consta que el dato no se ha obtenido de un boletín, como se pretende, sino que fue facilitado por la Administración, ya que por razones de seguridad dichos datos no se publican en el BOE. Ciertamente resulta paradójico que la Administración por razones de seguridad decida no publicar el dato en el BOE y simultáneamente lo facilite. Ahora bien, con independencia de lo anterior, lo cierto es que el dato no se obtuvo de fuente que pueda calificarse de "accesible al público" y por lo tanto la argumentación no puede ser aceptada*”.

publicación en la web (en el caso de considerarse alternativa o excluyente, ya que si es concurrente con la publicación en boletín oficial, se beneficia de la eficacia de ésta)⁴.

VI. EL EXCESO ADMINISTRATIVO EN LOS DATOS INCLUIDOS EN EL BOLETÍN OFICIAL

. La posible intromisión o exceso administrativo en el tratamiento de la información en poder de la Administración puede tener lugar al hacer público el llamamiento a terceros a participar en el procedimiento. Es el caso de la convocatoria, del anuncio de la licitación o del período de matriculación. En estos casos, por definición, al tratarse de procedimientos iniciados de oficio, nada se perjudica a terceros. En cambio, cuando retrata de procedimientos de concurrencia “positiva” o “latente” la Administración debe guiarse por la previsión del art.61 LAP, e incluir una sucinta identificación del expediente.

Y es que el principio general del derecho de proporcionalidad inspira todo el quehacer administrativo, incluso al propio legislador. De ahí, que cuando se publica un acto administrativo, si bien el Tribunal Supremo ha insistido en que para surtir la eficacia de la notificación ha de cumplir los requisitos propios de ésta (contenido íntegro del acto) ello no es óbice para eludir aquéllos aspectos “de riesgo”, bajo el imperio de la regla moduladora del art.61 LAP.

Dicho precepto referido a la “indicación de notificaciones publicaciones”, pero con pauta aplicable analógicamente a la publicación de actos administrativos a otros efectos (en defecto de legislación sectorial con criterio específico, ej. necesidad de ocupación de expropiación forzosa) fija una regla general para evitar lesión a “*derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el Diario Oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento*”. Analicemos sus elementos y locuciones:

- “*Si el órgano competente...*”. Es decir que para acometer una publicación de un acto no basta cualquier titular de unidad orgánica sino que ha de tratarse del órgano competente en la triple vertiente: a) Competencia de la Administración; b) Competencia del órgano jerárquica, material y territorial; c) Competencia de la persona titular del órgano que esté en servicio activo, posesionada del puesto de trabajo, y no incurso en motivos de abstención y/o recusación.

- “*...apreciase...*”. O sea, que se trata de una potestad en manos del órgano que requiere una ponderación y especulación sobre la virtualidad lesiva del acto administrativo. Ahora bien, la potestad no se formula en términos facultativos sino imperativos (“se limitará a publicar...”) y además el presupuesto no es un futurible vinculado al genérico interés público (“acto que lesiona derechos o intereses legítimos”) por lo que mas bien estamos ante un concepto jurídico indeterminado y como tal, controlable jurisdiccionalmente, pero además exigible por terceros y con posibilidad de prueba de los presupuestos lesivos que se anulan a la publicidad restrictiva.

⁴ La primera generación de la publicidad oficial era mediante pregoneros y tabloneros de edictos; la segunda generación se sirve de Gacetas y Boletines Oficiales; y la tercera generación será – o es- la publicación en la web.

- “ *de un acto lesiona derechos o intereses legítimos*”. Aquí se observa que el titular del órgano ha de efectuar un doble juicio. En primer lugar, comprobar si hay derechos o intereses de terceros. En segundo lugar, comprobar si tales intereses son “legítimos” o si por el contrario no cuentan con amparo legítimo; p.ej. publicidad de sanción al encubridor, indicando sancionado y encubierto.

- “ *por medio de anuncios o la publicación*”. Aquí el legislador parece remitirse al sintagma del art.59.5 LAP, que alude a “anuncios en el tabón de edictos del Ayuntamiento en el último domicilio, en el BOE, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia.. del Consulado o Sección Consular de la Embajada....otras formas de notificación complementarias” Se trata por tanto de una remisión genérica del legislador a los “anuncios” y que cubre las modalidades indicadas, pero sin carácter tasado ya que se extiende a cuando la Administración “abre la ventana de la resolución hacia el exterior” por cualquier medio, actual o futuro.

- “ *se limitará a publicar en el Diario Oficial que corresponda*”. Así y todo la locución “Diario Oficial” parece dejar fuera a los anuncios y referirse solamente a los Boletines Oficiales.

- “ *una somera indicación del contenido del acto*”. El carácter “somero” viene asimilado por el Diccionario de la Real Academia a “superficial”. Hubiera sido mas deseable la expresión “sucinta” (utilizada por el art.54 en cuanto al alcance de la “motivación”). Ha de entenderse que en esta materia opera un principio restrictivo o de “economía” expresiva y sustancial. El problema viene dado por congeniar el principio de complitud resolutoria (“ La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”) y el principio de economía informativa (“ somera indicación del contenido”). La tensión se resuelve teniendo en cuenta que el propio art.61 facilita el acceso al contenido íntegro del acto. Por eso hay que tener en cuenta que el hecho de que la publicación no incluya la motivación, no quiere decir que no esté motivada (siempre que el expediente mediato sí incluyan fundamentación de la decisión). Por ejemplo, en el ámbito de las oposiciones y concursos, una cosa es la publicación de aprobados y otra muy distinta, la publicación minuciosa de los criterios y juicios de valor de cada miembro del tribunal respecto de cada aspirante en cada ejercicio. La justicia se garantiza con el derecho de acceso al acta que soporta la decisión finalmente publicada.

- “ *...y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento*”. De ahí deriva que la exigencia mínima del contenido a publicar es que permita a los potencialmente interesados ser conscientes de su condición como tales y poder en consecuencia acudir a las fuentes de información “in extenso”. Por ejemplo, una publicación de un edicto de deudores por la conocida vulgarmente “viñeta”, no se satisface con la relación de cantidades, ni con deudores ni cantidades, ni tampoco con deudores cantidades y vehículo, sino con deudores-cantidades-vehículo-ejercicio. No puede olvidarse que los actos de gravamen o desfavorables han de ser objeto de exquisito tratamiento, y que tal publicación complementaria no constituye un acto graciable o inocuo, sino que la misma puede cerrar el plazo a futuras impugnaciones, so pretexto de firmezas o transparencia, o falta de diligencia reaccional en los potenciales afectados.

VII. EL EXCESO ADMINISTRATIVO EN EL OFRECIMIENTO DE DATOS POR LA ADMINISTRACION A LOS PERSONADOS TRAS LA PUBLICACION OFICIAL.

Tras la publicación oficial del acto administrativo, los terceros personados pueden optar por la pasividad o por la beligerancia administrativa al servicio de la simple curiosidad o de la legítima defensa. En estos procedimientos hay que tener presente:

1. Que si tienen la condición de “interesados” es porque el Ordenamiento Jurídico ha considerado relevante su posición jurídica. Y la condición de “interesados” ha de interpretarse en sentido amplio por el principio constitucional “pro actione”, vertiente del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art.24 CE)⁵.
2. Que los derechos administrativos de defensa (alegar, probar y recurrir) precisan el derecho de acceso al expediente en su conjunto.
3. Que quien participa en un procedimiento de concurrencia competitiva está entablando voluntariamente una relación jurídica con la Administración, y ha de correr con la carga de sus consecuencias. A) Porque la convocatoria vincula a las partes y si la han consentido no pueden volverse posteriormente frente a ello; B) Porque si aportan la documentación con arreglo a la doctrina de los actos propios no pueden posteriormente volverse contra ello (“principio de adquisición procedimental”); C) Porque si no acceden a ello en vía administrativa, podrán obtenerlo en vía contencioso-administrativa; D) Todo ello sin perjuicio del deber de no hacer uso externo o indebido de tal información.
4. En cambio, quien participa en un procedimiento de concurrencia no competitiva, no puede ver sometida su documentación a contraste con otra parte, puesto que ningún interés legítimo hay en ello, ya que el éxito de uno es independiente de otro. Solamente en caso de que se invoque la conculcación del principio de igualdad y se aporte un principio de prueba, podrá y deberá la Administración facilitar tal documentación, siempre bajo un estricto criterio de proporcionalidad. En cambio, en estos procedimientos de concurrencia no competitiva suelen utilizarse procedimientos masificados y automatizados para recabar la información, y si la misma se vincula a un acto positivo de entablar una relación jurídica, se está autorizando a la Administración para su manejo, ej. Matriculación de alumnos universitarios (art.6.2 LPD), contratación

⁵ La relevancia de la publicación oficial radica en que si cuenta con amparo legal, la Administración ante los interesados no puede oponer otros límites que los derivados de otros derechos de superior rango, sin escudarse en difusos pretextos. Así, tajante se pronuncia la STS de 12 enero 2004 (rec.6191/1998) en relación al Registro Público de Contratos afirmó que “ *No es razonable que la Ley cree un Registro Público, para permitir el conocimiento de los contratos celebrados por las distintas Administraciones Públicas y de sus adjudicatarios, con el fin de dar transparencia a los datos sobre esta materia, poniéndolos a disposición de los ciudadanos, y después la Administración, con el pretexto de la falta de desarrollo reglamentario, deniegue la publicidad que viene establecida por norma legal, que está obligada a cumplir (...) Las alegaciones consistentes en que atender la solicitud resulta gravosa para la organización de la Administración y le obliga a asumir los riesgos que derivan de ello, en especial los relacionados con la legislación de protección de datos, carecen de una mínima fundamentación. La Administración debe asumir los costos que comportan la prestación de los servicios públicos, y, sin perjuicio de cumplir, en lo que resulte pertinente, la legislación sobre protección de datos, debe conceder eficacia a la publicidad del Registro de Contratos establecida por el artículo 118 de la LCAP, a lo que se une que las resoluciones administrativas denegatorias de la consulta solicitada no se fundaron en que existieran datos que no pudieran facilitarse por aplicación de la legislación específica promulgada para su protección*”.

laboral de profesorado o toma de posesión como funcionario, cara a la evaluación de la docencia o investigación (puesto que la LOU ampara tales sistemas de evaluación). Ahora bien, una cosa es el manejo “doméstico” de los datos y otra cosa es la “cesión” de los mismos a terceros, públicos o privados.

5. En los procedimientos de concurrencia “positiva” ha de tenerse en cuenta la naturaleza del procedimiento. Nos encontramos con una doble singularidad. Por un lado los supuestos de acción pública y que abren el paso a todo el expediente. Por otro lado, los supuestos de interés en expedientes sancionadores, supuesto en que solamente en caso de subyacer un interés competitivo o reflejo podría accederse a facilitar la documentación al tercero.

6. Por último, en los procedimientos de concurrencia “latente”, la propia Ley al negar la condición de interesado cierra el paso al derecho de acceso a la documentación.

VIII. LIMITACIONES GENERALES AL DERECHO DE ACCESO DERIVADO DE LA PUBLICACIÓN OFICIAL

En todo caso, el derecho de acceso al procedimiento en curso, tanto al conocer los términos y datos publicados como en relación a la obtención de copias de documentos (art.35 a), en relación con los procedimientos de concurrencia que incluyen un trámite de publicación oficial de resoluciones, ha de ser evaluado atendiendo a una estricta casuística y mediante la ponderación de las limitaciones en presencia⁶.

A) Por las limitaciones de la legislación sectorial o específica⁷.

Por la finalidad o funcionalidad intrínseca de tal publicación. En efecto, una cosa es la autorización de la Administración para manejar los datos de su personal cara a su gestión y otra muy diferente es facilitar tal información a una empresa privada para comercializar productos. En este caso se requeriría el consentimiento informado de los interesados.

B) Por la eficacia administrativa, ya que el derecho de acceso tiene anclaje legal y la eficacia administrativa es un principio de engarce constitucional (art.103 CE).

En particular hay derechos de acceso cuyo ejercicio debiera posponerse a la ultimación del procedimiento para evitar distorsiones del mismo; es el caso del acceso por un contratista a las propuestas del competidor que debiera diferirse hasta la adjudicación del contrato; o del acceso a exámenes académicos o de oposiciones, que deberían ser accesibles tras ultimarse el procedimiento. En tales casos, es evidente que la funcionalidad de la actuación se vincula a su término pero también es cierto que falta la precisión legal de tal condicionante temporal para el ejercicio del derecho.

C) Por los derechos de terceros.

Aquí la Administración ha de efectuar un ejercicio de ponderación de intereses, ya que se ha desterrado el principio medieval era que el titular del Derecho era el “señor

⁶ Tal y como afirma la STS de 13 de Septiembre de 2002 (rec.92/199): “*Como creemos que ha quedado suficientemente claro, la resolución de conflictos como el que constituye el objeto de este proceso requiere de una ponderación casuística de los intereses en juego, de modo que se imponga el menor sacrificio posible a cada uno de ellos*”

⁷ El derecho de acceso ciudadano a archivos y registros administrativos está limitado en ciertas materias para evitar abusos o lesión de terceros. Es el caso de la Ley 26/1984, de Defensa de Consumidores y Usuarios (art.13 y ss), la Ley 27/2006, de 18 de Julio, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (BOE 19//7/06).

del derecho” sin mas límites que los confines de definición del mismo⁸. Hoy día, por el contrario, existe documentación cuya exigencia puede comportar mala fe o abuso de derecho (ej.solicitar información sobre empresa competidora) y otra puede referirse a datos que integran derechos sensibles y propios del núcleo de intimidad (conceptualmente mas restringido que el de privacidad)⁹. Es notorio que el mismísimo derecho fundamental a la protección de datos admite limitaciones derivadas de otros derechos fundamentales, ya que la protección de datos personales es instrumental (se protege la salud, la intimidad, etc), y no podría jamás el medio sacrificar el fin. De ahí que, al igual que la publicidad del censo se justifica en indicar la edad para hacer efectivo el derecho a elegir representantes públicos, pudiera justificarse la publicidad de determinadas enfermedades contagiosas si existiera un pelígro epidémico incontrolado y los pacientes estuvieren en paradero desconocido.

Ello sin perjuicio de que nada impide la aplicación analógica del art.37.2 Ley 30/1992 que, referido a procedimientos terminados, puede aplicarse a procedimientos en curso (máxime cuando el interesado en procedimiento en curso suele poseer una posición de legitimación mas robustecida que el mero interesado en el puro acceso al expediente ultimado), en el particular relativo a cerrar el paso al acceso a expedientes “referentes a la intimidad”, entendiendo con la STC 142/1993 (referida a la entrega a un tercero en una relación contractual laboral, la representación legal de los trabajadores) que “ *El atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusita, como a la divulgación ilegítima de esos datos*”, y declara que “*los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito de espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada*”. Con ello, parece que el Tribunal Constitucional parece excluir de la intimidad el bloque de datos que rodean la vida de los empleados públicos (retribuciones, destinos,etc). Expresamente, el art.37.3 Ley 30/92, por aplicación analógica admite el acceso a documentos simplemente “nominativos” ya que a priori el hecho de la simple identificación personal como factor de opacidad administrativa, ha de considerarse un exceso interpretativo que no se ajusta a los principios constitucionales. Finalmente, el precepto analógico comodín viene dado por el art.37.4 Ley 30/92 cuando justifica la negativa “*cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros mas dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley debiendo en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada*” Con ello se sitúa un concepto jurídico indeterminado, y como tal susceptible de control por la motivación y prueba de su existencia, como pieza clave para fijar los límites de acceso a la información.

⁸ El abuso de derecho es una conquista del Código Civil, cuyo art.7.2 sepultó definitivamente la máxima romana qui jure suo utitur noeminem laedit (Digesto, libro I, título XVII, leyes 55, 151 y 155, pfo.primerero), acogida en los albores del Derecho español bajo la fórmula “non face tuerto a otro quien usa de su derecho” (Partida VII, título 34, regla 14).

⁹ Y sin desorbitar el concepto de intimidad hacia la extravagancia defensiva. Por ejemplo, la STSJ Castilla y León TSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 20-7-2005, nº 1542/2005, rec. 3132/1998, afirmó que “ *el control de velocidad efectuado con el aparato cinemómetro y la fotografía de que se trata del vehículo obtenida al practicarse ese control no afecta a la intimidad de la recurrente, ni se vulnera con ello la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*”..

IX. LA PROBLEMÁTICA DE LA PUBLICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA

No hay ámbito de mayor concurrencia y dinamismo de actos administrativos que la Universidad Pública. Cuenta con profesores inmersos en procedimientos en el marco de su relación de sujeción especial, con la Universidad matriz, con la Administración autonómica e incluso estatal. Por su parte, los alumnos son objeto de actos masivos (matriculación, becas, calificaciones) suscitándose en toda su crudeza el conflicto entre un bloque de la realidad muy específico y la ciega legislación general de protección de datos.

En este escenario confuso irrumpe la Ley Orgánica 4/2007 por la que se modifica la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE de 13/4/07), e incorpora la disposición adicional vigésimo primera: “ *No será preciso el consentimiento de los estudiantes para la publicación de los resultados de las pruebas relacionadas con la evaluación de sus conocimientos y competencias ni de los actos que resulten necesarios para la adecuada realización y seguimiento de dicha evaluación. 4. Igualmente no será preciso el consentimiento del personal de las universidades para la publicación de los resultados de los procesos de evaluación de su actividad docente, investigadora y de gestión realizados por la universidad o por las agencias o instituciones públicas de evaluación. 5. El Gobierno regulará, previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos, el contenido académico y científico de los currículos de los profesores e investigadores que las Universidades y las agencias o instituciones públicas de evaluación académica y científica pueden hacer público, no siendo preciso en este caso el consentimiento previo de los profesores o investigadores*”

Con ello se zanja una problemática experimentada por las Universidades donde la tradición se enfrentaba con la tutela de los derechos a la protección de datos personales, en un contexto en el que la inmensa mayoría de alumnos consentía tácitamente, por economía y simplicidad, en la publicación de las calificaciones en tablones, con indicación de nombres y calificaciones. El problema vendrá dado por el alcance del consentimiento tácito que se ciñe a los “resultados” y no a los “criterios” ni a la motivación de la calificación. De igual modo que el inciso relativo a los “actos que resulten necesarios para la adecuada realización y seguimiento de dicha evaluación” constituye un apoderamiento genérico que puede convertir a las Universidades en Guantánamos en materia de tutela de datos personales. Similar criterio anima la publicación de los “resultados” de evaluación del personal de la Universidad¹⁰.

Por otra parte, se incluye una remisión al reglamento en cuanto al contenido de los currículos de profesores e investigadores que pueden hacer públicas las Comisiones evaluadoras, bajo la cautela de un previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos (sin carácter vinculante).

De su uso habrá que estar a lo que resulte del principio de calidad, de proporcionalidad y de interdicción de la arbitrariedad.

¹⁰ Curiosamente este inciso 4 dispensa del consentimiento la publicación de los resultados de evaluación de todo el “personal de las Universidades”, lo que no se circunscribe al académico sino que se extiende al personal e Administración y Servicios, lo que sin duda abrirá una brecha crítica en el futuro ya que el Estatuto Básico de los Empleados Públicos hace pivotar una línea maestra de la Ley en la evaluación del rendimiento pero no contiene regla autorizatoria similar a la ahora incorporada al mundo universitario.

X. – CONCURRENCIA EN SEDE JUDICIAL. PERSONADOS. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONFIDENCIALIDAD.

Se impone una referencia a la posible colisión en sede procesal entre el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a las fuentes de prueba (tengan o no datos personales) y otros derechos en conflicto. La problemática se suscita porque en los litigios sobre procedimientos de concurrencia suelen personarse los interesados y hacer uso generosamente, no solo del acceso al expediente, sino del derecho de proponer prueba documental o similar para acceder a datos personales de la contraparte¹¹.

En particular sobre el conflicto entre tutela judicial efectiva y confidencialidad, mencionaremos el espléndido Auto del Tribunal Supremo 13/7/06 (rec.47/06): “ *Se plantea, entonces, un posible conflicto entre los derechos de las partes procesales a articular su defensa con plenitud de medios y sin limitaciones indebidas y la protección dispensada por el Ordenamiento Jurídico a la información declarada confidencial por su afección a materias atinentes a secretos comerciales o industriales.*”

A la hora de resolver sobre el posible conflicto entre la confidencialidad de la documentación y las exigencias de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva, en una contemplación integral del Ordenamiento Jurídico, hemos de partir de que las decisiones de declaración de confidencialidad efectuadas en sede administrativa no pierden vigor ipso facto por el hecho de que se impugne ante los órganos de la jurisdicción la resolución administrativa en cuyo procedimiento de adopción se realizó tal declaración. No existe previsión normativa alguna que imponga en sede jurisdiccional una automática pérdida de vigencia de la confidencialidad declarada en vía administrativa, pues no resulta lógico que lo que ha permanecido velado durante el procedimiento administrativo por un interés público o privado reconocido en la norma, pueda salir a la luz libremente y sin cortapisa alguna por la mera interposición de un recurso contencioso-administrativo.

Se impone, pues, una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonstar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo. Por eso, esta Sala, en Auto de seis de octubre de dos mil cinco, recaído en el Recurso Ordinario 533/1994, ha considerado que esta materia debe abordarse "desde la perspectiva conjunta de no provocar indefensión a ninguna de las partes en el proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial", sin que sea dable una declaración formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste en el expediente toda la documentación solicitada.

¹¹ El reparto de la carga probatoria en esta materia es decisivo. Así la STS 9/5/07 (rec.3406/2003): “Así, la sentencia de instancia justifica ampliamente la exigencia de que la parte indique la fuente accesible al público de la que alega haber obtenido los datos, como excepción a la exigencia general del consentimiento del afectado para el tratamiento y cesión de los datos de carácter personal, sin que ello suponga invertir la carga de la prueba sobre los hechos determinantes de la infracción (tratamiento y cesión de datos personales sin consentimiento de su titular), que corresponde a la Administración, y que esta ha justificado, siendo la parte la que opone la concurrencia de tal excepción sin la adecuada justificación.”

Esta doctrina no se opone, sino que más bien resulta complementaria de la que se expone en la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991, recaída en el asunto Hercules Chemicals, a tenor de la cual, "el respeto del derecho de defensa no exige que la empresa implicada en un procedimiento pueda comentar todos los documentos que formen parte del expediente de la Comisión, puesto que no hay disposiciones que impongan a la Comisión la obligación de comunicar sus expedientes a las partes interesadas (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82, antes citada, apartado 25)". En síntesis, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada "need to know", necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados".

