

Dictamen en relación con una consulta planteada por una empresa prestadora de servicios de evaluación psicológica sobre la realización de pruebas psicotécnicas en centros de enseñanza concertados de Cataluña.

Con fecha 13 de octubre de 2009, se presenta ante la Agencia Catalana de Protección de Datos un escrito de una empresa prestadora de servicios de evaluación psicológica, en el que se solicita la opinión de la Agencia en relación con la realización de pruebas psicotécnicas en centros de enseñanza concertados de Cataluña y su adecuación a la legislación vigente en materia de protección de datos personales.

Analizada la consulta y visto el informe de la Asesoría Jurídica, se dictamina lo siguiente:

I

[...]

II

Tal y como se ha apuntado, la empresa prestadora de servicios de evaluación psicológica, en relación con la realización de pruebas psicotécnicas en centros de enseñanza concertados de Cataluña (en adelante, la empresa) realiza trabajos de evaluación psicopedagógica para determinados centros de enseñanza concertados de Cataluña. Estos trabajos consisten en la realización de unas pruebas psicotécnicas que determinan las aptitudes, la personalidad y las preferencias vocacionales de los alumnos de dichos centros, con edades comprendidas entre los 4 y los 18 años. Para su realización, los diferentes centros educativos facilitan a la empresa los siguientes datos personales de sus alumnos: nombre y apellidos, fecha de nacimiento, sexo y curso.

Por otro lado, junto con la realización de dichos trabajos de evaluación psicopedagógica, la empresa presta un servicio de asesoramiento a los equipos psicopedagógicos y/o tutoriales de los centros de enseñanza concertados.

La realización de dichos trabajos comportará el tratamiento de datos personales, que incluye tanto el tratamiento de los datos de los alumnos facilitados por los centros como el tratamiento de aquellos otros datos personales que puedan surgir a partir de la realización de las diferentes pruebas psicotécnicas. Por consiguiente, en este caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD) y la demás normativa aplicable.

Dentro del ámbito de la relación contractual que la empresa mantiene con los centros educativos, y a fin de cumplir lo establecido en la normativa en materia de protección de datos personales, en el escrito de consulta se plantean las cuestiones siguientes:

- Establecer si la empresa, en la realización de los trabajos de evaluación psicopedagógica, actúa como encargada del tratamiento, o bien si es la responsable de dicho tratamiento.
- Determinar si los datos procedentes de las evaluaciones psicotécnicas tienen la consideración de datos de salud.
- Establecer si hay que obtener el consentimiento explícito de los tutores legales de los alumnos para llevar a cabo este tratamiento.

- Aclarar si el centro escolar tiene que informar a los padres por escrito antes de realizar las evaluaciones psicotécnicas.
- Y determinar si, en caso de que la empresa proporcione en el futuro un servicio mediante el que la escuela pueda efectuar la consulta *online* de los informes de sus alumnos, la empresa seguirá teniendo la categoría de encargada del tratamiento.

Todas estas cuestiones se tratarán en los fundamentos jurídicos siguientes.

III

A fin de determinar si la entidad consultante es encargada del tratamiento o responsable del mismo, hay que tener presente, en primer lugar, las definiciones que efectúa la LOPD en relación con estas dos figuras.

Según el artículo 3.d), es responsable del fichero o del tratamiento «la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento».

Según el artículo 3.g), es encargado del tratamiento «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento».

De la información de que se dispone, se desprende que, en este caso, son los centros de enseñanza concertados los que encargan a la empresa la realización de unos trabajos de evaluación psicopedagógica a sus alumnos, consistentes en la administración colectiva de pruebas psicotécnicas que determinan las aptitudes, la personalidad y las preferencias vocacionales de dichos alumnos. Por consiguiente, los centros de enseñanza concertados, en la medida en que son ellos los que deciden hacer esta evaluación psicotécnica a sus alumnos, tendrán la consideración de responsables del tratamiento (artículo 3.d) de la LOPD).

En cambio, la empresa, en la medida en que trata los datos personales de los alumnos por cuenta de los centros de enseñanza concertados para llevar a cabo los trabajos de evaluación psicopedagógica, tendrá la consideración de encargada del tratamiento (artículo 3.g) de la LOPD), siempre y cuando se cuente con el contrato regulado en el artículo 12 de la LOPD.

Según dicho artículo, la realización del tratamiento por cuenta de la empresa deberá estar regulada en un contrato por escrito o de algún otro modo que permita acreditar su concertación y el contenido, donde conste, de manera expresa, que la empresa sólo tratará los datos de acuerdo con las instrucciones de las escuelas y que no los puede aplicar ni utilizar con una finalidad diferente de la que figure en dicho contrato, ni comunicarlos a otras personas, ni siquiera para conservarlos, así como las medidas de seguridad que se implantarán.

Aunque en relación con la determinación de la actuación de la empresa como encargada o responsable del tratamiento, y dado que en su consulta la empresa manifiesta que, del conjunto de trabajos de evaluación psicopedagógica que se obtienen después de la realización de las pruebas psicotécnicas, se elabora un informe individual del alumno para la familia, hay que plantearse si, en este caso, sería de aplicación lo establecido en el artículo 20.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD (en adelante, RLOPD).

Dicho artículo dispone que si el acceso a los datos por parte del encargado del tratamiento tiene por objeto el establecimiento de un nuevo vínculo entre él y el afectado, este acceso será considerado una comunicación o cesión de datos. Por consiguiente, el tercero que accede a los datos pierde la condición de encargado del tratamiento y es considerado responsable.

Sin embargo, en este caso, hay que poner de manifiesto que el vínculo existente entre la empresa y los alumnos nace como consecuencia del encargo efectuado por los centros de enseñanza concertados a dicha empresa, es decir, la realización de los trabajos psicopedagógicos. Dado que esta relación es necesaria para llevar a cabo la prestación del servicio encomendado, no puede considerarse que se haya establecido un nuevo vínculo entre la empresa y los alumnos.

De todos modos, en este caso, de la información facilitada se desprende que la empresa no pretende llevar a cabo ningún tipo de relación contractual ni establecer contacto directo con los alumnos y/o sus familias, dado que la empresa asegura que de los resultados obtenidos de las pruebas psicotécnicas, si bien se elabora un informe individual dirigido a las familias, son los propios centros de enseñanza concertados los que, una vez recibidos los trabajos, hacen llegar el informe individual de su alumno a la familia correspondiente.

Así pues, puede concluirse que, en este caso, la empresa actúa como encargada del tratamiento de los datos personales que son necesarios para realizar los trabajos psicopedagógicos solicitados por los centros de enseñanza concertados de Cataluña.

IV

En relación con la naturaleza de los datos procedentes de las evaluaciones psicotécnicas, es decir, si tienen consideración o no de datos de salud, se hacen las consideraciones siguientes:

La LOPD se refiere expresamente a los datos de salud considerándolos datos especialmente protegidos, limitando la posibilidad de su recogida y comunicación (artículo 7), pero no ofrece una definición concreta de lo que tiene que entenderse como dato de salud.

En este sentido, el RLOPD ha concretado, en su artículo 5.1.g), que son datos de carácter personal relacionados con la salud «las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética».

Esta definición de dato de salud coincide sustancialmente con lo establecido en el apartado 45 del informe explicativo de la Convención para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981.

Las manifestaciones efectuadas por los alumnos en la realización de las pruebas psicotécnicas y/o la apreciación de dichas manifestaciones por parte del encuestador pueden contener determinadas informaciones relacionadas con la salud mental de los alumnos. Los datos psicológicos obtenidos, aunque no procedan expresamente de historiales médicos, tienen que ser considerados como datos relacionados con la salud, dado que o bien conciernen directamente a la salud mental del individuo o bien están estrechamente relacionados con su salud.

Por otro lado, cabe recordar que, en la práctica, el tratamiento de datos de carácter psicológico suele generar un perfil completo de la persona evaluada, del que se puede desprender el conocimiento de otros datos de carácter más sensible, como las creencias morales y religiosas o la vida sexual de la persona. Por lo tanto, se considera necesario incluir los datos psicológicos en el régimen de los datos relacionados con la salud de las personas, según el artículo 7 de la LOPD.

De acuerdo con estas consideraciones, los datos procedentes de las evaluaciones psicotécnicas, en la medida en que contienen datos de carácter psicológico, fruto de la evaluación de las aptitudes y la personalidad de los alumnos, tienen la consideración de datos relacionados con la salud.

V

La siguiente cuestión que plantea la empresa hace referencia a la necesidad de haber obtenido el consentimiento explícito de los tutores legales de los alumnos en el tratamiento de los datos personales.

El artículo 6.1 de la LOPD establece, como principio general, que el tratamiento de los datos de carácter personal «requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa».

En los casos en que se produce el tratamiento de datos personales de menores de edad, el RLOPD establece que si se trata de menores que tengan 14 años o más, se podrán tratar sus datos con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. Pero en el caso de los que tengan menos de 14 años, se exige el consentimiento de los padres o tutores (artículo 13.1).

Por otro lado, el artículo 7.3 de la LOPD establece que los datos personales que hagan referencia a la salud de las personas «sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente».

Por consiguiente, hay que analizar si en este caso existe una ley o norma con rango de ley que habilite el tratamiento de estos datos sin necesidad de consentimiento.

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece, en la disposición adicional 23.^a, que «los centros docentes podrán recabar los datos personales de su alumnado que sean necesarios para el ejercicio de su función educativa. Dichos datos podrán hacer referencia al origen y ambiente familiar y social, a características o condiciones personales, al desarrollo y resultados de su escolarización, así como a aquellas otras circunstancias cuyo conocimiento sea necesario para la educación y orientación de los alumnos» (apartado primero).

Y añade que «los padres o tutores y los propios alumnos deberán colaborar en la obtención de la información a la que hace referencia este artículo. La incorporación de un alumno a un centro docente supondrá el consentimiento para el tratamiento de sus datos y, en su caso, la cesión de datos procedentes del centro en el que hubiera estado escolarizado con anterioridad, en los términos establecidos en la legislación sobre protección de datos. En todo caso, la información a la que se refiere este apartado será la estrictamente necesaria para la función docente y orientadora, no pudiendo tratarse con fines diferentes del educativo sin consentimiento expreso». (apartado segundo).

Por lo tanto, esta disposición adicional 23.^a establece una habilitación legal para el tratamiento de los datos, que excluye la necesidad de que el afectado (el alumno) o, en su caso, su representante legal, otorgue el consentimiento para el tratamiento de los datos que sean necesarios para el ejercicio de la funciones docente y orientadora, siempre que el tratamiento resulte efectivamente necesario para el ejercicio de dichas funciones.

Ahora bien, hay que recordar que la propia ley orgánica limita el alcance de los datos que serán objeto de tratamiento a aquellos que resulten estrictamente necesarios para las funciones docente y orientadora, sin que puedan ser tratados con fines diferentes del educativo sin consentimiento expreso.

Aunque esta habilitación hace referencia al tratamiento de datos personales por parte de los centros de enseñanza, en la medida en que la empresa, como empresa prestadora de servicios de orientación educativa, académica y profesional a centros educativos, actúa como encargada del tratamiento, estará habilitada para tratar los datos de los alumnos sin contar con su consentimiento ni con el de sus padres o tutores legales (artículo 12 de la LOPD).

VI

Analizada la existencia de habilitación legal para tratar los datos de los alumnos de las escuelas sin necesidad de consentimiento previo, en respuesta a la siguiente cuestión planteada por la empresa, se recuerda que este hecho no excluye la obligación de dar cumplimiento al deber de informar establecido en el artículo 5 de la LOPD.

Dicho artículo dispone que los «interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de la respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
- c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- e) De la identidad y la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante».

Por su parte, el artículo 18.1 del RLOPD dispone que «el deber de información al que se refiere el artículo 5 de la LOPD, deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado».

Aunque el artículo 5.1 de la LOPD no concreta quién tiene que cumplir con el deber de información, de su redacción se desprende que será la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, que lleve a cabo la recogida de los datos personales, la cual deberá dar cumplimiento a este deber de información.

Dado que la empresa es la encargada de llevar a cabo las pruebas psicotécnicas, será esta empresa quien, en la recogida de los datos personales de los alumnos, deberá dar cumplimiento al deber de información, salvo que previamente lo haya hecho el responsable del tratamiento.

En este caso, dado que las pruebas se realizan a menores con edades comprendidas entre los 4 y los 18 años, hay que recordar que, cuando se recojan los datos de los menores que tengan 14 años o más, la empresa deberá informarles empleando un lenguaje que les resulte fácilmente comprensible y con la indicación expresa de lo que dispone el artículo 5.1 de la LOPD (apartados 13.1 y 13.3 del RLOPD).

Sin embargo, cuando se recojan datos de los alumnos de menos de 14 años, la empresa deberá informar de dichos extremos a sus padres o tutores legales (artículo 13.1 del RLOPD).

VII

En cuanto a la última cuestión planteada, es decir, si la empresa continuará siendo encargada del tratamiento en caso de que ofrezca a los centros de enseñanza un servicio de consulta *online* de los informes de los alumnos, hay que señalar que, en la medida en que dicha prestación forme parte del encargo efectuado por los centros de enseñanza a la empresa, ésta mantendrá la condición de encargada del tratamiento (artículo 12 de la LOPD).

Por otro lado, cabe recordar que, de acuerdo con el artículo 85 del RLOPD, las medidas de seguridad exigibles a los accesos a datos de carácter personal a través de redes de comunicaciones, sean públicas o no, tienen que garantizar un nivel de seguridad equivalente al correspondiente a los accesos en modo local, conforme a los criterios que establece el artículo 80 del RLOPD.

Dicho artículo clasifica las medidas de seguridad exigibles a los ficheros y tratamientos en tres niveles: básico, medio y alto. En este caso, según el artículo 81.3.a) del RLOPD, dado que nos encontramos ante el tratamiento de datos de salud, se tendrán que aplicar las medidas de seguridad de nivel alto, definidas en los artículos 101 y siguientes del RLOPD.

En particular, es recomendable emplear cualquier mecanismo que garantice la autenticidad del usuario y la confidencialidad de la información, como, por ejemplo, el uso de nombres de usuario y claves de acceso, de modo que sólo el usuario que conozca una clave válida (un centro determinado) podrá acceder a los resultados de los trabajos de evaluación psicopedagógica.

De acuerdo con las consideraciones efectuadas en estos fundamentos jurídicos, en relación con la consulta planteada por una empresa prestadora de servicios de evaluación psicológica, en cuanto a la realización de pruebas psicotécnicas en centros de enseñanza concertados de Cataluña, se formulan las siguientes

Conclusiones

La empresa actúa, en el tratamiento de los datos personales que son necesarios para la realización de los trabajos psicopedagógicos a los alumnos de determinados centros de enseñanza concertados de Cataluña, como encargada del tratamiento, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 12 de la LOPD.

Los datos procedentes de las evaluaciones psicotécnicas, en la medida en que contienen datos de carácter psicológico, fruto de la evaluación de las aptitudes y la personalidad de los alumnos, tendrán la consideración de datos relacionados con la salud, de acuerdo con los artículos 7.3 de la LOPD y 5.1.g) del RLOPD.

Para la realización de dichos trabajos psicopedagógicos, los centros de enseñanza concertados no necesitan el consentimiento previo de los tutores legales de los alumnos, dado que la disposición adicional 23.^a de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, habilita a los centros docentes para la recogida y el tratamiento de los datos de los alumnos que sean necesarios para el ejercicio de las funciones docente y orientadora, siempre que el tratamiento resulte efectivamente necesario para el ejercicio de dichas funciones.

La existencia de habilitación legal para el tratamiento de los datos personales de los alumnos, sin necesidad de consentimiento, no excluye la obligación de dar cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 5.1 de la LOPD. En este caso, la empresa está obligada a cumplir con este deber cuando lleve a cabo la recogida de los datos personales de los alumnos, salvo que previamente lo haya hecho el responsable del tratamiento.

La prestación de un servicio complementario, mediante el cual la escuela pueda consultar *online* los resultados de los trabajos psicopedagógicos de sus alumnos, no varía la condición de encargada del tratamiento de la empresa. En este sentido, hay que tener presente que las medidas de seguridad exigibles a los accesos a datos de carácter personal a través de redes de comunicaciones, sean públicas o no, tendrán que garantizar un nivel de seguridad equivalente al correspondiente a los accesos en modo local (artículo 85 del RLOPD). En este caso, el tratamiento de datos de salud comportará la implantación de medidas de seguridad de nivel alto, definidas en los artículos 101 y siguientes del RLOPD.