

Dictamen en relació amb la consulta formulada per un Ajuntament en relació amb la publicitat dels processos de selecció de personal i sobre la gravació de les proves orals.

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades una sol·licitud de dictamen d'un Ajuntament en relació amb la publicitat dels processos de selecció de personal i sobre la gravació de les proves orals.

En concret, la consulta planteja les qüestions següents:

“Aquest Ajuntament, en previsió de processos de selecció de personal, es planteja els següents dubtes pel que fa a la transparència de les proves orals i les limitacions relatives a les dades personals:

1. Les proves orals de la fase d'oposició, són públiques, però per tal d'evitar qualsevol incidència, és necessari informar als opositors, de la possibilitat que hi hagi públic en la seva exposició? És necessari regular-lo en les bases de selecció?

2. Pot el tribunal gravar les proves orals, sense cap regulació, o pel contrari s'ha de regular, per exemple a les bases de selecció? En el supòsit de gravació de les proves per part del tribunal, pot obtenir còpia de la gravació qualsevol altre aspirant, com interessat? I un tercer que no s'hagi presentat al procés de selecció, com a dret d'accés a la informació pública d'acord amb la normativa de transparència?

3. El públic assistent a les proves orals, pot gravar-les lliurement, o pel contrari el tribunal, o l'Ajuntament han d'establir alguna limitació?”

Analitzada la consulta, que no s'acompanya d'altra documentació, d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica es dictamina el següent:

I

(...)

II

Per tal de respondre a les consultes plantejades cal tenir en consideració que els procediments de selecció de personal de les administracions públiques són procediments de concurrència competitiva, basats en els principis de legalitat, d'igualtat, mèrit i capacitat, de transparència i de publicitat.

Així ho estableix el Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (EBEP), d'aplicació al personal funcionari i, en el que sigui procedent, al personal laboral al servei de les Administracions de les entitats locals (art. 2.1.c) EBEP), quan preveu a l'article 55.1 que: *"Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico."*

Segons el mateix article 55, apartat 2, de l'EBEP:

"2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:

- a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.*
 - b) Transparencia.*
- (...)."*

Per la seva banda, l'article 91 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local (LRBRL), estableix:

"1. Les corporacions locals han de formular públicament la seva oferta d'ocupació, ajustant-se als criteris que fixa la normativa bàsica estatal.

2. La selecció de tot el personal, sigui funcionari o laboral, s'ha de fer d'acord amb l'oferta d'ocupació pública, mitjançant convocatòria pública i a través del sistema de concurs, oposició o concurs oposició lliure en què s'ha de garantir, en tot cas, els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, així com el de publicitat."

En el mateix sentit, la Llei municipal i de règim local de Catalunya (Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril), disposa a l'article 287.2 que:

"D'acord amb llurs ofertes d'ocupació pública, les entitats locals han de seleccionar el personal per mitjà de convocatòria pública i dels sistemes de concurs, oposició i concurs oposició lliures, en els quals han de quedar garantits els principis d'igualtat, de mèrit, de capacitat i de publicitat."

El principi de publicitat en els procediments de selecció de personal, d'acord amb aquestes previsions imposa a l'òrgan encarregat de la seva realització donar publicitat del procés i les seves bases reguladores, de les llistes de les persones admeses al procés selectiu, la puntuació obtinguda en les diferents fases del procés, de la qualificació final de totes les persones participants i el resultat final del procés, entre altres.

Aquestes obligacions legals s'han de concretar en les bases reguladores que han de determinar com es portarà a terme el procés de selecció.

Les bases de les convocatòries d'accés són el mecanisme a través del quals es fa efectiu el principi de legalitat i la resta de principis que han de regir aquests procediments.

En aquest sentit l'article 21 de l'LRBRL atribueix a l'alcalde la competència per aprovar "*las bases para la selección del personal y para los concursos de provisión de puestos de Trabajo*", i l'article 102, pel que fa a la selecció del personal al servei de les administracions locals que no siguin funcionaris d'habilitació estatal, estableix:

1. Las pruebas de selección y los concursos para la provisión de puestos de trabajo, a que se refiere el presente Capítulo, se regirán por las bases que apruebe el Presidente de la Corporación, a quien corresponderá su convocatoria.

Tal com ha vingut reiterant la jurisprudència del Tribunal Suprem, les bases de la convocatòria "*constitueixen la llei del procediment*", es pot citar per totes la STS de 27 de maig de 2010, que recorda:

"(...)el criterio jurisprudencial uniforme de que las bases de la convocatoria de un concurso o pruebas selectivas constituyen la ley a la que ha de sujetarse el procedimiento y resolución de los mismos, de tal manera que, una vez firmes y consentidas, vinculan por igual a los participantes y a la Administración, así como a los Tribunales y Comisiones encargados de la valoración de los méritos (...)".

En el mateix sentit la STSJ de Catalunya núm. 156/2010, recull també:

"Debe recordarse de modo genérico que las bases de la convocatoria constituyen la Ley del Concurso, como hasta la siedad ha venido repitiendo nuestro Tribunal Supremo. Así lo viene señalando esta Sala, igualmente, en diversas resoluciones, cuyos particulares relativos a este extremo se pueden sintetizar en la doctrina de que las partes y los Tribunales Calificadores o la Comisión de Selección se encuentran vinculados por lo que disponen las bases de la convocatoria, ya que es principio básico en nuestro ordenamiento jurídico aquél a tenor del cual las bases de una convocatoria de un proceso selectivo vinculan a la Administración, a los Tribunales o Comisiones de Selección que han de juzgar las pruebas y, en fin, a quienes participan en las mismas. Es decir, rige en nuestro Derecho el viejo axioma según el cual, las bases de una convocatoria constituyen la Ley del Concurso".

El Reglament (UE) 2016/679, del Parlament i del Consell Europeu, de 27 d'abril de 2016, General de Protecció de Dades (en endavant, RGPD) estableix a l'article 5.1.a) RGPD que tot tractament de dades personals ha de ser lícit, lleial i transparent en relació amb l'interessat. Per tal que aquest tractament sigui lícit cal que concorri alguna de les condicions previstes en l'article 6 RGPD, i en el cas que es tracti de categories especials de dades cal tenir en compte també les previsions de l'article 9 RGPD.

L'article 6.1 RGPD disposa que per a dur a terme un tractament cal comptar amb una base jurídica que legitimi aquest tractament, que preveu el mateix precepte:

"a) L'interessat ha donat el consentiment per al tractament de les seves dades personals, per a una o diverses finalitats específiques.

b) El tractament és necessari per executar un contracte en el qual l'interessat és part o bé per aplicar mesures precontractuals a petició seva.

- c) El tractament és necessari per complir una obligació legal aplicable al responsable del tractament.*
- d) El tractament és necessari per protegir interessos vitals de l'interessat o d'una altra persona física.*
- e) El tractament és necessari per complir una missió realitzada en interès públic o en l'exercici de poders públics conferits al responsable del tractament.*
- f) El tractament és necessari per satisfer interessos legítims perseguits pel responsable del tractament o per un tercer, sempre que no hi prevalguin els interessos o els drets i les llibertats fonamentals de l'interessat que requereixen la protecció de dades personals, especialment si l'interessat és un nen.*

El que es disposa a la lletra f) del primer paràgraf no s'aplica al tractament efectuat per les autoritats públiques en l'exercici de les seves funcions.

L'apartat 3 d'aquest precepte disposa:

"3. La base del tractament esmentat a l'apartat 1, lletres c) i e), l'ha d'establir:

- a) El dret de la Unió, o bé*
- b) El dret dels estats membres al qual està subjecte el responsable del tractament.*

La finalitat del tractament s'ha de determinar en aquesta base jurídica o bé, pel què fa al tractament a què es refereix l'apartat 1, lletra e), ha de ser necessària per al compliment d'una missió realitzada en interès públic o en l'exercici de poders públics conferits al responsable del tractament. (...)"

La remissió a la base legítima establerta conforme al dret intern dels estats membres requereix, en el cas de l'Estat Espanyol, d'acord amb l'article 53 de la Constitució Espanyola, que la norma de desenvolupament, per tractar-se d'un dret fonamental, tingui rang de llei. En aquest sentit, la Llei Orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de Dades Personals i garantia dels drets digitals (LOPDGDD) es refereix al rang de la norma necessària per establir aquestes limitacions:

"Artículo 8. Tratamiento de datos amparado por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos.

1. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.

2. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley."

En definitiva, i atesa la naturalesa de les proves orals, el principi de publicitat que regeix els procediments de selecció de personal habilitaria l'assistència de públic en les fases del procediment que es considerés oportú en atenció al caràcter de la prova que s'hagués de portar a terme i de la seva viabilitat.

Des del punt de vista de la normativa protecció de dades la base jurídica que permetria dur a terme la divulgació de dades personals que comportaria l'assistència de públic seria la mateixa, o les mateixes, que per a dur a terme el propi procés selectiu (arts. 6.1.c) i 6.1.e) RGPD en relació amb les esmentades precisions legals de l'EBEP, la LRBRL i el TRLMRLC). No obstant això, aquesta habilitació no seria suficient per a dur a terme amb caràcter públic proves de tipus psicològic o altres on puguin tractar-se categories especials de dades, com ara una entrevista. En aquest cas seria necessària a més la concurrència d'alguna de les excepcions previstes a l'article 9 RGPD. Concurrència que a priori, sembla que ha de descartar-se.

Les bases de la convocatòria, que com hem vist són la norma reguladora del procés, han de concretar respecte de quines proves es considera viable l'assistència de públic i els termes en que aquesta assistència s'ha de produir.

Els participants en el procés selectiu, accepten, amb la seva participació en el procés les bases de la convocatòria i els termes en que aquesta s'ha de desenvolupar.

Per tant, respecte de la primera qüestió plantejada, si les bases de la convocatòria del procés de selecció de personal preveuen que la prova oral es desenvoluparà amb presència de públic, no és necessari fer un advertiment addicional en aquest sentit als participants en el procés selectiu. En qualsevol cas, en facilitar la informació prevista a l'article 13 RGPD a les persones que participin en el procés, convé advertir-les que determinades proves del procés són públiques.

III

La segona de les qüestions plantejades fa referència a la possibilitat que l'òrgan qualificador pugui gravar les proves orals. Respecte d'aquesta qüestió, cal efectuar les consideracions següents.

L'RGPD, estableix en el seu Considerand 26:

“Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. (...) Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento de del tratamiento como los avances tecnológicos.”

L'article 4.1 de l'RGPD defineix “dades personals” de manera ampla, com qualsevol informació sobre una persona física identificada o identificable “l'interessat”; “s'ha de considerar persona física identificable qualsevol persona la identitat de la qual es pot determinar, directament o

indirectament, en particular mitjançant un identificador, com per exemple un nom, un número d'identificació, dades de localització, un identificador en línia o un o diversos elements propis de la identitat física, fisiològica, genètica, psíquica, econòmica, cultural o social d'aquesta persona” (article 4.1 RGPD).

En conseqüència, la imatge i la veu d'una persona són dades personals, igual que qualsevol informació que permeti identificar de manera directa o indirecta la seva identitat, com per exemple una matrícula, una adreça IP, etc.

L'RGPD, defineix tractament com “qualsevol operació o conjunt d'operacions realitzades sobre dades personals o conjunts de dades personals, ja sigui per procediments automatitzats o no, com la recollida, el registre, l'organització, l'estructuració, la conservació, l'adaptació o la modificació, l'extracció, la consulta, la utilització, la comunicació per transmissió, difusió o qualsevol altra forma d'habilitació d'accés, acarament o interconnexió, limitació, supressió o destrucció” (article 4.2 RGPD).

En definitiva la captació de la imatge i la veu de les persones constitueix un tractament de dades que es troba sotmès als principis i garanties de la normativa de protecció de dades personals. Però també té la consideració de dada personal el contingut de l'exposició d'un determinat tema o pregunta desenvolupada en el si del procés selectiu, atès que aquesta informació també ens facilita informació sobre la persona que l'ha dut a terme.

Pel que fa a la naturalesa d'aquestes dades, no sembla que en principi el desenvolupament de les proves orals – sempre que no es tracti de proves de caràcter psicològic o entrevistes- no sembla que hagi de contenir dades de categories especials (art. 9 RGPD). I encara que es capti la imatge de les persones que hi apareixen, aquest sol fet no implica que hagi de considerar-se un tractament de dades biomètriques, sempre que aquestes dades no es tractin amb mitjans tècnics específics per tal d'identificar o autenticar de manera unívoca les persones participants. En aquests supòsits les dades de la imatge i la veu es podrien considerar dades merament identificatives.

La gravació dels exàmens orals pot ser necessària com a mitja de garantia dels principis que han de regir els processos de selecció de personal, i en concret els principis de mèrit i capacitat i transparència. La gravació dels exàmens pot constituir tant un mitjà de prova a l'òrgan qualificador en cas d'impugnació, com en el seu cas, per a l'exercici dels seus drets per part de la persona que participa en el procés.

En conseqüència, el tractament de les dades de les persones que participen en els processos selectius com a conseqüència de la gravació de les proves orals, es trobarà fonamentat en el que preveuen els articles l'article 6.1.c) i 6.1.e) de l'RGPD, de la mateixa manera que la resta de tractaments que formen part del procés selectiu, en especial d'aquells encaminats a deixar constància de la realització i el contingut del mateix, com a instrument al servei del tribunal qualificador i de les persones que impugnin el seu resultat.

Ara bé, caldrà tenir en consideració que per tal que aquest tractament resulti conforme amb el que estableix l'RGPD haurà de ser respectuós, no només amb la licitud del tractament si no amb la resta de principis de l'article 5 de l'RGPD, en especial amb el principi de limitació del període de conservació, de manera que un cop transcorregut el termini per a la possible

impugnació dels resultats de la prova sense que s'hagi interposat cap recurs, s'hauria de procedir a la supressió i el bloqueig d'aquestes gravacions.

IV

En la consulta es planteja una tercera qüestió sobre si *“pot obtenir còpia de la gravació qualsevol altre aspirant, com interessat?”*. Per respondre a aquesta qüestió cal determinar, en primer lloc, quin és el règim jurídic aplicable a l'accés a la informació continguda als expedients administratius, quan qui sol·licita l'accés és un participant en aquell procediment.

La disposició addicional primera de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTC) estableix que *“l'accés dels interessats als documents dels procediments administratius en tràmit es regeix pel que determina la legislació sobre règim jurídic i procediment administratiu”*.

D'acord amb aquesta previsió, quan la sol·licitud d'accés s'efectuï per una persona interessada en un procediment administratiu que estigui en tràmit, serà d'aplicació la normativa de procediment administratiu.

A aquest respecte l'article 53.1.a) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC) reconeix a les persones interessades en un procediment administratiu, entre altres, el dret a accedir i a obtenir una còpia dels documents continguts en els procediments en els quals tenen aquesta condició.

I, en el mateix sentit, l'article 26 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, reconeix que els ciutadans que tenen la condició de persones interessades en un procediment administratiu en tramitació tenen dret a accedir a l'expedient i a obtenir còpia dels documents que en formen part.

El dret d'accés que regula la normativa de procediment administratiu està directament vinculat amb el dret de defensa de la persona interessada i, com hem vist, està formulat en uns termes força amplis, ara bé, això no significa, que aquest dret d'accés sigui un dret absolut sinó que, quan entra en conflicte amb altres drets, com podria ser el dret fonamental a la protecció de dades personals (article 18 CE), caldrà fer una ponderació dels diferents drets en joc, per tal de decidir quin ha de prevaldre i en quina mesura.

De fet, la mateixa LPAC estableix que cal aplicar les limitacions previstes en la legislació de transparència quan regula l'obtenció de còpies o l'accés a l'expedient de les persones interessades en el tràmit d'audiència previst a l'article 82.1, o quan regula el dret de les persones interessades a sol·licitar l'expedició de còpies autèntiques dels documents públics administratius emesos per les administracions públiques que preveu l'article 27.4.

En el cas que un interessat en el procediment sol·licités una còpia de la gravació de la prova oral d'un altre participant en el procés, atès que aquest accés comportaria la comunicació de dades de terceres persones caldria aplicar els límits previstos per la legislació de transparència.

Cal tenir en consideració que la gravació podria contenir les dades, en forma d'imatges o veu, de les persones que formen part del tribunal qualificador. D'acord amb l'article 24.1.a) de l'LTC, s'ha de donar accés a la informació pública si es tracta d'informació directament relacionada amb l'organització, el funcionament o l'activitat pública de l'Administració que contingui dades personals merament identificatives (llevat que excepcionalment, en el cas concret hagi de prevaler la protecció de dades personals, que hauria de posar de manifest la persona afectada).

Per tant, en principi, des del punt de vista de la normativa de protecció de dades no hi hauria problema en l'accés a les dades del tribunal qualificador contingudes en la informació sol·licitada.

Pel que fa a les dades referides al participant en el procés selectiu respecte del qual es sol·licita l'accés a la seva prova, es pot aplicar el criteri mantingut per aquesta Autoritat amb anterioritat (Dictamen CNS 25/2019) que es pot consultar al web www.apcdcat.cat i que preveu:

“En la ponderació entre el principi de publicitat i transparència que ha de regir els processos de selecció de personal i el dret a la protecció de les dades de caràcter personal de les persones afectades, la jurisprudència és unànime en el sentit de considerar que ha de prevaldre el principi de publicitat i transparència.

A tall d'exemple es pot citar la Sentència de l'Audiència Nacional, de 26 d'abril de 2012, que d'acord amb aquest criteri exposa que:

“(…) En el caso presente, al tratarse de un procedimiento de concurrencia competitiva debemos atender a lo que señala el artículo 103 de la Constitución cuando afirma que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (párrafo 1) y cuando afirma en el párrafo 3 que “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. (…)

Desde este punto de vista, debemos concluir que no es exigible el consentimiento de aquellas personas que participen en un procedimiento de concurrencia competitiva para el tratamiento de las calificaciones obtenidas en dicho procedimiento y ello como garantía y exigencia de los demás participantes para asegurar la limpieza e imparcialidad del procedimiento en el que concurren. (…)

En aquest mateix sentit, la Sentència 623/2018 del Tribunal Superior de Justícia de Madrid, recull els criteris següents:

“(…)se afirma que en los procesos de concurrencia competitiva, el principio de publicidad y transparencia se torna en esencial, como garantizador del principio de igualdad. Así, la Audiencia Nacional ha ponderado el principio de publicidad con la protección de datos de carácter personal, llegando a la conclusión que durante la tramitación del proceso selectivo ha de prevalecer el primero, pues una de las excepciones a la exigencia de consentimiento para el tratamiento de datos es el de la colisión con intereses generales o con otros derechos de superior valor que hagan decaer la protección de datos por la preferencia que deba concederse a ese otro interés. Al tratarse de un procedimiento de concurrencia

competitiva, consideró la Audiencia Nacional que conforme al artículo 103 de la CE, las garantías que exige el tratamiento de datos personales no puede servir para empañar o anular estas exigencias generales que obligan a que los procesos se conduzcan cumpliendo unas mínimas exigencias de transparencia y publicidad. La superioridad de estos otros valores aconseja que en este caso se entienda que no era exigible el consentimiento de aquellas personas que participen en un procedimiento de concurrencia competitiva para el tratamiento de las calificaciones obtenidas en dicho procedimiento y ello como garantía y exigencia de los demás participantes para asegurar la limpieza e imparcialidad del procedimiento en el que concurren.

Por ello concluye el Defensor que la Administración debe proporcionar al solicitante el acceso a aquella información relevante del proceso selectivo que le permita comprobar la limpieza e imparcialidad del procedimiento en el que concurrió, incluidos los datos de carácter personal de terceros también participantes en los mismos procesos selectivos con los que el solicitante compitió por las mismas plazas.”

En la valoració de les proves realitzades i dels mèrits acreditats pels candidats, que cal efectuar en tot procés selectiu, hi ha sens dubte un marge de discrecionalitat tècnica que correspon a l'òrgan qualificador. El control d'aquest marge de discrecionalitat, per evitar que s'incorri en arbitrarietat, només es pot dur a terme si el subjecte perjudicat per la decisió administrativa (el candidat no seleccionat) té la possibilitat de conèixer el elements fàctics dels quals parteix la valoració efectuada al respecte per l'òrgan de selecció.

Així, en exercici del dret de defensa i als efectes de poder comprovar eventuais actuacions arbitràries de l'òrgan qualificador contraries als principis d'igualtat, mèrit, capacitat i transparència que han de regir en qualsevol procediment d'aquest tipus, resultaria justificat que el sol·licitant pugui disposar d'informació sobre els diferents aspectes que s'han pogut valorar en el procés selectiu, això és els coneixements i les capacitats (mitjançant l'accés als exàmens efectuats), els mèrits (tant acadèmics, com d'experiència) i la puntuació obtinguda, ara bé la qüestió rau en determinar si aquesta informació ha de ser exclusivament del candidat finalment seleccionat o pot abastar també altres candidats que han superat alguna de les fases del procediment (en la consulta es fa referència a “totes les persones que han aprovat la prova pràctica inclòs el seu expedient”).

La jurisprudència citada resol la qüestió en el sentit de considerar que s'ha de poder accedir a la informació esmentada relativa als candidats que han obtingut millor puntuació que el sol·licitant, però no als que han obtingut una puntuació pitjor, ni a dades personals innecessàries per a la defensa de l'interessat com seria el domicili, número de telèfon, correu electrònic, etc.

Disposar de la informació referida als candidats no seleccionats no resultaria justificat, ja que aquets haurien quedat fora del procés selectiu i, en principi la seva posició respecte a la persona que sol·licita l'accés no suposaria cap perjudici per als seus drets i interessos.

Qüestió diferent seria l'accés als exàmens d'altres candidats que no han resultat seleccionats però que han obtingut una puntuació superior al sol·licitat. En aquest cas, accedir a les seves proves pot resultar necessari, per exemple, als efectes de controlar que els criteris de valoració establerts pel tribunal qualificador s'han aplicat de manera correcta

però no sembla que en aquest cas conèixer la identitat dels mateixos pugui tenir transcendència a efectes del seu dret de defensa.

En principi, es pot concloure que, tret que es justifiqui degudament la necessitat d'accedir a la informació relativa als candidats que no han estat seleccionats, únicament estaria justificat, per la situació respecte al reclamant i en exercici del seu dret de defensa, accedir a aquesta informació (exàmens i altres proves realitzades, excloent els psicotècnics o altres proves que puguin contenir dades de salut) relativa al candidat que finalment ha estat seleccionat ja que malgrat que hi pugui constar informació personal que permeti l'elaboració d'un perfil del seleccionat, i en conseqüència una forta afectació al seu dret a la protecció de dades personals, el seu coneixement juntament amb la seva identitat, resulta indispensable per poder fer un control de la legalitat del procés selectiu.”

D'acord amb aquest criteri, es pot concloure que una persona que tingui la condició d'interessada en un procés selectiu en tràmit, podria accedir a les gravacions de les proves realitzades per candidats que finalment hagin estat seleccionats ja que el seu coneixement estaria justificat per a la defensa dels interessos del candidat sol·licitant.

El mateix criteri seria aplicable quan l'accés efectuat per una persona interessada respecte de procediments finalitzats, ja que en aquest cas el règim jurídic aplicable directament seria el de la legislació de transparència. I en aquest cas, en la ponderació dels interessos en joc previst a l'article 24.2 de l'LTC hauria de prevaldre, també el dret d'accés respecte dels candidats finalment seleccionats atesa la seva condició de persona interessada. Aquesta condició li atorgaria un dret d'accés reforçat o privilegiat, a diferència d'altres possibles sol·licitants d'informació que no han participat en el dit procés selectiu. En aquest sentit, com ha fet avinent aquesta Autoritat en ocasions anteriors (Informe IAI 44/2017, Informe IAI 49/2918, IAI 32/2019, o Dictamen CNS 25/2019, entre d'altres, disponibles al web: www.apdcat.cat), en el cas que la persona que sol·licita l'accés a informació hagi participat en el procés selectiu, això pot ser determinant als efectes de la ponderació de l'article 24.2 LTC.

V

Respecte a la qüestió sobre si hi podria accedir “*un tercer que no s'hagi presentat al procés de selecció, com a dret d'accés a la informació pública d'acord amb la normativa de transparència?*”, es fan les consideracions següents:

L'article 18 de la Llei 19/2014 estableix que “*les persones tenen el dret d'accedir a la informació pública, a què fa referència l'article 2.b, a títol individual o en nom i representació de qualsevol persona jurídica legalment constituïda*” (apartat 1).

L'esmentat article 2.b) defineix “*informació pública*” com “*la informació elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o de l'exercici de les seves funcions, inclosa la que li subministren els altres subjectes obligats d'acord amb el que estableix aquesta llei*”.

En termes similars es pronuncia la Llei estatal 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, en els seus articles 12 (dret d'accés a la informació pública) i 13 (definició d'informació pública).

D'acord amb l'article 20 i següents de l'LTC, el dret d'accés a la informació pública pot ser denegat o restringit per les causes expressament establertes a les lleis. En concret, i pel que fa a la informació que conté dades de caràcter personal, cal valorar si el dret a la protecció de dades de la persona afectada justifica o no la limitació del dret d'accés a la informació pública regulat a l'LTC.

En el cas de la consulta plantejada l'accés a les gravacions dels exàmens orals efectuats per les persones que han participat en el procés selectiu, exigeix doncs una ponderació prèvia entre els diferents drets i interessos en joc, en els termes del que disposa l'article 24.2 LTC:

“2. Si es tracta d'altra informació que conté dades personals no incloses a l'article 23, es pot donar accés a la informació, amb la prèvia ponderació raonada de l'interès públic en la divulgació i els drets de les persones afectades.

Per a dur a terme aquesta ponderació s'ha de tenir en compte, entre altres, les circumstàncies següents:

- a) El temps transcorregut.*
- b) La finalitat de l'accés, especialment si té una finalitat històrica, estadística o científica, i les garanties que s'ofereixin.*
- c) El fet que es tracti de dades relatives a menors d'edat.*
- d) El fet que pugui afectar la seguretat de les persones.”*

Tal com estableix l'article 18.2 de l'LTC l'exercici del dret d'accés *“no és condicionat a la concurrència d'un interès personal, no resta subjecte a motivació i no requereix la invocació de cap norma”*, ara bé, la finalitat de l'accés es configura com un dels elements a tenir en consideració a efectes d'efectuar la ponderació prevista a l'article 24.2 de l'LTC.

Per tant, als efectes de ponderar una sol·licitud d'accés com la plantejada en la consulta, caldrà analitzar si qui efectua la sol·licitud ha manifestat un interès concret en el seu accés.

Cal tenir en compte que, a efectes de transparència, pot ser rellevant conèixer la puntuació obtinguda per cada participant en cada fase del procés selectiu, així com el resultat final de cada fase del procediment. En aquest sentit, la pròpia normativa que regula els procediments d'accés a la funció pública fa prevaldre l'interès públic en l'accés a la identitat de les persones seleccionades, front el dret a la privacitat d'aquests participants.

Ara bé, més enllà d'això, els participants també poden tenir una certa expectativa de privacitat respecte la resta d'informacions personals que afecten la seva participació en el procés selectiu que va més enllà de la que el principi de publicitat, que regeix aquests procediments, exigiria fer pública. I això fins i tot en el cas que l'exposició de les proves orals sigui pública.

En aquest sentit, des de la perspectiva dels drets i interessos de les persones afectades l'accés a la gravació de les proves realitzades seria una mesura força invasiva de la seva privacitat, atès que no només permetria donar una certa publicitat en el moment de desenvolupar-se la

prova sinó que, la possibilitat d'obtenir gravacions del desplegament de les proves, pot condicionar no només la mateixa participació en el procés selectiu i pot acabar afectant tant el desplegament de la seva vida en l'esfera personal, com en l'esfera social o professional. Cal tenir present que l'exposició oral del contingut d'una prova en un procés selectiu és un moment de molta pressió per a les persones afectades en el qual no es pot preveure d'antuvi el desenvolupament ni el resultat, i que en determinades circumstàncies pot resultar especialment penós per als participants.

Per això, ateses les greus conseqüències que pot tenir per a les persones participants, la ponderació entre els diferents elements en joc, per una banda un interès difús en disposar d'una còpia; i per una altra banda, les conseqüències que això pot tenir per a la persona participant a l'hora de decidir la seva participació, també durant la realització de la prova i finalment les conseqüències que pot tenir en el seu futur desplegament personal, sembla raonable admetre la possibilitat de presenciar la realització de les proves, en els termes que estableixin les bases de la convocatòria, i limitar la possibilitat que qualsevol persona pugui disposar-ne d'una còpia.

Per tot l'exposat, si la persona que sol·licita l'accés a aquesta informació personal no ha participat en el procés selectiu, ni especifica algun altre motiu que pugui ser rellevant als efectes de la ponderació (art. 24.2 LTC), des de la perspectiva de la normativa de protecció de dades no sembla suficientment justificat donar-li accés a còpia de les gravacions de les proves orals dels participants en un procés selectiu.

VI

Finalment, respecte a la qüestió sobre si *“El públic assistent a les proves orals, pot gravar-les lliurement, o pel contrari el tribunal, o l'Ajuntament han d'establir alguna limitació?”*, cal analitzar, en primer lloc si la gravació efectuada pel públic assistent es podria considerar inclosa en l'anomenada excepció domèstica.

L'article 2.2.f) de l'RGPD estableix que aquest Reglament no s'aplica al tractament de dades personals *“efectuades per una persona física en l'exercici d'activitats exclusivament personals o domèstiques”*.

En aquest sentit el considerant 18 de l'RGPD estableix:

“Aquest Reglament no s'aplica al tractament de dades de caràcter personal dut a terme per una persona física en el curs d'una activitat exclusivament personal o domèstica, és a dir sense cap connexió amb una activitat professional o comercial. Les activitats personals o domèstiques poden incloure la correspondència i la gestió d'un repertori d'adreces, o xarxes socials i activitats en línia realitzades en el context de les activitats esmentades. Això no obstant, aquest Reglament s'aplica als responsables o als encarregats del tractament que proporcionen els mitjans per tractar dades personals relacionades amb aquestes activitats personals o domèstiques.”

D'acord amb aquestes previsions es descartaria l'aplicació de la normativa de protecció de dades als tractaments efectuats per particulars quan el tractament es derivi d'una activitat exclusivament personal sense cap connexió amb una activitat professional o comercial.

La delimitació de l'excepció domèstica ha estat objecte d'una ampla jurisprudència que ha fet èmfasi en aquest caràcter exclusivament personal, com es desprèn de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea d'11 de desembre de 2014, que recorda:

“a este respecto, procede hacer constar que, con arreglo a reiterada jurisprudencia, la protección del derecho fundamental a la vida privada, que garantiza el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la unión Europea, exige que las excepciones a la protección de los datos personales y las restricciones a dicha protección se establezcan sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario”(…). Tal interpretación estricta se fundamenta también en el propio texto de la disposición que acaba de citarse, según el cual la Directiva 95/46 no se limita a prever que sus disposiciones no se aplicarán al tratamiento de datos personales en el ejercicio de actividades personales o domésticas, sino que exige que se trate del ejercicio de actividades personales o domésticas”.

També es pot citar a l'Audiència Nacional que en la Sentència de 15 de juny de 2006 afirmava:

“Lo relevante para la sujeción al régimen de protección de datos no será por tanto que haya existido tratamiento, sino si dicho tratamiento se ha desarrollado en un ámbito o finalidad que no sea exclusivamente personal o doméstico. Qué ha de entenderse por personal o doméstico no resulta tarea fácil. (...) No deja de ser personal aquella actividad del tratamiento de datos que aun siendo desarrollada por varias personas físicas su finalidad no trasciende de su esfera más íntima o familiar, como la elaboración de un fichero por varios miembros de una familia a los efectos de poder cursar invitaciones de boda. Y un tratamiento de datos personales realizado por un solo individuo con finalidad profesional, mercantil o industrial estará claramente incluido en el ámbito de aplicación de la ley 15/1999. Será personal cuando los datos tratados afecten a la esfera más íntima de la persona, a sus relaciones familiares y de amistad y que la finalidad del tratamiento no sea otra que surtir efectos en esos ámbitos”

En definitiva, l'excepció domèstica ha de ser objecte d'una interpretació restrictiva que no es pot aplicar als tractaments que excedeixin l'àmbit de les relacions particulars, familiars o d'amistat, i que, per tant no es pot aplicar als tractaments realitzats amb una finalitat aliena a aquest àmbit.

En el cas que ens ocupa, només semblaria aplicable si és la mateixa persona participant en el procés la que efectua la gravació per a destinar-la al seu ús personal (per exemple, per tenir un record, per tenir constància del contingut de la prova, o per millorar en futurs processos selectius, etc.). Fora d'aquest supòsit, caldria descartar l'aplicació d'aquesta excepció ja que el tractament aniria més enllà d'aquest àmbit purament domèstic i es trobaria sotmès als principis i garanties de la normativa de protecció de dades personals. En qualsevol cas la no aplicabilitat de la normativa de protecció de dades personals, no eximeix de les possibles limitacions que s'hagin establert al respecte per les bases de la convocatòria, pel tribunal qualificador o per la resta de normativa aplicable.

L'article 5.1.a) RGPD estableix que tot tractament de dades personals ha de ser lícit, lleial i transparent en relació amb l'interessat. Per tal que aquest tractament sigui lícit cal que concorri alguna de les condicions previstes en l'article 6.1 de l' RGPD.

En el cas del públic assistent podria constituir una base jurídica el consentiment de les persones participants en el procés selectiu i, si escau, dels membres del tribunal (article 6.1.a) de l'RGPD). Cal tenir en consideració que la recollida del consentiment s'hauria d'efectuar en els termes de l'article 7 de RGPD. Ara bé, com que no sembla que aquesta base jurídica sigui de fàcil aplicació, cal analitzar la possibilitat que es pugui apel·lar a alguna altra base jurídica, com ara l'interès legítim (article 6.1.f) de l'RGPD). En qualsevol cas, la licitud del tractament exigiria també que les bases de la convocatòria i en definitiva els criteris del tribunal qualificador permetin dur a terme aquesta captació.

Pel que fa a l'interès legítim, l'RGPD preveu la necessitat que per poder aplicar aquesta base jurídica es superi la regla de ponderació, es a dir, serà necessari valorar si en el supòsit concret existeix un interès legítim perseguit pel responsable del tractament o un tercer que prevalgui sobre l'interès o els drets i llibertats fonamentals de l'interessat que requereixin protecció conforme a l'article 1 de l'RGPD, o si, pel contrari, els drets fonamentals o interessos dels interessats a que es refereixi el tractament de les dades ha de prevaler sobre l'interès legítim del responsable o el tercer que vol efectuar el tractament.

Per tant, a efectes d'efectuar la ponderació exigida caldria, atenent a les circumstàncies concretes que es produïrien en el cas de la gravació per part del públic, l'interès d'aquest ha de prevaldre sobre el dret a la protecció de dades dels participants en el procediment de selecció quines dades serien objecte de gravació.

En aquest cas el criteri per la ponderació seria similar al que s'ha esgrimit respecte de l'accés al contingut de les gravacions per part de qualsevol persona que no tingui la condició d'interessat en el procés selectiu.

Així, s'ha de tenir en consideració que des de la perspectiva dels drets i interessos de les persones afectades la gravació de la seva imatge i veu en la fase oral, per un tercer que no és part en el procés selectiu, seria una mesura força invasiva de la seva privacitat, que podria afectar tant el desplegament de la seva vida en l'esfera personal, com en l'esfera social o professional.

Respecte del públic assistent, tret que tinguin la condició d'interessats o que es posés de manifest alguna altra circumstància que permetés decantar el judici de ponderació en el seu favor, es podria concloure que, en general, la gravació de les proves per part del públic assistent no superaria la regla de ponderació prevista a l'article 6.1.f) de l'RGPD.

Conclusions

Si les bases preveuen l'assistència de públic a alguna de les fases del procés no es considera preceptiu informar de manera addicional sobre aquesta eventualitat als participants, sens perjudici que en facilitar la informació prevista a l'article 13 RGPD a les persones que participin en el procés, convé advertir-les que determinades proves del procés són públiques.

La gravació dels exàmens orals per part de l'òrgan qualificador pot estar justificada com a mitja de garantia dels principis que han de regir els processos de selecció de personal, i en concret dels principis de mèrit i capacitat i transparència.

Únicament resultaria justificada l'obtenció d'una còpia de la gravació de la prova oral si qui la sol·licita té la condició d'interessat en un procés selectiu respecte de candidats que finalment hagin estat seleccionats.

Si la persona que sol·licita una còpia de la gravació no ha participat en el procés selectiu ni especifica cap altre motiu que pugui ser rellevant als efectes de la ponderació, des de la perspectiva de la normativa de protecció de dades no sembla suficientment justificat donar-li accés a còpia de les gravacions de les proves orals dels participants en un procés selectiu.

La normativa de protecció de dades personals no impedeix la captació de gravacions per a us personal per part dels propis aspirants. Per a la gravació de les proves orals per part del públic assistent seria necessari el consentiment exprés dels participants en el procés selectiu i, si escau els membres del tribunal. En qualsevol dels dos casos, la possibilitat de gravació queda condicionada a que les bases de la convocatòria, els criteris del tribunal qualificador i altra normativa aplicable no ho impedeixi.

Barcelona, 27 de març de 2020