

CNS 10/2020

Dictamen en relación a la consulta formulada por un Ayuntamiento en relación con la publicidad de los procesos de selección de personal y sobre la grabación de las pruebas orales.

Se presenta ante la Autoridad Catalana de Protección de Datos una solicitud de dictamen de un Ayuntamiento en relación a la publicidad de los procesos de selección de personal y sobre la grabación de las pruebas orales.

En concreto, la consulta plantea las siguientes cuestiones:

“Este Ayuntamiento, en previsión de procesos de selección de personal, se plantea las siguientes dudas en cuanto a la transparencia de las pruebas orales y las limitaciones relativas a los datos personales:

1. ¿Las pruebas orales de la fase de oposición son públicas, pero para evitar cualquier incidencia, es necesario informar a los opositores, de la posibilidad de que haya público en su exposición? ¿Es necesario regularlo en las bases de selección?
2. ¿Puede el tribunal grabar las pruebas orales, sin regulación alguna, o por el contrario debe regularse, por ejemplo en las bases de selección? En el supuesto de grabación de las pruebas por parte del tribunal, ¿puede obtener copia de la grabación cualquier otro aspirante, como interesado? ¿Y un tercero que no se haya presentado al proceso de selección, como derecho de acceso a la información pública de acuerdo con la normativa de transparencia?
3. ¿El público asistente a las pruebas orales, puede grabarlas libremente, o por el contrario el tribunal, o el Ayuntamiento deben establecer alguna limitación?”

Analizada la consulta, que no se acompaña de otra documentación, de acuerdo con el informe de la Asesoría Jurídica se dictamina lo siguiente:

(...)

II

Para responder a las consultas planteadas es necesario tener en consideración que los procedimientos de selección de personal de las administraciones públicas son procedimientos de concurrencia competitiva, basados en los principios de legalidad, de igualdad, mérito y capacidad, de transparencia y de publicidad.

Así lo establece el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (EBEP), de aplicación al personal funcionario y, en lo que sea procedente, al personal laboral al servicio de las Administraciones de las entidades locales (art. 2.1.c) EBEP), cuando prevé en el artículo 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.”

Según el mismo artículo 55, apartado 2, del 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. (...).”

Por su parte, el artículo 91 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), establece:

“1. Las corporaciones locales deben formular públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios que fija la normativa básica estatal.

2. La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe hacerse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública ya través del sistema de concurso, oposición o concurso oposición libre en el que se debe garantizar, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.”

En el mismo sentido, la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril), dispone en el artículo 287.2 que:

“De acuerdo con sus ofertas de empleo público, las entidades locales deben seleccionar al personal mediante convocatoria pública y de los sistemas de concurso, oposición y concurso oposición libres, en los que deben quedar garantizados los principios de igualdad, de mérito, de capacidad y de publicidad.”

El principio de publicidad en los procedimientos de selección de personal, de acuerdo con estas previsiones impone al órgano encargado de su realización dar publicidad del proceso y sus bases reguladoras, de las listas de las personas admitidas en el proceso selectivo, la puntuación obtenida en las distintas fases del proceso, de la calificación final de todas las personas participantes y el resultado final del proceso, entre otros.

Estas obligaciones legales deben concretarse en las bases reguladoras que deben determinar cómo se llevará a cabo el proceso de selección.

Las bases de las convocatorias de acceso son el mecanismo a través del cual se hace efectivo el principio de legalidad y el resto de principios que deben regir estos procedimientos.

En este sentido el artículo 21 de la LRBRL atribuye al alcalde la competencia para aprobar las bases para la selección del personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo, y el artículo 102, en cuanto a la selección del personal al servicio de las administraciones locales que no sean funcionarios de habilitación estatal, establece: 1. Las pruebas de selección y 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 y como ha venido reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las bases de la convocatoria "constituyen la ley del procedimiento", se puede citar por todas la STS de 27 de mayo de 2010, que recuerda:

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

En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña núm. 156/2010, recoge también:

“Debe recordarse de modo genérico que las bases de la convocatoria constituyen la Ley del Concurso, como hasta la actualidad ha venido repitiendo nuestro Tribunal Supremo. Así lo viene señalando esta Sala, igualmente, en varias resoluciones, cuyos particulares relativos a este extremo se pueden sintetizar en la doctrina de que las partes y Tribunales Calificadoras o la Comisión de Selección se encuentran vinculados por lo que disponen las bases de la convocatoria, puesto que es principio básico en nuestro ordenamiento jurídico aquel 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 deben 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 Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento y del Consejo Europeo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (en adelante, RGPD) establece en el artículo 5.1.a) RGPD que todo tratamiento de datos personales debe ser lícito, leal y transparente en relación con el interesado. Para que este tratamiento sea lícito es necesario que concurra alguna de las condiciones previstas en el artículo 6 RGPD, y en caso de que se trate de categorías especiales de datos hay que tener en cuenta también las previsiones del artículo 9 RGPD.

El artículo 6.1 RGPD dispone que para llevar a cabo un tratamiento es necesario contar con una base jurídica que legitime este tratamiento, que prevé el mismo precepto:

“a) El interesado ha dado el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, para una o varias finalidades específicas. b) El tratamiento es necesario para ejecutar un contrato en el que el interesado es parte o bien para aplicar medidas precontractuales a su petición.

c) El tratamiento será necesario para cumplir una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento. d) El tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física. e) El tratamiento será necesario para cumplir una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. f) El tratamiento es necesario para satisfacer intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que no prevalezcan los intereses o derechos y libertades fundamentales del interesado que requieren la protección de datos personales, especialmente si el interesado es un niño.

Lo dispuesto en la letra f) del primer párrafo no se aplicará al tratamiento efectuado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

El apartado 3 de este precepto dispone:

“3. La base del tratamiento mencionado en el apartado 1, letras c) y e), debe establecerla: a) El derecho de la Unión, o bien b) El derecho de los Estados miembros al que está sujeto el responsable del tratamiento.

La finalidad del tratamiento debe determinarse en esta base jurídica o bien, en cuanto al tratamiento a que se refiere el apartado 1, letra e), debe ser necesaria para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. (...)”

La remisión a la base legítima establecida conforme al derecho interno de los Estados miembros requiere, en el caso del Estado Español, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Española, que la norma de desarrollo, por tratarse de un derecho fundamental, tenga rango de ley. En este sentido, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) se refiere al rango de la norma necesaria para establecer estas limitaciones:

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

1. El tratamiento de datos personales sólo 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 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 sólo 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, y dada la naturaleza de las pruebas orales, el principio de publicidad que rige los procedimientos de selección de personal habilitaría la asistencia de público en las fases del procedimiento que se considerase oportuno en atención al carácter de la prueba que se hubiera llevar a cabo y de su viabilidad.

Desde el punto de vista de la normativa protección de datos la base jurídica que permitiría llevar a cabo la divulgación de datos personales que comportaría la asistencia de público sería la misma, o las mismas, que para llevar a cabo el propio proceso selectivo (Arts. 6.1.c) y 6.1.e) RGPD en relación con las citadas precisiones legales del EBEP, la LRBRL y el TRLMRLC). Sin embargo, esta habilitación no sería suficiente para llevar a cabo con carácter público pruebas de tipo psicológico u otras en las que puedan tratarse categorías especiales de datos, como los datos de salud. En ese caso sería necesaria además la concurrencia de alguna de las excepciones previstas en el artículo 9 RGPD. Concurrencia que a priori, parece que debe descartarse.

Las bases de la convocatoria, que como hemos visto son la norma reguladora del proceso, deben concretar respecto de qué pruebas se considera viable la asistencia de público y los términos en que esta asistencia debe producirse.

Los participantes en el proceso selectivo, aceptan, con su participación en el proceso las bases de la convocatoria y los términos en que ésta debe desarrollarse.

Por tanto, respecto a la primera cuestión planteada, si las bases de la convocatoria del proceso de selección de personal prevén que la prueba oral se desarrollará con presencia de público, no es necesario hacer una advertencia adicional en este sentido a los participantes en el proceso selectivo . En cualquier caso, al facilitar la información prevista en el artículo 13 RGPD a las personas que participen en el proceso, conviene advertirles que determinadas pruebas del proceso son públicas.

III

La segunda de las cuestiones planteadas hace referencia a la posibilidad de que el órgano calificador pueda grabar las pruebas orales. Respecto a esta cuestión, deben efectuarse las siguientes consideraciones.

El RGPD, establece en su 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.”

El artículo 4.1 del RGPD define “datos personales” de forma amplia, como cualquier información sobre una persona física identificada o identificable “el interesado”; “se debe considerar persona física identificable a cualquier persona cuya identidad se puede determinar, directam

indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador online o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de esa persona” (artículo 4.1 RGPD).

En consecuencia, la imagen y la voz de una persona son datos personales, al igual que cualquier información que permita identificar de forma directa o indirecta su identidad, como por ejemplo una matrícula, una dirección IP, etc.

El RGPD define tratamiento como “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, el registro, la organización, la estructuración, la conservación, la adaptación o la modificación, la extracción, la consulta, la utilización, la comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción” (artículo 4.2 RGPD).

En definitiva, la captación de la imagen y la voz de las personas constituye un tratamiento de datos que se encuentra sometido a los principios y garantías de la normativa de protección de datos personales. Pero también tiene la consideración de dato personal el contenido de la exposición de un determinado tema o pregunta desarrollada en el seno del proceso selectivo, dado que esta información también nos facilita información sobre la persona que lo ha realizado.

En cuanto a la naturaleza de estos datos, no parece que en principio el desarrollo de las pruebas orales - siempre que no se trate de pruebas de carácter psicológico o entrevistas- no parece que deba contener datos de categorías especiales (art. 9 RGPD). Y aunque se capte la imagen de las personas que aparecen, este hecho no implica que deba considerarse un tratamiento de datos biométricos, siempre que estos datos no se traten con medios técnicos específicos para identificar o autenticar de manera unívoca a las personas participantes.

En estos supuestos los datos de la imagen y la voz podrían considerarse datos meramente identificativos.

La grabación de los exámenes orales puede ser necesaria como medio de garantía de los principios que deben regir los procesos de selección de personal, y en concreto los principios de mérito y capacidad y transparencia. La grabación de los exámenes puede constituir tanto un medio de prueba en el órgano calificador en caso de impugnación, como en su caso, para el ejercicio de sus derechos por parte de la persona que participa en el proceso.

En consecuencia, el tratamiento de los datos de las personas que participan en los procesos selectivos como consecuencia de la grabación de las pruebas orales, se encontrará fundamentado en lo previsto en los artículos del artículo 6.1.c) y 6.1.e) de el RGPD, al igual que el resto de tratamientos que forman parte del proceso selectivo, en especial de aquellos encaminados a dejar constancia de la realización y el contenido del mismo, como instrumento al servicio del tribunal calificador y de las personas que impugnen su resultado.

Ahora bien, habrá que tener en consideración que para que este tratamiento resulte conforme a lo que establece el RGPD deberá ser respetuoso, no sólo con la licitud del tratamiento sino con el resto de principios del artículo 5 del RGPD, en especial con el principio de limitación del período de conservación, de modo que una vez transcurrido el plazo para la posible

impugnación de los resultados de la prueba sin que se haya interpuesto recurso alguno, debería procederse a la supresión y bloqueo de estas grabaciones.

IV

En la consulta se plantea una tercera cuestión sobre si "puede obtener copia de la grabación cualquier otro aspirante, ¿cómo interesado?". Para responder a esta cuestión es necesario determinar, en primer lugar, cuál es el régimen jurídico aplicable al acceso a la información contenida en los expedientes administrativos, cuando quien solicita el acceso es un participante en ese procedimiento.

La disposición adicional primera de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTC) establece que "el acceso de los interesados a los documentos de los procedimientos administrativos en trámite se rige por lo que determina la legislación sobre régimen jurídico y procedimiento administrativo".

De acuerdo con esta previsión, cuando la solicitud de acceso se efectúe por persona interesada en un procedimiento administrativo que esté en trámite, será de aplicación la normativa de procedimiento administrativo.

A este respecto el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC) reconoce a las personas interesadas en un procedimiento administrativo, entre otros, el derecho a acceder ya obtener una copia de los documentos contenidos en los procedimientos en los que tienen esta condición.

Y, en el mismo sentido, el artículo 26 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, reconoce que los ciudadanos que tienen la condición de personas interesadas en un procedimiento administrativo en tramitación tienen derecho a acceder al expediente ya obtener copia de los documentos que forman parte.

El derecho de acceso que regula la normativa de procedimiento administrativo está directamente vinculado con el derecho de defensa de la persona interesada y, como hemos visto, está formulado en unos términos bastante amplios, pero esto no significa que este derecho de acceso sea un derecho absoluto sino que, cuando entra en conflicto con otros derechos, como podría ser el derecho fundamental a la protección de datos personales (artículo 18 CE), habrá que hacer una ponderación de los diferentes derechos en juego, para decidir cuál debe prevalecer y en qué medida.

De hecho, la propia LPAC establece que es necesario aplicar las limitaciones previstas en la legislación de transparencia cuando regula la obtención de copias o el acceso al expediente de las personas interesadas en el trámite de audiencia previsto en el artículo 82.1, o cuando regula el derecho de las personas interesadas a solicitar la expedición de copias auténticas de los documentos públicos administrativos emitidos por las administraciones públicas previstas en el artículo 27.4.

En caso de que un interesado en el procedimiento solicitara una copia de la grabación de la prueba oral de otro participante en el proceso, dado que este acceso comportaría la comunicación de datos de terceras personas habría que aplicar los límites previstos por la legislación transparencia.

Debe tenerse en consideración que la grabación podría contener los datos, en forma de imágenes o voz, de las personas que forman parte del tribunal calificador. De acuerdo con el artículo 24.1.a) de la LTC, debe darse acceso a la información pública si se trata de información directamente relacionada con la organización, el funcionamiento o la actividad pública de la Administración que contenga datos personales meramente identificativos (a menos que excepcionalmente, en el caso concreto deba prevalecer la protección de datos personales, que debería poner de manifiesto la persona

Por tanto, en principio, desde el punto de vista de la normativa de protección de datos no habría problema en el acceso a los datos del tribunal calificador contenidos en la información solicitada.

En cuanto a los datos referidos al participante en el proceso selectivo respecto al cual se solicite el acceso a su prueba, se puede aplicar el criterio mantenido por esta Autoridad con anterioridad (Dictamen CNS 25/2019) que se puede consultar en la web www.apcdcat.cat y que prevé:

“En la ponderación entre el principio de publicidad y transparencia que debe regir los procesos de selección de personal y el derecho a la protección de los datos de carácter personal de las personas afectadas, la jurisprudencia es unánime en el sentido de considerar que debe primar el principio de publicidad y transparencia.

A modo de ejemplo se puede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 26 de abril de 2012, que de acuerdo con este criterio expone 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 y imparcialidad del procedimiento en el que concurren. (…”

En este mismo sentido, la Sentencia 623/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recoge los siguientes criterios:

“(…)se afirma que en los procesos de concurrencia competitiva, el principio de publicidad y transparencia se vuelve 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 de que durante la tramitación del proceso selectivo debe 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 deban 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 concurre, incluidas las 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 valoración de las pruebas realizadas y de los méritos acreditados por los candidatos, que deben efectuarse en todo proceso selectivo, existe sin duda un margen de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano calificador. El control de este margen de discrecionalidad, para evitar que se incurra en arbitrariedad, sólo puede llevarse a cabo si el sujeto perjudicado por la decisión administrativa (el candidato no seleccionado) tiene la posibilidad de conocer los elementos fácticos de los que parte la valoración efectuada al respecto por el

Así, en ejercicio del derecho de defensa ya los efectos de poder comprobar eventuales actuaciones arbitrarias del órgano calificador contrarias a los principios de igualdad, mérito, capacidad y transparencia que deben regir en cualquier procedimiento de este tipo, resultaría justificado que el solicitante pueda disponer de información sobre los diferentes aspectos que se han podido valorar en el proceso selectivo, esto es los conocimientos y capacidades (mediante el acceso a los exámenes efectuados), los méritos (tanto académicos, como de experiencia) y la puntuación obtenida, ahora bien la cuestión radica en determinar si esta información debe ser exclusivamente del candidato finalmente seleccionado o puede abarcar también a otros candidatos que han superado alguna de las fases del procedimiento (en la consulta se hace referencia a “todas las personas que han aprobado la prueba práctica incluido su expediente”).

La citada jurisprudencia resuelve la cuestión en el sentido de considerar que debe poder accederse a la información mencionada relativa a los candidatos que han obtenido mejor puntuación que el solicitante, pero no a los que han obtenido una puntuación peor, ni a datos personales innecesarias para la defensa del interesado como sería el domicilio, número de teléfono, correo electrónico, etc.

Disponer de la información referida a los candidatos no seleccionados no resultaría justificado, puesto que éstos habrían quedado fuera del proceso selectivo y, en principio su posición respecto a la persona que solicita el acceso no supondría ningún perjuicio para sus derechos e intereses.

Cuestión distinta sería el acceso a los exámenes de otros candidatos que no han resultado seleccionados pero que han obtenido una puntuación superior al solicitado. En este caso, acceder a sus pruebas puede resultar necesario, por ejemplo, a efectos de controlar que los criterios de valoración establecidos por el tribunal calificador se han aplicado de forma correcta.

pero no parece que en este caso conocer la identidad de los mismos pueda tener trascendencia a efectos de su derecho de defensa.

En principio, se puede concluir que, salvo que se justifique debidamente la necesidad de acceder a la información relativa a los candidatos que no han sido seleccionados, únicamente estaría justificado, por la situación respecto al reclamante y en ejercicio de su derecho de defensa, acceder a esta información (exámenes y otras pruebas realizadas, excluyendo los psicotécnicos u otras pruebas que puedan contener datos de salud) relativa al candidato que finalmente ha sido seleccionado ya que aunque pueda constar información personal que permita la elaboración de un perfil del seleccionado, y en consecuencia una fuerte afectación a su derecho a la protección de datos personales, su conocimiento junto con su identidad, resulta indispensable para poder realizar un control de la legalidad del proceso selectivo.”

De acuerdo con este criterio, se puede concluir que una persona que tenga la condición de interesada en un proceso selectivo en trámite, podría acceder a las grabaciones de las pruebas realizadas por candidatos que finalmente hayan sido seleccionados puesto que su conocimiento estaría justificado para la defensa de los intereses del candidato solicitante.

El mismo criterio sería de aplicación cuando el acceso efectuado por una persona interesada respecto de procedimientos finalizados, puesto que en este caso el régimen jurídico aplicable directamente sería el de la legislación de transparencia. Y en este caso, en la ponderación de los intereses en juego previsto en el artículo 24.2 del LTC debería prevalecer, también el derecho de acceso respecto de los candidatos finalmente seleccionados dada su condición de interesado. Esta condición le otorgaría un derecho de acceso reforzado o privilegiado, a diferencia de otros posibles solicitantes de información que no han participado en dicho proceso selectivo. En este sentido, como recuerda esta Autoridad en ocasiones anteriores (Informe IAI 44/2017, Informe IAI 49/2018, IAI 32/2019, o Dictamen CNS 25/2019, entre otros, disponibles en la web: www.apdcat.cat), en caso de que la persona que solicita el acceso a información haya participado en el proceso selectivo, esto puede ser determinante a efectos de la ponderación del artículo 24.2 LTC.

V

Respecto a la cuestión sobre si podría acceder “¿un tercero que no se haya presentado al proceso de selección, como derecho de acceso a la información pública de acuerdo con la normativa de transparencia?”, se hacen las siguientes consideraciones:

El artículo 18 de la Ley 19/2014 establece que “las personas tienen el derecho de acceder a la información pública, a que se refiere el artículo 2.b, a título individual o en nombre y representación de cualquier persona jurídica legalmente constituida” (apartado 1).

El citado artículo 2.b) define “información pública” como “la información elaborada por la Administración y la que ésta tiene en su poder como consecuencia de su actividad o del ejercicio de sus funciones, incluida la que le suministran los demás sujetos obligados de acuerdo con lo que establece esta ley”.

En términos similares se pronuncia la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en sus artículos 12 (derecho de acceso a la información pública) y 13 (definición de información pública).

De acuerdo con el artículo 20 y siguientes de la LTC, el derecho de acceso a la información pública puede ser denegado o restringido por las causas expresamente establecidas en las leyes. En concreto, y en cuanto a la información que contiene datos de carácter personal, es necesario valorar si el derecho a la protección de datos de la persona afectada justifica o no la limitación del derecho de acceso a la información pública regulado en la LTC .

En el caso de la consulta planteada el acceso a las grabaciones de los exámenes orales efectuados por las personas que han participado en el proceso selectivo, exige pues una ponderación previa entre los diferentes derechos e intereses en juego, en los términos de lo que dispone el artículo 24.2 LTC:

“2. Si se trata de otra información contenida en datos personales no incluidos en el artículo 23, se podrá dar acceso a la información, previa ponderación razonada del interés público en la divulgación y los derechos de las personas afectadas.

Para llevar a cabo esta ponderación se tendrá en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: a) El tiempo transcurrido. b) La finalidad del acceso, especialmente si tiene una finalidad histórica, estadística o científica, y las garantías que se ofrezcan. c) El hecho de que se trate de datos relativos a menores de edad. d) El hecho de que pueda afectar a la seguridad de las personas.”

Tal y como establece el artículo 18.2 de la LTC el ejercicio del derecho de acceso “no está condicionado a la concurrencia de un interés personal, no está sujeto a motivación y no requiere la invocación de ninguna norma”, ahora bien, la finalidad del acceso se configura como uno de los elementos a tener en consideración a efectos de efectuar la ponderación prevista en el artículo 24.2 del LTC.

Por tanto, a efectos de ponderar una solicitud de acceso como la planteada en la consulta, será necesario analizar si quien efectúa la solicitud ha manifestado un interés concreto en su acceso.

Debe tenerse en cuenta que, a efectos de transparencia, puede ser relevante conocer la puntuación obtenida por cada participante en cada fase del proceso selectivo, así como el resultado final de cada fase del procedimiento. En este sentido, la propia normativa que regula los procedimientos de acceso a la función pública prima el interés público en el acceso a la identidad de las personas seleccionadas, frente al derecho a la privacidad de estos participantes.

Ahora bien, más allá de esto, los participantes también pueden tener cierta expectativa de privacidad respecto al resto de informaciones personales que afectan a su participación en el proceso selectivo que va más allá de la que el principio de publicidad, que rige éstos procedimientos, exigiría hacer pública. Y esto incluso en caso de que la exposición de las pruebas orales sea pública.

En este sentido, desde la perspectiva de los derechos e intereses de las personas afectadas el acceso a la grabación de las pruebas realizadas sería una medida bastante invasiva de su privacidad, dado que no sólo permitiría dar cierta publicidad en el momento de desarrollarse la

prueba sino que, la posibilidad de obtener grabaciones del despliegue de las pruebas, puede condicionar no sólo la propia participación en el proceso selectivo y puede acabar afectando tanto al despliegue de su vida en la esfera personal, como en la esfera social o profesional. Hay que tener presente que la exposición oral del contenido de una prueba en un proceso selectivo es un momento de mucha presión para las personas afectadas en el que no se puede prever en primer lugar el desarrollo ni el resultado, y que en determinadas circunstancias puede resultar especialmente penoso para los participantes.

Por eso, dadas las graves consecuencias que puede tener para las personas participantes, la ponderación entre los diferentes elementos en juego, por un lado un interés difuso en disponer de una copia; y por otra parte, las consecuencias que esto puede tener para la persona participante a la hora de decidir su participación, también durante la realización de la prueba y finalmente las consecuencias que puede tener en su futuro despliegue personal, parece razonable admitir la posibilidad de presenciar la realización de las pruebas, en los términos que establezcan las bases de la convocatoria, y limitar la posibilidad de que cualquier persona pueda disponer de una copia.

Por todo lo expuesto, si la persona que solicita el acceso a esta información personal no ha participado en el proceso selectivo, ni especifica algún otro motivo que pueda ser relevante a efectos de la ponderación (art. 24.2 LTC), desde de la perspectiva de la normativa de protección de datos no parece suficientemente justificado darle acceso a copia de las grabaciones de las pruebas orales de los participantes en un proceso selectivo.

VI

Por último, respecto a la cuestión sobre si “El público asistente a las pruebas orales, ¿puede grabarlas libremente, o por el contrario el tribunal, o el Ayuntamiento deben establecer alguna limitación?”, ¿hay que analizar, en primer lugar si la grabación efectuada por el público asistente podría considerarse incluida en la llamada excepción doméstica.

El artículo 2.2.f) del RGPD establece que este Reglamento no se aplica al tratamiento de datos personales "efectuados por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas".

En este sentido el considerante 18 del RGPD establece:

“Este Reglamento no se aplica al tratamiento de datos de carácter personal llevado a cabo por una persona física en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica, es decir sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Las actividades personales o domésticas pueden incluir la correspondencia y la gestión de un repertorio de direcciones, o redes sociales y actividades online realizadas en el contexto de las actividades mencionadas. No obstante, este Reglamento se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionan los medios para tratar datos personales relacionados con estas actividades personales o domésticas.”

De acuerdo con estas previsiones se descartaría la aplicación de la normativa de protección de datos a los tratamientos efectuados por particulares cuando el tratamiento se derive de una actividad exclusivamente personal sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial.

La delimitación de la excepción doméstica ha sido objeto de una amplia jurisprudencia que ha hecho énfasis en este carácter exclusivamente personal, como se desprende de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, que recuerda: “a este respecto, procede hacer constar que, conforme 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 las 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”.

También se puede citar en la Audiencia Nacional que en la Sentencia de 15 de junio de 2006 afirmaba:

“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 debe entenderse por personal o doméstico no resulta tarea fácil. (...) No deja de ser personal aquella actividad del tratamiento de datos que aún siendo desarrollada por varias personas físicas cuya finalidad no trasciende de su esfera más íntima o familiar, como la elaboración de un archivo por varios miembros de una familia a 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 estos ámbitos”

En definitiva, la excepción doméstica debe ser objeto de una interpretación restrictiva que no se puede aplicar a los tratamientos que excedan del ámbito de las relaciones particulares, familiares o de amistad, y que, por tanto, no se puede aplicar a los tratamientos realizados con una finalidad ajena a estos

En el caso que nos ocupa, sólo parecería aplicable si es la misma persona participante en el proceso la que efectúa la grabación para destinarla a su uso personal (por ejemplo, por tener un recuerdo, por tener constancia del contenido de la prueba, o para mejorar en futuros procesos selectivos, etc.). Fuera de este supuesto, debería descartarse la aplicación de esta excepción ya que el tratamiento iría más allá de este ámbito puramente doméstico y se encontraría sometido a los principios y garantías de la normativa de protección de datos personales. En cualquier caso la no aplicabilidad de la normativa de protección de datos personales, no exime de las posibles limitaciones que se hayan establecido al respecto por las bases de la convocatoria, por el tribunal calificador o por el resto de normativa aplicable.

El artículo 5.1.a) RGPD establece que todo tratamiento de datos personales debe ser lícito, leal y transparente en relación con el interesado. Para que este tratamiento sea lícito es necesario que concorra alguna de las condiciones previstas en el artículo 6.1 del RGPD.

En el caso del público asistente podría constituir una base jurídica el consentimiento de las personas participantes en el proceso selectivo y, en su caso, de los miembros del tribunal (artículo 6.1.a) del RGPD). Hay que tener en consideración que la recogida del consentimiento debería efectuarse en los términos del artículo 7 de RGPD. Ahora bien, dado que no parece que esta base jurídica sea de fácil aplicación, es preciso analizar la posibilidad de que se pueda apelar a alguna otra base jurídica, como el interés legítimo (artículo 6.1.f) del RGPD). En cualquier caso, la licitud del tratamiento exigiría también que las bases de la convocatoria y en definitiva los criterios del tribunal calificador permitan llevar a cabo esta captación.

Por lo que respecta al interés legítimo, el RGPD prevé la necesidad de que para poder aplicar esta base jurídica se supere la regla de ponderación, es decir, será necesario valorar si en el supuesto concreto existe un interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o un tercero que prime sobre el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección conforme al artículo 1 del RGPD, o si, por el contrario, los derechos fundamentales o intereses de los interesados a que se refiera el tratamiento de los datos debe prevalecer sobre el interés legítimo del responsable o el tercero que desea efectuar el tratamiento.

Por tanto, a efectos de efectuar la ponderación exigida haría falta, atendiendo a las circunstancias concretas que se producirían en el caso de la grabación por parte del público, el interés de éste debe prevalecer sobre el derecho a la protección de datos de los participantes en el procedimiento de selección qué datos serían objeto de grabación.

En este caso, el criterio por la ponderación sería similar al que se ha esgrimido respecto del acceso al contenido de las grabaciones por parte de cualquier persona que no tenga la condición de interesado en el proceso selectivo.

Así, debe tenerse en consideración que desde la perspectiva de los derechos e intereses de las personas afectadas la grabación de su imagen y voz en la fase oral, por un tercero que no es parte en el proceso selectivo, sería una medida fuerza invasiva de su privacidad, que podría afectar tanto al despliegue de su vida en la esfera personal, como en la esfera social o profesional.

Respecto al público asistente, salvo que tengan la condición de interesados o que se pusiera de manifiesto alguna otra circunstancia que permitiera decantar el juicio de ponderación en su favor, se podría concluir que, en general, la grabación de las pruebas por parte del público asistente no superaría la regla de ponderación prevista en el artículo 6.1.f) del RGP.

Conclusiones

Si las bases prevén la asistencia de público a alguna de las fases del proceso no se considera preceptivo informar de forma adicional sobre esta eventualidad a los participantes, sin perjuicio de que al facilitar la información prevista en el artículo 13 RGPD a las personas que participen en el proceso, conviene advertirles que determinadas pruebas del proceso son públicas.

La grabación de los exámenes orales por parte del órgano calificador puede estar justificada como medio de garantía de los principios que deben regir los procesos de selección de personal, y en concreto de los principios de mérito y capacidad y transparencia.

Únicamente resultaría justificada la obtención de una copia de la grabación de la prueba oral si quien la solicita tiene la condición de interesado en un proceso selectivo respecto de candidatos que finalmente hayan sido seleccionados.

Si la persona que solicita una copia de la grabación no ha participado en el proceso selectivo ni especifica ningún otro motivo que pueda ser relevante a efectos de la ponderación, desde la perspectiva de la normativa de protección de datos no parece suficientemente justificado dar -le acceso a copia de las grabaciones de las pruebas orales de los participantes en un proceso selectivo.

La normativa de protección de datos personales no impide la captación de grabaciones para uso personal por parte de los propios aspirantes. Para la grabación de las pruebas orales por parte del público asistente sería necesario el consentimiento expreso de los participantes en el proceso selectivo y, en su caso, los miembros del tribunal. En cualquiera de los dos casos, la posibilidad de grabación queda condicionada a que las bases de la convocatoria, los criterios del tribunal calificador y otra normativa aplicable no lo impida.

Barcelona, 27 de marzo de 2020

Traducción Aprobada