

Dictamen en relació amb la consulta formulada pel Delegat de Protecció de Dades d'un departament relativa l'habilitació per a tractar categories especials de dades de les persones que participen en processos de selecció de personal mitjançant la gravació de les proves d'avaluació psicològica.

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades una consulta formulada pel Delegat de Protecció de Dades d'un departament relativa l'habilitació per a tractar categories especials de dades de les persones que participen en processos de selecció de personal mitjançant la gravació de les proves d'avaluació psicològica.

En la consulta s'exposa que:

"En el marc de les competències del Departament (...) en matèria de prevenció, extinció d'incendis i salvament previstes en el Decret 184/2022, de 10 d'octubre, de denominació i determinació de l'àmbit de competència dels departaments en què s'organitza el Govern i l'Administració de la Generalitat de Catalunya i d'acord amb la previsió legal de l'art. 17 de la Llei 5/1994, de 4 de maig, de regulació dels serveis de prevenció i extinció d'incendis i de salvaments de Catalunya, li correspon al Conseller (...) procedir a les convocatòries d'accés a les diferents categories del Cos de Bombers de la Generalitat de Catalunya i, per tant, establir-ne les bases de la convocatòria.

(...)

En diversos processos selectius que s'han anat duent a terme fins a la data, s'ha realitzat una prova psicològica per als aspirants a les diverses categories del cos de Bombers, si bé per una major garantia de les persones entrevistades, a les bases de la propera convocatòria es vol introduir la gravació d'imatge i veu de l'entrevista. Com s'ha avançant, això repercutiria en una major garantia per a les persones candidates ja que facilitaria un millor coneixement de la realització de les proves, aportaria objectivitat en la valoració de les proves i, per tant, tot el procés selectiu guanyaria en transparència i, a més, serviria com a evidència per a ser utilitzada en possibles recursos posteriors i, per tant, els particulars podrien fer servir la gravació per a la defensa de les serves possibles reclamacions. En aquesta prova hi ha prevista la participació del tribunal de selecció i un assessor especialista, el perfil del qual permeti fer la millor valoració psicològica de les persones aspirants.

(...)

En relació amb això, demano que emeteu informe sobre:

1- Si l'habilitació legal que disposa el responsable del tractament per a la realització de proves psicològiques en el procés selectiu en article 17.6 de la Llei 5/1994, de 4 de maig, és cobertura suficient per a tractar les categories especials de dades personals, a l'empara de l'article 9.2 del RGPD

2- En cas afirmatiu, si aquesta cobertura legal està motivada pel compliment d'obligacions i exercici de drets específics del responsable del tractament en l'àmbit del Dret Laboral i de la seguretat i protecció social o, en la formulació, exercici o defensa de reclamacions o quan els tribunals actuïn en l'exercici de la seva funció judicial.

3- Requeriments específics necessaris de la gravació.

4- En el cas que la única alternativa possible per al tractaments de les categories especials de dades sigui el consentiment explícit de les persones interessades, quins haurien de ser els requeriments necessaris a establir per a les mesures alternatives per garantir la seva objectivitat.”.

Analitzada la consulta, i vista la normativa vigent aplicable, d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica, emeto el dictamen següent:

I

(...)

II

El DPD del Departament exposa que correspon al Conseller l'aprovació i l'establiment de les bases de les convocatòries d'accés a les diferents categories d'un determinat cos de funcionaris.

En relació amb aquestes convocatòries el DPD indica que s'estan plantejant introduir a les bases de la propera convocatòria la gravació de la imatge i la veu de l'entrevista corresponent a les proves psicològiques, per una major garantia de les persones entrevistades. S'argumenta al respecte que *“això repercutiria en una major garantia per a les persones candidates ja que facilitaria un millor coneixement de la realització de les proves, aportaria objectivitat en la valoració de les proves i, per tant, tot el procés selectiu guanyaria en transparència i, a més, serviria com a evidència per a ser utilitzada en possibles recursos posteriors i, per tant, els particulars podrien fer servir la gravació per a la defensa de les serves possibles reclamacions”*. També s'especifica que en aquesta prova està prevista la participació del tribunal de selecció i un assessor especialista, el perfil del qual permeti fer la millor valoració psicològica de les persones aspirants.

Centrada la consulta en aquests termes i per tal de respondre a les qüestions plantejades pel DPD escau analitzar si existeix una base jurídica per al tractament de les dades objecte de la consulta, determinar quina és aquesta base jurídica i, si a més de la base jurídica el tractament que es vol portar a terme compliria amb la resta de principis i garanties de la normativa de protecció de dades.

III

D'acord amb el que estableixen els articles 2.1 i 4.1 del Reglament (UE) 2016/679 del Parlament i del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE, d'ara endavant RGPD, la normativa de protecció de dades s'aplica als tractaments que es duiguin a terme sobre qualsevol informació *“sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”*.

Així doncs, la imatge i, si escau, la veu de les persones físiques, en aquest cas, dels participants en els processos de selecció de personal del cos de bombers, però també de les persones que integren el tribunal qualificador del procés de selecció (cas que també siguin captades), són dades personals sotmeses als principis i garanties de la normativa de protecció de dades (RGPD i Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (LOPDGDD).

Pel que fa a la naturalesa de les dades consistents en la imatge i la veu de persones físiques, en principi, d'acord amb l'RGPD no han de considerar-se categories especials de dades. En aquest sentit, si bé l'article 4.14 de l'RGPD estableix que son dades biomètriques: *“los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos*, el considerant 51 especifica que *“El tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales, pues únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física”*.

Per tant, únicament es considera que la imatge i la veu són dades biomètriques quan s'apliquin mitjans tècnics que permetin la identificació o l'autenticació unívocues d'una persona física.

En aquest sentit, escau tenir en consideració els punts 10 i 12 de les Directrius 05/2022, del Comitè Europeu de Protecció de Dades, aprovades el 26 d'abril de 2023, sobre l'ús de la tecnologia de reconeixement facial en l'àmbit de l'aplicació de la Llei, que posen de manifest la diferència entre la identificació (destinada a verificar que una persona és qui diu ser) i l'autenticació (destinada a trobar una persona entre un grup d'individus, dins d'una àrea concreta, una imatge o una base de dades) per concloure que: *“Tot i que ambdues funcions –autenticació i identificació– són diferents, totes dues es relacionen amb el tractament de dades biomètriques relacionades amb una persona física identificada o identificable i, per tant, constitueixen un tractament de dades personals i, més concretament, un tractament de categories especials de dades personals”*.

És a dir, la imatge i la veu de les persones participants en un procés selectiu així com les dades del personal que integra el tribunal qualificador, en principi i pel sol fet de ser

captades, no han de considerar-se un tractament de dades biomètriques (categories especials de dades), sempre que aquestes dades no es tractin amb mitjans tècnics específics per tal d'identificar o autenticar de manera unívoca les persones participants.

Ara bé, s'ha de tenir en consideració que les proves psicològiques a què fa referència la consulta, que es realitzen en el marc d'un determinat procés de selecció de personal, recullen dades de salut i, per tant, tenen la consideració de categories especials de dades. Per aquest motiu, l'eventual gravació de les proves psicològiques d'un procés de selecció del personal contindrà dades de salut dels participants en aquell procés i, per aquest motiu s'ha de considerar com un tractament de categories especials de dades.

Respecte del tractament de les dades personals l'article 4.2) de l'RGPD considera *«tratamiento»: 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, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción».*

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 RGPD, respecte de les quals, en el cas de les administracions públiques, s'ha d'estar especialment a les previstes a les lletres c) *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”* i la lletra e) *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.”* Cal recordar que el tractament només es podrà fonamentar en aquestes bases quan així ho estableixi una norma amb rang de llei, tal com es desprèn de l'article 6.3 de l'RGPD i recull expressament l'article 8 de la LOPDGDD.

En el cas que es tracti de categories especials de dades, per tal d'aixecar la prohibició del seu tractament prevista a l'article 9.1 RGPD és necessari que es doni, a més, alguna de les circumstàncies previstes a l'article 9.2 RGPD. Entre les quals, als efectes que ens ocupen cal tenir en consideració les previstes a les lletres: *“a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado”* i b) *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y los intereses del interesado.”*

S'analitza a continuació si el tractament objecte de la consulta es pot emparar en alguna de les bases jurídiques que preveu la normativa de protecció de dades.

IV

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), destina el capítol I del títol V a regular el "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de Servicio". En el seu article 55 estableix que:

"1-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."

"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*
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.*
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.*
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.*
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección."*

En concret, pel que fa als processos selectius l'article 61 de l'EBEP estableix:

"1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto.

Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos.

2. Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas.

Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas.

(...)

5. Para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la

*exposición curricular por los candidatos, **con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas. Igualmente podrán exigirse reconocimientos médicos.***

(...)"

Per la seva banda, el Decret legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre, pel qual s'aprova la refosa en un text únic dels preceptes de determinats textos legals vigents a Catalunya en matèria de funció pública, regula el procés de selecció de personal i estableix:

"D'acord amb els principis enunciats per l'article 103.1 de la Constitució, l'Administració de la Generalitat selecciona tot el seu personal amb criteris d'objectivitat, en funció dels principis d'igualtat, mèrit i capacitat dels aspirants, i mitjançant convocatòria pública. En el procés de selecció s'ha d'acreditar el coneixement de la llengua catalana, tant en l'expressió oral com en l'escripta." (Article 42).

A més, el procés de selecció ha de garantir que s'analitzen els aspectes relatius a la capacitat i idoneïtat dels aspirants en el desenvolupament de les funcions públiques. Així l'article 43 del Decret legislatiu 1/1997 estableix:

*"En la selecció del personal cal tenir en compte especialment l'adequació del sistema selectiu al contingut dels llocs de treball que s'hagin d'ocupar, de manera que s'analitzin els mèrits i l'experiència dels aspirants i la seva capacitat i idoneïtat per al desenvolupament de les funcions públiques. **En aquest sentit, es poden incloure en els procediments selectius valoracions sobre les experiències assolides i els coneixements teòrics, proves mèdiques o físiques, tests psicotècnics o professionals, entrevistes, proves pràctiques i, en general, altres instruments que ajudin a determinar d'una manera objectiva els mèrits, la capacitat i la idoneïtat dels aspirants en relació amb el contingut dels llocs de treball que hagin d'ocupar.** Així mateix, es poden establir proves alternatives dins un mateix cos o una mateixa escala en relació amb les especialitats corresponents dels llocs de treball que s'hagin de proveir."*

En el cas dels processos de selecció del cos de bombers la Llei 5/1994, de 4 de maig, de regulació dels serveis de prevenció i extinció d'incendis, estableix en el seu article 17 que:

"-1 Per a l'accés a les diferents escales i categories del Cos de Bombers de la Generalitat s'exigeix complir els requisits establerts per aquesta Llei i per la normativa vigent sobre funció pública de l'Administració de la Generalitat.

-2 Per ingressar a les diferents escales del Cos de Bombers de la Generalitat, cal posseir les titulacions exigides o complir els requisits establerts per l'article 18 bis, d'acord amb la gradació següent:

- a) Escala superior, titulació del grup A.*
- b) Escala executiva, titulació del grup B.*
- c) Escala tècnica, titulació del grup C1.*

-3 Correspon a la persona titular del Departament de Governació d'efectuar les convocatòries d'accés a les diferents categories del Cos de Bombers de la Generalitat.

-4 Les bases de cada convocatòria d'accés a les diferents categories del Cos de Bombers de la Generalitat han d'establir els requisits i les condicions específiques per a l'ingrés en les diferents escales i categories del Cos. En cap cas no es pot establir una limitació en l'edat màxima d'ingrés diferent de la genèricament establerta per a l'ingrés en la funció pública.

-5 Si una convocatòria d'accés a les diferents categories del Cos de Bombers de la Generalitat estableix la realització d'un curs selectiu, les persones aspirants que acreditin haver-ne superat un de similars característiques en quedaran exemptes. Durant la realització del curs selectiu, les persones aspirants tenen la consideració de personal funcionari en pràctiques.

-6 Les proves selectives per a l'accés a les diferents categories del Cos de Bombers de la Generalitat són de caràcter teòrico-pràctic i poden incloure proves de capacitat física, mèdiques, psico-tècniques i de coneixement.

Però a més, els processos selectius es regeixen pel que estableixen les seves bases reguladores que han de concretar i desenvolupar les previsions de la normativa de funció pública i garantir el compliment dels seus principis reguladors.

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 saciedad 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”.

Per tant, es pot concloure que els arts. 6.1.c) i 6.1.e) RGPD, es a dir el compliment d'una missió en interès públic i el compliment d'obligacions legals del responsable del tractament, en relació amb les previsions legals de l'EBEP, el Decret legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre,

pel qual s'aprova la refosa en un text únic dels preceptes de determinats textos legals vigents a Catalunya en matèria de funció pública i la Llei 5/1994, de 4 de maig, de regulació dels serveis de prevenció i extinció d'incendis, amb les particularitats recollides en cada convocatòria, constitueixen la base jurídica del tractament de les dades personals necessàries per a la realització dels processos de selecció de personal.

A més, la previsió específica del tractament de dades de salut que recullen tant l'EBEP com el Decret legislatiu 1/199, com la Llei 5/1994, de 4 de maig, esmentades, en la mesura que recullen la possibilitat de la realització de proves mèdiques o físiques, tests psicotècnics o professionals, constitueixen l'habilitació per al tractament d'aquestes categories especials de dades en relació amb l'article 9.2.b) de l'RGPD, en la mesura que el tractament és necessari per al compliment de les obligacions del responsable del tractament (en aquest cas el departament competent per a la convocatòria i realització de les proves d'accés al cos de bombers) que la legislació de funció pública analitzada li imposa.

V

Per altra banda, en relació amb la consulta concreta efectuada pel DPD sobre la possibilitat que el consentiment dels interessats sigui la base jurídica d'aquest tractament, cal efectuar les consideracions següents.

En primer lloc, tal com s'ha exposat en el fonament IV d'aquest informe existeix una base jurídica suficient que habilitaria el tractament objecte de la consulta diferent del consentiment dels interessats, i, en qualsevol cas, no sembla que el consentiment dels participants en el procés selectiu pugui ser un consentiment vàlid en els termes de l'RGPD.

Per a fonamentar el tractament de categories especials de dades en el consentiment dels interessats, aquest consentiment ha de reunir els requisits establerts als articles 4.11 i 9.2.a) de l'RGPD i, per tant, ha de ser un consentiment lliure i explícit.

Pel que fa al requisit que el consentiment sigui lliure, el considerant 43 de l'RGPD exposa el següent:

"[...] el consentimiento [...] no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular."

Sobre el caràcter lliure del consentiment, cal tenir en compte també les Directrius 5/2020 del CEPD. D'aquestes Directrius, als efectes que ens ocupen convé destacar el següent:

"13. El término «libre» implica elección y control reales por parte de los interesados. [...] si el sujeto no es realmente libre para elegir, se siente obligado a dar su consentimiento o sufrirá consecuencias negativas si no lo da, entonces el consentimiento no puede considerarse válido. [...] La noción de desequilibrio entre el responsable del tratamiento y el interesado también se tiene en cuenta en el RGPD."

14. A la hora de valorar si el consentimiento se ha dado libremente, deben considerarse también las situaciones concretas en las que el consentimiento se supedita a la ejecución de contratos o a la prestación de un servicio [...]. En términos generales, el consentimiento quedará invalidado por cualquier influencia o presión inadecuada ejercida sobre el interesado (que puede manifestarse de formas muy distintas) que impida que este ejerza su libre voluntad.

[...]

16. El considerando 43 indica claramente que no es probable que las autoridades públicas puedan basarse en el consentimiento para realizar el tratamiento de datos ya que cuando el responsable del tratamiento es una autoridad pública, siempre hay un claro desequilibrio de poder en la relación entre el responsable del tratamiento y el interesado. Queda también claro en la mayoría de los casos que el interesado no dispondrá de alternativas realistas para aceptar el tratamiento (las condiciones de tratamiento) de dicho responsable.

El CEPD considera que hay otras bases jurídicas que son, en principio, más adecuadas para el tratamiento de datos por las autoridades públicas.”

Sobre la base del que s'ha exposat no sembla que la base jurídica del consentiment sigui adient per legitimar el tractament de les dades dels aspirants a un procés selectiu amb la finalitat descrita, atès que no es pot considerar que en el cas plantejat pogués haver-hi un consentiment realment lliure.

En aquest sentit, podria considerar-se que existeix consentiment lliure si l'interessat disposés d'una alternativa per acomplir la mateixa finalitat. Correspon al responsable del tractament analitzar si existirien alternatives que permetessin als aspirants al procés selectiu acomplir la mateixa finalitat en el cas que no prestessin el seu consentiment a la gravació de les proves. Tanmateix, sembla difícil en el context d'un procés de selecció de personal que ha de garantir, entre d'altres, els principis d'igualtat i transparència i en el qual tots els aspirants han de tenir els mateixos drets i garanties, que es puguin disposar de mitjans de garantia diferents en funció de l'elecció dels aspirants.

En definitiva, d'acord amb el que s'ha exposat no sembla que el tractament objecte de la consulta pugui fonamentar-se en el consentiment dels participants en el procés selectiu.

VI

Tot i existir una base jurídica que habiliti el tractament de les dades de salut dels participants en un procés de selecció de personal, escau tenir en consideració que qualsevol tractament de dades, a més de complir amb el principi de licitud ha de respectar la resta de principis i garanties establerts per la normativa de protecció de dades (RGPD i la LOPDGDD).

El principi de minimització exigeix que els responsables tractin només les dades personals que siguin “adequades, pertinents i limitades a allò necessari en relació amb les finalitats del tractament” (art. 5.1.c) RGPD).

No es pot obviar que la captació de la imatge i la veu dels participants en un procés selectiu comporta en si mateix un tractament de dades més intrusiu que la realització de les proves sense que aquestes quedin registrades. Des del punt de vista de la protecció de dades, i d'acord amb el principi de minimització per determinar si el tractament és adequat, és necessari acreditar que existeix una relació de proporcionalitat entre el fi pretès i la manera en què es tractaran les dades de les persones afectades, així com que no hi ha cap altra mesura més idònia.

Com ha posat de manifest reiterada jurisprudència (per totes, la STC 39/2016, de 3 de març), per tal de comprovar si una mesura restrictiva d'un dret fonamental respecta el principi de proporcionalitat cal que aquesta compleixi amb tres requisits: que sigui susceptible d'aconseguir l'objectiu proposat (judici d'idoneïtat); que sigui necessària, en el sentit que no existeixi una altra més moderada per a la consecució d'aquest propòsit amb la mateixa eficàcia (judici de necessitat); i, finalment, que sigui ponderada o equilibrada, en derivar-se més beneficis o avantatges per a l'interès general que perjudicis sobre altres béns o valors en conflicte (judici de proporcionalitat en sentit estricte), és a dir, si la ingerència produïda per la dita mesura en el titular del dret objecte de restricció és la mínima per assolir el fi legítim pretès amb la seva adopció.

Els procediments de selecció de personal de les administracions públiques, són procediments de concurrència competitiva basats en els principis d'igualtat, mèrit i capacitat, de transparència i de publicitat consagrats a l'article 103.3 en relació amb l'article 23.2 de la CE i la normativa de funció pública esmentada.

A més d'aquests principis, les administracions públiques han de garantir que els procediments de selecció del seu personal garanteixin la independència i discrecionalitat tècnica en l'actuació dels òrgans de selecció, l'adequació entre el contingut dels processos selectius i les funcions o tasques a desenvolupar, entre d'altres.

En aquest context, per tal de determinar si la gravació de la imatge i la veu de les proves psicotècniques és una mesura proporcionada escau, en primer lloc, analitzar si aquesta supera el judici d'idoneïtat, en el sentit que sigui adient per aconseguir l'objectiu proposat.

Segons indica el DPD en la seva consulta, la finalitat d'aquest tractament seria *“una major garantia per a les persones candidates ja que facilitaria un millor coneixement de la realització de les proves, aportaria objectivitat en la valoració de les proves i, per tant, tot el procés selectiu guanyaria en transparència i, a més, serviria com a evidència per a ser utilitzada en possibles recursos posteriors i, per tant, els particulars podrien fer servir la gravació per a la defensa de les serves possibles reclamacions”*. Certament, en el cas que ens ocupa, la gravació de la imatge i la veu de les proves psicotècniques és una mesura que permet tenir constància de la realització de la prova i que aquesta s'ha efectuat respectant els principis aplicables als processos selectius.

Cal posar de manifest que, els processos selectius de les administracions públiques s'han d'efectuar de manera que quedi constància del compliment dels principis de mèrit i capacitat, entre d'altres, tal com ha recollit una àmplia jurisprudència, per totes es pot citar la Sentència n.º 1290/2020, de 14 d'octubre del TS, que anul·lava un procés selectiu per entendre que l'absència de paràmetres i criteris preestablerts de com s'havia de desenvolupar l'entrevista, així com de criteris de puntuació, desnaturalitzaven el procés selectiu i que, a més, no es

disposava de prova que pogués complir amb la finalitat de valorar l'adequació dels coneixements i capacitats dels aspirants.

En aquest sentit, es pot concloure que la gravació de les proves pot ser necessària i adient com a mitjà de prova per a l'exercici dels seus drets per part dels aspirants al procés selectiu així com perquè el tribunal pugui justificar l'avaluació efectuada.

En segon lloc, cal efectuar el judici de necessitat que permeti determinar que no existeixi una mesura més moderada per a la consecució del propòsit perseguit amb la mateixa eficàcia que comporta la gravació de les proves realitzades.

Atesa la naturalesa de les proves a dur a terme, no sembla que es pugui justificar l'existència d'una mesura més moderada que permeti assolir el mateix objectiu amb la mateixa eficàcia. En aquest sentit, ja existeixen precedents de la gravació d'aquesta mena de proves en els processos de selecció de la policia. Al respecte, les Sentències n.º 266 y 267, de 17 de maig de 2022 del Tribunal Superior de Justícia del País Basc, es pronunciaven sobre les entrevistes en el curs de formació dels Agents dels Cossos de Policia del País Basc. En aquestes sentències el tribunal reconeix la rellevància de la gravació de l'entrevista entenent que és l'única forma de poder avaluar-la en seu jurisdiccional quan s'impugna la seva valoració. Així, el tribunal efectua les consideracions següents:

“De esas precisiones se saca como conclusión la relevancia de la grabación de la entrevista, que es la única forma que permite ser evaluada en los términos que fuera pertinente en sede jurisdiccional, cuando se impugna su valoración.

Debemos coincidir con el recurso de apelación que la ausencia de grabación impide y limita al apelante poder ejercitar con plenitud el derecho a la tutela judicial efectiva, que conduce a que, a los efectos que nos ocupan, no pueda considerarse que se cumple en este caso con la exigencia de motivación, en los términos que hemos ratificado siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

No está en cuestión en la actualidad, y en el momento en el que se desarrollaron en este caso las entrevistas, la disponibilidad de medios para materializar la grabación de la entrevista, con independencia de que no lo exijan expresamente las bases de la convocatòria”.

Finalment, escau determinar si la mesura és ponderada o equilibrada, per derivar-se més beneficis o avantatges per a l'interès general que perjudicis sobre el dret a la protecció de dades de les persones interessades.

En aquest cas, sembla que la mesura, podria aportar més beneficis en cas de conflicte respecte del resultat final de la prova que perjudicis a les persones afectades. Cal tenir en consideració que, en definitiva, la gravació de les dades dels participants en els processos de selecció, sempre que com s'exposarà a continuació les bases reguladores ho prevegin amb les corresponents garanties, han d'aportar beneficis als interessats en la mesura que es tractarà d'informació que podrà ser aportada per ells en cas de litigi sobre el resultat del procés.

En qualsevol cas, correspon a l'òrgan encarregat de l'aprovació de les bases de la convocatòria la realització d'aquest judici de ponderació que, ja avancem que, com s'analitza en el fonament VII d'aquest informe, s'haurà d'efectuar en el marc de la corresponent Avaluació d'Impacte de Protecció de Dades (AIPD).

Finalment, cal posar de manifest que superat el judici de proporcionalitat, les bases de la convocatòria que prevegin la gravació de les proves psicotècniques, han d'establir les garanties específiques del tractament de les dades personals. Entre altres aspectes, les bases han de determinar les mesures de seguretat que s'implementaran, el terminis de conservació que, en tot cas no ha de ser superior al que resulti necessari per complir la finalitat per a la qual les dades han estat recollides o enregistrades, o la limitació del seu accés a les persones interessades i als jutjats i els tribunals per atendre les possibles impugnacions dels procediments, etc.

VII

En relació amb la necessitat d'elaboració d'una AIPD, l'article 35 de l'RGPD estableix l'obligació dels responsables del tractament de dur-la a terme amb caràcter previ a l'inici del tractament, quan sigui probable que per la seva naturalesa, abast, context o fins comportin un alt risc pels drets i llibertats de les persones físiques, alt risc que, segons el mateix RGPD, es veu incrementat quan els tractaments es realitzen utilitzant noves tecnologies (apartat 1).

Per la seva part, l'article 28.2 de l'LOPDGDD enumera alguns supòsits en què s'entén probable l'existència d'un alt risc per als drets i llibertats de les persones, entre els quals, *“cuando se produjese un tratamiento no meramente incidental o accesorio de la categorías especiales de datos a que se refieren los artículos 9 y 10 del Reglamento (UE) 2016/679 y 9 y 10 de esta ley orgánica o de los datos relacionados con la comisión de infracciones administrativas”* (lletra c) o *“cuando el tratamiento implicase una evaluación de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales de los mismos, en particular mediante el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo, su situación económica, su salud, sus preferencias o intereses personales, su fiabilidad o comportamiento, su solvencia financiera, su localización o sus movimientos”* (lletra d)

A més, per facilitar als responsables dels tractaments la identificació d'aquells tractaments que requereixen una AIPD, l'RGPD disposa que les autoritats de control han de publicar una llista amb els tractaments que requereixin d'una AIPD. Aquesta Autoritat considera que cal fer una AIPD en els tractaments inclosos en la següent [llista](#), disponible al web de l'Autoritat.

En el present cas, cal tenir en consideració que concorrerien les circumstàncies a què s'ha fet esment, en la mesura que s'ha d'entendre que comportaria una valoració de subjectes (els aspirants) i la recollida de dades sobre la seva personalitat, en definitiva, categories especials de dades, fent servir mitjans tecnològics.

En conseqüència, en aquest context és clara la necessitat de dur a terme una AIPD amb caràcter previ al tractament. A aquests efectes, pot resultar d'interès consultar la [Guia](#)

[pràctica sobre l'avaluació d'impacte relativa a la protecció de dades](#), disponible al web de l'Autoritat.

Conclusions

El tractament de les dades necessàries per a la realització de les proves dels processos de selecció de personal, incloses les dades de salut dels participants, té com a base jurídica el compliment d'una missió en interès públic i el compliment d'obligacions específiques de les administracions competents establertes per la normativa de funció pública.

La gravació de les proves psicotècniques requereix, a més de la seva previsió en les corresponents bases de les convocatòries (amb la concreció i determinació de les garanties específiques necessàries), la realització prèvia d'una AIPD.

No sembla que la base jurídica del consentiment sigui adient per legitimar el tractament de les dades dels aspirants a un procés selectiu amb la finalitat descrita, atès que no es pot considerar que en el cas plantejat pogués haver-hi un consentiment realment lliure, ni la possibilitat d'establir mitjans alternatius que garantissin el principi d'igualtat que ha de regir els procediments selectius.

Barcelona, 6 de juny de 2023