

Carrer Rosselló, 214, esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

Identificació de l'expedient

Resolució del procediment sancionador núm. PS 36/2020, referent a Geseme Asistencial, SL.

Antecedents

1. En data 09/10/2019, va tenir entrada a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades dos escrits d'una persona pel qual formulava denúncia contra l'Ajuntament de (...) i contra Geseme Asistencial, SL (en endavant, Geseme), amb motiu d'un presumpte incompliment de la normativa sobre protecció de dades personals. La persona denunciant exposava que l'Ajuntament de (...) va denegar-li la permuta a la Policia Local de (...) atès que el resultat de la revisió mèdica (realitzada per Geseme) va ser "no apte". Afegia que, després d'exercir el seu dret d'accés davant l'Ajuntament, se li va proporcionar el seu historial amb els resultats de proves i de les analítiques, entre d'altres. A l'últim, la persona denunciant manifestava que en data 03/06/2019 havia sol·licitat a Geseme els motius de la seva exclusió, però que no havia rebut resposta al respecte.

La persona denunciant aportava documentació diversa, entre la qual la documentació que Geseme va proporcionar a l'Ajuntament de (...) en relació al reconeixement mèdic efectuat a la persona denunciant. Segons s'indica en el document que Geseme va elaborar sobre el contingut de la dita tramesa, es va enviar a l'Ajuntament el "Resultat de l'exercici 6" (informe de 18/02/2019); un "Sobre tancat a l'atenció del tribunal qualificador" (que segons Geseme contenia el full de recollida de dades, l'analítica, l'electrocardiograma, el qüestionari de salut i l'acta de requeriment i cadena de custòdia); i un "Sobre tancat a l'atenció de l'aspirant".

2. L'Autoritat va obrir una fase d'informació prèvia (núm. IP 272/2019), d'acord amb el que preveu l'article 7 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, i l'article 55.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (d'ara endavant, LPAC), per determinar si els fets eren susceptibles de motivar la incoació d'un procediment sancionador, la identificació de la persona o persones que en poguessin ser responsables i les circumstàncies rellevants que hi concorrien.

3. En aquesta fase d'informació, en data 21/10/2019 es va requerir l'Ajuntament de (...) perquè, entre d'altres, aportés còpia del contracte d'encarregat subscrit amb Geseme per a la realització de les proves mèdiques a les quals es va sotmetre la persona denunciant amb motiu de la seva sol·licitud de permuta; així com per tal que assenyalés si s'havia donat a l'encarregat alguna instrucció consistent en què només s'havia de comunicar a l'Ajuntament la qualificació d'aquestes proves mèdiques (apte/a o no apte/a).

4. En data 14/01/2020, l'Ajuntament de (...) va respondre el requeriment esmentat a través d'escrit en què exposava, entre d'altres, el següent:

- Que l'Ajuntament va encarregar a Geseme la realització de les proves mèdiques a les quals es va sotmetre la persona denunciant.
- Que en tractar-se d'un contracte menor se'ls va fer la petició per correu electrònic.
- Que en el correu electrònic de sol·licitud que es va enviar a Geseme, s'hi va adjuntar l'anunci de les bases d'un procés de selecció a agent de policia on hi constava el quadre d'exclusions mèdiques i en les quals es feia constar, a la clàusula 7a, apartat B, punt 7è, que l'exercici es qualificaria d'apte o no apte.
- Que per a l'Ajuntament, la comunicació d'apte o no apte del resultat de les proves mèdiques ja era suficient per resoldre l'expedient.

L'Ajuntament adjuntava a l'escrit documentació diversa, entre la qual el correu electrònic de 12/02/2019 enviat pel Consistori a un professional mèdic de Geseme pel qual se sol·licitava cita per fer un reconeixement mèdic a la persona denunciant i en el que s'adjuntaven les bases "*d'un procés de selecció de la mateixa categoria (agent de policia)*", tot i que aquestes bases no es corresponien amb el sistema de provisió que s'estava tramitant en el cas denunciat (una permuta), atès que en l'annex 3 d'aquestes bases constava el quadre d'exclusions mèdiques que determinaven el resultat de no apte per accedir com a agent de policia local a l'Ajuntament (...).

Entre la documentació aportada per l'Ajuntament hi havia també un informe emès en data 18/02/2019 per un determinat professional mèdic de Geseme adreçat al tribunal qualificador de l'Ajuntament. Juntament a aquest document, l'Ajuntament aportava l'acta de recollida de la mostra d'orina (on constava la medicació de la persona denunciant), un full en què es recollia el resultat de les proves efectuades (visió, audiometria, etc.) i l'exploració clínica, el qüestionari de salut, el resultat de l'anàlisi sanguínia i d'orina i l'electrocardiograma.

5. En data 23/01/2020, també en el si d'aquesta fase d'informació prèvia, es va requerir a Geseme perquè, entre d'altres, informés sobre si, a banda del document de 18/02/2019 signat per un professional mèdic, la resta de documentació abans descrita (mostra d'orina, qüestionari de salut, electrocardiograma, etc.) es va lliurar en el sobre tancat adreçat al tribunal qualificador, o bé, en el sobre tancat a l'atenció de la persona aspirant.

6. En data 04/02/2020, Geseme va respondre el requeriment esmentat a través d'escrit en què exposava, entre d'altres, el següent:

- Que d'acord amb el punt 7 (primer paràgraf) de les bases reguladores del procés de selecció de l'Ajuntament de (...) aplicables en aquest cas, segons va indicar el propi Ajuntament, les exclusions mèdiques s'estableixen a l'Annex 3 "*QUADRE*

- D'EXCLUSIONS MÈDIQUES*". D'acord amb l'Annex 3, s'infereix que el tribunal qualificador està facultat per a valorar, segons el seu criteri, el contingut de les proves mèdiques (punts 6.2 i 11.6 de l'Annex 3 de les bases). *"Interpretem que això es referma amb el fet que als punts 10.9 i 12.5 de l'Annex 3 de l'ABR s'especifica el 'criteri facultatiu' (diferent del criteri del TQ esmentat anteriorment)."*
- Que d'acord amb el punt 8 (tercer paràgraf) de les bases, s'entregarà al tribunal qualificador un informe de cada un dels aspirants.
 - Que d'acord amb el què s'ha exposat en relació a l'Annex 3 de les bases, *"s'entén que l'informe és l'informe mèdic complert, que permet al TQ [tribunal qualificador] realitzar les pertinents valoracions."*
 - Que Geseme també participa en els processos de selecció dels Cossos de Mossos d'Esquadra i Bombers de la Generalitat en els que el procediment és idèntic. A mode d'exemple, en la Resolució INT/676/2018, de 4 d'abril, de convocatòria de procés selectiu per a l'accés a la categoria de bomber/a de l'escala bàsica s'estableix que *"La realització de les proves mèdiques implica el consentiment de les persones participants perquè els resultats corresponents es posin a disposició del Tribunal Qualificador a fi que serveixin de fonament per avaluar la prova. La qualificació d'aquesta prova és d'apte o no apte."*
 - Que de l'anterior, es desprèn que la qualificació final de la prova mèdica (apte/no apte) correspon al tribunal qualificador.
 - Que d'acord amb l'exposat, s'arriba a la conclusió de que la resolució final d'"Apte" o "No Apte" indicada al punt 7 de les bases la realitza el tribunal qualificador; independentment de la qualificació prèvia del professional mèdic.
 - Que la base jurídica que legitimaria la comunicació de dades de salut de la persona denunciant a l'Ajuntament de (...), és el compliment d'una obligació legal; d'acord amb el contingut de l'article 19 del Decret 233/2002, de 25 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament d'accés, promoció i mobilitat de les policies locals (en endavant, Decret 233/2002); redactat en base a la Llei 16/1991, de 10 de juliol, de les Polícies Locals (en endavant, Llei 16/1991).
 - Que la resta de documentació, al marge del document de 18/02/2019, es va lliurar al tribunal qualificador mitjançant correu certificat i, per tant, tancat.

Geseme aportava documentació diversa.

7. En data 08/07/2020, la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades va acordar iniciar un procediment sancionador contra Geseme per una presumpta infracció prevista a l'article 83.5.a), en relació a l'article 5.1.c); tots ells del Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes (en endavant, RGPD). Aquest acord d'iniciació es va notificar a l'entitat imputada en data 14/07/2020.

Carrer Rosselló, 214, esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

8. Al seu torn, i també en data 08/07/2020, es va dictar un acord d'iniciació de procediment sancionador contra l'Ajuntament de (...) per no subscriure amb Geseme el corresponent contracte d'encarregat del tractament.

9. En data 28/07/2020, Geseme va formular al·legacions a l'acord d'iniciació del present procediment sancionador.

10. En data 14/10/2020, la persona instructora d'aquest procediment va formular una proposta de resolució, per la qual proposava que la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades imposés a Geseme la sanció consistent en una multa de 5.000.-euros (cinc mil euros), com a responsable d'una infracció prevista a l'article 83.5.a) en relació amb l'article 5.1.c), ambdós de l'RGPD.

Aquesta proposta de resolució es va notificar en data 29/10/2020 i es concedia un termini de 10 dies per formular al·legacions.

11. En data 09/11/2020, l'entitat imputada va reconèixer la seva responsabilitat en els fets imputats i va acreditar el pagament voluntari avançat de la sanció pecuniària que la persona instructora proposava, un cop aplicades les reduccions corresponents.

Fets provats

Per mitjà de correu electrònic de data 12/02/2019 l'Ajuntament de (...) va encarregar a Geseme la realització d'un reconeixement mèdic a la persona denunciant (agent de policia), qui havia sol·licitat una permuta per treballar a l'Ajuntament. En aquell correu electrònic l'Ajuntament adjuntava les darreres bases d'un procés selectiu de la mateixa categoria (agent de policia) *"per veure quin és el quadre d'exclusions mèdiques, per resultar no apte per accedir com a agent de policia local a l'Ajuntament de (...)."*

Aquest reconeixement mèdic el dugué a terme Geseme en data 14/02/2019.

En data 18/02/2019, un determinat professional mèdic de Geseme va emetre un informe adreçat al tribunal qualificador (si bé en aquell procediment de permuta no hi havia cap tribunal qualificador) en què s'indicava que com a resultat de l'exploració i de les proves complementàries realitzades, la persona denunciant presentava algunes causes d'exclusió, d'acord amb les contemplades a les bases de la convocatòria que li havia enviat l'Ajuntament. En aquell informe s'afegia com a *"altres consideracions"*, que *"el resultat analític mostra una alteració moderada del perfil lipídic i s'adjunta una còpia de la seva analítica en sobre tancat per si el tribunal qualificador considera la voluntat d'entregar-li a l'aspirant. Aquests valors no estan considerats com a causa d'exclusió. (...)"*

Carrer Rosselló, 214, esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

Al marge del sobre adreçat a la persona aquí denunciant, juntament amb el dit informe de 18/02/2019, Geseme també adreçava al tribunal qualificador un sobre tancat que contenia el full de recollida de dades (amb observacions sobre malformacions o lesions, l'exploració clínica i els resultats del test d'Ishihara, de dinanometria, de visió, d'espirometria, d'audiometria i de detecció de tires d'orina), l'analítica (de sang i d'orina), l'electrocardiograma, el qüestionari de salut i l'acta de requeriment (l'acta de recollida de la mostra d'orina, on constava la medicació que prenia la persona denunciant) i el document relatiu a la cadena de custòdia.

Per donar compliment a l'encàrrec efectuat, era suficient que Geseme informés a l'Ajuntament sobre les patologies que, d'acord amb el quadre d'exclusions que proporcionà l'Ajuntament, comportaven que es considerés a la persona denunciant com a no apta.

Fonaments de dret

1. Són d'aplicació a aquest procediment el que preveuen l'LPAC, i l'article 15 del Decret 278/1993, segons el que preveu la DT 2a de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades. De conformitat amb els articles 5 i 8 de la Llei 32/2010, la resolució del procediment sancionador correspon a la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades.

2. De conformitat amb l'article 85.3 de l'LPAC, tant el reconeixement de responsabilitat com el pagament voluntari avançat de la sanció pecuniària proposada comporten l'aplicació d'unes reduccions. L'efectivitat d'aquestes reduccions està condicionada al desistiment o la renúncia de qualsevol acció o recurs per la via administrativa contra la sanció. Per a ambdós casos, els apartats 1 i 2 de l'article 85 de l'LPAC preveuen la terminació del procediment.

Tot i que va presentar al·legacions a l'acord d'iniciació, l'entitat imputada no ha formulat al·legacions a la proposta de resolució, ja que s'ha acollit a les referides dues opcions per reduir l'import de la sanció. Tot i això, es considera oportú reiterar a continuació el més rellevant de la resposta motivada que la persona instructora va donar a les al·legacions davant l'acord d'iniciació.

2.1. Sobre el responsable del tractament.

En el 1r apartat del seu escrit d'al·legacions davant l'acord d'iniciació, l'entitat imputada exposava que el responsable del tractament controvertit era l'Ajuntament de (...) (en concret, el tribunal qualificador), ja que era qui determinava les finalitats i els mitjans del tractament. Així doncs, Geseme manifestava que tenia la condició d'encarregat del tractament.

Carrer Rosselló, 214, esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

En efecte, tal com s'exposava en l'acord d'iniciació i es recull també en l'apartat de fets provats, fou l'Ajuntament de (...) qui encarregà a Geseme la realització d'un reconeixement mèdic a la persona denunciante. Així doncs, en el present cas l'Ajuntament tenia la condició de responsable del tractament i Geseme actuava com a encarregat del tractament.

Val a dir que, tal com s'exposa en els antecedents, es va iniciar un expedient sancionador contra l'Ajuntament per no subscriure amb Geseme el corresponent contracte d'encarregat del tractament.

Dit això, tal com puntualitzava la persona instructora en la proposta de resolució, la condició d'encarregat del tractament no exigeix que Geseme pugui ésser responsable d'algunes infraccions previstes en la normativa sobre protecció de dades, atès que l'article 70 de la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (en endavant, LOPDGDD) preveu que estan subjectes al règim sancionador que estableixen l'RGPD i la mateixa l'LOPDGDD, entre d'altres, els encarregats del tractament.

2.2. Sobre el consentiment.

Seguidament, l'entitat imputada adduïa en el seu escrit d'al·legacions davant l'acord d'iniciació que per a la realització de l'exercici consistent en un reconeixement mèdic, l'Ajuntament de (...) va notificar a Geseme les bases del concurs i les condicions en les que es duria a terme el dit reconeixement mèdic que s'havia de practicar a l'aspirant (la persona denunciante).

En primer lloc, cal deixar palès que el reconeixement mèdic controvertit tingué lloc en el marc d'un procediment extraordinari de provisió de llocs de treball (permuta de llocs de treball), en el qual no es designava un tribunal qualificador.

Prova de l'anterior és que la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de (...) va acordar en data 18/03/2019 denegar la permuta sol·licitada per la persona aquí denunciante, en base l'informe jurídic emès pel cap de Recursos Humans i Organització Administrativa de l'Ajuntament i l'informe emès en data 12/02/2019 pel Servei de Prevenció de l'Ajuntament (Geseme). Precisament, en el dit Acord s'assenyalava que de l'informe emès per Geseme es desprenia la falta d'aptitud de la persona aquí denunciante per desenvolupar el lloc de treball que se sol·licitava permutar.

Assentat l'anterior, Geseme exposava en el seu escrit d'al·legacions davant l'acord d'iniciació que la persona denunciante, en el moment de realitzar el reconeixement mèdic, va complimentar un qüestionari de salut que elaborà l'Ajuntament de (...). Al seu torn, Geseme incidia en què en el dit qüestionari s'obtenia l'autorització expressa de la persona afectada, en els següents termes:

“Qui subscriu aquest qüestionari:

- Consent expressament que les dades que ens facilita s'integrin en el procés de tramitació del procés selectiu amb l'exclusiva publicitat del resultat d'aptitud si s'escau.*

- Declaro que les respostes anterior són certes i no ha omès cap dada sobre el seu estat de salut.*

En qualsevol cas, podeu exercir els vostres drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició mitjançant una comunicació escrita, a la qual heu d'ajuntar una fotocòpia del DNI, adreçada al President del tribunal qualificador d'aquesta convocatòria a Plaça de la (...) 1, (...).”

Precisament, en el seu escrit d'al·legacions davant l'acord d'iniciació, l'entitat imputada va proposar com a prova requerir a l'Ajuntament de (...) per tal que aportés el qüestionari de salut complimentat per la persona denunciant, degudament signat i complimentat en el moment de realitzar el reconeixement mèdic.

Doncs bé, tal com s'especificava en la proposta de resolució, la persona denunciant, juntament amb el seu escrit de denúncia, aportava còpia del qüestionari de salut elaborat per l'Ajuntament de (...) que emplenà en data 14/02/2019, on constava que havia marcat les dues caselles transcrites, motiu pel qual fou innecessària la pràctica de la prova proposada per Geseme.

Dit això, escau posar l'èmfasi en què el consentiment exprés que hauria prestat la persona denunciant a través del qüestionari de salut es referia exclusivament a les dades facilitades en el qüestionari de salut, però no a la resta de dades obtingudes en el marc del reconeixement mèdic.

Vinculat a l'anterior, l'article 4.11 de l'RGPD defineix el consentiment com qualsevol manifestació de voluntat lliure, específica, informada i inequívoca per la qual l'interessat accepta, mitjançant una declaració o una acció afirmativa clara, el tractament de dades personals que l'afecten.

En el present cas, tal com manifestava la persona instructora en la proposta de resolució, el consentiment obtingut per l'Ajuntament a través del dit qüestionari, no era lliure. I això, per haver-hi un desequilibri clar entre l'interessat i el responsable del tractament, tenint en compte a més que el responsable del tractament era una administració pública a la qual se sol·licitava la permuta (considerant 43 de l'RGPD). En aquest sentit, val a dir que el Comitè Europeu de Protecció de Dades (en endavant, CEPD) ha considerat en les Directrius 5/2020 sobre el consentiment segons l'RGPD, aprovades el 04/05/2020, que atès que hi ha sovint un clar desequilibri de poder entre les autoritats públiques i la persona interessada, hi ha

Carrer Rosselló, 214, esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

altres bases jurídiques que són més adequades a l'activitat dels poders públics. El CEPD també exposa que es dona una situació de desequilibri de poder en el context laboral.

Així mateix, en les dites Directrius, el CEPD manifesta que per considerar que el tractament és lliure la persona afectada ha de poder elegir i tenir un control real de les seves dades. En el present cas, però, no es donava cap alternativa a la persona afectada, qui no podia rebutjar o retirar el consentiment sense patir un perjudici.

A més, en les mateixes directrius, el CEPD indica que per considerar que el consentiment és informat, un dels requisits mínims sobre els quals cal informar a la persona interessada és sobre el dret a retirar el consentiment en qualsevol moment, extrem sobre el qual l'Ajuntament no informava. Així les coses, el dit consentiment tampoc no era informat.

En definitiva, en el present supòsit no era el consentiment la base jurídica que legitimava el tractament vinculat al reconeixement mèdic efectuat a la persona denunciada.

Assentat l'anterior, tal com indicava la persona instructora, és necessari remarcar que en el present cas no s'imputa la vulneració del principi de licitud, sinó del principi de minimització.

2.3.- Sobre l'aptitud.

L'entitat imputada manifestava en el seu escrit d'al·legacions davant l'acord d'iniciació que en el punt 7è de les bases reguladores del procés de selecció de l'Ajuntament de (...), s'indicava que la prova de reconeixement mèdic *"Consisteix en un reconeixement mèdic, realitzat per metges o metgesses col·legiats, per comprovar que no es detecta en els o les aspirants l'existència de cap de les exclusions mèdiques establertes en l'Annex 3 d'aquesta convocatòria"*.

Afgia Geseme que la comprovació i la decisió respecte l'aptitud dels aspirants era responsabilitat del tribunal qualificador, sense que el centre mèdic on es realitzaven les proves tingués més facultats més enllà de la realització del reconeixement, ni tampoc pogués entrar a valorar cap altra qüestió.

Amb caràcter previ, tal com precisava la persona instructora en la proposta de resolució, encara que un tractament pugui ésser lícit, també ha de respectar la resta de principis previstos a l'article 5 de l'RGPD, entre els quals, el principi de minimització (art. 5.1.c RGPD). Aquests principis, en contra del que considerava Geseme, els han d'observar tant el responsable com l'encarregat del tractament.

Carrer Rosselló, 214, esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

Dit això, escau incidir que en el correu que envià l'Ajuntament a Geseme en data 12/02/2019 s'indicava que s'enviaven les darreres bases d'un procés de selecció de la mateixa categoria (agent de policia), únicament als efectes de *“veure quin és el quadre d'exclusions mèdiques, per resultar no apte per accedir com a agent de policia local a l'Ajuntament de (...)”*.

Així doncs, el procediment de permuta no es regulava per l'establert en les bases d'un procés de selecció a agent de policia, sinó que l'Ajuntament donava instruccions a Geseme per tal que en el reconeixement mèdic que havia de practicar a la persona denunciant, tingués en compte les causes d'exclusió previstes en les dites bases.

Sens perjudici de l'anterior, cal posar de manifest que el punt 7è de les dites bases, referent al reconeixement mèdic, disposava que aquest *“exercici es qualificarà d'apte o no apte”*, i que en cas que algun candidat *“no obtingui l'aptitud mèdica, el tribunal convocarà al candidat següent.”*

De l'anterior es conclou que són els professionals mèdics, qui han de valorar si concorre en la persona que se sotmet al reconeixement mèdic, alguna causa d'exclusió mèdica (en el present cas, previstes en l'annex 3 de les bases).

Així les coses, per donar compliment a l'encàrrec efectuat per l'Ajuntament, era suficient que Geseme informés al responsable del tractament (l'Ajuntament) sobre les patologies que, d'acord amb el quadre d'exclusions que proporcionà l'Ajuntament, comportaven que es considerés a la persona denunciant com a no apta.

Per tant, proporcionar dades de salut de la persona denunciant a l'Ajuntament, més enllà de les patologies que, a criteri mèdic, podien esdevenir una causa d'exclusió, era un tractament inadequat, impertinent i no limitat al necessari per assolir la finalitat pretesa (donar compliment a l'encàrrec de l'Ajuntament consistent en determinar l'aptitud mèdica de la persona aquí denunciant).

Dit això, tal com s'efectuà en la proposta de resolució, es considera oportú invocar aquí la normativa sectorial que se citava en l'acord d'iniciació pel que fa a la realització de la prova mèdica als efectes de determinar si era procedent autoritzar la permuta sol·licitada per la persona denunciant.

En primer lloc, la disposició transitòria 6a de la Llei 16/1991 disposa que *“S'ha de determinar per reglament el sistema de mobilitat horitzontal dels policies locals entre els cossos de les diferents corporacions.”*

Al respecte, l'article 55.1.e) del Decret 233/2002 estableix que l'autorització de la permuta resta subjecta al compliment, entre d'altres, del següent requisit:

“e) Que hi hagi els informes favorables previstos a l'article 57 d'aquest Reglament.”

L'article 57.2 del Decret 233/2002 al qual es remet el precepte transcrit determina que *“Com a mínim, l'informe ha de fer referència al compliment dels requisits previstos a l'article 55 d'aquest Reglament, la idoneïtat del funcionari o funcionària de carrera per exercir les funcions corresponents a la categoria d'acord amb les característiques de l'organització policial on vol ser destinat, i l'equilibri de condicions entre el funcionari que ha presentat la sol·licitud de permuta conjunta. A aquest efecte, els esmentat òrgans han de mantenir les reunions i contactes que siguin necessaris.”*

Al seu torn, l'article 58.1 del Decret 233/2002 disposa que *“Per tal d'elaborar l'informe previ es poden utilitzar qualsevol dels mitjans d'acreditació de mèrits i capacitats previstos en aquest reglament per als concursos de mobilitat horitzontal.”*

En aquest sentit, l'article 42.2.b) del Decret 233/2002, referent als requisits per poder participar en les convocatòries de concursos de mobilitat horitzontal, estableix que cal *“Acreditar que es posseeixen les condicions físiques i psíquiques necessàries per exercir les funcions de la categoria objecte de convocatòria.”*

A aquest respecte, l'article 14.a) del Decret 233/2002 disposa que les proves selectives per a l'accés a cada una de les diferents categories, com a mínim, són les següents:

“a) Per a la categoria d'agent: proves culturals, de coneixements de la llengua catalana, físiques, psicotècniques i mèdiques.”

I, en relació a les proves mèdiques, l'article 19 determina que:

“19.1. Les proves mèdiques consisteixen en un reconeixement mèdic, realitzat per metges o metgesses col·legiats, per comprovar que no es detecta en els i les aspirants l'existència de cap de les exclusions mèdiques establertes a la convocatòria.

19.2. Aquest reconeixement mèdic pot fer-se en dues fases. En aquest cas, les bases especifiquen les proves que s'efectuen en cadascuna d'elles.

19.3. Amb independència de la prova de reconeixement mèdic que pugui establir la convocatòria, durant el curs o el període de pràctiques, o en acabar aquest període, els i les aspirants poden ser sotmesos a totes les proves mèdiques que siguin necessàries per comprovar la seva adequació al quadre d'exclusions mèdiques establert per ingressar a la categoria. Si de les proves practicades es dedueix l'existència d'alguna causa d'exclusió, l'òrgan responsable ha de proposar, d'acord amb la gravetat de la malaltia o el defecte físic,

l'exclusió de l'aspirant del procés selectiu i, en aquest cas, correspon a l'òrgan competent per efectuar els nomenaments d'adoptar la resolució procedent, que en cap cas no pot donar dret a indemnització.

19.4. Les bases de les convocatòries poden establir que només els i les aspirants que hagin obtingut la millor puntuació en el procés selectiu, en nombre igual al de places a cobrir, passin les proves mèdiques i que si entre aquests es produeix alguna baixa, voluntària o per desqualificació, s'avisin als i a les aspirants que tinguin les puntuacions immediatament inferiors per ordre de prelación.

19.5. La qualificació d'aquestes proves és d'apte/a o no apte/a."

De conformitat amb el que s'ha exposat, el reconeixement realitzat pels professionals mèdics ha de tenir per objecte determinar si en la persona concorre alguna causa d'exclusió mèdica de les previstes. Al tractar-se d'exclusions mèdiques, la seva concurrència necessàriament la d'observar un professional mèdic.

Així doncs, escau reiterar novament que era innecessari que Geseme, un cop efectuat el reconeixement mèdic a la persona denunciada, remetés a l'Ajuntament el full de recollida de dades (que contenia unes observacions sobre malformacions o lesions, l'exploració clínica i els resultats del test d'Ishihara, de dinamometria, de visió, d'espirometria, d'audiometria i de detecció de tires d'orina), l'analítica (de sang i d'orina), l'electrocardiograma, el qüestionari de salut i l'acta de requeriment (l'acta de recollida de la mostra d'orina, on constava la medicació que prenia la persona denunciada) o el document relatiu a la cadena de custòdia; així com tampoc no era necessari que en l'informe que elaborà un professional mèdic de Geseme en data 18/02/2019 es fes constar una circumstància (l'alteració moderada del perfil lipídic) que no es considerava una causa d'exclusió.

A l'últim l'entitat imputada invocava el principi de tipicitat en el seu escrit d'al·legacions a l'acord d'iniciació, per considerar que no li eren aplicables els principis relatius al tractament contemplats a l'article 5 de l'RGPD i que podia facilitar a l'Ajuntament totes les dades de salut que li proporcionà.

Al marge que les circumstàncies que a parer de l'entitat imputada vulneraven el principi de tipicitat ja han estat abordades, escau posar de manifest que el principi de tipicitat es troba regulat a l'article 27 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic. D'acord amb aquest principi, només constitueixen infraccions administratives les vulneracions de l'ordenament jurídic previstes com a tals infraccions per una Llei, sense perjudici del que disposa per a l'Administració local el títol XI de la Llei 7/1985, de 2 d'abril.

En el present cas, la infracció imputada a Geseme es troba prevista a l'RGPD i l'LOPDGDD. Així doncs, no es vulnera el principi de tipicitat.

Carrer Rosselló, 214, esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

3. En relació amb els fets descrits a l'apartat de fets provats, cal acudir a l'article 5.1.c) de l'RGPD, que regula el principi de minimització de les dades determinant que les dades personals seran *"adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados"*.

Tal com indicava la persona instructora, durant la tramitació d'aquest procediment s'ha acreditat degudament el fet descrit a l'apartat de fets provats, que és constitutiu de la infracció prevista a l'article 83.5.a) de l'RGPD, que tipifica la vulneració dels *"principios básicos del tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9"*, entre els quals es contempla el principi de minimització.

La conducta que aquí s'aborda s'ha recollit com a infracció molt greu a l'article 72.1.a) de l'LOPDGDD, en la forma següent:

"a) El tratamiento de datos personales que vulnera los principios i les garantías que establece el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679."

4. Al tractar-se Geseme, d'una entitat de dret privat, resulta d'aplicació el règim sancionador general previst a l'article 83 de l'RGPD.

L'article 83.5 de l'RGPD, preveu una sanció de multa 20.000.000 d'euros com a màxim, o tractant-se d'una empresa, d'una quantia equivalent al 4% com a màxim del volum de negoci total anual global de l'exercici financer anterior, optant-se per la de major quantia. Això, sens perjudici que, amb caràcter addicional o substitutiu, es puguin aplicar les mesures previstes a les diccions a) a h) i j) de l'article 58.2 RGPD.

En el present cas, tal com exposava la persona instructora en la proposta de resolució, escau descartar la possibilitat substituir la sanció de multa administrativa per la sanció d'amonestació prevista a l'article 58.2.b) RGPD, atès que la infracció afecta a l'essència del principi de minimització.

Un cop descartat que procedís substituir la sanció de multa administrativa per una amonestació, correspon determinar la quantia de la multa administrativa que correspon imposar. Segons el que estableixen els articles 83.2 RGPD i 76.2 LOPDGDD, i també de conformitat amb el principi de proporcionalitat consagrat a l'article 29 de la Llei 40/2015, tal com indicava la persona instructora en la proposta de resolució, escau imposar la sanció de 5.000.-euros (cinc mil euros). Aquesta quantificació de la multa es basa en la ponderació entre els criteris agreujants i atenuants que a continuació s'indiquen.

Com a criteris atenuants, s'observa la concurrència de les causes següents:

Carrer Rosselló, 214, esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

- El nombre reduït (1) de persones afectades i la duració de la infracció –la qual es consumà en el moment que Geseme proporcionà a l'Ajuntament tota la documentació vinculada al reconeixement mèdic practicat a la persona denunciant– (art. 83.2.a RGPD i 76.2.a LOPDGDD).
- El fet que no consti que Geseme hagi comès cap infracció amb anterioritat (art. 83.2.e RGPD).
- La manca de beneficis com a conseqüència de la comissió de la infracció, més enllà del preu que pagà l'Ajuntament pel reconeixement mèdic realitzat a la persona denunciant –96 euros– (art. 83.2.k RGPD i 76.2.c LOPDGDD).
- La manca de formalització d'un contracte d'encarregat del tractament per part del responsable del tractament en els termes establerts a l'article 28 de l'RGPD on s'estipulessin les instruccions del responsable (art. 83.2.k RGPD).

Per contra, com a criteris agreujants, cal tenir en compte els següents elements:

- La categoria de les dades personals afectades per la infracció –afectava a categories especials de dades– (art. 83.2.g RGPD).
- La vinculació de l'activitat de l'infractor amb la pràctica de tractaments de dades personals (art. 83.2.k i 76.2.b LOPDGDD).

5. D'altra banda, de conformitat amb l'article 85.3 de l'LPAC i tal com s'avançava a l'acord d'iniciació, si abans de la resolució del procediment sancionador l'entitat imputada reconeix la seva responsabilitat o fa el pagament voluntari de la sanció pecuniària, escau aplicar una reducció del 20% sobre l'import de la sanció provisionalment quantificada. Si hi concorren els dos casos esmentats, la reducció s'aplica de forma acumulada (40%).

L'efectivitat de les reduccions esmentades està condicionada al desistiment o la renúncia de qualsevol acció o recurs per la via administrativa contra la sanció (art. 85.3 de l'LPAC, *in fine*).

Doncs bé, tal com s'ha indicat en els antecedents, en data 09/11/2020 l'entitat imputada ha reconegut la seva responsabilitat. Així mateix, en la mateixa data ha abonat de manera avançada 3.000.-euros (tres mil euros), corresponents a la quantia de la sanció resultant un cop aplicada la reducció acumulada del 40%.

6. Davant la constatació de les infraccions previstes a l'art. 83 de l'RGPD en relació amb fitxers o tractaments de titularitat privada, l'article 21.3 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, faculta la directora de l'Autoritat perquè la resolució que declara la infracció estableixi les mesures escaients perquè cessin o se'n corregeixin els efectes. En el present cas, tal com indicava la persona instructora en la proposta de resolució, esdevé innecessari cap mesura per corregir els efectes de la infracció, atès que es tracta d'un fet ja consumat.

Carrer Rosselló, 214, esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

No obstant això, s'ha d'advertir a l'entitat imputada que, en aquells casos en què actui com a encarregada del tractament, proporcionar al responsable informació que no s'ajusti al principi de minimització de les dades pot infringir la normativa sobre protecció de dades.

Resolució

Per tot això, resolc:

1. Imposar a Geseme Asistencial, SL, la sanció consistent en una multa de 5.000.- euros (cinc mil euros), com a responsable d'una infracció prevista a l'article 83.5.a) en relació amb l'article 5.1.c), ambdós de l'RGPD.

No cal requerir mesures correctores per corregir els efectes de la infracció, de conformitat amb el que s'ha exposat al fonament de dret 6è.

2. Declarar que Geseme, en aplicació de l'article 85 de la LPAC, ha fet efectiu el pagament avançat de 3.000.-euros (tres mil euros), quantia que es correspon amb el 60% de l'import de la sanció pecuniària que la persona instructora proposava en la proposta de resolució.

3. Notificar aquesta resolució a Geseme.

4. Ordenar que es publiqui aquesta resolució al web de l'Autoritat (apdcat.gencat.cat), de conformitat amb l'article 17 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre.

Contra aquesta resolució, que posa fi a la via administrativa d'acord amb els articles 26.2 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, i 14.3 del Decret 48/2003, de 20 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, l'entitat imputada pot interposar, amb caràcter potestatiu, un recurs de reposició davant la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, en el termini d'un mes a comptar des de l'endemà de la seva notificació, d'acord amb el que preveuen l'article 123 i següents de l'LPAC. També pot interposar directament un recurs contenciós administratiu davant els jutjats contenciosos administratius, en el termini de dos mesos a comptar des de l'endemà de la seva notificació, d'acord amb els articles 8, 14 i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Si l'entitat imputada manifesta a l'Autoritat la seva intenció d'interposar un recurs contenciós administratiu contra la resolució ferma en via administrativa, la resolució se suspendrà cautelarment en els termes previstos a l'article 90.3 de l'LPAC.

Carrer Rosselló, 214, esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

Igualment, l'entitat imputada pot interposar qualsevol altre recurs que consideri convenient per defensar els seus interessos.

La directora,