



Examinada su solicitud de informe cúpleme informarle lo siguiente:

La consulta expone que en el marco de la negociación del acuerdo sobre la enseñanza concertada para los cursos 17-18 y 18-19, el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra pretende introducir una precisión (no añade en virtud de qué instrumento jurídico, o su rango normativo, etc.) respecto a la contratación del profesorado en los centros concertados. Dicha precisión iría destinada a que los centros concertados deban: (i) *“publicar el resultado de la selección [del profesorado] con mención expresa de los y las aspirantes presentados y puntuación que hayan obtenido”*. Y además que (ii) *“a los efectos de garantizar la máxima transparencia y publicidad, tanto las vacantes, como los criterios de selección del profesorado resultado de la misma citados en los puntos anteriores, serán publicados a su vez en la página web de las correspondientes patronales y habrá un link en la página web del Departamento de Educación que enlace con dicha página. En el proceso de publicación se respetará la ley de protección de datos para proteger los derechos del aspirante al puesto”*.

La consulta también expresa que *“el Departamento de Educación sostiene que no es preciso recabar el consentimiento de los interesados para realizar la cesión o comunicación de datos [en que consiste la publicación de dichos aspirantes y los resultados] con el siguiente argumento: puede entenderse que no es necesario el consentimiento de los afectados en tanto en cuanto los datos de los aspirantes y sus puntuaciones son una comunicación de datos necesaria para la finalidad para la que se recogen y son ellos los que voluntariamente se van a presentar a un procedimiento previamente establecido y transparente. Por ello, s[í] cabría la aplicación de lo dispuesto en los artículos 11.2.c) de la LOPD y 10.4 a) del RLOPD, es decir, que no es necesario el consentimiento "cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación solo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique”*.

Y además, continúa explicando la consulta que el Departamento de Educación añade literalmente lo siguiente: *“A mayor abundamiento, precisamente por el hecho de que todo aquel que decida presentarse a las vacantes ofertadas por los centros concertados conforme al nuevo sistema lo hará de forma voluntaria y a sabiendas del control ejercido por la Administración en cuanto a los criterios de selección y a la publicación de vacantes y resultados, incluso podría llegar a entenderse (sic) que ya existe un consentimiento por parte de los aspirantes que se presentan para la publicación de su nombre y de su puntuación conforme a los criterios de valoración previamente establecidos, de tal manera que cualquier vulneración de la ley orgánica de protección de datos quedaría descartada. Por último, no*



podemos olvidar que nos encontramos ante una situación en la que si bien las contrataciones objeto de este procedimiento se están realizando a través de entes colaboradores, que en este caso son entidades privadas, se están haciendo con dinero público (conciertos), lo que en realidad convierte al propio procedimiento de selección en un procedimiento también público, sin que por ella se vea menoscabada la libertad de empresa de los colegios concertados en el resto de sus actuaciones, y sin que pueda alegarse una vulneración como la pretendida, igual que no se produce en cualquier concurso-oposición o contratación-administrativa.

La consulta, en definitiva, inquiriere sobre la base jurídica del tratamiento en caso de la prevista (hipotética) publicación de los datos personales de los aspirantes a profesores de un centro concertado en la forma en que se ha descrito.

I

El art. 60 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, (LODE) en la redacción dada por la LO 8/2013, de 9 de diciembre, establece:

1. Las **vacantes** del personal docente que se produzcan en los centros concertados se **anunciarán** públicamente.
2. A efectos de su provisión, el Consejo Escolar del centro, de acuerdo con el titular, **establecerá los criterios de selección**, que atenderán **básicamente** a los principios de mérito y capacidad.
3. El titular del centro, junto con el director, procederá a la selección del personal, **de acuerdo con los criterios de selección que tenga establecidos el Consejo Escolar** del centro.
4. El titular del centro dará cuenta al Consejo Escolar del mismo de la provisión de profesorado que efectúe.
5. La Administración educativa competente verificará que los procedimientos de selección y despido del profesorado se realice de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores y podrá desarrollar las condiciones de aplicación de estos procedimientos.

El art. 61 de la LODE dice así:

1. En caso de **incumplimiento** de las obligaciones derivadas del régimen de concierto, se constituirá una **Comisión de Conciliación** que podrá acordar, **por unanimidad**, la adopción de las medidas necesarias, dentro del marco legal, para corregir la infracción cometida por el centro concertado.



2. La Comisión de conciliación estará compuesta por un representante de la Administración educativa competente, el titular del centro o persona en quien delegue y un representante del Consejo Escolar elegido por mayoría absoluta de sus componentes entre profesores o padres de alumnos que tengan la condición de miembros del mismo.
3. Las Administraciones educativas regularán el procedimiento al que deben someterse las comisiones de conciliación.
4. El incumplimiento del acuerdo de la Comisión de conciliación supondrá un incumplimiento grave del concierto educativo.
5. En el supuesto que la Comisión no llegue al acuerdo citado, la Administración educativa, vista el acta en que aquélla exponga las razones de su discrepancia, decidirá la instrucción del oportuno expediente en orden a la determinación de las responsabilidades en que hubieran podido incurrir las partes en litigio, adoptando, en su caso, las medidas provisionales que aconseje el normal desarrollo de la vida del centro.
6. Con ocasión de solicitud de autorización de cese de actividades, las Administraciones educativas correspondientes podrán imponer el cese progresivo de actividades a los centros que estén concertados o que lo hubieran estado en los dos años inmediatamente anteriores a la formulación de dicha solicitud, si se acreditan en el expediente correspondiente necesidades de escolarización en la zona de influencia del centro.
7. La Administración educativa **no podrá** adoptar en ningún caso medidas que supongan su **subrogación en las facultades respectivas del titular o del Consejo Escolar del centro**.

El art. 26 del Decreto Foral 416/1992, de 14 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de normas sobre conciertos educativos, dice así:

1. Formalizado el concierto, el titular del centro educativo deberá adoptar las medidas precisas para la constitución del Consejo Escolar y consiguiente designación del director con anterioridad al inicio del curso académico siguiente.
2. El Consejo Escolar del Centro se constituirá de acuerdo con un procedimiento que garantice la publicidad y objetividad del proceso electoral, así como el carácter personal, directo, igual y secreto del voto de los miembros de la comunidad escolar.
3. A partir de la fecha de constitución del Consejo Escolar del centro concertado, **las vacantes que se produzcan entre el personal educativo se cubrirán de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 60 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio**. No obstante, se exceptuarán de este procedimiento aquellas vacantes que se cubran por quienes, encontrándose en alguna de las situaciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores, tengan derecho a reincorporarse al puesto de trabajo, o por las personas a las que se refiere la disposición



adicional cuarta, punto 1; así como, en su caso, las vacantes procedentes de supresión de unidades concertadas, con arreglo a los acuerdos que pudieran establecerse entre la Administración educativa y las organizaciones empresariales y sindicales.

II

El art. 3, letra i) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (LOPD) define cesión o comunicación de datos como *toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.*

La publicación que se pretende *de los y las aspirantes presentados y puntuación que hayan obtenido* sería una cesión o comunicación de datos.

El art. 11.1 LOPD dice que los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario *con el previo consentimiento del interesado.* El art. 11.2 exceptúa de dicha necesidad de contar con el consentimiento (entre otros casos que ahora no son de relevancia): *a) Cuando la cesión está autorizada en una ley. b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público. c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.*

En el presente caso parece descartarse la existencia de una ley que ampare la publicación de los aspirantes y sus resultados, ya que en primer lugar no es mencionada por los razonamientos transcritos de la Administración, pero además no resulta del art. 60 LODE que incluya directamente dicha publicación, por cuanto tan sólo hace referencia a la publicidad de las “vacantes”, pero no de los “aspirantes”, ni de quienes han obtenido el puesto.

Tampoco parece resultar aplicable lo establecido en la letra b) relativa que los datos se hayan recogidos de fuentes accesibles al público, ciertamente.

Y esta Agencia es de la opinión de que no es atendible el razonamiento que realiza, según refiere el consultante, la administración educativa de Navarra en el sentido de entender que sería aplicable lo dispuesto en el apartado c) del art. 11 LOPD, por cuanto si bien la aceptación por los aspirantes de la relación jurídica que comportaría su contratación por el centro concertado puede ser libre y legítima (en cuanto que voluntariamente se presentan al puesto), no se advierte cuál es la finalidad que justifica dicha



cesión de datos a cualquier tercero mediante la publicación de los aspirantes, ya que expresamente el apartado c) requiere que el desarrollo, cumplimiento y control de dicha relación jurídica laboral en que consiste la contratación por parte del centro concertado del Profesor correspondiente requiera *necesariamente* la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. Y la administración no explica cuál es (i) la *necesidad* que justifica dicha comunicación, en el sentido del artículo 11.1 c) ni (ii) cuál es la razón de “desarrollo, cumplimiento o control” que justifica “necesariamente” dicha cesión.

No se vislumbra que pueda ser la de “control”, entre otras razones porque los artículos 60 y 61 LODE prevén un sistema en el cuál los criterios de selección son establecidos conjuntamente por el titular del centro y por el consejo escolar, que atenderán “básicamente” (ni siquiera *exclusivamente*, dado que se trata de centros privados y pueden tener en cuenta distintos criterios) a los principios de mérito y capacidad. La selección de personal la realiza el titular del centro junto con el director de acuerdo con los criterios de selección establecidas por el consejo escolar. Y corresponde a la administración educativa competente verificar que “los procedimientos” de selección y despido del profesorado se realicen de acuerdo con lo dispuesto en la ley, para lo cual ciertamente podrán pedir la información que consideren necesaria. En caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de concierto –lo que incluirá ciertamente la provisión de las vacantes de profesorado de manera distinta a lo previsto en el artículo 60 LODE- el artículo 61 LODE prevé que para dichos casos se constituirá una Comisión de conciliación que por unanimidad podrá acordar las medidas necesarias para corregir dicha infracción. Por lo tanto, la administración tiene medios para verificar y comprobar que la selección de personal en los centros concertados se realice de conformidad con lo establecido en la ley sin necesidad de que se proceda a la publicación de los datos personales de los aspirantes. En definitiva, no se prevé en el texto legal la necesidad de publicación de los aspirantes a los puestos de profesorado de centros concertados.

No resulta aceptable tampoco una argumentación como la realizada por la administración de que “*incluso podría llegar a entenderse que ya existe un consentimiento por parte de los aspirantes que se presentan para la publicación de su nombre*”, es decir, una suerte de consentimiento tácito de que por el mero hecho de presentarse a la convocatoria de un puesto de trabajo en una empresa privada asumen que ello conlleva la necesidad de publicación de sus datos. Y ello no es entendible porque el consentimiento ha de ser “inequívoco”, (art. 6 LOPD) luego cualquier razonamiento del tipo “*podría llegar a entenderse*” (o similar) determina que dicho consentimiento no será inequívoco. En cualquier caso dicho consentimiento tácito sería todo caso revocable, por lo que cualquier justificación de dicha cesión de datos en un supuesto consentimiento tácito determinaría que habrá que considerar igualmente aplicable en todo caso la revocación en cualquier momento, de suerte que la revocación de dicho consentimiento con anterioridad a la



publicación de los datos de los aspirantes (que, recuérdese, se produce al final del procedimiento selectivo dado que se ha de publicar la puntuación obtenida en dicho procedimiento) ha de determinar que no pueda publicarse en dicha relación de aspirantes los datos personales de aquel que hubiera revocado su consentimiento.

Por último, no cabe compartir con carácter general la afirmación sentada por la administración de que al utilizarse en este procedimiento fondos públicos (del concierto) *“se convierte al propio procedimiento de selección en un procedimiento también público”*, por cuanto el régimen jurídico al que se somete la contratación de un Profesor en un centro privado estará sujeto con carácter general al estatuto de los trabajadores y no al régimen estatutario propio de la función pública. Una cosa es que el régimen de contratación de profesores en centros concertados sea objeto de una mayor o menor intervención pública en razón de los fondos públicos que se puedan utilizar (y a eso responden las cautelas previstas en el artículo 60 y 61 LODE) y otra distinta que ello sustraiga la naturaleza jurídico privada de que gozan los contratos de profesores realizados por centros concertados.

En cualquier caso, de todas maneras, el consentimiento no podría considerarse en ningún caso como *“libremente”* otorgado, -requisito que se requiere expresamente la normativa de protección de datos (art. 3 h) LOPD),- si no se le permitiese al interesado excluir en dicho procedimiento de contratación del profesorado la posible cesión de sus datos mediante la publicación de los mismos. Véase al respecto, por su carácter clarificador, el considerando 42 del RGPD, que establece: *El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno*. A lo que se añade el Considerando 43 del mismo, en su primer párrafo: *Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este 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*.