

N/REF: 0002/2022

La consulta plantea si es conforme al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD en lo sucesivo) y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD en lo sucesivo) la publicación en un proceso selectivo de acceso al empleo público, de la lista de admitidos y excluidos con la indicación del turno por el que se participe, en concreto, por el turno de discapacidad. Se plantea si tal condición -la de discapacidad- debería ser privada y por tanto utilizarse otros medios de identificación como el DNI o algún código alfanumérico.

I

En primer lugar, debemos analizar la condición del dato sobre discapacidad y el régimen jurídico que le es de aplicación.

Como punto de partida debe tenerse en cuenta lo indicado en el Artículo 22 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 ratificado por España mediante Instrumento publicado en el B.O.E de 21/04/2008, que dispone lo siguiente:

Artículo 22. Respeto de la privacidad.

1. Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones.
2. Los Estados Parte protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Esta Agencia ha tenido ocasión de pronunciarse indicando que **el dato sobre discapacidad es un dato de salud y por tanto está dentro de las**

categorías especiales de datos que requieren un régimen especial de protección.

Así, con anterioridad a la entrada en vigor del RGPD, en el Informe 178/2014 se indicaba que estamos ante un dato especialmente protegido (aquellos previstos en el artículo 7 de la LOPD y hoy día previstos en el artículo 9 del RGPD), sea cual fuere el tipo de discapacidad: *el carácter de especialmente protegido no es predicable del tipo de discapacidad, sino de la mera existencia de la misma*. Se consagraba así una interpretación extensiva e integradora del concepto para dotar de la máxima protección a los titulares de este tipo de datos.

En este orden de cosas, como ejemplo de la especial protección de las categorías especiales de datos, como es la discapacidad, es preciso resaltar lo indicado en el artículo 5.3 de la 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que a los efectos de la misma prevé que:

3. Serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos.

Más recientemente, en el Informe 117/2019 se indica lo siguiente:

(...) /

El artículo 4.15 del RGPD define como «datos relativos a la salud», aquellos datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud;

Por su parte el Considerando (35) Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. (...) todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente,

por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro.

De lo expuesto debe concluirse que la información relativa a la condición de discapacidad de un trabajador es un dato de salud, y por tanto debe incluirse dentro de las “categorías especiales de datos” de acuerdo con el artículo 9 del RGPD.

II

El tratamiento de datos especiales debe encontrar cobertura en el artículo 9.2 RGPD y una vez excepcionada la prohibición general, hay que acudir a los supuestos del artículo 6 RGPD para dar licitud al tratamiento en cuestión. Así lo indicó el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (cuyas funciones han sido asumidas por el Comité europeo de Protección de Datos) en su dictamen “Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679” al indicar que (...) Los responsables del tratamiento solo pueden tratar datos personales de categoría especial si se cumplen una de las condiciones previstas en el artículo 9, apartado 2, así como una condición del artículo 6. (...).

Establece el artículo 9 del RGPD, en su apartado 1 la prohibición general de tratamiento de aquellos datos (...) que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física (...).

En su apartado 2 se recogen las excepciones que levantan la prohibición al indicar que no será de aplicación en los siguientes supuestos:

(...) 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;

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 de los intereses del interesado;

c) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento;

d) el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados;

e) el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos;

f) el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial;

g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado;

h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3;

i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y

específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional,

j) el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado. (...)

Por su parte, el artículo 6 del RGPD establece los supuestos que permiten que el tratamiento de datos sea considerado lícito, a cuyo tenor se indica lo siguiente:

1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;

b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

Como se ha puesto de manifiesto, los artículos 6 y 9 del RGPD determinan los supuestos que permiten el tratamiento de datos personales, con carácter general, y con carácter específico respecto de las categorías especiales de datos, respectivamente.

Por su parte el artículo 8 de la LOPDGDD bajo la rúbrica “Tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos” establece lo siguiente:

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

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

(...)

Es decir, para el tratamiento del dato de discapacidad debería darse alguna circunstancia que exceptuara la prohibición general de tratamiento del apartado 1 del artículo 9 RGPD y además cumplirse un supuesto legitimador del tratamiento de acuerdo con el artículo 6 del RGPD.

Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de los restantes principios previstos en el artículo 5 del RGPD, y en especial el de minimización tal como se analizará su aplicación al caso concreto durante el presente informe.

II

Sobre la legitimación para el tratamiento de categorías especiales de datos en procesos selectivos al empleo público, en el Informe 86/2020 se analizó, de un lado el régimen jurídico de acceso al empleo público que era de aplicación al caso concreto y en segundo término, se puso en valor el carácter jurídico de la relación que se establece entre el participante y la administración pública convocante desde el punto de vista de la vinculación con las bases de la convocatoria, la obligatoriedad de su cumplimiento y naturaleza jurídica:

(...) IV

Como se ha dicho antes, el consentimiento resultará inadecuado tanto para levantar la prohibición de tratamiento de datos especialmente protegidos, (artículo 9.2 a) RGPD) como para servir de base jurídica que de licitud al tratamiento (artículo 6.1 a) RGPD). Ahora bien, debe resaltarse que, de la conducta del aspirante al solicitar su participación en el proceso selectivo, se deriva inevitablemente la producción del tratamiento de sus datos. Con la presentación de la solicitud muestra adhesión a los actos y consecuencias que se derivan de la ejecución del proceso selectivo.

*En efecto, la participación en un proceso selectivo es un acto jurídico del que obviamente nace **una relación jurídica entre el aspirante y la administración convocante** y como tal, además de regularse por las normas que les son de aplicación por razón de la materia y especialidad, debe estar presidida **por los principios generales del derecho** previstos en el Código Civil y recogidos en una reiteradísima jurisprudencia, entre los que cabe destacar el principio de la buena fe (artículo 7.1 CC) y la doctrina que de él se deriva referida a **la prohibición de ir contra los actos propios**,*

Cuando se solicita la participación en un proceso selectivo, se muestra la aquiescencia a someterse a las normas del mismo, es decir, a las bases del proceso, que de un lado, resultan ser las reglas del juego, la ley del contrato o de la relación jurídica que acaba de perfeccionarse, y de otro, si no han sido recurridas en los plazos legalmente establecidos, resultan ser firmes e inatacables sin que su contenido (salvo supuestos de nulidad de pleno derecho, STS nº 1040/2019 de 19 de julio) pueda ser en modo alguno discutido una vez conocido el resultado del proceso selectivo.

Así lo recoge la jurisprudencia (por todas la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 8 Mar. 2006, Rec. 6077/2000) «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, no pudiéndose modificar sino de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley 30/1992. Tal planteamiento tenía su reflejo normativo en el artículo 3 del Real Decreto 1411/1968, de 27 de junio, que aprobó el Reglamento General de Ingreso en la Administración Pública, y se plasmó en el artículo 13.4 y 5 del Reglamento aprobado por Real Decreto 364/1995,

de 10 de marzo, lo que supone que el procedimiento selectivo debe ajustarse a las previsiones contenidas en las bases».

Teniendo en cuenta la vinculación que nace de la relación jurídica, no es conforme a derecho impedir que se produzcan las consecuencias derivadas de su ejecución, ni por parte del aspirante, ni por parte de la administración convocante (las partes en este contrato). Entre las que merece destacar el tratamiento de datos de salud, ya que supondría contravenir la doctrina de la prohibición de ir en contra de los actos propios, que informa cualquier relación jurídica, derivada del principio de buena fe (artículo 7.1 Código Civil)

El Tribunal Supremo, a través de una extensa jurisprudencia, establece las bases, requisitos y contenido de esta regla. Así, “es reiterada doctrina de esta Sala la de que el principio general del derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.”

“esta Sala viene exigiendo, para que los denominados actos propios sean vinculantes, que causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo (SS., entre muchas otras, de 27 de julio y 5 de noviembre de 1987; 15 de junio de 1989; 18 de enero y 27 de julio de 1990), además de que el acto ha de estar revestido de cierta solemnidad, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza (SS de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988), lo que no puede predicarse de los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia” (por todas STS 30/10/1995).

*Por lo tanto, debe concluirse que, **el participante en un proceso selectivo a la función pública establece libremente una relación jurídica con la administración, y, por tanto, asume indudablemente***

la consecución los actos que se derivan de dicha relación, entre los que se encuentran someterse a los ejercicios y pruebas previstas en las bases que regulan el proceso y que conlleva un tratamiento de datos personales.

Puede explicarse esta conclusión, a meros efectos dialécticos y no para levantar la prohibición ex artículo 9.2 RGPD, desde la perspectiva del núcleo esencial del supuesto previsto en el artículo 6.1 b) del RGPD, que da licitud al tratamiento de datos cuando es necesario para la ejecución de un contrato, es decir, de una relación jurídica. En este caso, una vez aceptada la relación jurídica derivada de la firma de las oposiciones el tratamiento de datos que se derive de las mismas es consustancial y necesario para llevar a término la citada relación.

A lo que hay que añadir conceptos como la previsibilidad del tratamiento y expectativa (subjética y objetiva) de privacidad, que confluyen en el aspirante respecto del tratamiento de su información personal -incluida de salud- derivado de su participación en el proceso selectivo conforme a unas reglas que recogen expresamente ese tipo de tratamientos y que voluntariamente se han aceptado.

V

Procede abordar a continuación y de manera conjunta, los supuestos previstos en los apartados b) y h) del artículo 9.2 del RGPD, en tanto que estamos ante el eventual nacimiento de una relación laboral pues, aunque la función pública no se rige, en puridad, por normas laborales sino por el derecho administrativo estatutario de los funcionarios públicos, la interpretación que de ella se deriva, comparte, en términos generales, la misma naturaleza jurídica.

La prueba de aptitud psicofísica o médica en los procesos selectivos cumple la finalidad de verificar la existencia en el aspirante de unos requisitos exigibles según el puesto de trabajo a desarrollar, es decir, pretenden evaluar la capacidad laboral del trabajador y, por tanto, su adecuación al ejercicio profesional.

El apartado b) exige para este tratamiento 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 de los intereses del interesado y el apartado h) requiere que se ofrezcan garantías cuando el tratamiento sea realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional, o bajo su responsabilidad, de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o con

las normas establecidas por los organismos nacionales competentes, o por cualquier otra persona sujeta también a la obligación de secreto de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o de las normas establecidas por los organismos nacionales competentes.

Por lo tanto, el tratamiento que realicen los servicios médicos dispuestos a tal fin, y el que lleven a cabo los miembros del Tribunal Calificador del proceso selectivo debe realizarse al abrigo de determinadas garantías que se establezcan en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

En este sentido procede citar que los miembros del Tribunal Calificador, en tanto empleados públicos, están sometidos a los deberes de confidencialidad o secreto derivado de lo previsto en los artículos 52 y 53.12 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. (EBEP en lo sucesivo)

*Por su parte, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, (y que se aplica a la corporación local de Fuente el Fresno a la que se refiere la consulta) **recoge expresamente este deber de confidencialidad en su artículo 37** al identificar como unos de los principios rectores “la confidencialidad en la actuación de los órganos de selección”.*

Todo ello sin perjuicio de que, en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, se tipifica como falta muy grave en el artículo 95.2 EBEP la publicación o utilización indebida de la información a que tengan acceso por razón de su función, y en el propio Código Penal se considera delito la revelación de secretos por funcionario público en su artículo 198.

En cuanto a los profesionales médicos, estos están comprometidos con la confidencialidad médica cuyo origen se remonta al juramento hipocrático, y que tiene su reflejo en la legislación vigente tanto en la Ley General de Sanidad (artículo 10), como en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (artículos 7 y 16), que recogen el derecho que los pacientes tienen a la confidencialidad de toda la información relacionada con su salud.

A lo que hay que añadir, igual que en el caso de los funcionarios públicos, que el Código Penal considera delito el incumplimiento por

parte de un profesional de su deber de sigilo o reserva, en su artículo 199.2.

*Asimismo, y siguiendo con las garantías que se prevean en el ordenamiento jurídico de los Estados miembro, debe tenerse en cuenta además del **principio de confidencialidad** previsto en el artículo 5.1 f) y de la **seguridad del tratamiento** del artículo 32 ambos del RGPD, la propia Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, establece en su artículo 5 bajo la denominación de “Deber de Confidencialidad” lo siguiente:*

- 1. Los responsables y encargados del tratamiento de datos, así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679.*
- 2. La obligación general señalada en el apartado anterior será complementaria de los deberes de secreto profesional de conformidad con su normativa aplicable.*
- 3. Las obligaciones establecidas en los apartados anteriores se mantendrán aun cuando hubiese finalizado la relación del obligado con el responsable o encargado del tratamiento.*

De acuerdo con lo expuesto, el tratamiento de datos que lleven a cabo, tanto el personal que realicen las pruebas médicas, como los miembros del Tribunal Calificador, está sometido a unas garantías específicas de seguridad, indemnidad y confidencialidad, en los términos previstos en los preceptos indicados.

Por lo tanto, podemos encontrar en los apartados b) y h) del artículo 9.2 RGPD los supuestos que levantan la prohibición general de tratamiento de las categorías especiales de datos.

(...)

El citado informe, al analizar ya la concurrencia de alguna base jurídica del artículo 6 del RGPD, concluyó sobre la base del previo análisis de la normativa de función pública que (...) el tratamiento de datos personales derivado del proceso selectivo a la función pública encuentra su legitimación en los apartados, b) c) y e) del artículo 6 del RGPD (...).

Pues bien, tales consideraciones son aplicables al presente caso pues el tratamiento de datos de discapacidad en procesos selectivos al empleo público es una obligación legal y además resulta necesario para el ejercicio de competencias propias atribuidas por ley.

En efecto, el artículo 59 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), establece lo siguiente:

1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública

Del citado artículo se desprende que resulta obligatorio en las ofertas de empleo público hacer una reserva de plazas para personas con discapacidad, en consecuencia, resulta obligatorio el tratamiento del dato referido a la condición de discapacitado.

Y en cuanto a la atribución competencial, en el ámbito de la Administración General del Estado, el artículo 3.2 g) atribuye al Gobierno la aprobación de la Oferta de Empleo Público, y el Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado, atribuye en su artículo 9 la competencia para convocar a los *Departamentos a los que figuren adscritos los correspondientes Cuerpos y Escalas de funcionarios procederán a la convocatoria de los procedimientos selectivos de acceso para las vacantes previstas de dichos Cuerpos o Escalas, previo informe favorable de la Dirección General de la Función Pública.*

Y el artículo 11 EBEP hace lo propio con las Comunidades Autónomas al indicar que, mediante ley de sus respectivas asambleas legislativas, procederá a ordenar su función pública propia. Y finalmente, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 4 atribuye a los entes locales la potestad de reglamentaria y de autoorganización.

Asimismo, tal como se indica en el Informe 86/2020, y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la relación entre el participante en el proceso selectivo y la administración pública convocante, resultaría necesario el tratamiento del dato de discapacidad para la ejecución del “contrato” que surgiera de la superación final del proceso selectivo:

Por otra parte, como se ha señalado antes, el participante en el proceso selectivo se encuentra vinculado con la administración convocante por la relación jurídica que se entabla al participar en el proceso selectivo. Tal como indica la jurisprudencia citada, las bases generales son la ley del contrato entre ambos.

Por lo que, haciendo una interpretación extensiva del concepto de relación jurídica, en la línea jurisprudencial indicada, sería aplicable desde el derecho a la protección de datos el supuesto legitimador previsto en el artículo 6.1 b) del RGPD, el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

Por lo tanto, el tratamiento del dato relativo a la condición de discapacidad que, con carácter general realizan las administraciones públicas en la provisión de empleo público, resulta conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 b) y artículo 6.1 b), c) y e) del RGPD.

III

En cuanto al tratamiento referido a la **publicación** del dato de discapacidad por así encontrarse en las listas de admitidos y excluidos, debe indicarse, en primer lugar, que el artículo 55 del EBEP establece como uno de los principios rectores que debe informar el acceso al empleo público, además de los constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el de transparencia.

Y en materia de provisión de puestos de trabajo, el artículo 78 también consagra el principio de publicidad en los siguientes términos:

“1. Las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”.

Por su parte el Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo, antes citado establece en su artículo 5 la aplicación del principio de publicidad; y así lo aplica a lo largo de su articulado, por ejemplo, en el artículo 20 bajo la denominación “Lista de admitidos y excluidos” lo siguiente:

1. Expirado el plazo de presentación de solicitudes, la autoridad convocante dictará resolución, en el plazo máximo de un mes, declarando aprobada la lista de admitidos y excluidos. En dicha resolución, que deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», se indicarán los lugares en que se encuentran expuestas al público las listas certificadas completas de aspirantes admitidos y excluidos, señalándose un plazo de diez días hábiles para subsanación y determinándose el lugar y fecha de comienzo de los ejercicios y, en su

caso, el orden de actuación de los aspirantes. Las citadas listas deberán ponerse de manifiesto, en todo caso, en la Dirección general de la Función Pública, en el Centro de Información Administrativa del Ministerio para las Administraciones Públicas y en las Delegaciones del Gobierno y Gobiernos Civiles.

2. Cuando el procedimiento selectivo lo permita, no será preceptiva la exposición al público de las listas de aspirantes admitidos, debiendo especificarse así en la correspondiente convocatoria. En estos casos, la resolución, que debe publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», deberá recoger el lugar y la fecha de comienzo de los ejercicios, así como la relación de los aspirantes excluidos con indicación de las causas y del plazo de subsanación de defectos.

3. La publicación de la Resolución en el «Boletín Oficial del Estado» será determinante de los plazos a efectos de posibles impugnaciones o recursos.

Y en el artículo 22 bajo la denominación “Relación de aprobados” dispone que:

1. Una vez terminada la calificación de los aspirantes, los Tribunales o las Comisiones Permanentes de Selección harán pública la relación de aprobados por orden de puntuación en los locales en donde se haya celebrado la última prueba, siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 14.2 de este Reglamento. Dicha relación se elevará a la autoridad competente, que la publicará en el «Boletín Oficial del Estado»

En lo que atañe a los procedimientos de promoción profesional, también se consagra el principio de publicidad, tanto de la convocatoria como de la resolución, en el artículo 38, así como particularizado en los artículos 42 y 52 del mismo Reglamento.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LAPACP) establece en su artículo 45 lo siguiente:

1. Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente.

En todo caso, los actos administrativos serán objeto de publicación, surtiendo ésta los efectos de la notificación, en los siguientes casos:

(...)

b) Cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el medio donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos.

(...)

3. La publicación de los actos se realizará en el diario oficial que corresponda, según cual sea la Administración de la que proceda el acto a notificar.

De acuerdo con los preceptos transcritos, y con el principio de transparencia, se establece la obligación de publicar la resolución que declara la lista de admitidos y excluidos y el lugar dónde figuran expuestas; y cuando el procedimiento lo permita podrán no publicarse la lista de admitidos. También deberá publicarse la relación de aprobados del proceso selectivo, con carácter general en el BOE y en las sedes de determinados organismos relacionados con el proceso selectivo o en el Diario oficial correspondiente. Asimismo, resulta una obligación de publicación expresa cuando se trate de procedimiento de concurrencia competitiva. (Artículo 45.1 b) LPACAP).

Es decir, **la legitimación sobre el tratamiento de datos concreto consistente en la publicación de las listas de participantes, y en su caso, aprobados, por el turno de discapacidad en un procedimiento de concurrencia competitiva se encontraría en el artículo 6.1 c) RGPD.**

IV

Dicho lo anterior, para que un tratamiento de datos personales sea conforme al RGPD, no sólo debe encontrarse un supuesto habilitante, sino que **hay que cumplir los restantes principios del tratamiento de datos.**

Resultan especialmente reseñables los de minimización, confidencialidad y en último término el de responsabilidad proactiva. Así el artículo 5.1 del RGPD indica que los datos personales serán:

c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);

f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

Y en el apartado 2 del citado artículo 5 RGPD se indica que:

2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).

El caso planteado hace referencia a la publicación de unas listas en las que se distinguen aquellos participantes en el proceso selectivo que han participado por el turno general y las que han participado por el turno de discapacitados, y se propone respecto de estos últimos, la posibilidad de identificar a éstos últimos con el DNI o un código alfanumérico.

Pues bien, en primer lugar, debe indicarse que en la consulta no se aporta información adicional sobre dicha publicación, es decir, si se realiza de modo *On line*, y en caso afirmativo si el acceso es libre o mediante identificación, si se realiza en tabloneros de anuncios ordinarios de determinados edificios de la administración pública convocante y si éstos son de libre acceso al público o restringido, etc., es decir, existen elementos de gran relevancia que deberían ser tenidos en cuenta a la hora de la aplicación de los citados principios.

Ahora bien, respecto del cómo se debe llevar a cabo dicha publicación, o, dicho de otro modo, **cómo se ha de conjugar el principio de publicidad y transparencia de los procesos selectivos con el derecho a la protección de datos**, conviene en primer lugar poner de manifiesto un ejemplo de la doctrina que se ha ido sosteniendo los tribunales de justicia.

En primer lugar, el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 2487/2016 de 22 noviembre, parte de la siguiente premisa:

La publicidad es condición necesaria para asegurar el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no cabe afirmar que haya fases de los procesos selectivos de carácter privado, ni que los aspirantes no tengan derecho a conocer los ejercicios de aquellos con los que compiten cuando reclamen su derecho fundamental a acceder al empleo público.

Por su parte, la Sentencia de 26 de abril de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que cita a su vez la recaída en el recurso 215/2010, señaló (el subrayado es nuestro):

“Por lo tanto, una de las excepciones a la exigencia de consentimiento para el tratamiento de datos es el de la colisión con intereses generales ó con otros derechos de superior valor que hagan decaer la protección de datos por la preferencia que deba concederse a ese otro interés.

En el caso presente, al tratarse de un procedimiento de concurrencia competitiva debemos atender a lo que señala el artículo 103 de la

Constitución cuando afirma que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. (párrafo 1) y cuando afirma en el párrafo 3 que "La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad ..." (todo ello en relación con lo previsto en el artículo 23 C.E. al que nos referiremos más adelante.

*Obviamente, **las garantías que exige el tratamiento de datos personales no pueden servir para empañar o anular estas exigencias generales que obligan a que los procesos se conduzcan cumpliendo unas mínimas exigencias de transparencia y publicidad.** La superioridad de estos otros valores aconseja que en este caso se entienda que no era exigible el consentimiento del interesado para el tratamiento del dato de la nota consistente en su comunicación por el sindicato ahora recurrente.*

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

*Es cierto que la Ley Orgánica 15/1999 no recoge expresamente exenciones o excepciones al régimen de tratamiento de datos personales en ella contenida con fundamento en las garantías de transparencia de los procesos competitivos por lo que será preciso ponderar los intereses en conflicto para poder determinar cuál de ellos debe prevalecer. **Efectuada dicha ponderación, y valorando las circunstancias que aquí concurren, es claro para este Tribunal que debe prevalecer en este caso la garantía de publicidad y transparencia del proceso competitivo sobre el derecho a la protección de datos.** (No es infrecuente que esta Sala debe realizar este tipo de ponderaciones ó valoraciones; basta remitirse a la sentencia del recurso 331/2005; DF 2/2010 o 862/2009).*

Por lo tanto, será procedente la estimación del recuso y la anulación de la resolución recurrida sobre la base de la prevalencia del interés general tomando en consideración que, como es natural, solo se amparará dicho uso dentro de los fines relativos al mismo procedimiento

de concurrencia competitiva en aplicación de los límites que señala el artículo 4 de la LOPD (...)”.

Es decir, se sostiene que hay que hacer un ejercicio de ponderación, y que la garantía de publicidad y transparencia en un procedimiento de concurrencia competitiva ha de prevalecer, teniendo en cuenta el caso concreto, sobre el derecho a la protección de datos.

Ahora bien, resulta relevante la remisión a los límites del artículo 4 de la LOPD, esto es a la proporcionalidad, que hoy debe entenderse hecha al principio de minimización.

V

Teniendo en cuenta lo anterior, la entrada en vigor del RGPD y de la LOPDGDD supone, entre otras cuestiones, la aplicación por parte de los responsables y encargados del tratamiento, del principio de responsabilidad activa y fruto del mismo, el análisis del riesgo y la aplicación de principios como el de protección de datos desde el diseño y por defecto, tal como a continuación se analiza.

Todo ello sobre la base de que la publicación de los datos personales de un participante en un proceso selectivo por el turno de discapacidad hace que se revele tal condición y que, en determinados casos, pueda provocar situaciones de discriminación, estigmatización y, en último término, riesgo de exclusión social. Circunstancia que es la que se desprende de la consulta que se pretende evitar con otro tipo de identificación como se propone.

En efecto, en aplicación del principio de responsabilidad proactiva del que son acreedores los responsables del tratamiento debe tener en cuenta la “protección de datos desde el diseño y por defecto” que establece el artículo 25 del RGPD

1. Teniendo en cuenta el estado de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que entraña el tratamiento para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la seudonimización, concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos, como la minimización de datos, e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir los requisitos del presente Reglamento y proteger los derechos de los interesados.

2. El responsable del tratamiento aplicará las medidas técnicas y organizativas apropiadas con miras a garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento. Esta obligación se aplicará a la cantidad de datos personales recogidos, a la extensión de su tratamiento, a su plazo de conservación y a su accesibilidad. Tales medidas garantizarán en particular que, por defecto, los datos personales no sean accesibles, sin la intervención de la persona, a un número indeterminado de personas físicas.

(...)

En el mismo sentido, el Considerando 78 del RGPD establece que:

(78) (...) A fin de poder demostrar la conformidad con el presente Reglamento, el responsable del tratamiento debe adoptar políticas internas y aplicar medidas que cumplan en particular los principios de protección de datos desde el diseño y por defecto. Dichas medidas podrían consistir, entre otras, en reducir al máximo el tratamiento de datos personales, seudonimizar lo antes posible los datos personales, dar transparencia a las funciones y el tratamiento de datos personales, permitiendo a los interesados supervisar el tratamiento de datos y al responsable del tratamiento crear y mejorar elementos de seguridad.
(...)

Como puede observarse la protección de datos desde el diseño y por defecto, está íntimamente ligada con el principio de minimización y con medidas como la seudonimización.

Por su parte, la LOPDGDD en el CAPÍTULO I Disposiciones generales. Medidas de responsabilidad activa establece en el Artículo 28 bajo la denominación “Obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento” lo siguiente:

1. Los responsables y encargados, teniendo en cuenta los elementos enumerados en los artículos 24 y 25 del Reglamento (UE) 2016/679, determinarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el citado reglamento, con la presente ley orgánica, sus normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable. En particular valorarán si procede la realización de la evaluación de impacto en la protección de datos y la consulta previa a que se refiere la Sección 3 del Capítulo IV del citado reglamento.

2. Para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior los responsables y encargados del tratamiento tendrán en cuenta, en particular, los mayores riesgos que podrían producirse en los siguientes supuestos:

a) Cuando el tratamiento pudiera generar situaciones de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico, moral o social significativo para los afectados. (...)

c) Cuando se produjese el tratamiento no meramente incidental o accesorio de las categorías especiales de datos a las 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. (...)

e) Cuando se lleve a cabo el tratamiento de datos de grupos de afectados en situación de especial vulnerabilidad y, en particular, de menores de edad y personas con discapacidad.

f) Cuando se produzca un tratamiento masivo que implique a un gran número de afectados o conlleve la recogida de una gran cantidad de datos personales. (...)

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la LPACAP reconoce en su artículo 13 como Derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas, en su apartado h) del derecho *A la protección de datos de carácter personal, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas.*”

Y en su artículo 40.5, dispone que:

“Las Administraciones Públicas podrán adoptar las medidas que consideren necesarias para la protección de los datos personales que consten en las resoluciones y actos administrativos, cuando éstos tengan por destinatarios a más de un interesado.”

Teniendo en cuenta lo anterior, el responsable del tratamiento de los datos de los participantes en el proceso selectivo en cuestión tras analizar los posibles riesgos para los derechos y libertades de los participantes debe aplicar medidas desde el punto de vista de la minimización y protección de datos por

defecto que permitan su coexistencia con el principio de publicidad y transparencia que informan los procesos de concurrencia competitiva.

Las medidas que se analizan y proponen en las conclusiones del presente informe podrían resultar adecuadas y recomendables, incluso para la publicación del listado del turno de acceso libre, teniendo en cuenta los riesgos derivados del estado de la tecnología actual y la exponencial transmisión y publicación de cualquier información que se produce a través de internet.

En consecuencia, se proponen medidas aplicables con carácter general a la publicación de datos personales en los procesos selectivos, aplicables a ambos turnos de participación, cuya concreción e implementación corresponde en todo caso al responsable del tratamiento en cumplimiento del principio de responsabilidad activa, y que con independencia de las que considere oportunas, deberá tener en cuenta la especial protección que requiere el dato de discapacidad.

VI

Sobre qué medidas concretas se pueden llevar a cabo conviene partir del principio de proporcionalidad, a la hora de aplicar conjuntamente el derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art.23.3 CE) y el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE) tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero:

“En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66] , F. 5; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55] , FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 270] , F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37] , F. 8; 186/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 186] , F. 6).(…)”

Dicho lo anterior, el RGPD en su artículo 4. 5, define la «seudonimización» como *aquel tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable;*

Por su parte la disociación, es aquella técnica que impide identificar al titular de los datos, es decir, un dato disociado no puede identificar al titular, por lo que no estaríamos ante un supuesto de aplicación del RGPD ya que puede considerarse información anónima.

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, definía en su artículo 5.1 e) el dato disociado como aquél que no permite la identificación de un afectado o interesado

En este sentido el Considerando 26 del RGPD nos indica que: *Por lo tanto, los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo.*

Es decir, el uso de técnicas de anonimización impediría aplicar el RGPD, pero, por el contrario, sería un obstáculo para cumplir los principios de publicidad y transparencia y materializar el de igualdad que ha de presidir los procesos de acceso a la función pública. Es decir, la disociación o anonimización no supera el juicio de idoneidad antes referido.

Dicho lo anterior procede analizar cuál ha sido el criterio de esta Agencia con ocasión de conjugar los principios de publicidad y transparencia en el acceso a la función pública y el derecho a la protección de datos.

Resolución R/2593/2017 de fecha 29/09/2017 recaída en el procedimiento de declaración de Infracción AP 2_2017 en el que se denuncia la publicación en abierto a través de internet, en un proceso selectivo, de las listas de admitidos y excluidos y de los listados con las calificaciones provisionales, y de la posibilidad de descargar el correspondiente documento pdf, dónde se indica lo siguiente:

En cuanto al objeto de la materia propiamente denunciada, una vez publicada la convocatoria y recibidas las solicitudes de participación en la misma, comenzaría el proceso de concurrencia competitiva, que como dice la palabra, debe predicarse de y para todos los integrantes del

grupo que aspiran a superar las pruebas convocadas, que compiten en méritos y en capacidad unos contra otros. Una vez publicada la convocatoria y las bases, los trámites siguientes van a afectar a un círculo específico y cualificado. La exposición de datos dentro de dicho círculo es adecuada, proporcionada y obedece a sus finalidades. Estas finalidades son las de los afectados por el procedimiento, para por ejemplo impugnar los actos que consideren son arbitrarios o lesionen sus intereses, así como para computar plazos de subsanaciones y/o reclamaciones. Pretender que debe prevalecer la transparencia y publicidad por el hecho de que el acceso a los datos de los admitidos/excluidos provisionales o de los calificados provisionalmente se da con carácter general y en concreto en este caso, carece de justificación y excede por mucho de la finalidad propia del tratamiento de datos de los afectados. Por consiguiente, el resto del público, los que no se someten a dichas pruebas, carecen de una base legítima para que puedan acceder a los datos de apellidos y nombre junto al NIF de cada aspirante o a sus calificaciones. Ello no es proporcionado con la finalidad del proceso, y no afecta a la transparencia, pues terceros que no se van a examinar, no concurren. Ese acceso por cualquier persona a los datos resulta invasivo, y es contrario al principio de minimización y calidad de datos en el tratamiento de los mismos (artículo 4.1 de la LOPD). Así, terceros ajenos al procedimiento no deben tener acceso desde el principio a documentos o datos de la tramitación en el que no ostentan ninguna posición jurídica definida. La lista provisional de admitidos y excluidos provisionales es un acto referente a la tramitación interna del proceso selectivo. El derecho de un no participante en el procedimiento puede, en su caso, promoverse caso a caso, como derecho de acceso con reglas de acceso específicas relacionadas con la Ley de Transparencia

(...)

Sería menos intrusivo y más acorde con lo previsto con la normativa de protección de datos que su publicación afectara y pudiera ser visualizada solo por los que concurren, no al público en general.

Resolución R/3081/2017 de 24/11/2017 recaída en el procedimiento de declaración de Infracción AP 12_2017 en el que se denuncia la publicación en abierto en la página web de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de los datos de dos menores, incluyéndose la baremación para la concesión de plaza escolar, que incluía los datos de discapacidad.

El modo de proceder de la denunciada no ha sido proporcionado para la finalidad del proceso, pues el acceso por cualquier persona a los datos de los solicitantes resulta invasivo, al no participar en el mismo, y también lo es el contenido de la baremación. LOPD. Se aconseja pues, que los accesos a los listados provisionales y a los definitivos se proporcionen tan solo a los aspirantes solicitantes, sea con claves y contraseñas asignadas durante la presentación telemática o de otro modo similar.

Resolución R/2726/2017 de fecha 17/10/2017 recaída en el procedimiento de declaración de Infracción AP 17_2017 en el que se denuncia la publicación en abierto a través de internet en un proceso selectivo, de las listas de admitidos y excluidos para el Cuerpo Docente de Profesores de Enseñanza Secundaria expresando la causa de exclusión, dónde en el Hecho Probado 2, se indica que:

Mediante resolución de 16/05/2016, el Director General de Personal docente y Ordenación Académica, indicaba que la relación provisional de admitidos y excluidos para formar parte de las listas de aspirantes a nombramientos interinos en el Cuerpo de especialidades convocadas se iba a publicar en el tablón de anuncios de la Consejería, y en el portal educativo de la Consejería de Educación. Para dicho acceso y visualización no se precisa ni clave ni contraseña, pudiendo acceder y visualizar el contenido cualquier persona, haya o no participado en el proceso.

Y continua la Resolución en términos similares a las indicadas anteriormente:

Por consiguiente, el resto del público, los que no se participan en dichas pruebas, carecen de una base legítima para el acceso a los datos de apellidos y nombre junto al NIF de cada aspirante o a las causas de exclusión. Además, en este caso se produce la desproporción consistente en explicitar en concreto el motivo de la exclusión. El motivo, en este caso, no tiene que ver con la no acreditación de la discapacidad sino a causa del grado de incapacidad que tenía reconocido por el organismo competente. Para no tener que explicitar literalmente dicho motivo, la denunciada debería prever en la convocatoria unas claves referidas a causas genéricas en los motivos de exclusión y posteriormente facilitar en su caso al afectado la información concreta para que pueda impugnar la misma si lo estimara conveniente. El modo de proceder de la denunciada no es proporcionado para la finalidad del proceso, pues el acceso por cualquier persona a los datos de los solicitantes resulta invasivo, al no participar en el mismo, y también lo es

el contenido del motivo de exclusión, infringiéndose el artículo 4.1 de la LOPD.

Y finalmente, la Resolución R/1600/2018 recaída en el Procedimiento de Declaración de Infracción AP_45/2018, a la que más adelante se hará referencia, en la que en términos similares se estima adecuado acceder a dichos listados mediante previa identificación circunscrita a los participantes.

En conclusión, como puede observarse el criterio de esta Agencia ha sido que de acuerdo con el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 4 de la hoy derogada LOPD, se establecieran medidas que impidieran que terceros ajenos a los procedimientos en cuestión pudieran acceder a la información personal de los participantes.

En la actualidad, bajo la aplicación del RGPD, se emitió la Resolución E/03464/2020 de esta Agencia, de fecha 9/06/2020 que analiza una denuncia por la publicación por la Universidad de Zaragoza de la lista de alumnos admitidos por el turno de discapacidad y su acceso “en abierto” a través de la sede electrónica:

En todo caso, debe tenerse en cuenta el principio de minimización de datos, recogido en el artículo 5.1.c) RGPD, para que los datos personales sean “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados”, de modo que la publicidad deberá limitarse a los datos que sean necesarios para garantizar la transparencia del correspondiente proceso de concurrencia competitiva, sin incorporar datos que pudieran resultar excesivos para el logro de tal finalidad, lo que de nuevo exige estar al caso concreto.

Nos referimos aquí a la publicación en diarios oficiales o tablones electrónicos de notificación, no a la transparencia de la Ley 19/2013. Se trata de accesos por cualquier persona, no solo los participantes que son los directamente afectados, y en el transcurso del proceso de admisión.

En principio, lo lógico sería que el acceso a esos datos solo se diera entre los participantes que son los únicos interesados en el proceso, sea de convocatoria de empleo, sea de solicitud de admisión a la universidad como en este caso. La publicidad y transparencia se predica de los participantes en el mismo. El hecho de exponer en diarios oficiales con acceso a terceros todos los datos identificativos no supone más transparencia para los afectados y ninguna para los no afectados. Por otro lado, se puede publicar en abierto para cualquier persona, salvaguardando la intimidad y el derecho de protección de datos de los interesados. (...)

La cuestión no es si se puede y debe tratar el dato de discapacitado que se prevé en la Ley, sino la intensidad o extensión del uso de dichos datos, y el ámbito en el que se puede extender el tratamiento. En este caso, mediatizado por la transparencia para los interesados, en cuanto a la puntuación obtenida según los dos cupos. Cupos que además pueden comunicarse uno a otro en alguna ocasión, que influyen en un proceso de concurrencia competitiva en el que se han de ordenar por puntuación los peticionarios para ajustarse a la oferta. El hecho de preverse en normas legales el tratamiento de dichos datos o de ampararse en principios constitucionales no presupone que deba ceder el derecho de sus titulares para que cualquier persona, sea o no peticionario de plazas pueda acceder y conocer dichos datos, incluyendo el dato especial de persona discapacitada.

Para ello se ha de observar la finalidad del tratamiento, los sujetos a los que afecta y el marco normativo en el que se desenvuelve.

Se parte de la base que la identificación plena de nombre y apellidos con el dato de discapacidad en abierto para cualquier persona va más allá de la transparencia pues lo pueden visionar terceros no participantes en el proceso y comunica datos de carácter personal de salud de sus titulares. Se ha de tender hacia un equilibrio en el tratamiento de los datos adecuados y pertinentes en el círculo de afectados sin mermar el derecho fundamental del artículo 18.4 de la Constitución Española. Se podría asignar códigos de solicitudes que solo los peticionarios conocieran para que entraran en los listados, se podría realizar acceso a una plataforma con los datos tendiendo hacia lo ideal, que sería que la publicidad afectara exclusivamente a los solicitantes de plazas. (...)

Manifestó la reclamada que desde la recepción de la reclamación y para próximas convocatorias de plazas, en cualquier acto administrativo que publiquen, expondrán con carácter general nombre y apellidos, y para el cupo de discapacitados, no se publicaran con nombres y apellidos sino sólo con el número de solicitud y esta previsión habrá de ser publicada para general conocimiento.

Sobre ello, se debe significar que se adecuaría al principio de transparencia y minimización de datos, logrando su objetivo, siempre que los interesados, garantizando la transparencia, tuvieran la posibilidad de conocer la persona que ostenta dicho número de solicitud.

En este caso, cuando se traslada la reclamación a la reclamada, toma conocimiento de la posible inadecuación parcial a la normativa,

subsando y retirando el listado. Además, se acredita que ha añadido un protocolo para la exposición del dato “cupo de discapacidad” que no vulneraría la normativa.

La resolución citada archiva el procedimiento porque se consideran adecuadas con el principio de minimización (y protección de datos desde el diseño y por defecto) las medidas adoptadas por el responsable del tratamiento consistentes en publicar únicamente un código respecto a los alumnos que concurren en el turno de discapacidad.

VII

Por lo tanto y como conclusión se proponen, como adecuadas al principio de minimización confidencialidad y protección de datos desde el diseño y por defecto en relación con el principio de publicidad y transparencia que ha de informar los procesos selectivos de acceso a la función pública, las siguientes medidas, diferenciando el acceso a las publicaciones a través de internet del acceso a las publicaciones en tablones de anuncios físicos en las sedes correspondientes:

Respecto del acceso a través de internet.

En cuanto al **acceso**, establecer el acceso restringido con usuario y contraseña a los participantes en el proceso selectivo, entendidos como tales aquellos que hayan formalizado la correspondiente instancia, o mediante el uso del DNI electrónico o certificado digital.

Recuérdese que el artículo 25.2 RGPD indica que Tales medidas garantizarán en particular que, por defecto, los datos personales no sean accesibles, sin la intervención de la persona, a un número indeterminado de personas físicas.

Esta solución ya se puso de manifiesto en la Resolución R/1600/2018 recaída en el Procedimiento de Declaración de Infracción de la AEPD por una denuncia ante la Subdirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad y Consumo, en el que se permitía el acceso a la información sobre los participantes en los procesos selectivos, por cualquier usuario de internet. En la relación de hechos probados se indicaba, entre otras cuestiones, lo siguiente:

TRES. - Se verifica, por tanto, que es posible acceder a la dirección del correo electrónico de un participante con la identificación (DNI o NIE) del titular de dichos datos, sin requerir contraseña o autenticación, permitiendo que cualquier tercero ajeno a esa identidad pueda acceder a esa información.

CUATRO. - En la página web antes indicada, se verifica que para descargar el documento Relaciones Definitivas de Resultados se

requiere identificación mediante Certificado Electrónico o DNI electrónico, posibilitando el acceso a dicho listado con independencia de ser o no participante en dicho proceso selectivo.

En el curso del procedimiento se acreditó la adopción de medidas que impidían que cualquier tercero pudiera acceder a los datos personales de los participantes, mediante el acceso con el DNI electrónico o certificado equivalente circunscrito únicamente a los participantes en el mismo.

En el mismo sentido, el reciente Informe 2/2020, 15 de junio, del Consejo de Transparencia de Aragón, en el que se indica que:

son muchas las Administraciones que están haciendo avances para establecer un equilibrio entre el principio de transparencia y la protección de datos de carácter personal. Por ejemplo, el Ayuntamiento de Zaragoza con su «Instrucción reguladora para la publicación de datos de carácter personal en procesos selectivos de personal permanente y no permanente del Ayuntamiento de Zaragoza» de 10 de noviembre de 2017. Así, se restringe el acceso a la información que se publica en la web a los aspirantes/participantes a cada proceso selectivo a través de una contraseña. Este sistema permite evitar la indexación de la información de carácter personal (sin que una simple búsqueda de los datos a través de un motor de búsqueda pueda ser suficiente para el acceso al contenido de esos datos personales) y se informa a las personas que solicitan la admisión en procesos selectivos, que si se encuentran en una situación de especial protección acreditada (por ejemplo, víctima violencia de género) se codifican sus datos identificativos.

En relación con el caso que nos ocupa, hay que añadir que los interesados, podrán acceder a los listados de admitidos y excluidos, de aprobados de los ejercicios en los que se constituyan las pruebas del proceso selectivo y aprobados finales, con la calificación correspondiente. El acceso podrá realizarse de modo indistinto, es decir, los del turno libre podrán acceder a los listados del turno de discapacitados y viceversa.

La razón de ser de esta posibilidad es que en numerosas ocasiones las bases de los procesos selectivos prevén que (...) *En el supuesto de que algunas de las personas aspirantes que se haya presentado por el cupo de reserva de personas con discapacidad superase los ejercicios correspondientes, pero no obtuviese plaza y su puntuación fuese superior a la obtenida por otras personas aspirantes del sistema de acceso general, éste será incluido por su orden de puntuación en el sistema de acceso general.*(...) y también que

aquellas plazas de este último que no son cubiertas se incorporan o acumulan al turno general.

Por lo que resulta obvio, la existencia de un interés legítimo en que los participantes de ambos turnos puedan conocer las listas de admitidos y excluidos indistintamente.

En este sentido conviene citar el Dictamen CN12-039 de la Agencia Vasca de Protección de Datos de 30/01/2013, en el que se indica:

Teniendo en cuenta los principios rectores del acceso, la normativa citada y que estamos ante un único proceso selectivo, aunque del total de plazas se hayan reservado algunas para el turno de personas con discapacidad, el resto de participantes tendría derecho a conocer quienes acceden al turno de personas con discapacidad y como se desarrolla en su seno el proceso selectivo para, en su caso, hacer valer sus derechos, puesto que esas plazas se acumularán a las ofertadas en el turno libre si quedan desiertas. Así, por ejemplo, tendrían legitimación para impugnar la resolución que aprueba la relación provisional o definitiva de personal admitido y excluido si consideran que alguno de los aspirantes del turno de "personas con discapacidad" no reunía esa condición a la finalización del plazo para la presentación de solicitudes (base general 2.1), puesto que, además de ser una admisión contraria a los requisitos de participación exigidos en las bases de la convocatoria para todos los aspirantes, supondría una diferencia de trato entre los aspirantes respecto al momento en que debe cumplirse los mismos y, en consecuencia, vulneradora del derecho a acceder a las funciones públicas "en condiciones de igualdad" garantizado en el art. 23.2 CE. Además, la indebida admisión de una persona podría perjudicar al resto de aspirantes al impedir que una plaza que podría quedar libre como consecuencia de la exclusión acrecentara el resto de plazas del turno libre.

En cuanto a **la información** a la que se accede, en los correspondientes listados referenciados en el párrafo anterior, se identificará a cada participante con la asignación un código -que podría ser el mismo que se otorgara con la instancia de participación y que constituye a su vez el nombre de usuario del acceso a la información sobre el proceso selectivo-, y las iniciales de los nombres y apellidos de cada participante y el DNI en los términos de la Dispo Adicional Séptima de la LOPDGDD. Así se da cumplimiento al principio de minimización no publicando más datos de los necesarios para cumplir la finalidad a la que sirve el tratamiento.

En cuanto **al plazo durante el que deben estar accesibles dichos listados**, de acuerdo con el artículo 5.1 e) RGPD sobre limitación del plazo de conservación, deberán ser accesibles mientras sirvan a la finalidad a la que sirven, así, por ejemplo, la lista de admitidos y excluidos se deberá eliminar del sitio web en tanto venzan los plazos sobre su impugnación, o las listas sobre la calificación de un ejercicio concreto, mientras no haya precluido el trámite para su impugnación.

En este sentido, conviene citar la Resolución de la Autoridad Catalana de Protección de Datos recaída en el Procedimiento Sancionador PS 18/2020, en el que se indica:

Atendiendo pues a la finalidad de la publicación de los listados detallados a los hechos probados, vinculados a procesos de selección de personal -lista provisional y definitiva de personas admitidas, calificaciones de las diferentes pruebas, etc.-, estos se tendrían que haber mantenido durante el tiempo necesario para la formulación de las correspondientes alegaciones o recursos, de forma que finalizado este plazo ya no tendrían que haber estado accesibles. Este es el criterio de esta Autoridad recogido en el informe de "Auditoría 1/2018, sobre los portales de la transparencia", donde se afirma, en cuanto al tiempo de publicación de los diferentes actas dictados en el seno de un proceso selectivo, que: "En conformidad con el principio de limitación del plazo de conservación de los datos, la exposición de las listas de admitidos y los resultados de las pruebas sucesivas se tienen que limitar en el periodo en que se puedan formular alegaciones o recursos; por lo tanto, se tienen que retirar una vez transcurrida este plazo"

Pero es que además del que se ha dicho hasta aquí rebatiendo la argumentación del Ayuntamiento en que defendía la necesidad de mantener la publicación de las listas para proteger determinados derechos de las personas interesadas en el procedimiento, hay que poner de relieve que los documentos controvertidos se encuentran publicados en abierto, sin ninguna restricción, de forma que cualquier persona sea interesada o no en el procedimiento puede acceder a los datos personales que estos documentos incluyen. Y llegados a este punto, hay que volver a incidir en aquello que evidenció la instructora a la propuesta, esto es, que esta publicación, mantenida en el tiempo sin ninguna legitimación, resulta especialmente lesiva cuando, como en este caso, los listados son accesibles en abierto y contienen datos de especial protección (datos de salud) vinculadas con personas que han

participado en el dicho proceso selectivo mediante el turno de reserva, a las cuales se identifica con nombre y apellidos.

La resolución finaliza ordenando las siguientes medidas:

Retirar de su sitio web institucional las listas referidas al apartado de hechos probados. Una vez se haya adoptado la medida correctora descrita, en el plazo señalado, hace falta que en los 10 días siguientes el Ayuntamiento de Barcelona informe la Autoridad, sin perjuicio de la facultad de inspección de esta Autoridad para hacer las verificaciones correspondientes. Así mismo, tal como indicó la instructora a la propuesta, se recomienda el Ayuntamiento que en futuros procesos selectivos en los que participen personas en el turno de reserva, adopte determinadas

medidas que podrían evitar la difusión de los datos relativos a la discapacidad, sin desatender por eso el principio de publicidad que, como se ha dicho antes, tiene que regir los procesos de acceso a la función pública. Así, por ejemplo, podrían publicarse los listados en el que consten las nombres y apellidos de todas las personas que participan en el proceso selectivo (las que participan en el turno libre y turno de reserva) en un entorno con acceso restringido por estas personas; y publicar en abierto las mismas listas, pero identificando a las personas que participan en el turno de reserva de forma pseudoanonimizada. Esta forma de identificación mediante un código - que podría ser, por ejemplo un número de registro-, también podría utilizarse a efectos de notificación de los actos administrativos en el seno del proceso selectivo en relación con las personas que participan en este turno de reserva (en vez del DNI), evitando así una eventual identificación en caso de que las listas de los resultados del proceso selectivo se hiciera mediante el nombre y apellidos y cuatro cifras del DNI, tal como prevé la DA 17.^a de la LOPDGDD.(...)

Finalmente, en cuanto a los nombramientos como empleados públicos de aquellos participantes que hayan superado el proceso selectivo, el Artículo 62 EBEP obliga a publicar el nombramiento de los funcionarios de carrera en el diario oficial correspondiente. Pero nada dice de la publicación por el turno en el que participaban.

Teniendo en cuenta las medidas que se acaban de indicar, nada impide que aquellos participantes que pretendan conocer la identidad completa de otros participantes, con la finalidad de ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico les concede, como aquellos derivados de la LPACAP, del EBEP o de

las convocatorias en cuestión, puedan acceder a dicha información. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo número 400/2020 de 13 de mayo indica que:

Por tanto, no cabe sino recordar que la jurisprudencia de la Sala viene manteniendo que los participantes en procesos selectivos o de provisión de puestos de trabajo tienen derecho a acceder a la documentación del mismo reunida en el expediente, incluida la relativa a las valoraciones de los aspirantes con los que compiten. La posición al respecto de esos participantes no es la de los interesados a los que se refiere la Ley 19/2013 (RCL 2013, 1772) , sino la cualificada de un aspirante que, en el marco del artículo 23.2 de la Constitución, aspira a progresar en el empleo público por razones de mérito y capacidad con los requisitos previstos por las leyes. Por lo mismo, no pueden, en principio, oponerse a su pretensión de acceso razones relacionadas con la intimidad o con los datos personales de los otros participantes en el proceso en la medida en que en el expediente han de reflejarse solamente los extremos relativos a la apreciación de dichos méritos y capacidad y lo que diga relación a ellos es relevante para la resolución de la convocatoria y, por tanto, para la defensa de su derecho por los aspirantes que consideren disconforme a la legalidad la decisión de la misma [sentencias de 6 de junio de 2005 (RJ 2005, 6711) (recurso n.º 68/2002, 3 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7761) (recurso n.º 644/2012), 2 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 271) (recurso n.º 752/2011) y 22 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6088) (recurso n.º 4453/2015)].

Para el resto de las personas, no participantes la publicación del proceso selectivo, la publicación en internet referida al proceso selectivo contendrá aquellos actos o fases del mismo sin indicación alguna sobre datos de carácter personal, incluso los seudonimizados.

Todo ello sin perjuicio de las facultades que ofrecen a los ciudadanos las leyes de transparencia, debiendo destacar lo dispuesto en el artículo 14 sobre limitaciones de acceso general, y en el artículo 15 relacionado con el derecho a la protección de datos, ambos de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Teniendo en cuenta las medidas que se acaban de indicar, cualquier ciudadano puede conocer los pasos o fases por las que pasa el proceso y en definitiva la adecuación a las normas que rigen los procesos de acceso a la función pública que es un elemento clave del principio de publicidad y transparencia del que son acreedores estos procedimientos de acuerdo con los artículos 55 y 78 del

EBEP, y en última instancia de lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Constitución Española.

En cuanto al acceso a los listados en los espacios físicos donde se encuentren los Tablones de Anuncios de las correspondientes sedes, se aplicarían en cuanto al contenido y plazo de publicación lo indicado hasta ahora, y en cuanto a la accesibilidad al lugar dónde se encuentren los mismos, se deberían adoptar medidas para que no fueran de libre acceso, sino que se justifique la condición de participante en el proceso selectivo.

Las medidas propuestas indicadas se realizan sin perjuicio de que, en aras a dotar de mayor seguridad jurídica, se pueda proponer la correspondiente modificación legislativa, teniendo en cuenta la ausencia de normas específicas sobre el modo concreto de proceder, la inexistencia en la práctica, de uniformidad de criterios, y las numerosas administraciones y organismos públicos que tienen competencias sobre la ejecución de procesos selectivos al empleo público.