

INFORME XURIDICO SOBRE A CREACIÓN DUN REXISTRO DE GRAVACIÓNS DE PROBAS ORAIS DE SELECCIÓN DE PERSOAL

INFORME EMITIDO POR: Letrada ROGELIA M. PEREZ GRELA Avogada colexiada en ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE SANTIAGO DE COMPOSTELA especializada en DEREITO DE PROTECCION DE DATOS E NOVAS TECNOLOXIAS

SOLICITANTE PARTIDO POLÍTICO: VECIÑ@S DE BOQUEIXÓN

ANTECEDENTES DE FEITO

- O solicitante do presente informe plantexa a posibilidade da creación dun rexistro de gravacións de probas orais das entrevistas en procedimentos de selección de persoal
- Se solicita avaliación da adecuación legal de dito rexistro
- Se plantexa a articulación xurídica e práctica da forma na que se realizarán ditas gravacións
- Se examina a situación legal actual conforme a LOPD e Real Decreto 1720/2007 así como a posición xurisprudencial maioritaria en relación os beneficios dos rexistros electrónicos de probas de selección realizadas de forma oral
- Analízase a situación no dereito comparado sobre a existencia de rexistros de gravación de probas de selección

En primeiro lugar e a modo de introducción no presente informe se expoñen os antecedentes da consulta proposta

Plantéxase a posibilidade da gravación das entrevistas ou probas orais que se realizan co motivo de selección de persoal

Para determinar a idoneidade deste modo de rexistro das probas orais se examinará a lexislación aplicable, a LEI ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS (en adiante LOPD) e o seu REGULAMENTO DE DESENROLO, e por outra parte farase unha referencia o dereito comparado, a tendencia xurisprudencial actual e á concreta normativa reguladora da Lei da Función Pública.

PLANTEXAMENTO DE OBXETIVOS

- Examinar a posibilidade de creación do ficheiro de gravacións de probas de selección de persoal dende varios puntos de vista:
 - A. Aplicación da LOPD á presente consulta.
 - B. Valoración do principio de proporcionalidade e transparencia administrativa
 - C. Análise do cumprimento das obrigacións impostas pola LOPD para a gravación de probas de selección
 - D. Situación actual no dereito comparado, lexislación nacional e autonómica
 - E. Análise da doutrina xurisprudencial

FUNDAMENTOS DE DEREITO

A) APLICACIÓN DA LOPD A PRESENTE CONSULTA

- E aplicable a LOPD a presente consulta en canto que se cuestiona o tratamento de datos personais pertencentes a persoas físicas, neste caso a creación dun ficheiro de gravación de probas orais de selección de persoal
- Nos artigos 1 e 2 da LOPD defínense de forma clara a finalidade e competencia da Lei en canto os dereitos que son obxecto de protección.

Artigo 1.

“A presente lei orgánica ten por obxecto garantir e protexer no que concerne o tratamento dos datos personais, as liberdades públicas e los dereitos fundamentais das persoas físicas”.

Artigo 2.

“A presente lei orgánica será de aplicación os datos de carácter persoal rexistrados en soporte físico que os faga susceptibles de tratamento, e a toda modalidade de uso posterior destes datos polos sectores públicos e privados”.

- Na LOPD 15/1999 e no Real Decreto 1720/2007 defínense os datos persoais que son susceptibles de ser protexidos.

Artigo 3. LOPD

“Ós efectos da presente Lei Orgánica entenderáse por:

- A) *Datos de carácter persoal: calquera información concerninte as persoas físicas identificadas ou identificables”*

Artigo 5. Do regulamento de desenvolvemento da LOPD (Real decreto 1720/2007)

“Ós efectos do previsto no presente regulamento entenderáse por:

- F) *Datos de carácter persoal: Calquera información numérica, alfabética, gráfica fotográfica, acústica ou de calquer outro tipo concerninte a persoas físicas identificadas ou identificables”*

- Neste caso recábanse datos persoais consistentes en gravacións das probas de selección de persoal

Defínese o Afectado ou interesado como toda persoa física titular dos datos que sexan obxecto do tratamento, neste caso os participantes nas probas de selección

Neste senso a AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCION DE DATOS xa elaborou unha GUIA DE RELACIONES LABORAIS para establecer as premisas que deben rexir no tocante o tratamento dos datos persoais no ámbito da relación laborais e nesta guía se establece o seguinte:

1. O procedemento de selección de persoal

O primeiro tratamento de datos persoais pode producirse cando o futuro traballador sexa un simple candidato a un posto.

B) A TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA E O PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDADE

A creación dun rexistro de gravacións dos exercicios realizados de forma oral supón en primeiro lugar un gran paso a favor do fomento da transparencia administrativa

A transparencia administrativa é un principio recollido en diferentes artigos da lexislación administrativa, por exemplo o artigo 3.5 da Lei de Reximen Xurídico das Administracións Públicas e o Procedemento Administrativo Común e os artigos 1.3,20.2,33,52 e 55.2 da Lei do Estatuto Básico do Empregado Público.

Neste sentido dita transparencia configúrase como unha base esencial no ámbito dos procesos selectivos de acceso o emprego público na medida en que aquela se configúrase como un mecanismo que permite a cidadanía en xeral e os aspirantes en particular a ter un coñecemento completo da actuación administrativa, neste caso no desenrolo dun proceso selectivo e por tanto poder exercer un control real sobre dita actuación.

Con respecto o principio de proporcionalidade debemos recordar que a gravación das probas orais non aparece expresamente como prohibida pola LOPD.

Esta gravación cumpre suficientemente co disposto na LOPD que se refire o *principio de calidade dos datos*. Este principio refírese as finalidades e usos relacionados cos datos que se manexan nas relacións contractuais e aparece regulado polo *artigo 4* da LOPD.

“1. Os datos de carácter persoal solo se poderán recoller para o seu tratamento así como someteros a dito tratamento cando sexan adecuados, pertinentes e non excesivos en relación co ámbito e as finalidades determinadas, explícitas e lexítimas para as que se obtiveran”.

2.”Os datos de carácter persoal obxeto de tratamento non poderán empregarse para finalidades incompatibles con aquelas para as que los datos se recolleron”.

Neste senso destacar que reiterada xurisprudencia do TRIBUNAL SUPREMO establece que para valorar a proporcionalidade da adopción dunha medida haberá que examinar si se cumpren as exixencias entre o fin perseguido e la posible restricción dun dereito fundamental

Por isto será necesario constatar si esta medida é susceptible de acadar o obxectivo proposto (xuício de idoneidade) si ademais e necesaria, no sentido en que non exista outra medida máis moderada para a consecución de tal propósito con igual eficacia (xuício de necesidade) e finalmente si a mesma e ponderada ou equilibrada por derivarse dela máis beneficios ou ventaxas para o interés xeral que perxuicios sobre outros bens ou valores en conflito (xuício de proporcionalidade en sentido estrito)

Como xa se afirmou anteriormente estimamos que neste caso concreto o rexistro electrónico dos exercicios orais produce máis ventaxas que desventaxas para o administrado dado que contribue a favorecer a transparencia administrativa no sector público e se converte nunha proba máis para o aspirante que lle acredita e reafirma na súa posición.

C) ANÁLISE DO CUMPRIMENTO DAS OBLIGACIÓNS IMPOSTAS POLA LOPD PARA A GRAVACIÓN DAS PROBAS DE SELECCIÓN

Partindo da base de que as probas de selección serán gravadas nos encontramos cunha serie de requisitos necesarios que adecuen dita gravación as previsións da LOPD e seu regulamento de desenvolvemento

Así pois, neste punto se describirán os requisitos impostos pola LOPD:

1. Cumprimento da obriga de rexistrar un ficheiro
2. Cumprimento da obriga de información sobre a incorporación a dito ficheiro e la finalidade do mesmo
3. Cumprimento das condicións establecidas pola lei para a conservación e custodia de ditas gravacións
4. Cumprimento do previsto na lei con respecto o dereito de acceso
5. Cumprimento da obriga legal de cancelación de datos cando deixaran de ser necesarios para a finalidade para a que foron recabados.

► 1. CUMPRIMENTO DA OBRIGA DE REXISTRAR UN FICHEIRO

A LOPD delimita con claridade que os datos recabados no procedemento de selección deberán incorporarse a un ficheiro automatizado debidamente inscrito na AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCION DE DATOS estas gravacions pasarían a formar parte dos los expedientes administrativos relacionados coa selección e xestión de persoal.

Por este motivo poderían entenderse incluídos nos ficheiros relacionados coa xestión de persoal xa existentes ou en caso contrario debería inscribirse un ficheiro novo ante a Axencia no se faga constar a inclusión dos datos relativos á selección de persoal.

► 2. CUMPRIMENTO DA OBRIGA DE INFORMACION

Será necesario informar sobre a existencia dun ficheiro e recabar o consentimento para ser incluído no mesmo

Sobre a forma de recabar ditos datos a LOPD establece claramente a obriga de informar sobre a recollida de datos persoais

Artigo 5 da LOPD “Dereito de información na recollida de datos:

1. os interesados os que se solicitan datos persoais deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco.

A) da existencia dun ficheiro ou tratamento de datos de carácter persoal, da finalidade da recollida destes e dos destinatarios da información”

A guía de relación laboráis publicada pola AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCION DE DATOS establece o seguinte:

“E convinte, cando os recursos o permitan, dispoñer de impresos de modelos tipo para a formalización do currículo e dun pcedemento de formalización e entrega dos mesmos polos candidatos, xa que isto permite non só informar axeitadamente senón definir con precisión o tipo de dato a tratar, establecer as medidas de seguridade, etc.

Si para a selección de persoal se realiza algún tipo de anuncio ou convocatoria pública debería incluírse nela a información do artigo 5 da LOPD.

Si a solicitude se presentou nun mostrador ou oficina de atención deberá informarselle alí por calquera medio que acredite o cumprimento deste deber como por exemplo carteles, documentos de acuse de recibo e en xeral calquer medio que garantice e permita probar o cumprimento do deber de información.”

Non debe esquecerse que o Regulamento de desenvolvemento da LOPD indica que “o deber de información deberá levarse a cabo a través dun medio que permita acreditarlo seu cumprimento, debendo conservarse mentras persista o tratamento dos datos do interesado”

Por estes motivos debería insertarse unha cláusula informativa na convocatoria de procedemento selectivo donde debería indicarse o seguinte:

“De conformidade co disposto na Lei Orgánica 15/1999 de 13 de decembro de Protección de datos de carácter persoal os datos persoais que se xeneren como consecuencia da súa participación no proceso selectivo quedarán almacenados nun ficheiro titularidade do Concello de Boqueixón”

“A entrega da solicitude para tomar parte así como da documentación adxunta conleva a manifestación do consentimento expreso do interesado para que o concello realice o tratamento dos seus datos.

A presentación e o tratamento de dita información é obrigatorio para poder participar no procedemento selectivo, polo que, a falta de presentación ou a oposición o tratamento polos propios interesados impedirá a participación no procedemento selectivo. Asimesmo as persoas interesadas deberán proporcionar datos exactos, veraces e actuais.

En calquer momento as persoas interesadas poderán exercer os dereitos de acceso, rectificación, cancelación e oposición mediante un escrito dirixido ante.....CONCELLO DE BOQUEIXÓN, nos termos previstos na lexislación aplicable acompañando documento que acredite debidamente a súa identidade.”

Nembargantes consideramos que quizais debería incluírse unha cláusula informativa nas instancias presentadas para concurrir o procedemento selectivo dado que neste caso se tería un otorgamento de consentimento máis axeitado a efectos probatorios

► 3. CUMPRIMENTO DAS OBRIGAS RESPECTO A CONSERVACION E CUSTODIA DOS DATOS.

Os datos se conservaran na forma prevista na lei e atendendo as concretas medidas de seguridade que correspondan en función do nivel de seguridade que lles foi asignado.

O artigo 18.1 da lei 40/2015 de 1 de outubro de Réximen Xurídico do Sector Publico dispón que *“Cando se optase pola utilización de documentos en soporte electrónico deberán conservarse de forma que se garantice a integridade e autenticidade dos ficheiros electrónicos correspondentes...”* *“Non poderán acceder os mesmos as persoas que non se atopen debidamente autorizadas”*

► 4. SOBRE O DEREITO DE ACCESO

Por outra parte este rexistro de probas orais implica tamén a posibilidade que teñen os interesados a obter o acceso a ditos rexistros

Este dereito de acceso aparece definido no artigo 27 do regulamento 1720/2007 nos seguintes termos *”o dereito do afectado a obter información sobre si os seus propios datos de carácter persoal están sendo obxeto de tratamento, a finalidade do tratamento que, en seu caso se esté realizando así como a información dispoñible sobre a orixe de ditos datos e as comunicacións realizadas ou previstas dos mesmos”*

► 5. SOBRE A CANCELACION DOS DATOS

Neste punto hai que facer unha referencia o disposto no artigo 4.5 da LOPD según O cal *“os datos de carácter persoal serán cancelados cando deixasen de ser necesarios ou pertinentes para a finalidade para a cal foran recabados ou rexistrados*

Non serán conservados en forma que permita a identificación do interesado durante un periodo superior o necesario para os fines en base a os cales foran recabados ou rexistrados”

Debe lembrarse aquí que a cancelación dos datos non supón automaticamente o borrado ou supresión física dos datos senon o seu bloqueo, tal e como dispón o artigo 16.3 da LOPD según o cal *“a cancelación dará lugar o bloqueo dos datos conservándose únicamente a disposición das Administracions Publicas, Xuices e Tribunais, para a atención das posibles responsabilidades nacidas do tratamento, durante o prazo de prescripción destas. Cumprido o citado prazo procederáse a sua supresión”*.

Tamén o regulamento de desenvolvemento da LOPD determina como debe procederse o bloqueo no seu artigo 5.1b) o definir a cancelación como *“o procedemento en virtude do cal o responsable cesa no uso dos datos. A cancelación implicará o bloqueo dos datos consistente na identificación e reserva dos mesmos co fin de impedir o seu tratamento excepto para a súa posta a disposición das Administracións Publicas, Xuices e Tribunais”*

En canto o modo de levar a cabo o bloqueo se sinala no informe da AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCION DE DATOS de data 5 de xunio de 2007 que *“deberá efectuarse de tal forma que non sexa posible o acceso os datos por parte do persoal que tivera de xeito habitual tal acceso...limitándose tal acceso a unha persoa coa máxima responsabilidade e en virtude dun requerimento xudicial o administrativo a tal efecto”*.

Deste modo pese a permanecer o tratamento destes datos, o acceso os mesmos quedaría enteiramente restrinxido as persoas as que se fixo referencia.

D. EXEMPLOS DE DEREITO COMPARADO

A petición do solicitante da consulta realizase un estudo da realidade xurídica actual no que se constata a existencia do emprego da gravación de entrevistas persoais en procedementos de selección de administracións públicas como son os seguintes:

1. No ámbito da ADMINISTRACION XERAL DO ESTADO nos atopamos co disposto no artigo 61.2 do real decreto legislativo 5/2015 de 30 de outubro polo que se aproba o texto refundido da LEI DO ESTATUTO BASICO DO EMPREGADO PUBLICO.

Prevese que as probas nos procedementos de selección para o acceso o emprego público, para a comprobación dos coñecementos e a capacidade dos estudantes poidan ser efectuados en forma oral

Parece que comenza a impoñerse dentro das propias administracións públicas a necesidade de garantir os mesmos dereitos os opositores neste tipo de probas ou exercicios orais que, por exemplo nas probas escritas e así precisamente no ámbito estatal parece apreciarse o inicio dunha tendencia favorable a gravación das probas orais realizada polos aspirantes ante o tribunal calificador o que supón un cambio.

Na recente orden do ministerio de facenda e administracións públicas pola que se convocan probas selectivas para o acceso a subescala de secretaría intervención da escala de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional (BOE NUM 290 de 4 de diciembre de 2015) dispón no apartado 5.11 das bases que “ *as sesións do exercicio oral serán gravadas en audio, debendo o aspirante identificarse con nome e documento nacional de identidade o comenzo da gravación*”

Asimesmo o artigo 18.1 da lei 40/2015 de Réximen Xurídico do Sector Público prevé que “*poderán gravarse as sesións que celebre o órgano colexiado O ficheiro resultante da gravación xunto coa certificación expedida por o secretario da autenticidade e integridade do mesmo e cantos documentos en soporte electrónico se utilizaran como documentos da sesión*”

2. No ámbito da administración autonómica no caso concreto da COMUNIDADE AUTONOMA DO PAIS VASCO se dispón na orde de 30 de maio de 2006 da Conselleira de Facenda e Administración Pública que regula o procedemento para a provisión en comisión de servizos de postos de traballo da administración xeral da Comunidade Autónoma do País Vasco e de seus organismos autónomos.

En dita orden se prevé a realización dunha entrevista conductual estruturada

Esta entrevista será realizada por entrevistadores con formación especializada.

Se describe a técnica de dita entrevista no artigo 23 da citada orden dispoñendo o efecto o seguinte

G) Enviar a dirección da función pública a gravación das entrevistas e introducir na base de datos preparada o efecto os datos recollidos e elaborados para o diseño e avaliación das entrevistas...

A dirección de función pública deberá someter a súa actuación no uso e depósito da información facilitada polo persoal aspirante as previsións da LOPD...

E. ANALISE DA DOCTRINA XURISPRUDENCIAL

Como xa se apuntou anteriormente outro dos motivos fundamentais que veñen sendo empregados para instaurar a gravación das probas orais é fomentar a transparencia administrativa e asegurar o dereito a tutela xudicial efectiva

Si se analiza a doutrina xurisprudencial actual nos atopamos que no caso das impugnacións xudiciais dos procedementos selectivos o aspirante que exerce o seu lexítimo dereito a revisión dos resultados das probas atopa na maioría das ocasións coa imposibilidade de obter unha revisión do procedemento administrativo en vía xudicial e polo tanto a falta de soportes electrónicos das probas realizadas en forma oral dan lugar a unha merma do dereito constitucional a tutela xudicial efectiva na medida en que o non constar o contido material do exercicio oral o único que pode fiscalizar e valorar o órgano xudicial son as probas escritas.

A Xurisprudencia constitucional reconece que existe unha presunción de certeza e razoabilidade da actuación administrativa polo que correspondería o aspirante a carga probatoria de desvirtuar aquela tarefa o que resulta moi difícil por no dicir imposible dado que o exercicio ou proba oral non obra nas actuacións por causas alleas o aspirante e imputables a administración.

En recentes pronunciamentos xudiciais do TRIBUNAL SUPREMO se razoa que a inexistencia da gravación ou rexistro audiovisual da exposición oral impide ou limita ós aspirantes poder exercitar con plenitude os seus dereitos e pode implicar unha insuficiente ou inadecuada motivación da actuación administrativa (Sentencia do Tribunal Supremo de 7 de novembro de 2011)

Únicamente dispoñendo dos rexistros electrónicos das probas orais poderían realizarse o control dos mesmos polos órganos xurisdiccionais e así se daría conta do disposto no artigo 9.3 da constitución en canto o relativo a interdicción da arbitrariedade.

Así pois se non se rexistra ou grava a proba oral o aspirante ten menos garantías xurídicas que en outro tipo de probas e na actualidade non existe ningún impedimento tecnolóxico para isto.

Así pois consideramos que a gravación das probas orais sería sen dúbida unha medida axeitada para facilitar a transparencia administrativa a tutela xudicial efectiva e o principio de igualdade.

CONCLUSIÓNS DO INFORME

De todo o exposto concluímos o seguinte:

- Se estima procedente conforme a LOPD a creación dun rexistro electrónico das probas orais.
- Para a creación de dito rexistro terán que cumprirse as previsión da LOPD e seu regulamento de desenrolo.
- Se acreditan os numerosos beneficios que poden extraerse da gravación de ditas probas para asegurar a igualdade de oportunidades, a transparencia administrativa e a tutela xudicial efectiva.