



N/REF: 365399/2017

La consulta plantea si resulta conforme a lo previsto en la normativa de protección de datos que las empresas de transporte permitan el acceso, en determinados supuestos, a los datos relativos a los certificados negativos del Registro Central de delincuentes sexuales que tales empresarios deben exigir a sus trabajadores cuando prestan servicios de transporte escolar. En particular se consulta si procede dicho acceso a solicitud de las diferentes Administraciones públicas, centros educativos, asociaciones de padres de alumnos o policía municipal.

Debe aquí recordarse que el Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal incluye los datos relativos a las condenas penales, como datos sensibles. Dispone en este sentido su artículo 6 que *"Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales."*

El 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), norma aplicable en materia de protección de datos desde 25 de mayo de 2018 desplazando la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de datos de carácter personal dispone en su artículo 10 que *"El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas sobre la base del artículo 6, apartado 1, sólo podrá llevarse a cabo bajo la supervisión de las autoridades públicas o cuando lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados. Solo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de las autoridades públicas."*

Cabe así concluir, como esta Agencia había ya venido señalando reiteradamente, que el legislador ha querido sustraer por completo los ficheros que pudiesen contener los referidos datos a cualquier ámbito particular, determinando que solo los poderes públicos puedan ser titulares de tales ficheros, por lo que no es legalmente posible exigir a los candidatos a un



puesto de trabajo o a quienes ya están contratados un certificado de antecedentes penales, salvo en supuestos excepcionales en que, autorizados por una Ley o norma de derecho comunitario, y con las debidas garantías se contemple dicha medida.

Este sería el caso contemplado en el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la modificación operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que establece lo siguiente:

*"Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales."*

Dicho precepto tiene su origen en dar cumplimiento a los compromisos asumidos por España al ratificar el Convenio relativo a la Protección de los Niños contra la explotación y abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, y a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. En este sentido, el Convenio del Consejo de Europa relativo a la Protección de los Niños contra la Explotación y Abuso Sexual de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote), que fue ratificado por España mediante Instrumento de 22 de julio de 2010 tiene como objeto, según su artículo 1.a) "prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños". Su artículo 5, 2 dispone que "cada Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños garanticen que los aspirantes a ejercer dichas profesiones no hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños".

Por su parte, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, dispone en su artículo 10 que "A fin de evitar el riesgo de reincidencia en los delitos, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que una persona física que haya sido condenada por una infracción contemplada en los artículos 3 a 7 pueda ser inhabilitada, con carácter temporal o permanente, para el ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos y regulares con menores".



Por su parte, el apartado 2 del mismo precepto establece la obligación de que los Estados Miembros adopten medidas para que los empresarios al contratar soliciten este tipo de información: *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los empresarios, al contratar a una persona para realizar actividades profesionales o actividades de voluntariado organizadas que impliquen contactos directos y regulares con menores, tengan derecho a solicitar información, de conformidad con el Derecho nacional, por cualquier medio apropiado, como el acceso previa petición o a través del interesado, de la existencia de condenas por infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 que consten en el registro de antecedentes penales, o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivada de dichas condenas penales”*.

Teniendo en cuenta que tal y como se ha señalado el tratamiento de datos relativos a antecedentes penales, aun cuando éstos sean negativos, requiere la existencia de una ley o de una norma de derecho comunitario, tal y como dispone el artículo 10 del Reglamento (UE) 2016/679, debe examinarse si la previsión contenida en el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podría amparar la comunicación de tal dato a terceros por parte del empresario en los distintos supuestos a que se refiere la consulta.

Así como punto de partida cabe señalar que la norma contenida en el artículo 13.5 de la Ley se formula como una obligación de carácter general que no está dirigida exclusivamente a los empresarios, si bien de lo dispuesto en la Directiva en que dicho precepto tiene su origen se desprende que los empresarios se encuentran obligados en primer término a exigir dicho certificado a aquellos de sus trabajadores que vayan a prestar servicios que impliquen un contacto habitual con menores. De este modo, cabe examinar si dicho precepto, en relación con otras leyes puede habilitar un acceso por parte de terceros, a los datos relativos a tal certificación negativa recabada por el empresario, como medio de acreditar por parte de éste haber dado cumplimiento a tal obligación.

Así en lo que respecta a las Administraciones públicas que contratan un servicio que comporta un contacto habitual con menores, como es en el caso objeto de consulta el servicio de transporte escolar, a una empresa de transporte, cabe recordar que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en su artículo 65 habilita a aquellas a exigir y comprobar la aptitud de quien presta tales servicios, dispone dicho artículo que:

*“1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no*



*estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.*

*Cuando, por así determinarlo la normativa aplicable, se le requirieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo."*

Por su parte, el artículo 76 de la misma norma, relativo a la concreción de las condiciones de solvencia establece que "1. *En los contratos de obras, de servicios, concesión de obras y concesión de servicios, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.*

*2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario."*

Asimismo, el artículo 190 enumera las siguientes prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, disponiendo que "Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta.

*Igualmente, el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato. En tal caso, el órgano de contratación deberá justificarlo de forma expresa y detallada en el expediente administrativo."*

De lo previsto en dicha norma se desprende que son varios los preceptos que vendrían a habilitar el control, por parte de la Administración



que contrata un servicio de transporte escolar, del cumplimiento, por parte del empresario que va a prestar tales servicios, de la obligación de requerir a los trabajadores que van a prestarlo el aludido certificado negativo del Registro central de delincuentes sexuales, en tanto, constituye un requisito indispensable para poder prestar el servicio y puede ser incluido como una obligación cuyo incumplimiento determine la suspensión o extinción del contrato. Por consiguiente la Administración contratante estará facultada para acceder a los aludidos certificados a efectos de comprobar la realidad de la declaración responsable de la empresa contratista. Ello sin perjuicio de que la forma de comprobación pueda limitarse a una mera visualización de los certificados relativos a quienes figuran en la lista de conductores o acompañantes, si se contratase además tal servicio, y sustitutos sin quedarse con copia de los mismos.

En lo que respecta a entidades privadas, sean centros escolares privados, asociaciones de padres de alumnos o cualquier otra entidad que contrata un servicio de transporte escolar, dicha facultad de comprobar que el empresario de transporte ha dado cumplimiento a la obligación de exigir a los conductores y acompañantes el certificado a que se viene haciendo referencia, derivará de lo establecido en el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en relación con lo dispuesto en el 1903 del Código Civil, al regular la responsabilidad extracontractual, cuyo último inciso prevé que *“La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”*

De este modo, el contrato podrá incluir la obligación de facilitar un listado de conductores y, en su caso, de acompañantes, así como de sustitutos de ambos, garantizando que respecto de los mismos se ha dado cumplimiento a la obligación de aportar dicho certificado, pudiendo ser causa de rescisión del contrato el incumplimiento de dicha obligación ya que tal requisito resulta determinante para que el conductor o acompañante puedan prestar los servicios contratados. En cuanto a la comprobación de dicho cumplimiento, igualmente, la entidad que contrata a un empresario de transporte podrá exigir a éste que se demuestre la realidad de la existencia de tales certificados, visualizando los mismos, siendo así tal acceso conforme a lo previsto en la normativa de protección de datos.

De la misma manera aquéllas Administraciones con competencias para autorizar un servicio de transporte, cuando éste sea un transporte escolar, podrán exigir a la empresa de transporte que cumpla, además de las obligaciones establecidas por la legislación sectorial, la obligación impuesta por el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de recabar de conductores y en su caso acompañantes el certificado negativo a que tal precepto se refiere. De este modo, la norma que atribuya competencias para la autorización del servicio en relación con el aludido artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996 vendría a amparar que la Administración competente para autorizar un servicio

acceda a tales datos para comprobar el cumplimiento de tal obligación por el empresario.

No obstante, en lo que respecta a la obligación impuesta por algunos Ayuntamientos, según señala el consultante, de que los conductores porten en el vehículo la certificación negativa a que hace referencia el artículo 13.5 la Ley Orgánica 1/1996 para su exhibición en caso de solicitud por la policía municipal, cabe señalar que conforme a lo establecido en el artículo 53.b de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las competencias de ésta en materia de tráfico vienen limitadas a *“Ordenar, señalar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación.”* No parece así que tal precepto venga a habilitar el acceso a la documentación a que la consulta hace referencia, la normativa vigente no impone que los empleados porten consigo tal certificación para acreditar en cualquier momento que disponen del mismo, sino que se trata de un requisito para la contratación y el obligado a solicitarlo y a acreditar su presentación es el empresario.

Por otra parte, el empresario debe adoptar respecto de tales certificados las debidas medidas de seguridad tal y como establece el artículo 32 del Reglamento (UE) 2016/679, según el cual:

*“1.Teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, que en su caso incluya, entre otros:*

- a) la seudonimización y el cifrado de datos personales;*
- b) la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento;*
- c) la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico;*
- d) un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento.*

*2.Al evaluar la adecuación del nivel de seguridad se tendrán particularmente en cuenta los riesgos que presente el tratamiento de datos, en particular como consecuencia de la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos.”*

De este modo, la pretensión del Ayuntamiento de que los conductores porten el certificado, sin que exista una norma que lo exija, puede además dar



lugar a que el empresario infrinja la obligación de establecer las debidas medidas de seguridad ya que difícilmente pueden adoptarse éstas cuando los documentos no se encuentran sujetos a su control, correspondiéndole, como se ha señalado, al empresario el deber de conservar tales documentos para acreditar el cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.