

0034/2022

El Anteproyecto sometido a Informe tiene por objeto, según declara la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) presentada con dicho anteproyecto, promover y desarrollar la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo y garantizar el ejercicio de los servicios garantizados y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas o entidades demandantes de los servicios públicos de empleo y a las empresas, a fin de contribuir a la creación de empleo y reducción del desempleo, mejorar la empleabilidad e impulsar la cohesión social y territorial. La ley pretende -continúa la MAIN- implantar un concepto moderno de la política de empleo, para dotar al sistema de las herramientas de activación adecuadas para mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de servicios de empleo durante situaciones de tránsito, desempleo o cese de actividad, a través de una garantía de servicios que facilite un nivel de vida digno durante el proceso de búsqueda de ocupación y ofrecer una atención singularizada a personas y entidades usuarias durante los procesos de intermediación o colocación laboral. Asimismo, en el caso de las empresas el objeto consiste en facilitar su acceso a una información de calidad sobre las modalidades de contratación y las ayudas a las mismas, así como procesos eficaces de difusión de sus necesidades de personas trabajadoras y procesos de captación de candidatos.

El proyecto de ley consta de seis títulos, dedicados respectivamente a la política de empleo, Agencia Española de Empleo y servicios de empleo, las políticas activas de empleo, el catálogo de servicios garantizados, compromisos, y cartera de servicios derivados de las políticas activas de empleo, el régimen presupuestario y la financiación, y por último la evaluación de la política de empleo.

I

El Título I está dedicado a la política de empleo. El art. 4 enuncia los objetivos de la política de empleo, entre los que se encuentra el de “la dotación de un servicio integrado de información de los servicios de empleo, garantizando la protección de datos personales y los derechos digitales de las personas usuarias”. La Exposición de Motivos expone que, para un satisfactorio funcionamiento de los servicios de empleo y una mayor integración de las políticas de empleo, resulta fundamental que los servicios públicos de empleo, las distintas Administraciones Públicas y los organismos y entidades colaboradoras **dispongan y compartan datos e información adecuados**, actualizados desagregados por sexo y transferibles a través de la interoperabilidad de sus sistemas. Establece así el **Sistema Público Integrado**

de Información de los Servicios de Empleo que se configura como un instrumento esencial para el funcionamiento del Sistema, al constituir una red de información sobre las políticas activas y de protección frente al desempleo, común a todo el entramado público y privado del empleo y coordinada e integrada en la red europea de los servicios de empleo.

El art. 14 regula el denominado Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo, para el registro de datos comunes, esto es, añade, “una red de información común” para toda la estructura pública y privada del empleo, que integra necesariamente a) La Agencia Española de Empleo, b) Los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas, c) Las agencias privadas de colocación, y d) Las entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo. El art. 15 del proyecto establece que el Sistema Público Integrado de Información reúne todos los datos relativos al empleo y la empleabilidad de las personas y empresas usuarias de los servicios públicos de empleo, así como los referentes a las personas, empresas y demás entidades empleadoras usuarias.

Al referirse a los datos de empleabilidad de las personas, y del término “todos”, hay que remitirse en este momento al art. 49 del anteproyecto, el cual, dentro del título III, hace referencia a los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo. Este precepto establece la obligación para los entes públicos de Empleo de adoptar programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad. Dicho artículo considera “colectivos vulnerables de atención prioritaria”, entre otros, a personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, personas sexual o afectivamente diversas, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, personas gitanas, o pertenecientes a otras minorías étnicas, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones. Se trata, en definitiva, de tratamientos de datos que tienen la consideración de “categorías especiales” de datos personales, conforme al art. 9 del RGPD.

La ley, con carácter general, parte de la base de intercambios de datos e información entre distintas entidades para alcanzar el objetivo de la ley, que es el de procurar una política de empleo, activa o de protección frente al desempleo (art. 2.1) coordinada en favor de la persona demandante de empleo para contribuir a crear empleo, reducir el desempleo, mejorar la empleabilidad etc. (art. 1).

Ello plantea, desde la perspectiva de la protección de datos personales, diversas cuestiones:

La primera de ellas, y más general, es el de la existencia de la ley como base jurídica del tratamiento. El derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental, cuyo contenido consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso» (STC76/2019, de 22 de mayo, y STC 292/2000, de 30 de noviembre). Pero, además, estas sentencias señalaron igualmente la necesidad de que la injerencia esté prevista en una ley o norma de la Unión Europea, con respeto, en todo caso, al principio de proporcionalidad.

En concreto, el el Tribunal Constitucional, en la ya citada STC 76/2019, de 22 de mayo, tras citar, entre otras, a su anterior STC 292/2000, de 30 de noviembre, señala:

*- En segundo lugar, por mandato expreso de la Constitución, **toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas** ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), **precisa una habilitación legal** (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). En la STC 49/1999, FJ 4, definimos la función constitucional de esa reserva de ley en los siguientes términos:*

Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10)."

Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal "ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica", esto es, "ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención" (STC 49/1999, FJ 4). En otras

palabras, “no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias [...], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites” (STC 292/2000, FJ 15).

Además, dicha ley deberá respetar en todo caso el principio de proporcionalidad, 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).”

La misma doctrina sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, si el art. 8 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales reconoce el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, el art. 52.1 reconoce que ese derecho no es ilimitado y permite la limitación del ejercicio de esos derechos y libertades reconocidos por la Carta, limitación que deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los mismos.

La STJUE de 6 de octubre de 2020, en los casos acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18, La Quadrature du Net y otros, en su apartado 175, recuerda que:

*En cuanto a la justificación de dicha injerencia, cabe precisar que el requisito, previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que **la base legal que la permita debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate** (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de*

julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

Igualmente, el apartado 65 de la Sentencia (STJUE) de la misma fecha 6 de octubre de 2020 (C-623/17), Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs y otros, con cita, como la anterior, de la sentencia Schrems 2, dice:

65 Cabe añadir que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

En definitiva, el apartado 175 de la STJUE de 16 de julio de 2020, C-311/2020, Schrems 2, dice:

*Cabe añadir, sobre este último aspecto, que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos **debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate** [dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 139 y jurisprudencia citada].*

Es pues, la misma ley que establece la injerencia en el derecho fundamental la que ha de determinar las condiciones y garantías, esto es, el alcance y la limitación, que han de observarse en dichos tratamientos,

Y en dicha STJUE de 16 de julio de 2020, Schrems 2, se añade (y se reitera posteriormente en las citadas sentencias de 6 de octubre de 2020):

*176 Finalmente, para cumplir el requisito de **proporcionalidad** según el cual las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no deben exceder de lo estrictamente necesario, **la normativa controvertida que conlleve la injerencia debe establecer reglas claras y precisas** que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos se hayan transferido dispongan de **garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso**. En particular, dicha normativa deberá indicar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de tales datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. La necesidad de*

disponer de tales garantías reviste especial importancia cuando los datos personales se someten a un tratamiento automatizado [véase, en este sentido, el dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartados 140 y 141 y jurisprudencia citada).

En el presente caso, el anteproyecto contempla expresamente en su art. 16 una regulación para los tratamientos de datos personales, y en concreto determina como base jurídica para dichos tratamientos “el cumplimiento de una misión de interés público”, como es la “ocupación y la mejora de la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios de empleo, además de la adecuada protección y activación de las mismas cuando se encuentran en situación de necesidad y de falta de empleo, así como la prestación de servicios a las personas, empresas y demás entidades empleadoras”. Y añade que los interesados podrán ejercer todos los derechos reconocidos por la legislación de protección de datos respecto de los datos que consten en el Sistema.

Sin embargo, esta Agencia considera que dicha base jurídica no sería suficiente por sí sola para el tratamiento de todos los datos personales que la ley prevé en el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo, o de otros tratamientos que también se derivan de la ley, como por ejemplo el contenido en el ya mencionado art. 49 del anteproyecto, en relación con los programas específicos destinados a fomentar el empleo de los denominados colectivos vulnerables, en los que se tratarían, entre otros, el origen étnico o racial (personas gitanas o de otras minorías étnicas), datos relativos a la salud (como la discapacidad o la drogodependencia u otras adicciones) o datos relativos a la orientación sexual de las personas demandantes de empleo (art. 49.1, segundo párrafo).

El art. 9.1 RGPD prohíbe el tratamiento de datos personales 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 la orientación sexual de una persona física, salvo que concurra una de las circunstancias de su apartado 2. Dentro de esas circunstancias específicas que permiten levantar la prohibición de tratamiento esta Agencia considera que en este caso sería aplicable la letra b) del art. 9.2: cuando el tratamiento sea 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.

Esta causa de levantamiento de la prohibición requiere una norma de derecho nacional o de la UE, y de manera específica requiere que dicha norma (que bien puede ser el anteproyecto) establezca “garantías adecuadas” del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado. Ya hemos expuesto que la doctrina constitucional establece la necesidad de que sea una ley la que autorice la injerencia en el derecho fundamental, pero a la vez, cuando existen datos personales de categorías especiales, o especialmente protegidos, se requiere que dicha ley, en sí misma, sin remisión a normas de desarrollo reglamentario, contenga y especifique todas las circunstancias del tratamiento para que pueda ser considerado acorde a la protección constitucional prevista en el art. 18.4 CE.

En concreto, la STC 76/2019, tan reiterada, dispone:

*Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, **esa norma legal** «ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica», esto es, «ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención» (STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, «no sólo **excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias** [...], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites» (STC 292/2000, FJ 15).*

Dicha sentencia añade la necesidad de contar con garantías adecuadas a los tratamientos que se pretendan llevar a cabo, con especial cuidado cuando aquellos tratamientos envuelven datos de categorías especiales, como es aquí el caso, porque, como añade el Tribunal Constitucional:

*Por último, debemos recordar que **el Reglamento general de protección de datos establece las garantías mínimas, comunes o generales para el tratamiento de datos personales que no son especiales. En cambio, no establece por sí mismo el régimen jurídico aplicable a los tratamientos de datos personales especiales**, ni en el ámbito de los Estados miembros ni para el Derecho de la Unión. Por ende, **tampoco fija las garantías que deben observar los diversos tratamientos posibles de datos sensibles**, adecuadas a los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que existan en cada caso; tratamientos y categorías especiales de datos que son, o pueden ser, muy diversos entre sí. El reglamento se limita a contemplar la posibilidad de que el legislador de la Unión Europea o el de los Estados miembros, cada uno en su ámbito de competencias, prevean y regulen tales tratamientos, y a indicar las pautas que deben observar en su regulación. Una de esas pautas es que el Derecho del Estado miembro establezca «medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado» [artículo 9.2.g)*

*RGPD] y que «se ofrezcan garantías adecuadas» (considerando 56 RGPD). Es patente que ese establecimiento de medidas adecuadas y específicas solo puede ser expreso. Si la norma interna que regula el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas, no prevé esas garantías adecuadas, **sino que, todo lo más, se remite implícitamente a las garantías generales contenidas en el Reglamento general de protección de datos, no puede considerarse que haya llevado a cabo la tarea normativa que aquel le exige.***

En el presente anteproyecto, esta Agencia considera:

(i) que se han identificado las finalidades de las injerencias en el derecho fundamental (esto es, las finalidades de los tratamientos de datos), pero

(ii) la base jurídica mencionada -en el art. 16- (misión de interés público del art. 6.1.e) RGPD) no es suficiente, porque se prevé el tratamiento de datos de categorías especiales, por lo que se requiere el levantamiento de la prohibición conforme al art. 9.1 RGPD, y la necesidad de una causa del art. 9.2 RGPD, que bien podría ser, como se ha mencionado, la del art. 9.2, letra b). Ello requeriría además que se considerase que el tratamiento del Servicio de Empleo sea no sólo una misión de interés público, que lo es, sino igualmente una “obligación”, lo cual no es tampoco difícil de sostener, ya que el anteproyecto configura (véase el Título IV, art. 54 o art. 55) los servicios de la Agencia Estatal de Empleo y de los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas, como servicios que se han de garantizar en todo el territorio nacional, estableciendo para ello lo que denomina específicamente un catálogo de servicios garantizados a las personas demandantes de servicios de empleo, y para ello regula la obligación para estos servicios de empleo de elaborar, entre otras obligaciones, un perfil individualizado del usuario, la obligación de establecer una tutorización individual con asesoramiento continuado y atención personalizada, y la determinación de un itinerario o plan personalizado adecuado al perfil del individuo que exigirá la formalización de un “acuerdo de actividad” “suscrito entre el servicio público de empleo y la persona usuaria”. Por lo tanto, cabe considerar que la ley también establece obligaciones específicas a cargo de los servicios de empleo hacia la persona usuaria, por lo que la base jurídica de dichos tratamientos también podría ser la del cumplimiento de una obligación legal (Art. 6.1.e) RGPD), que a su vez dé paso al levantamiento de la prohibición de tratamiento de datos personales de categorías especiales conforme a la letra b) del apartado dos del artículo 9 RGPD.

La existencia y aplicación de estas bases jurídicas deberían de plasmarse específicamente en el texto del anteproyecto de ley.

(iii) Pero, el anteproyecto no ha regulado -siguiendo aquí la doctrina del TC- en el propio texto legal las garantías adecuadas para la debida

protección del derecho fundamental, dado que se tratarán datos de categorías especiales. El texto del anteproyecto no menciona específicamente cuáles pueden ser esas “garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado” que permitan justificar el levantamiento de la prohibición de tratamiento de dichos datos especialmente protegidos (art. 9.1.b) RGPD). De hecho, el art. 16 del anteproyecto se remite con carácter genérico al RGPD y a la LOPDGDD, lo cual, cuando hay tratamiento de datos especiales de carácter personal, no es suficiente (STC 76/2019). Una referencia igualmente genérica se contiene en el art. 47.3.

Por estas razones, esta Agencia considera que no se adapta a los requisitos constitucionales el apartado 4 del art. 49 del anteproyecto, que dice así:

4. Reglamentariamente se podrá adaptar la relación de colectivos vulnerables de atención prioritaria, contenida en el apartado 1, a la realidad socio-laboral de cada momento y se concretará, cuando sea preciso, la forma de identificar la pertenencia a tales colectivos.

Y ello por dos razones. La primera de ellas es que remite al reglamento la posibilidad de que por mera decisión administrativa de carácter general (esto es, el reglamento) se permita el tratamiento de datos personales de categorías especiales no previstos por una norma de rango legal (el anteproyecto). Véase STC 292/2000. Y en segundo lugar, porque la “forma de identificar la pertenencia a tales colectivos” incide directamente en el derecho fundamental, ya que será la Administración la que “precise”, esto es, establezca, quién pertenece, o no, a tal colectivo cuyos datos personales están especialmente protegidos, lo que significa que la ley no ha concretado las garantías suficientes para dicho tratamiento de datos previsto en la ley, y dejaría a la Administración dicha tarea, que debería ser establecida en la propia ley, lo que lleva a considerar que “esta ley no cumple los principios de previsibilidad y certeza de las medidas restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales”

La STC 76/2019, con referencia a la STC 292/2000 lo expresa con total claridad:

«Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los

derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10).»

*Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una **doble exigencia**: por un lado, la **necesaria intervención de la ley** para habilitar la injerencia; y, por otro lado, **esa norma legal «ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica»**, esto es, «**ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención**» (STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, «**no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias** [...], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites» (STC 292/2000, FJ 15).*

*La segunda exigencia mencionada constituye la dimensión cualitativa de la reserva de ley, y se concreta en las **exigencias de previsibilidad y certeza de las medidas restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales**. En la STC 292/2000, FJ 15, señalamos que, aun teniendo un fundamento constitucional, las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley «**pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación**», pues «**la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción**»; «al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla». En la misma sentencia y fundamento jurídico precisamos también el tipo de vulneración que acarrea la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites: «no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7)».*

En cuanto a la cuestión de las “garantías adecuadas”, no sólo han de constar en la propia ley, sino que, en cuanto a su contenido, el Tribunal Constitucional señala que dichas garantías deben velar por que el tratamiento de datos se realice en condiciones que aseguren la transparencia, la supervisión y la tutela judicial efectiva, y deben procurar que los datos no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para fines distintos de los que justificaron su obtención. La naturaleza y el alcance de las garantías que resulten constitucionalmente exigibles en cada caso dependerán de tres factores esencialmente: el tipo de tratamiento de datos que se pretende llevar a cabo; la naturaleza de los datos; y la probabilidad y la gravedad de los riesgos de abuso y de utilización ilícita que, a su vez, están vinculadas al tipo de tratamiento y a la categoría de datos de que se trate. El nivel y la naturaleza de las garantías adecuadas **no se pueden determinar de una vez para todas, pues, por un lado, deben revisarse y actualizarse cuando sea necesario** y, por otro lado, el principio de proporcionalidad obliga a verificar si, con el desarrollo de la tecnología, aparecen posibilidades de tratamiento que resultan menos intrusivas o potencialmente menos peligrosas para los derechos fundamentales.

Hay que recordar que recientemente se ha aprobado el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, de aplicación a todo el sector público (art. 2.1), y concretamente a los sistemas de información que traten datos personales. El art. 3.2 especifica que el responsable o el encargado del tratamiento, asesorado por el delegado de protección de datos, realizarán un análisis de riesgos conforme al artículo 24 del Reglamento General de Protección de Datos y, en los supuestos de su artículo 35, una evaluación de impacto en la protección de datos. Cabe añadir que el art. 24 RGPD obliga al responsable a analizar los riesgos para determinar las medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el Reglamento, y que el art. 35, en particular, en el apartado 3, determina la necesidad de llevar a cabo una Evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) cuando, como es el caso, los tratamientos consistan en la evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas (véase art. 55.1.a) del Anteproyecto) o que les afecten significativamente de modo similar; o cuando se trate de un tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, como es igualmente el caso, habida cuenta de que la Agencia Estatal de Empleo y los servicios de las comunidades autónomas extienden su competencia en esta materia sobre millones de personas en las que puede darse alguna de las circunstancias de del art. 9.1 RGPD.

La determinación de las “adecuadas garantías” en la ley habrá de llegar de un adecuado análisis de los riesgos de dichos tratamientos, y de la evaluación de impacto correspondiente. El art. 35.10 RGPD ya determina la

posibilidad de que la EIPD se realice en la fase de adopción de la norma jurídica, en cuyo caso el responsable de los tratamientos no deberá, a su vez, llevarlas a cabo.

*10. Cuando el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letras c) o e), tenga su base jurídica en el Derecho de la Unión o en el Derecho del Estado miembro que se aplique al responsable del tratamiento, tal Derecho regule la operación específica de tratamiento o conjunto de operaciones en cuestión, **y ya se haya realizado una evaluación de impacto relativa a la protección de datos como parte de una evaluación de impacto general en el contexto de la adopción de dicha base jurídica**, los apartados 1 a 7 no serán de aplicación excepto si los Estados miembros consideran necesario proceder a dicha evaluación previa a las actividades de tratamiento*

Obsérvese que de dicha EIPD pueden llegar a aflorar riesgos de mayor magnitud que los previstos en el Esquema Nacional de Seguridad para determinadas medidas, por lo que, en ese caso, el art. 3.3 del Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad dispone que:

*En todo caso, prevalecerán las medidas a implantar como consecuencia del análisis de riesgos y, en su caso, de la evaluación de impacto a los que se refiere el apartado anterior, **en caso de resultar agravadas respecto de las previstas en el presente real decreto***

IV

Dado que los tratamientos de datos previstos en el anteproyecto toman como base de legitimación la establecida en el art. 6.1.e) RGPD, esto es, que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, el art. 6.3 RGPD determina que en estos casos la finalidad del tratamiento **deberá** quedar determinada en dicha base jurídica o, en lo relativo al tratamiento a que se refiere el apartado 1, letra e), será necesaria para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Dicha base jurídica **podrá** contener disposiciones específicas para adaptar la aplicación de normas del presente Reglamento, entre otras: las condiciones generales que rigen la licitud del tratamiento por parte del responsable; los tipos de datos objeto de tratamiento; los interesados afectados; las entidades a las que se pueden comunicar datos personales y los fines de tal comunicación; la limitación de la finalidad; los plazos de conservación de los datos, así como las operaciones y los procedimientos del tratamiento, incluidas las medidas para garantizar un tratamiento lícito y equitativo, como las relativas a otras situaciones específicas

de tratamiento a tenor del capítulo IX. El Derecho de la Unión o de los Estados miembros cumplirá un objetivo de interés público y será proporcional al fin legítimo perseguido.

De hecho, una cuestión sobre la que esta AEPD desea llamar la atención es la falta de precisión en el Anteproyecto a las garantías que, en materia de protección de datos, rigen los tratamientos de datos que resultan del denominado Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo, que conecta entre sí la información de diversas Administraciones, en especial de las cesiones de datos que pueden producirse a otras Administraciones Públicas, y las finalidades de dichas cesiones, máxime cuando la información, los datos personales, pueden ser de los especialmente protegidos conforme al RGPD. Esta AEPD sugiere que el prelegislador determine específica y expresamente estas circunstancias en el anteproyecto, limitándolas a las cesiones y finalidades imprescindibles (principio de limitación de la finalidad, art. 5.1.b) RGPD) para las cuales se obtuvieron inicialmente los datos personales.

El propio art. 14 denomina a dicho sistema como “registros de datos comunes”, que, por otra parte, entre otras administraciones, integra también a las Agencias privadas de colocación. Ahora bien, la ley no establece quién es el responsable -o régimen de corresponsabilidad, en su caso- de los tratamientos, ni tampoco dice nada acerca de la posible existencia de “encargados del tratamiento” cuando se tratan los datos de otras entidades o administraciones. No existe, en definitiva, claridad acerca del régimen de tratamientos de datos personales entre las distintas entidades que conforman el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo. Véase a tal efecto, por ejemplo, el art. 47 del Anteproyecto, según el cual los servicios públicos de empleo han de suministrarse entre sí, vía colaboración institucional, la información a que se hace referencia en el precepto, y entre ellas el “perfil individualizado del usuario”, y cuya única prevención, en el art. 47.4 del anteproyecto, es que el citado suministro de información se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre y en 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, lo que en realidad no sólo es redundante, porque todo tratamiento de datos personales, en estos casos, ha de regirse por la normativa citada, sin necesidad de establecerlo expresamente, sino que además, como ya hemos expuesto, la cita a dichas normas -sin establecer garantías específicas- cuando los tratamientos incluyen datos de categorías especialmente protegidas, es insuficiente (STC 76/2019) porque esas normas no contienen las prevenciones necesarias en estos casos.

Otro ejemplo de ello lo encontramos en el art. 42.3, letra a), del anteproyecto, según el cual las Agencias de colocación deberán de “[s]uministrar a los servicios públicos de empleo la información que se

determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre las personas trabajadoras atendidos y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas”. Se establece un tratamiento de datos personales que remite al reglamento en su integridad (qué datos hay que comunicar, cuándo y cómo), por lo que no se contienen en la ley no las garantías adecuadas ni reúne, por tanto, *“todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica”*, esto es, *«ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención»* (STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, *«no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias [...], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites»* (STC 292/2000, FJ 15). STC 76/2019, ya muy reiterada en este Informe.

Esta Agencia sugiere que se tenga en consideración, quizás como patrón o modelo, además de la necesidad de establecer en la ley “garantías adecuadas” y de que la ley establezca todas aquellas “características indispensables como garantía de la seguridad jurídica”, y “expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” que supone un tratamiento de datos personales, que el legislador español, en supuestos concretos de normas legislativas, ya ha tenido ocasión de aplicar dicho precepto (art. 6.3 RGPD), estableciendo un régimen específico y pormenorizado en una norma de rango legal en la que se preveían tratamientos de datos personales, incluyendo datos de categorías especiales. Nos referimos a la Disposición Adicional cuarta de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte, que contiene una regulación completa y específica, integrada, para regular los tratamientos de datos personales que resultan de dicha ley. Dicha disposición podría ser considerada por el prelegislador en el presente caso igualmente, tomando esta y adaptándola, por supuesto, a las cuestiones que se regulan en el anteproyecto que se ha sometido al presente informe.

V

El art. 17 contiene una regulación de la que se desprende que la información que se contenga en el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo será la base para el funcionamiento de las *“herramientas de apoyo a las decisiones fundamentadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas”*. Estas herramientas se desarrollarán en el seno del Sistema Nacional de Empleo, con la colaboración de las comunidades autónomas y se pondrán a disposición de las personas responsables de la tutorización y seguimiento individualizado de las personas demandantes de los servicios de empleo o de las personas responsables de la prestación de servicios a personas, empresas o entidades empleadoras usuarias, para

facilitar su toma de decisiones y las recomendaciones que elaboren y emitan en el ejercicio de sus funciones. Ello hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en el art. 35.1, y sobre todo con el art. 55.1, el cual establece que dentro del catálogo de servicios garantizados a las personas demandantes de empleo se encuentra “la elaboración de un **perfil individualizado** de usuario que permita la evaluación de la persona demandante de los servicios de empleo”, con el soporte de evidencias estadísticas para la mejora de su empleabilidad, y que facilite el ulterior diseño de un itinerario personalizado formativo o de búsqueda activa de empleo o emprendimiento adecuado. Se trata, en definitiva, de la previsión de un tratamiento automatizado de datos que conduzca a una mejora de la empleabilidad y facilite un ulterior diseño personalizado.

A este respecto cabe citar que el art. 22 del RGPD (y art. 18 LOPDGDD) establece como un derecho del interesado el de “no ser objeto de una decisión basada *únicamente* en el tratamiento automatizado, *incluida la elaboración de perfiles*, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. Sin embargo, ese tratamiento será admisible en los casos previstos en el apartado 2, y expresamente (letra b)) cuando esté autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento *y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado*. No se establecen expresamente en el art. 55.1, o en el art. 17, del anteproyecto cuáles serán esas “medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado” que permitirían el tratamiento automatizado, y el perfilado, de los datos personales de los interesados. De hecho, el último párrafo del art. 55.1, letra a), se establece que Las personas demandantes de los servicios de empleo *dispondrán de su evaluación individual* en el plazo más breve posible desde la solicitud del servicio de orientación profesional, o en el art. 17 que las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos “podrán” ser revisadas o modificadas por el personal responsable de la tutorización - no se sabe bajo qué criterios- y que el interesado tendrá acceso al contenido íntegro de las decisiones o recomendaciones, pero ello no cabe considerarlo como una garantía, por cuanto ya se habría producido el tratamiento de datos personales. El apartado 3 del art. 22 RGPD, en los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), prevé como garantías “el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”, las cuales, entre otras que el prelegislador estimase oportunas, podrían ser incluidas como tales en estos tratamientos automatizados, que estarían incluidos en la letra b) del art. 22.2 RGPD.

No puede dejarse de mencionar que el apartado 4 del art. 22 RGPD no permite que las decisiones a que se refiere el apartado 2 (esto es, en este caso, las decisiones automatizadas autorizadas por la ley de Empleo) **no se basarán en las categorías especiales de datos personales** contempladas en el artículo 9, apartado 1, **salvo** que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a)

(consentimiento del interesado) o g) (cuando 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). Tal y como resulta del art. 17.1 del anteproyecto, parece ser que la información que se utilizará para el tratamiento automatizado y perfilado a que nos referimos será toda la “contenida” en el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo. Dicha información puede contener datos personales de categorías especiales, por cuanto incluye “todos los datos relativos a la empleabilidad” (art. 15, segundo párrafo) y véase art. 49 del anteproyecto.

Así, corresponde al prelegislador establecer en el anteproyecto, en caso de que prevea que dichos tratamientos automatizados y de perfilado del individuo puedan incluir datos de categorías especiales del art. 9.1 RGPD, cuáles son las circunstancias que permitirían levantar la prohibición de tratamiento que establece el art. 22.4 RGPD; si el consentimiento del art. 9.2. letra a) o la letra g) del art. 9.2. RGPD (cuando 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), **determinando y especificando en la ley cuál es ese interés esencial y en qué se diferencia, en el caso concreto previsto en el anteproyecto, de las circunstancias de la letra b) del apartado 2 del art. 9 RGPD (cuando 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)**, pues esta última permite tratar datos personales de categorías especiales *pero no* el tratamiento automatizado y el perfilado previsto en el art. 22 RGPD. Y establecer, además, en la ley, como indica el art. 22.4, las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.

VI

En la Disposición Final primera (DF 1ª) del anteproyecto se modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto para añadir, entre otras, en la letra c) apartado 1 del art. 16, una infracción que consiste con “[s]olicitar datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación o colocación o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan 67 discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad,

estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”.

Si bien se entiende la fundamentación de dicha infracción, esta Agencia sin embargo llama la atención a que en el art. 49 del anteproyecto se contiene una regulación en la que se prevén programas específicos destinados a fomentar el empleo para colectivos vulnerables, entendiendo por tales, según dicho precepto, entre otros, personas cualificadas por razón de edad, etnia o raza, adicciones -datos de salud- etc. Y en la disposición adicional sexta (DA 6ª), expresamente se considera que no constituye discriminación por motivos de edad la configuración de condiciones de trabajo y empleo específicas para jóvenes, en las condiciones ahí previstas. En definitiva, se trata de casos de discriminación favorables al trabajador que cumple dichas condiciones. Para cumplir estas condiciones parece necesario el tratamiento de sus datos, con las garantías adecuadas, por lo que el apartado mencionado de la LISOS deberá concordarse con estos preceptos del anteproyecto para evitar incongruencias.

VII

La DF 2ª del anteproyecto modifica el apartado 2 del artículo 38 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, cuya redacción pasa a ser la siguiente: “2. A los efectos de aplicación de beneficios que esta ley y sus normas de desarrollo reconozcan tanto a las personas trabajadoras con discapacidad como a las empresas que los empleen, se incluirá en el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo **con el consentimiento previo de [dichos] dichas personas trabajadoras** una referencia a su tipo y grado de discapacidad, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y en 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

Como ya se ha mencionado, en sí misma la mención al RGPD y a la LOPDGDD no es esencial, porque dicha mención no añade nada nuevo: los tratamientos de datos personales han de regirse, en todo caso, por dichas normas, se mencionen en el precepto o no. En segundo lugar, y dado que se mencionan, tanto en este como en otros lugares del anteproyecto, sería conveniente mencionar siempre en primer lugar el RGPD y después la LOPDGDD, pues la regulación fundamental del derecho fundamental se contiene en el RGPD, siendo la LOPDGDD tan sólo un desarrollo de aquellos aspectos que el legislador europeo ha permitido al legislador nacional.

En cuanto a la regulación que se contiene en el precepto examinado, esta es que se puedan incluir -y por tanto tratar- en el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo- los datos de “tipo y grado de discapacidad” si media el consentimiento de los trabajadores. Obsérvese que para el dato de salud consistente en la propia situación de incapacidad no se requiere el consentimiento del interesado -en realidad simplemente no se menciona tal circunstancia-, y no está explicado en la memoria el porqué de dicha diferenciación, y si responde a una diferenciación querida expresamente por el prelegislador o no.

En cuanto al “tipo y grado de discapacidad”, para lo que se requiere el consentimiento, esta Agencia considera que dicho requisito constituye una garantía para el interesado, ya que somete dicho tratamiento a su voluntad, y dicho consentimiento constituiría la causa que levantaría la prohibición de tratar dichos datos de salud conforme al art. 9.2, letra a) del RGPD. Ahora bien, se llama la atención a que dicho consentimiento es por esencia revocable (art. 7.3 RGPD), y en consecuencia cualquier tratamiento de dichos datos posterior a la retirada del consentimiento no será conforme al RGPD, sin que afecte a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada.

VIII

La DF 4ª del anteproyecto añade un nuevo apartado o) al apartado 1 del art. 77 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para permitir la cesión de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones a la nueva entidad Agencia Española de Empleo y a los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas.

Esta Agencia comprende la necesidad de la mención a la Agencia Española de Empleo, en cuanto nace con el anteproyecto como Agencia estatal, y por tanto se transforma de su anterior naturaleza jurídica como Organismo Autónomo (SEPE) y entidad gestora conforme al art. 294 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Sin embargo, y dado que tampoco se detalla en la MAIN, no considera necesario la mención en dicha nueva letra o) del TRLGSS a los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas, dado que nada ha variado respecto de estos y ya se encuentran, como parece, incluidos en el texto de la letra k) del art. 77.1 TRGLSS, y con la finalidad exacta que se prevé en esta ley, el reconocimiento y control de las prestaciones de carácter social competencia de las comunidades autónomas, sin que parezca necesario una ampliación de los tratamientos de datos previstos en dicho apartado para el ejercicio de las competencias propias de dichos servicios públicos de empleo.

Esta Agencia considera que la letra k) ya en vigor contiene una garantía no prevista en la proyectada letra o), que es que la información facilitada no podrá ser utilizada con ninguna otra finalidad si no es con el consentimiento del interesado, lo que es más acorde con el principio de limitación de la finalidad (art. 5.1.b) RGPD). La redacción de la letra o) proyectada es más inconcreta, y da lugar a interpretaciones no uniformes sobre la finalidad pretendida con dichos tratamientos (cesión): el “óptimo desarrollo de las políticas de empleo”. Dicha expresión es vaga e inconcreta, y puede amparar cualquier tratamiento, sin que el interesado tenga conocimiento de a qué pueden dedicarse sus datos personales. Esta Agencia sugiere que se incluya a la Agencia Española de Empleo dentro de las entidades que pueden recibir datos en la letra k) del apartado 1 del art. 77, de manera que se limite la finalidad de las cesiones de datos personales que pueda recibir exclusivamente a las ya previstas en dicho precepto, esto es, a la recepción de la información estrictamente necesaria para el reconocimiento y control de las prestaciones de carácter social de su competencia, precepto lo suficientemente amplio y a la vez preciso. Por ello desaconseja la introducción de la nueva letra o) en el apartado 1 del art. 77.