



Datuak Babesteko
Euskal Bulegoa
Agencia Vasca de
Protección de Datos

	Datuak Babesteko Euskal Bulegoa Agencia Vasca de Protección de Datos
21 JUL 2022	
Nº	551/0337 Zkia.
IRTEERA - SALIDA	

EUSKO JAURLARITZA/GOBIERNO VASCO
LAN ETA ENPLEGU SAILA/ DPTO. DE TRABAJO Y EMPLEO
Enplegu eta Gizarteratze Zuzendaritza/ Dirección de Empleo e Inclusión

Erref.
Ref.

IL22-005

GAIA
ASUNTO

“Enpleguari buruzko Euskal Legearen aurreproiektuaren gainean egindako txosten juridikoa
Informe jurídico sobre el “Anteproyecto de Ley Vasca de Empleo”

Honekin batera bidaltzen dizut Bulegoak egin duen txosten juridikoa zuren kontsultaren gainean.

Adjunto le remito informe jurídico elaborado por esta Agencia en relación a la consulta realizada por usted.

Adeitasunez.

Atentamente.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko uztailaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de julio de 2022


Pedro Alberto González González
Idazkari nagusia / El Secretario General



DICTAMEN N° D22-015

INFORME QUE FORMULA LA AGENCIA VASCA DE PROTECCION DE DATOS EN RELACION CON EL ANTEPROYECTO DE LEY VASCA DE EMPLEO

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de junio tuvo entrada en esta Agencia Vasca de Protección de Datos solicitud de informe en relación con el asunto referenciado en el encabezamiento, y asimismo con fecha 21 de junio tiene entrada documentación complementaria con los antecedentes del anteproyecto.

En virtud del artículo 17.1 de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos, corresponde a esta Agencia Vasca de Protección de Datos la emisión del informe en respuesta a la consulta formulada.

CONSIDERACIONES

El Anteproyecto de Ley Vasca de Empleo se estructura en seis títulos, ochenta y cinco artículos, tres disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

Según dispone el artículo 1, la ley tiene por objeto *“la definición de los derechos y obligaciones de las personas para la mejora de su empleabilidad, la creación de la Red Vasca de Empleo, la ordenación de su cartera de servicios y de su gestión. Asimismo, tiene por objeto la definición de las competencias en materia de empleo en Euskadi, del modelo de gobernanza, de la planificación, participación y financiación de las políticas públicas de empleo, y la regulación de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo.”*

Pasaremos a continuación a analizar el texto remitido desde la estricta perspectiva que es propia a esta Agencia, esto es, respecto a su adecuación al derecho fundamental a la protección de datos personales, y a la normativa que lo regula. Por ello, nos referiremos exclusivamente a aquellos preceptos de la norma en los que este derecho fundamental puede resultar afectado.

Derechos y obligaciones para la mejora de la empleabilidad (Título II)

En los artículos 8 y siguientes se reconocen a todas las personas inscritas en Lanbide-Servicio Vasco de Empleo (en adelante, Lanbide) como demandantes de empleo y con residencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi una serie de derechos para mejorar su



empleabilidad, configurados como derechos subjetivos, cuya efectividad viene determinada en el artículo 13. Estos derechos subjetivos, garantizados por Lanbide, son:

- a) Derecho a una asistencia personalizada, continuada y adecuada.
- b) Derecho al diagnóstico personal sobre la empleabilidad.
- c) Derecho a la elaboración de un plan integrado y personalizado de empleo.
- d) Derecho a la formación en el trabajo.

El ejercicio de estos derechos ante la Administración competente va a precisar que la misma realice tratamientos de datos personales, entre los que pueden constar categorías especiales de datos, por lo que, la afectación a la privacidad de las personas es clara, así como la necesidad de adoptar las cautelas oportunas.

En el primer párrafo del artículo 8.3 se establece el deber de colaboración activa con Lanbide de las personas que ejerciten tales derechos, facilitando la información que le sea requerida necesaria para garantizar la efectividad de tales derechos.

Esta información requerida delimitada a la necesaria para garantizar la efectividad de los derechos se ajusta al principio de minimización de datos consagrado en el artículo 5.1 c) del 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 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD).

Y en ese mismo principio se debería inspirar la comunicación de la información que asimismo deben realizar las personas titulares de tales derechos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 8.3. (*“cambios de domicilio, datos de contacto y cuantas otras circunstancias personales, familiares o sociales sean relevantes en orden a la mejora de la empleabilidad, de sus posibilidades de inserción laboral o para el cumplimiento del plan integrado y personalizado de empleo”*) A nuestro juicio es más adecuado y clarificador desde la perspectiva de la protección de datos utilizar el término necesarios (en lugar de *“relevantes”*), que es el utilizado por el RGPD en el citado artículo 5.1. c). En el mismo sentido, en el art. 10.4 convendría utilizar el término necesarios en lugar de relevantes.

Asimismo, se hace preciso destacar que en todos los supuestos en los que a lo largo del articulado del anteproyecto se recoge el deber de colaboración de las personas, aportando la información personal requerida por la Administración, además de cumplir con el principio de minimización, se dé cumplimiento al principio de transparencia, que exige a la Administración el deber de informar en los términos previstos en el artículo 13 del RGPD.

El artículo 14 se dedica a la confidencialidad, y se califican como confidenciales el resultado del ejercicio de dos de esos derechos, a saber, el diagnóstico personal sobre la empleabilidad y el plan integrado y personalizado de empleo, de forma que el personal que accede a los mismos está sujeto al deber de secreto, salvo en los casos previstos en norma con rango de ley.

Hay que tener presente que el artículo 5.1 f) del RGPD impone el deber de tratar todos los datos personales con observancia del principio de confidencialidad, además de aquellos deberes derivados de la condición personal como funcionario o profesional y que se concretan en el secreto profesional.

En el apartado 2 del artículo 14 se habilita el acceso al diagnóstico personal y plan integrado mencionados a los profesionales de la Red Vasca de Empleo en el ejercicio de sus



funciones y, en todo caso, a fin de prestar a la persona interesada los servicios de la cartera de la Red Vasca de Empleo o de los programas complementarios para la mejora de la empleabilidad. A estos profesionales también alcanzará la observancia del principio de confidencialidad y el deber de secreto citados.

En aplicación del ya citado principio de minimización, ese acceso de los profesionales de la Red Vasca de Empleo a la información personal debería limitarse a la necesaria para el ejercicio de sus funciones y en especial para prestar los servicios referidos.

La Red Vasca de Empleo (Título III).

Los artículos 15 a 53 regulan la Red Vasca de Empleo, que viene definida como el *“instrumento de cooperación, carente de personalidad jurídica, integrado por Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, por las diputaciones forales, municipios, entidades locales, entidades de sus respectivos sectores públicos y por aquellas otras entidades colaboradoras que gestionen la cartera de servicios a que se refiere el capítulo II de este título, los programas complementarios de mejora de la empleabilidad y cualesquiera acciones en materia de empleo que acuerden sus integrantes”* (art. 15).

En el Capítulo I dedicado a las disposiciones generales, hay una mención expresa a la protección de datos personales, y así, el artículo 19.1 establece la base jurídica que legitima el tratamiento de los mismos por parte de las entidades integrantes de la Red Vasca de Empleo, acogiéndose al artículo 6.1 e) del RGPD:

“El tratamiento de datos por parte de las entidades integrantes de la Red Vasca de Empleo se realizará en cumplimiento de una misión de interés público, como es la ocupación y la mejora de la empleabilidad de las personas usuarias, además de la adecuada protección y activación de las mismas cuando se encuentran en situación de necesidad y de falta de empleo, 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, en el Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (...).”

Habría que precisar que el tratamiento de datos a que se refiere el precepto es de datos **personales**, tal y como viene definido en el artículo 4.1 del RGPD, y que el tratamiento o tratamientos de los mismos por las entidades integrantes de la Red Vasca de Empleo, como responsables o encargados del tratamiento, deberá ajustarse en todo caso a los principios y obligaciones que se recogen en la referida normativa de protección de datos personales.

En cuanto a la base legitimadora del tratamiento establecida en el precepto del anteproyecto de ley, el texto omite las bases que podrían legitimar el tratamiento de las categorías especiales de datos (como por ejemplo, la discapacidad como dato de salud, o los datos biométricos que aparecen en el articulado), que a nuestro juicio serían las contempladas en los artículos 9.2.b) y h) del RGPD:

“9.2.b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado



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

El Capítulo II está dedicado a la definición y gestión de la cartera de servicios de la Red Vasca de Empleo.

El artículo 23 del anteproyecto dispone que será Lanbide el que garantizará la prestación de la totalidad de la cartera de servicios de la Red Vasca de Empleo, incluida la prestación de los servicios por medios electrónicos, de acuerdo con el Mapa de dicha red, sin perjuicio de su gestión directa o indirecta a través de otras entidades públicas o privadas.

Se definen como usuarias de los servicios de la Red Vasca de Empleo las personas físicas, desempleadas u ocupadas que sean demandantes de algunos de sus servicios, así como aquellas empresas que oferten empleo o soliciten servicios de la cartera. El acceso a la cartera de servicios por las personas físicas exigirá en todo caso el **registro** en el instrumento común para la atención y seguimiento regulado en el artículo 36 (art. 30.2).

Estas personas físicas usuarias de la cartera servicios tienen garantizados una serie de derechos ante las entidades de la Red Vasca de Empleo recogidos en el artículo 31 del anteproyecto, y entre ellos, y en lo que pueda afectar al tratamiento de datos personales, se encuentran:

- Derecho a ser tratadas con respeto y corrección en un clima de seguridad y confianza, garantizando la confidencialidad y el respeto a la dignidad de la persona y a la protección de sus datos personales.
- A obtener información completa, veraz, continuada, comprensible, accesible, suficiente y eficaz sobre la cartera de servicios de la Red Vasca de Empleo, las necesidades de las empresas, las cualificaciones relevantes en el mercado de trabajo, la oferta formativa y, en todo caso, **la información sobre su empleabilidad y sobre el plan integrado y personalizado para el empleo.**
- Una **historia laboral única** que recogerá el conjunto de la información relevante sobre el triaje, el diagnóstico personal sobre la empleabilidad de la persona usuaria, el plan integrado y personalizado de empleo, sobre las actuaciones desarrolladas, ofertas de empleo, contratos suscritos, prestaciones o subsidios que perciba, en su caso, y demás información que resulte relevante para conseguir la continuidad y complementariedad de todas las intervenciones de las entidades integrantes de la Red Vasca de Empleo.
- A acceder a los documentos y a los datos de su historia laboral única y a obtener copia de los mismos en formato accesible.
- Integridad, confidencialidad y autenticidad de la información tratada.

Hay que tener presente que el contenido del derecho de acceso de la persona física usuaria a su historia laboral única así establecido en el anteproyecto tiene estar en consonancia con el derecho de acceso regulado en el artículo 15 del RGPD.



En cuanto al contenido de la historia laboral única, nos reiteramos en que es más adecuado y clarificador desde la perspectiva de la protección de datos utilizar el término de información que resulte **necesaria** (en lugar de “*relevante*”), que es el utilizado por el RGPD en el citado artículo 5.1. c) al referirse al principio de minimización de datos

El acceso a la historia laboral única por personas distintas de su titular viene recogido en el artículo 32 del anteproyecto:

- Por un lado, por las personas profesionales de la Red Vasca de Empleo, que se limitará a lo necesario, adecuado y pertinente en atención las funciones concretas que tenga encomendadas y siempre que sea preciso para la adecuada prestación de la cartera de servicios de dicha Red o de alguno de los programas complementarios para la mejora de la empleabilidad. Esto es acorde con el principio de minimización de datos que consagra el RGPD. Asimismo, deberán respetar el principio de confidencialidad establecido en el art. 5.1 del RGPD y el deber de secreto.
- Por otro, por el personal que realice funciones de inspección de la Red Vasca de Empleo en ejercicio de las funciones de comprobación que se especifican en el artículo 32 del anteproyecto. Este acceso a la historia laboral única formaría parte del auxilio a la labor inspectora que se regula en el artículo 51 del anteproyecto.

La historia laboral única de las personas y empresas usuarias queda integrada en el instrumento común para la atención y seguimiento que se regula en el artículo 36 del anteproyecto. Y tal y como se ha reseñado anteriormente, es obligatorio el registro en ese instrumento para que las personas y empresas usuarias accedan a la cartera de servicios de la Red Vasca de Empleo (art. 30.2).

En el artículo 33 del anteproyecto se recogen las obligaciones de las personas y empresas usuarias de los servicios de la Red Vasca de Empleo, entre las que destacan, el deber general de colaborar con las entidades integrantes de la Red Vasca de Empleo, y en especial, el de facilitar la documentación, datos e informes que le sean requeridos en orden a posibilitar la mejor prestación de los servicios de la cartera, así como mantener actualizada la información sobre cambios de domicilio, datos de contacto y de aquellas circunstancias laborales, personales o familiares que sean relevantes para el disfrute de los servicios de empleo o, en su caso, para prestar los servicios que sean requeridos por las empresas.

Como ya nos hemos expresado anteriormente, a nuestro juicio es más adecuado y clarificador desde la perspectiva de la protección de datos utilizar el término **necesarios** (en lugar de “*relevantes*”), que es el utilizado por el RGPD en el citado artículo 5.1. c) al referirse al principio de minimización de datos, y que la información personal requerida se ajuste asimismo a este principio.

El Capítulo III regula los instrumentos comunes de atención, información y prospección y la gestión de la cartera de servicios de la Red Vasca de Empleo.

Dichos instrumentos, que deberán utilizar las entidades integrantes de la Red Vasca de Empleo, serán aprobados por la persona titular del departamento del Gobierno Vasco competente en materia de empleo (art. 34), quedando en manos de Lanbide el diseño y mantenimiento de los mismos (art. 35).



La utilización de estos instrumentos supondrá el tratamiento de datos personales y de categorías especiales de datos, por lo que Lanbide, a quien corresponde su diseño y mantenimiento, deberá dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 25 del RGPD, relativo a la protección de datos desde el diseño y por defecto.

Según la exposición de motivos del anteproyecto, el instrumento común para la atención y seguimiento previsto en el artículo 36, está llamado a servir de auténtico revulsivo en la prestación de servicios de empleo. Y es la herramienta que permitirá el seguimiento por cada persona usuaria y durante toda su vida laboral, de los servicios prestados de la cartera de servicios de la Red Vasca de empleo. Asimismo, permitirá el seguimiento de los servicios prestados a las empresas.

En el apartado 2 del artículo 36 dispone que integrará la historia laboral única, la información relevante personal y profesional y de las empresas usuarias, garantizando la trazabilidad de todas las intervenciones y, en su caso, la adecuada coordinación con las prestaciones económicas frente al desempleo y las prestaciones del Sistema Vasco de Garantía de Ingresos y para la Inclusión.

No se precisa de quién es la información personal y profesional, pero del contexto parece que se tiene que referir a la información de las personas usuarias.

Además, sería innecesario volver a describir la historia laboral única, cuando ya se detalla su contenido en el artículo 31.1 e) del anteproyecto.

El apartado 3 del artículo 36 establece que el Instrumento permitirá la elaboración de estadísticas sobre la gestión realizada y, en todo caso, el conocimiento de la situación diferencial de mujeres y hombres.

Se haría preciso destacar que la elaboración de estadísticas deberá sujetarse a lo que se dispone en el artículo 25 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), y en la Ley 4/1986, de 23 de abril, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Elaboración de perfiles (artículo 38):

El artículo 38 del anteproyecto prevé como un instrumento de gestión la herramienta de perfilado, que *“permitirá la caracterización de las personas usuarias de la Red Vasca de Empleo según su empleabilidad y servirá de apoyo la atención directa, a la programación de acciones individuales y a la planificación de las políticas públicas de empleo”*.

Al **perfil** de las personas usuarias y de demandantes de empleo se refieren también varios artículos del anteproyecto dentro de la cartera de servicios recogida en el Capítulo II:

- Artículo 24, dedicado al servicio de orientación para el empleo.
- Artículo 26, dedicado al servicio de intermediación y colocación.
- Artículo 29, dedicado al servicio avanzado de Información sobre el mercado de trabajo.

El RGPD aborda específicamente la elaboración de perfiles y las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. Y no se centra únicamente en las decisiones adoptadas como resultado del tratamiento automatizado o la elaboración de



perfiles. Se aplica a la recogida de datos para la creación de perfiles, así como la aplicación de dichos perfiles a las personas.

El RGPD define la elaboración de perfiles en el artículo 4.4, como *“toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.”*

El responsable del tratamiento podrá llevar a cabo la elaboración de perfiles y adoptar decisiones automatizadas siempre que cumpla todos los principios y disponga de unas bases jurídicas para el tratamiento, de conformidad con el RGPD. En el caso de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, se han de aplicar las garantías y restricciones adicionales a que se refiere el artículo 22 del RGPD.

Hay que tener presente que el artículo 35.3 a) del RGPD destaca la necesidad del responsable del tratamiento de llevar a cabo una Evaluación de impacto relativa a la protección de datos en caso de *“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 o que les afecten significativamente de modo similar.”*

El artículo 39 del anteproyecto regula la herramienta denominada Observatorio Vasco de Empleo y Formación, estableciéndose en el apartado 3 la plena integración e interoperabilidad con dicho Observatorio de los sistemas de información, análisis y prospectiva sobre el empleo que en su caso puedan mantener las diputaciones, los municipios y las entidades locales de ámbito supramunicipal. A este respecto consideramos necesario que se incluya una mención al cumplimiento de los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y Seguridad, en la medida que dicha integración e interoperabilidad afecte a datos personales.

Dentro del Capítulo IV dedicado a la inspección de la red vasca de empleo y control de calidad de los servicios, el artículo 51 se dedica al auxilio a la labor inspectora llevada a cabo por el personal funcionario del departamento competente en materia de empleo, auxilio que comprende facilitar el suministro de las informaciones, antecedentes y datos que sean necesarios para el ejercicio de la potestad inspectora. La concreción a la información necesaria es acorde con el ya citado principio de minimización.

También se recoge en dicho artículo, con buen criterio, entre las limitaciones a las obligaciones de auxilio y colaboración, las que legalmente vienen establecidas en relación con la protección de datos personales.

Lanbide – Servicio Vasco de Empleo (Título VI)

Según se indica en la Exposición de Motivos del anteproyecto se lleva a cabo una transformación de la configuración jurídica del Servicio Vasco de Empleo, que pasa por la extinción del organismo público (disposición adicional tercera) y la creación de Lanbide como ente público de derecho privado (art. 77), que *“dotará de mayor flexibilidad, dinamismo y especialización profesional la prestación de servicios de empleo”*.



Esta Agencia nada tiene que decir en cuanto al cambio de naturaleza jurídica del Servicio Vasco de Empleo, ya que el nuevo ente público tendrá que cumplir igualmente los principios y obligaciones que exige la normativa de protección de datos personales.

Derivado de este cambio de naturaleza jurídica, una de las implicaciones que se pueden plantear es el nombramiento de un Delegado o una Delegada de Protección de Datos, figura obligatoria por así imponerlo el RGPD en su artículo 37.1 a).

En el artículo 78 del anteproyecto, dedicado a los fines y principios de actuación de Lanbide, se incluye, entre otras medidas, la utilización de **sistemas biométricos** *“para la identificación de las personas usuarias de sus servicios y beneficiarias de sus prestaciones”* (apartado 3).

Esta Agencia ya se ha pronunciado sobre el tratamiento de datos biométricos previsto en el anteproyecto de Ley del Sistema Vasco de Garantía de Ingresos y para la Inclusión en el informe de legalidad IL21-005 (D21-010) de 7 de junio de 2021. La Disposición Final Primera de ese anteproyecto contenía una modificación del artículo 2.3 de la Ley 3/2011, de 13 de octubre, sobre Lanbide en la que incluía el tratamiento de datos biométricos *“para la identificación de las personas usuarias de sus servicios y beneficiarias de sus prestaciones, atendiendo a las especificaciones derivadas de la protección de datos”*.

Las consideraciones contenidas en aquel informe, relativas al tratamiento de datos biométricos por Lanbide – Servicio Vasco de Empleo, son igualmente aplicables al actual anteproyecto de Ley Vasca de Empleo, por lo que reproducimos a continuación lo allí recogido:

«La Disposición Final Primera contiene una modificación del apartado 3 del artículo 2 de la Ley 3/2011, de 13 de octubre, sobre Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, que queda redactado en estos términos:

“Asimismo, Lanbide-Servicio Vasco de Empleo tiene como finalidad la modernización del sistema de atención a personas usuarias de sus servicios y la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

A estos efectos, Lanbide-Servicio Vasco de Empleo utilizará certificados electrónicos para la identificación y firma de documentos en los términos previstos en la normativa de procedimiento administrativo común, así como, en su caso, otros procedimientos de autenticación, o sistemas biométricos para la identificación de las personas usuarias de sus servicios y beneficiarias de sus prestaciones, atendiendo a las especificaciones derivadas de la legislación de protección de datos”.

El precepto introduce un elemento esencial que implica una grave afectación a la privacidad de las personas: la utilización de datos biométricos.

Los datos biométricos se definen en el RGPD, en apartado 14 del artículo 4 como datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos. Estos datos se incluyen dentro de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9 del Reglamento, siendo las bases legitimadoras de su tratamiento las incluidas en el apartado 2 del precepto.



El RGPD en su Considerando 56 al referirse a categorías especiales de datos, en concreto a las opiniones políticas expresa que *“puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas”*.

La STC 254/1993, de 20 de julio y 143/1994, de 9 de mayo consideran que “un régimen normativo que autorizase la recogida de datos personales, incluso con fines legítimos, vulneraría el derecho a la intimidad si no incluyese garantías adecuadas frente al uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano a través de su tratamiento informático, al igual que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de éstas. Por otra parte, la STC 76/2019, de 22 de mayo, en su FJ6 al referirse a las garantías adecuadas expresa que la necesidad de disponer de garantías adecuadas es especialmente importante cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos, pues el uso de estos datos es susceptible de comprometer más directamente la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad.

Añade además que la exigencia de especial protección de esta categoría de datos está prevista en el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981 (instrumento de ratificación publicado en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 274, de 15 de noviembre de 1985), cuyo artículo 6 establece lo siguiente: «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. [...]» Esa exigencia ha sido igualmente afirmada por la Agencia Española de Protección de Datos. De acuerdo con el preámbulo de su Circular 1/2019, esas garantías adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales de los afectados «adquieren una especial relevancia tanto por la importancia de los datos personales objeto de tratamiento como por tratarse de tratamientos a gran escala de categorías especiales que entrañarán un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas difícilmente mitigable si no se toman medidas adecuadas».

Según el Alto Tribunal, las garantías adecuadas 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. Así, no plantean los mismos problemas una recogida de datos con fines estadísticos que una recogida de datos con un fin concreto. Tampoco supone el mismo grado de injerencia la recopilación y el procesamiento de datos anónimos que la recopilación y el procesamiento de datos personales que se toman individualmente y no se anonimizan, como no es lo mismo el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la salud, la vida sexual o la orientación sexual de una persona física, que el tratamiento de otro tipo de datos.

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.

En el Anteproyecto existe una previsión de tratamiento de datos biométricos, por lo tanto, la condición de reserva de ley se cumple; no obstante, el TC en la Sentencia 76/2019 es rotundo al afirmar que 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»**. Es decir, no es suficiente con una previsión genérica, tal como se recoge en la Disposición Final Primera del Anteproyecto, sino que la ley habilitante debe incluir las condiciones del tratamiento de los datos biométricos: “las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado (fundamento jurídico 8).

Evaluación de impacto

EL RGPD establece en su artículo 35 que, cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales.

Uno de los supuestos en los que el RGPD exige la realización de una evaluación de impacto es el contenido en el apartado 2.b), referido al *“tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, o de los datos personales relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10.”*

El considerando 91 del RGPD concreta el tratamiento a gran escala al referirlo a las operaciones de tratamiento que persiguen tratar una cantidad considerable de datos personales a nivel regional, nacional o supranacional.

Además, el Grupo de Trabajo del artículo 29, antiguo órgano asesor de la Comisión Europea en materia de protección de datos recomendaba que se tuviesen en cuenta los siguientes factores a la hora de determinar si el tratamiento se realiza a gran escala:

El número de interesados afectados, bien como cifra concreta o como proporción de la población correspondiente, el volumen de datos o la variedad de elementos de datos que son objeto de tratamiento, la duración, o permanencia de la actividad de tratamiento de datos y el alcance geográfico de la actividad de tratamiento.

Teniendo en cuenta la tipología de los datos afectados, el alcance geográfico del tratamiento, así como el posible número de personas afectadas, en nuestra opinión el responsable del tratamiento deberá realizar una evaluación de impacto.

Para ello, el artículo 35.2 del RGPD dispone que el responsable recabará el asesoramiento del delegado de protección de datos, si ha sido nombrado, (en el caso de Lanbide obligatoriamente debe contar con un delegado de protección de datos, en virtud del art. 37.1.a del RGPD), al realizar la evaluación de impacto relativa a la protección de datos.»



El anteproyecto de Ley del Sistema Vasco de Garantía de Ingresos y para la inclusión, fue finalmente aprobado por el Gobierno Vasco y actualmente está en fase de tramitación en el Parlamento Vasco.

El texto del proyecto de ley remitido al Parlamento Vasco en lo que se refiere a la Disposición Final Primera que propone la modificación del artículo 2.3 de la Ley 3/2011, sobre Lanbide – Servicio Vasco de Empleo, ha sufrido modificaciones respecto al que informó esta Agencia, y literalmente dice:

“3. Asimismo, Lanbide-Servicio Vasco de Empleo tiene como finalidad la modernización del sistema de atención a personas usuarias de sus servicios, que garantice su adecuada protección social.

A estos efectos, Lanbide-Servicio Vasco de Empleo utilizará certificados electrónicos para la identificación y firma de documentos en los términos previstos en la normativa de procedimiento administrativo común, así como, en su caso, otros procedimientos de autenticación, o sistemas biométricos para la identificación de las personas usuarias de sus servicios y beneficiarias de sus prestaciones.

La utilización de estos últimos sistemas será siempre alternativo, cuando no sea posible la identificación a través del documento nacional de identidad, número de identificación fiscal, número de identidad de extranjero, tarjeta de identidad de extranjero o documento identificativo equivalente y habrá de justificarse en la necesidad de identificación unívoca y fehaciente de las personas, en la eliminación de limitaciones o exclusiones de sus derechos vinculadas a dificultades en aquella identificación, así como en la mejora de la gestión de las prestaciones y servicios de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo.

En su tratamiento, que será el estrictamente necesario para la gestión de las prestaciones y servicios, se aplicarán las medidas de seguridad y garantías adecuadas de acuerdo con el principio de responsabilidad proactiva y con lo dispuesto en la normativa de protección de datos”.

Así, en estos momentos tenemos el proyecto de Ley del Sistema Vasco de Garantía de Ingresos y para la Inclusión en fase parlamentaria, y el anteproyecto de ley Vasca de Empleo, objeto del presente informe, que regulan la misma materia, pero con una **redacción distinta**, si bien más parecida entre ellas que la contenida en el texto del anteproyecto que fue informado por esta Agencia en el citado IL21-005. Y a esto se suma que el anteproyecto que ahora informamos prevé la derogación expresa de la Ley 3/2011 sobre Lanbide – Servicio Vasco de Empleo.

El artículo 78 del anteproyecto de Ley Vasca de Empleo dispone lo siguiente:

“Artículo 78.- Fines y principios de actuación

1. Son fines de Lanbide-Servicio-Vasco de Empleo la contribución al pleno desarrollo del derecho al empleo digno y a la configuración de un mercado de trabajo que contribuya de forma eficiente a garantizar la empleabilidad de las personas trabajadoras y a cubrir las necesidades de personal adaptado a los requerimientos de las empresas, así como a favorecer la cohesión social y territorial.

2.- Lanbide-Servicio Vasco de Empleo adecuará su actuación a los principios previstos en los artículos 5 y 40 y promoverá la modernización de los sistemas de atención a las personas y empresas usuarias de sus servicios, la incorporación de las nuevas



tecnologías de la información y la comunicación, que garantice una adecuada protección social.

3. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, utilizará certificados electrónicos para la identificación y firma de documentos en los términos previstos en la normativa de procedimiento administrativo común, así como, en su caso, otros procedimientos de autenticación, o sistemas biométricos para la identificación de las personas usuarias de sus servicios y beneficiarias de sus prestaciones.

La utilización de estos últimos sistemas será siempre alternativa, cuando no sea posible la identificación a través del documento nacional de identidad, número de identificación fiscal, número de identidad de extranjero, tarjeta de identidad de extranjero o documento identificativo equivalente y habrá de justificarse en la necesidad de identificación unívoca y fehaciente de las personas, en la eliminación de limitaciones o exclusiones de sus derechos vinculadas a dificultades en la identificación, así como en la mejora de la gestión de las prestaciones y servicios de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo.

En su tratamiento se aplicarán las medidas de seguridad y garantías adecuadas de acuerdo con el principio de responsabilidad proactiva y con lo dispuesto en la normativa de protección de datos.”

La finalidad del tratamiento de datos biométricos, según expresamente lo indica el artículo 78.3, es la identificación de las personas usuarias de sus servicios y beneficiarias de sus prestaciones.

Introduce un término equívoco al decir que la utilización de los sistemas biométricos será “*siempre alternativa*” cuando no se pueda identificar por los medios de identificación que expresamente recoge.

La Real Academia Española recoge entre las acepciones de “*alternativo/va*” aquí aplicables la “*opción entre dos o más cosas*” o “*cada una de las cosas entre las cuales se opta*”.

Por la forma en que está redactado el precepto, la utilización de estos sistemas biométricos no es una opción para elegir entre varias, sino que Lanbide recurrirá a ella cuando no sea posible la identificación de las personas usuarias y beneficiarias a través de los medios de identificación que expresamente se recogen.

Llama la atención que entre los medios de identificación que se prevén, unos se refieren al propio documento (el documento nacional de identidad, la tarjeta de residencia de extranjero o documento identificativo equivalente) y otros tan sólo al número sin soporte documental (número de identificación fiscal, número de identidad de extranjero).

Por tanto, y según se desprende del precepto indicado, únicamente se utilizarán los sistemas biométricos ante la imposibilidad de identificación de las personas usuarias de los servicios de Lanbide y beneficiarias de sus prestaciones a través de los medios de identificación enumerados en dicho precepto, y habrá de justificarse en los tres supuestos allí contemplados:

- En la necesidad de identificación unívoca y fehaciente de las personas,
- En la eliminación de limitaciones o exclusiones de sus derechos vinculadas a dificultades en la identificación,
- En la mejora de la gestión de las prestaciones y servicios de Lanbide.



Esta Agencia entiende que una injerencia de esta relevancia en la privacidad únicamente podría justificarse si fuese imprescindible para identificar de manera unívoca a esas personas, lo que a su vez evitaría exclusiones de sus derechos por ese motivo y redundaría en una mejora de la gestión de las prestaciones y servicios de Lanbide. Sin embargo, a juicio de esta Agencia la mejora de esa gestión, por sí sola considerada, nunca justificaría una injerencia tan intrusiva como es el tratamiento de sus datos biométricos.

Además, desde el momento en que el artículo 78.3 del anteproyecto contempla el tratamiento de los datos biométricos no solo de las personas beneficiarias de las prestaciones que ofrece Lanbide, sino también de las personas usuarias de sus servicios, el cumplimiento del principio de proporcionalidad exigirá ponderar si dicha medida restrictiva del derecho fundamental supera el necesario juicio de proporcionalidad en su triple dimensión: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida.

En este sentido, debe destacarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado recientemente sobre el requisito de proporcionalidad en la sentencia de 16 de julio de 2020, C-311/18 (Schrems II) en los siguientes términos:

*“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”.*

A la vista de la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de la UE, debe concluirse que la ley que contemple el tratamiento de datos personales incluidos en las categorías especiales, como los datos biométricos, ha de establecer la finalidad que lo justifica, así como reglas claras y precisas sobre el alcance y contenido de los tratamientos de datos que autoriza, junto con las garantías adecuadas que permitan proteger de manera eficaz el derecho fundamental a la protección de datos de esas personas.

En Vitoria-Gasteiz, 21 de julio de 2022

Margarita Uribe Etxebarria

Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos