

Informe jurídic en relació amb una Proposta de nova disposició, amb número de referència M-478.0, per incloure-la a l'Avantprojecte de Llei de mesures fiscals i financeres de 2025

Ref. PD 23/2024

Antecedents

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit que s'acompanya de la Proposta de nova disposició, amb número de referència M-478.0, per incloure-la a l'Avantprojecte de Llei de mesures fiscals i financeres de 2025, per tal que l'Autoritat emeti el corresponent informe.

En concret, la Proposta presentada té per objecte l'addició d'un nou article 40.bis, a la Llei 26/2010, de 4 d'agost, de règim jurídic i procediment de les administracions públiques a Catalunya.

Examinada la Proposta, que s'acompanya de de Memòria general i la Memòria d'avaluació d'impacte, tenint en compte la normativa vigent aplicable, i d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica, s'emet l'informe següent:

Fonaments de dret

I

L'article 36.4 del Reglament (UE) 2016/679, del Parlament i del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades (d'ara endavant, RGPD), disposa que "los Estados miembros garantizarán que se consulte a la autoridad de control durante la elaboración de toda propuesta de medida legislativa que haya de adoptar un Parlamento nacional, o de una medida reglamentaria basada en dicha medida legislativa, que se refiera al tratamiento".

De conformitat amb el que preveu l'article 5.m) de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, li correspon a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades emetre informe, amb caràcter preceptiu, sobre les disposicions que afectin la protecció de dades de caràcter personal.

L'article 8.2.f) de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, disposa que és funció de la directora de l'Autoritat emetre informe, amb caràcter preceptiu, dels avantprojectes de Llei, dels projectes de disposicions normatives que elabori el Govern per raó d'una delegació legislativa i dels projectes de reglaments o disposicions de caràcter general que afectin la protecció de dades de caràcter personal.

En conseqüència, el present informe s'emet en base a les esmentades previsions de l'article 36 de l'RGPD i dels articles 5 i 8 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades.

D'acord amb l'article 17.2 de la Llei 32/2010, aquest informe es publicarà al web de l'Autoritat un cop notificat a les persones interessades, amb l'anonimització prèvia de les dades de caràcter personal.

II

La Proposta que es presenta per a informe de l'Autoritat consisteix en la incorporació d'un nou article 40.bis, a la Llei 26/2010, de 4 d'agost, de règim jurídic i procediment de les administracions públiques a Catalunya, amb la següent redacció:

“Article 40 bis. Serveis proactius i personalitzats

1. Les administracions públiques han d'oferir, de forma proactiva i personalitzada, els serveis disponibles a cada moment, a partir de les dades de l'àrea privada de la ciutadania. La comunicació del servei proactiu no implica la iniciació del procediment administratiu ofert.
2. La ciutadania pot accedir a l'àrea privada per actualitzar o suprimir les seves dades i optar a l'ús de les dades disponibles d'acord amb el seu interès.
3. Els serveis proactius i personalitzats es presten sobre la base de la informació obtinguda i elaborada per les administracions públiques garantint el compliment de la normativa en matèria de protecció de dades personals i el conjunt dels drets i les llibertats que els són propis. S'habilita la cessió entre les administracions públiques de les dades accessibles des de l'àrea privada per a la prestació de serveis proactius, sempre que siguin per a l'exercici d'activitat pública de foment o de servei, i que no es tracti de dades de categoria especial.
4. Les administracions públiques poden consultar la informació disponible a les plataformes i serveis d'intercanvi de dades, sempre que la dada que es consulti sigui imprescindible per a la personalització del servei, sempre que siguin per a l'exercici d'activitat pública de foment o de servei, i que no es tracti de dades de categoria especial.
5. Les administracions públiques han de posar a disposició de la ciutadania, un servei digital comú que reculli i centralitzi les dades consultades per a la prestació dels serveis proactius i personalitzats i garanteixi l'accés de totes les persones interessades d'acord amb el principi de transparència i la informació respecte al tractament de les dades en cada servei proactiu. El servei digital comú ha de ser accessible a les persones titulars de les dades o al seu representant i permet el dret a oposar-s'hi en qualsevol moment, via l'opció d'oposició a consulta, pels canals relació amb l'administració que permeten acreditar la identitat.”

L'article 40.bis, que es preveu incorporar a la Llei 26/2010, a través de la Proposta examinada, s'afegiria al Capítol III del Títol II de la dita Llei 26/2010 ("Mesures de simplificació administrativa").

Segons explica la Memòria general que acompanya la Proposta:

"L'objecte de la proposta és modificar la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i procediment de les administracions públiques de Catalunya per establir quins són els requisits i garanties sobre els quals s'ha de fonamentar la prestació dels serveis digitals proactius i personalitzats. De tal forma que s'habiliti mitjançant la Llei 26/2010, la cessió entre les administracions públiques de Catalunya de les dades de les persones interessades de què disposen per oferir serveis digitals de forma predictiva i anticipada."

Com ha fet avinent aquesta Autoritat en ocasions anteriors, en què s'han examinat altres propostes normatives que també tenien per objectiu d'incorporar serveis proactius i personalitzats en diferents àmbits (ens remetem, per la seva relació amb l'objecte d'aquest informe, als informes PD 7/2019; PD 9/2019; PD 9/2021 o PD 14/2023 disponibles al web de l'Autoritat), cal examinar les previsions normatives d'aquests serveis proactius des de la perspectiva de la protecció de dades, en concret, si aquestes previsions s'ajusten a les exigències dels principis i garanties previstos a l'RGPD.

III

D'entrada, cal recordar que, segons l'article 5.1.a) de l'RGPD, les dades personals han de ser: "a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);"

Per tant, resulta necessari que la ciutadania, especialment, les persones afectades per un determinat tractament, coneguin la base jurídica a partir de la qual es configura el tractament, i que disposin de la resta d'informació necessària per tal que aquestes persones coneguin amb prou detall quin tractament es preveu fer amb les seves dades personals.

La Proposta es refereix a l'oferiment per part de "les administracions públiques", sense més concreció, de serveis proactius i personalitzats i, com sembla deduir-se per la informació disponible, en relació amb qualsevol àmbit d'actuació de les administracions públiques (art. 40.bis, apartat 1).

D'entrada, seria convenient que es clarifiqués a quines administracions públiques afecta aquesta nova previsió normativa. Tenint en compte que l'article 3 de la Llei 26/2010 (norma en la que es reveu incorporar el nou article 40.bis) estableix l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei, sembla clar que l'article 40.bis seria aplicable a les administracions públiques vinculades per aquesta llei. En qualsevol cas, seria recomanable que l'article 40.bis, examinat, s'hi referís.

També seria convenient, a efectes claredat, incloure en l'article 40.bis, examinat, una definició del què s'entén, als efectes de la Llei 26/2010, per "serveis proactius i personalitzats".

En aquest sentit, fem notar que altra normativa que també es refereix a la prestació de serveis proactius, com ara el Decret 76/2020, de 4 d'agost, d'Administració Digital, incorpora

una definició dels dits serveis, que pot resultar clarificadora (veure l'article 31.1 i l'Annex del dit Decret, al que ens remetem).

IV

Més enllà d'aquestes primeres consideracions, cal tenir en compte que, a la vista dels apartats 2 i 3 de l'article 40.bis, es planteja una habilitació per al tractament de dades dels afectats (que podria ser el conjunt de la ciutadania), en uns termes molt amplis, ja que sembla preveure que qualsevol administració podria accedir a les dades que consideri pertinents a partir de la informació que hagi obtingut o elaborat qualsevol altra administració pública, independentment de l'àmbit en què s'hagi produït el tractament de dades inicial.

La norma proposada fa referència, a més, a una "àrea privada de la ciutadania", també sense major concreció, de manera que semblaria que es pretén habilitar la comunicació de dades entre Administracions a partir de la informació tractada en les diferents "àrees privades" que qualsevol d'aquestes (en principi, les referides a l'art. 3 Llei 26/2010) hagi posat al servei de la ciutadania (com podria ser, a tall d'exemple, l'àrea privada en l'àmbit de la Generalitat de Catalunya: areaprivada.ovt.gencat.cat, o les equivalents d'altres administracions).

Atesa la informació disponible, sembla que les referències fetes a aquestes àrees privades podrien referir-se al que preveu l'article 13 de la Llei 29/2010, del 3 d'agost, de l'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya, segons el qual:

"1. Els ciutadans i les empreses, en les relacions amb el sector públic, tenen dret a disposar d'un espai personalitzat a la seu electrònica corporativa, en què, degudament identificats i autenticats, puguin, d'una manera senzilla, dur a terme les accions següents: (...)."

Sembla, en definitiva, atesa la informació disponible, que l'habilitació per a la cessió de dades entre administracions es produiria en relació amb la informació personal que s'hagués inclòs i tractat inicialment i per a una finalitat concreta, en les diferents "àrees privades" que puguin configurar les Administracions públiques.

En aquests termes, cal fer avinent que la Proposta examinada no resulta prou clara i concreta, des de la perspectiva de la normativa de protecció de dades, pel que fa al flux informatiu que es podria produir, pel que fa a quines categories de dades podrien quedar afectades -més enllà d'excloure les de l'article 9 RGPD-, ni pel que fa a les conseqüències que per als titulars de la informació (que podria ser el conjunt de la ciutadania), es poden derivar d'aquest tractament.

Entre d'altres qüestions, no podem descartar, per la informació disponible, que la consecució de la finalitat de la Proposta (informar determinades persones, de forma predictiva i anticipada, sobre els serveis públics als que poden accedir, a partir de les circumstàncies de cada persona), es pugui basar en l'elaboració de perfils més o menys elaborats i a partir d'informació personal més o menys detallada dels possibles beneficiaris d'un servei, qüestió a la que ens referirem més endavant.

Val a dir que la finalitat de la Proposta es relaciona amb un principi general de l'Administració digital, segons indica el Decret 76/2020, citat, per a l'àmbit de la Generalitat a la que s'adreça, a més d'altres Administracions públiques catalanes, la Proposta normativa examinada.

Així, segons l'article 4 del Decret 76/2020:

“L'actuació dels subjectes de l'article 2 d'aquest Decret, en l'àmbit de l'administració digital, s'ha d'inspirar en els principis de l'article 4 de la Llei 29/2010, del 3 d'agost, de l'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya i en els principis següents:

(...)

c) Proactivitat i personalització en la prestació de serveis públics digitals amb l'objectiu de situar l'experiència de les persones en el centre del disseny de serveis.

(...).”

A partir d'aquí, i atesa l'amplitud, quantitativa i qualitativa, d'informació de què disposen el conjunt d'Administracions públiques catalanes de la ciutadania, i l'impacte que un tractament d'aquesta informació pot tenir en la privacitat de les persones afectades, cal tenir especialment en compte les exigències derivades de la normativa de protecció de dades, en particular, del principi de minimització (art. 5.1.c) RGPD), el principi de licitud (art. 5.1.a) i art. 6 RGPD), el principi de limitació de la finalitat (art. 5.1.b) RGPD), i les condicions establertes per a l'elaboració de perfils (art. 22 RGPD).

Val a dir que en l'apartat 3 de l'article 40.bis, examinat, es fa una menció a que els serveis es presten “garantint el compliment de la normativa en matèria de protecció de dades personals i el conjunt dels drets i les llibertats que els són propis.”

D'entrada, caldria revisar la redacció de la frase, doncs l'expressió “que els són propis” s'hauria de referir a les persones (titulars dels drets i llibertats), i sembla que es refereix als serveis. Dit això, més enllà de la inclusió d'una referència a la normativa de protecció de dades, que es valora positivament, el conjunt de previsions de la Proposta han de ser coherents amb el que estableix la dita normativa, i concretar quines són les garanties que permeten considerar que el flux informatiu s'ajusta als principis i garanties de la normativa.

Com ha fet avinent aquesta Autoritat en ocasions anteriors, la personalització de serveis públics pretén adaptar la prestació d'aquests serveis a les necessitats específiques de cada usuari o persona interessada. La proactivitat, per la seva part, pretén anticipar-se a les necessitats d'aquestes persones. Ambdues actuacions es poden fonamentar en l'anàlisi de dades a través d'algoritmes, la qual cosa permet la identificació de perfils i de patrons de comportament i/o pautes de conducta.

En tot cas, cal tenir present que es tractaria d'un ús innovador de les tecnologies a l'Administració pública amb repercussions en la privacitat de les persones, per la qual cosa esdevé en aquests casos imprescindible tenir en compte les exigències derivades de la normativa de protecció de dades.

L'RGPD estableix que tot tractament de dades personals ha de ser lícit (article 5.1.a)) i, en aquest sentit, estableix un sistema de legitimació del tractament de dades que es fonamenta en la necessitat de que concorri alguna de les bases jurídiques establertes al seu article 6. En l'àmbit de les administracions públiques i en un cas com el que ens ocupa, podria concórrer la base jurídica de l'article 6.1.e) de l'RGPD, en la mesura que el tractament pretès sigui necessari per al compliment d'una missió realitzada en interès públic o en l'exercici de poders públics conferits a l'administració pública de què es tracti.

Ara bé, tal com es desprèn de l'article 6.3 de l'RGPD, la base jurídica de l'article 6.1.e) de l'RGPD ha d'estar establerta pel Dret de la Unió Europea o pel dret dels Estats membres que s'apliqui al responsable del tractament, que, en el cas de l'Estat Espanyol, ha d'ésser en una norma amb rang de llei (article 53 CE i article 8 LOPDGDD).

L'article 40.bis examinat sembla que tindria la vocació de ser la "base jurídica" que hauria de legitimar l'ús de les dades per part de les Administracions públiques per a la prestació de serveis proactius i personalitzats, "per a l'exercici d'activitat pública de foment o de servei".

El mateix RGPD (art. 6.3 *in fine*) estableix els requisits exigibles a aquesta base jurídica:

"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."

Per tant, aquesta base jurídica "debe ser clara y precisa y su aplicación previsible para sus destinatarios", de conformitat amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (...) i del Tribunal Europeu de Derechos Humanos" (considerant 41 *in fine* RGPD).

És en aquest context que cal examinar la Proposta examinada.

V

Cal dir que, precisament per tractar-se d'un servei novedós, la regulació que es conté en aquest article no resulta suficientment clara per poder determinar-ne l'abast i les conseqüències. En aquest sentit, apuntem que la Memòria que acompanya a la Proposta explica que es regulen "els requisits i garanties" que han de complir les Administracions públiques (apartat 3.1.b) i 2.1), però la plasmació o concreció d'aquests requisits i garanties en l'articulat és força genèrica.

D'entrada, cal referir-se al principi de licitud, i a la base jurídica que podria tenir el tractament previst a la Proposta.

Segons l'apartat 2 de l'article 40.bis, "La ciutadania pot accedir a l'àrea privada per actualitzar o suprimir les seves dades i optar a l'ús de les dades disponibles d'acord amb el seu interès."

I segons l'apartat 3 de l'article 40.bis, "(...). S'habilita la cessió entre les administracions públiques de les dades accessibles des de l'àrea privada per a la prestació de serveis proactius, sempre que sigui per a l'exercici d'activitat pública de foment o de servei (...)."

És a dir, pel que es desprèn d'aquestes previsions, d'una banda, la persona afectada podria "optar a l'ús de les dades", expressió que entenem que es refereix a que la ciutadania haurà de donar el seu consentiment per a l'ús de les seves dades per part de les Administracions públiques per a la finalitat pretesa -oferir serveis personalitzats- (art. 6.1.a) RGPD). Ara bé, per altra banda, sembla preveure's que l'article 40.bis, habilitaria amb caràcter general qualsevol cessió de dades de qualsevol àrea privada de les diferents administracions, entre aquestes mateixes administracions, per a l'exercici d'activitat pública de foment o de servei, sense que el servei o serveis oferts arran del tractament de dades hagin de tenir cap vinculació amb el tractament inicial de les dades de l'afectat, i sense que sigui necessari, per tant, el consentiment dels afectats, de manera que es pretén que aquest accés quedi habilitat, sembla ser, per l'article 6.1.e) RGPD.

De fet, la Memòria que acompanya a la Proposta preveu el següent (el subratllat és nostre):

"L'avenç en la transformació digital de les administracions públiques permet que puguin oferir serveis digitals proactius i personalitzats a les persones. Aquests serveis digitals es presten sobre la base del consentiment de les persones interessades, d'acord amb la normativa de protecció de dades i en especial amb el RGPD. Però, sota el principi d'interoperabilitat i cooperació interadministrativa que regeix l'actuació entre les administracions públiques, és necessari habilitar per llei la cessió de les dades de què disposen de les persones interessades amb aquest fi. Al contrari, es dificultaria la prestació d'aquests serveis a cada administració per separat.
(...)

Atès la importància dels serveis digitals proactius i personalitzats i el compliment necessari del RGPD respecte la cessió d'aquestes dades, cal regular-ne els requisits i garanties que han de complir les administracions públiques en la prestació d'aquests serveis i alhora habilitar per llei la cessió entre les administracions públiques de les dades de què disposen per oferir-los."

Pel que fa al consentiment al que, sembla ser, es referiria l'article 40.bis) apartat 2, si bé amb caràcter general no resulta necessari per a l'exercici de les funcions públiques que tenen encomandes les administracions públiques, sembla clar que, en el cas que ens ocupa, el tractament que es duria a terme per oferir nous serveis sobrepassa les expectatives que pot tenir un ciutadà quan s'adreça a l'administració per dur a terme un determinat tràmit i pot resultar altament intrusiu en la seva vida. Això, fins i tot si -com preveu la Proposta-, no es tracten dades de l'article 9 RGPD. Cal tenir en compte que un tractament de dades personals que portin a fer un perfil social, econòmic, laboral, etc, d'una persona, podria resultar igualment invasiu.

Amb més motiu si, com sembla, la Proposta examinada preveu que qualsevol administració estaria habilitada per accedir i tractar dades de l'afectat, disponibles en les àrees privades d'altres Administracions.

Aquestes expectatives que pot tenir l'afectat respecte el tractament de la seva informació personal, inclouen la recepció d'informació relacionada amb el tràmit o servei realitzat, però no la recepció d'informació referida a qualsevol altre tràmit o servei que li pugui oferir qualsevol Administració pública a partir d'una anàlisi predictiva de la informació que haurà facilitat a determinada Administració. Per això, pot resultar adequat a dret articular el tractament per oferir aquests nous serveis proactius a partir del consentiment de les persones afectades, sempre que s'expressi amb claredat en la Proposta.

Ara bé, d'acord amb l'article 4.11 RGPD aquest consentiment ha de ser lliure, específic, informat i inequívoc. A més, si el consentiment s'empra per elaborar perfils -possibilitat aquesta que, com veurem més endavant, no podem descartar-, cal que el consentiment sigui explícit (art. 22.2.c) RGPD).

Per tal que el consentiment pugui ser considerat com un consentiment lliure, la persona afectada ha de disposar d'una capacitat real d'elecció. És a dir, que no es desprenguin conseqüències negatives en la seva relació amb una Administració pel fet de no haver donat el seu consentiment. Això implica que el ciutadà hauria de poder optar per rebre la informació sobre determinats serveis de manera no personalitzada, fàcil, accessible i comprensible.

A més, el consentiment ha de ser específic. És a dir, el ciutadà ha de conèixer amb un nivell de concreció suficient a què està consentint, de manera que pugui preveure les conseqüències del consentiment. En la regulació examinada no queda suficientment clar ni l'origen de la informació que s'emprarà per tractar les seves dades i oferir-li nous serveis personalitzats (semblaria que l'origen pot ser la informació tractada en qualsevol àrea privada i per part de qualsevol administració), ni quins seran els aspectes que s'analitzaran a partir de la seva informació personal, ja que la Proposta es refereix a diverses Administracions que abarquen un marc competencial i material d'actuació molt ampli i divers, que el ciutadà pot fàcilment desconèixer.

Tal i com està formulada la Proposta, no sembla que el consentiment, encara que sigui explícit i informat, pugui ser una base jurídica apta per a permetre l'elaboració de tractament de dades amb tota aquesta magnitud, atès que resulta molt difícil per al ciutadà poder preveure l'abast del seu consentiment, especialment si en l'elaboració de possibles perfils, s'empren tècniques d'intel·ligència artificial. Si la persona afectada no pot conèixer quins aspectes de la seva vida -o del seu nucli familiar-, seran avaluats en cada cas, per a quin àmbit material i per part de quina Administració pública, difícilment el consentiment serà una base jurídica viable per al tractament.

Contràriament, si tots aquests aspectes són clars, i l'afectat té la informació adient i prèvia al tractament, i pot comprendre l'abast de la prestació del seu consentiment, aquest sí podria ser viable. No ho seria si es pretén utilitzar aquesta habilitació per recollir qualsevol tipus d'informació sobre aquesta persona que es trobi en poder de qualsevol altra administració.

Així, si en presentar una determinada sol·licitud o fer un determinat tràmit, l'Administració afectada demana el consentiment per a oferir altres serveis proactius vinculats al tràmit realitzat a partir de la informació vinculada a aquest tràmit, el consentiment podria resultar admissible en la mesura que la persona afectada coneixeria la informació que s'analitzarà, quina Administració ho farà, i quin tipus de serveis personalitzats se li podran oferir.

La normativa de protecció de dades permet el "consentiment granular", de manera que el consentiment respecte cadascuna d'aquestes qüestions estigui clarament diferenciat i no condicionat per la resta. No obstant això, en un entorn com el que s'analitza aquí, on resulta molt difícil pel ciutadà, i fins i tot per la pròpia administració, preveure quin pot acabar sent l'abast i les conseqüències d'una avaluació de múltiples aspectes de la vida de les persones, no sembla que a priori es pugui justificar, fins i tot si hi ha un "consentiment granular", un tractament que habiliti a qualsevol Administració pública, diferent de la que ha ofert o gestionat el servei o prestació inicial, per accedir a informació, avaluar i elaborar perfils que incloguin diferents aspectes de la vida de les persones sobre les quals tinguin informació les diferents Administracions.

Així, a tall d'exemple, si un afectat, en accedir a l'àrea privada que li ofereix una determinada Administració, a banda "d'actualitzar o suprimir les seves dades" (o d'exercir, si escau, la resta de drets que li atorga l'RGPD, qüestió que hauria de quedar reflectida en l'articulat de la Proposta), té l'opció "d'optar a l'ús" (o com seria més clar, té opció de consentir l'ús de les seves dades perquè determinades Administracions li puguin oferir serveis personalitzats), l'afectat haurà de disposar d'una informació suficientment clara, als efectes de l'RGPD, respecte quines Administracions està autoritzant a què accedeixin, a quina informació personal podran accedir (només dades identificatives o de contacte, o dades de determinades categories), i els àmbits materials en relació amb els quals estarà consentint que altres Administracions li ofereixin. Així, per exemple una persona hauria d'estar en disposició de consentir que només se li ofereixin serveis personalitzats en l'àmbit educatiu o professional, l'àmbit d'ajuts socials, etc.

La Proposta, per tant, hauria de preveure com es recollirà el consentiment dels afectats per a habilitar l'ús de les seves dades a diferents Administracions públiques (per exemple, a través de formularis suficientment clars i explicatius als efectes de les garanties de la normativa de protecció de dades, i associats a un tràmit o servei concret que l'afectat hagi dut a terme, o que hagi sol·licitat). Així, si en tramitar, per exemple, un primer ajut social, l'afectat pot donar el seu consentiment informat a determinades cessions per a que li siguin oferts nous serveis, en aquests termes, el consentiment podria considerar-se que s'ajusta a les exigències de l'article 4.11 RGPD.

A banda que es pugui articular un consentiment adequat com a base per al tractament ulterior de les dades (sempre per a una finalitat que resulti compatible amb la inicial, ex. art. 5.1.b) RGPD), també cal referir-se a la base jurídica prevista a l'article 6.1.e) RGPD, és a dir, que el tractament sigui necessari per al compliment d'una missió en interès públic o el l'exercici de poders públics per part del responsable, base jurídica que ha de preveure's en una llei (com seria, si escau, la Proposta que analitzem).

Sobre això, les previsions de l'apartat 3 de l'article 40.bis proposat, introdueixen un element de confusió, ja que sembla indicar-se que, independentment que l'afectat hagi consentit l'ús de les seves dades (o "optat a l'ús de les seves dades"), la nova norma habilitaria la cessió entre les Administracions públiques de les dades accessibles des de l'àrea privada per a la

prestació de serveis proactius (excloent dades de categoria especial, ja que, en altre cas, es requeriria a més una habilitació de l'article 9.2 RGPD), "sempre que siguin per a l'exercici d'activitat pública de foment o de servei".

És a dir, sembla que la Proposta pretén donar una habilitació general i genèrica per tal que qualsevol administració pugui accedir a altra informació en poder d'altres administracions (que, més enllà d'excloure dades de l'article 9, tampoc es concreta quina podria ser), ja sigui la recollida amb ocasió del tràmit inicial de què es tracti, ja sigui la recollida amb anterioritat, o fins i tot la que es reculli en el futur i consti en alguna de les dites "àrees privades".

Cal apuntar que aquesta habilitació per a una cessió generalitzada de dades, en els termes de la Proposta, ultrapassa el principi de limitació de la finalitat establert a l'article 5.1.b) RGPD, ja que una cessió tan genèrica no permet constatar si l'oferiment de nous serveis personalitzats a la ciutadania s'emmarca en la finalitat del tractament inicial, o si els tractaments posteriors de la informació, en definitiva, resulten compatibles amb el fi per al qual es varen tractar inicialment les dades del ciutadà.

Cal tenir present que l'Administració disposa de nombrosa informació sobre tots els aspectes de les nostres vides (residència, relacions de parentiu, informació econòmica, professional, laboral, formació, infraccions i sancions, delictes i faltes, etc.) que normalment inclou també categories especials de dades (salut, serveis socials, certs aspectes de la vida sexual o orientació sexual, dades biomètriques, etc.).

I sobre això, cal tenir present que, tot i que la Proposta explicita que no es tractarien dades de categories especials (previsió que en principi sembla garantista), atès que el flux informatiu es pot produir entre qualsevol administració, i per a oferir qualsevol tipus de servei proactiu, no es pot assegurar, per la informació de què es disposa, que, en algun cas, no s'arribin a tractar dades de categories especials (art. 9 RGPD).

Així, per exemple, si el que es pretén és oferir nous serveis personalitzats relatius a ajuts socials per persones en situació de vulnerabilitat, o a famílies amb menors en situació de risc, o amb determinades condicions de salut, difícilment es podria fer un perfil per valorar si és oportú oferir aquests serveis, sense tractar, també, dades de categories especials.

I fins i tot en el cas que no s'accedís a dades de l'article 9 RGPD, els termes de la Proposta permetrien igualment accedir a informació personal que, quantitativa o qualitativament, podria resultar excessiva.

Per exigència del principi de limitació de la finalitat (art.5.1.b) RGPD), la Proposta hauria de concretar que les finalitats per a les quals s'emprarà la informació estan relacionades amb aquella finalitat per a la qual s'ha recollit la informació sotmesa a avaluació i que, a més, seran compatibles amb la finalitat per a la qual es va recollir (prestar un determinat servei).

En definitiva, no sembla compatible amb aquest principi una redacció com la que incorpora l'article 40.bis de la Proposta, segons la qual les dades en poder d'una Administració (i ja ens hem referit a l'amplitud i la diversitat de la informació que poden tenir les diferents Administracions sobre les persones) puguin acabar sent utilitzades per qualsevol altra Administració per elaborar perfils de tots els ciutadans que es relacionen amb aquestes Administracions, amb la finalitat d'oferir serveis personalitzats desvinculats del servei

inicialment prestat. Caldria tenir en compte doncs, cas per cas, els criteris establerts a l'article 6.4 RGPD per determinar la viabilitat del tractament.

Altrament, i en els termes de la Proposta, es perd l'element de certesa i de previsibilitat a què fa referència el Considerant 41 RGPD, citat, que ha de tenir la norma que habiliti un tractament.

Recordem que l'article 6.3 RGPD també preveu que aquesta norma pugui contenir altres previsions com ara les condicions generals que regeixen la licitud, els tipus de dades objecte de tractament, els interessats afectats, les entitats a qui es poden comunicar les dades i la finalitat de la comunicació, la limitació de la finalitat així com, entre d'altres, les mesures per garantir un tractament lícit i equitatiu.

I cal posar de manifest que, a la vista de la informació disponible, la Proposta no concreta diversos d'aquests aspectes, com es pot desprendre del que ja s'ha apuntat.

D'acord amb això, semblaria més aconsellable, des de la perspectiva de la normativa de protecció de dades, que la normativa sectorial que vagi implementant diferents serveis proactius, articuli la possibilitat que la informació personal relacionada amb la prestació d'aquest servei es pugui tractar per oferir serveis directament relacionats amb l'inicial, ja que així es podria concretar els extrems que l'article 6.3 RGPD exigeix, de manera més clara.

No sembla, en definitiva, que una habilitació general com la que preveu l'apartat 3 de l'article 40.bis, per a cedir dades personals entre Administracions en els termes previstos, s'ajusti a les exigències de la normativa de protecció de dades, en els termes apuntats.

En qualsevol cas, i si la Proposta articula el tractament per tal que altres Administracions públiques pugui consultar dades dels afectats per oferir nous serveis proactius i personalitzats sobre el consentiment dels afectats (conforme a l'article 4.11 RGPD), caldria explicitar-ho en l'apartat 3 de la Proposta, de manera similar a la següent:

"3. (...). S'habilita la cessió entre les administracions públiques de les dades accessibles des de l'àrea privada per a la prestació de serveis proactius, sobre la base del consentiment explícit de la persona afectada, sempre que siguin per a l'exercici d'activitat pública de foment o de servei, i que no es tracti de dades de categoria especial.

En conclusió, convindria aclarir les bases jurídiques sobre les que es sustentaria el tractament, i que la descripció d'aquestes s'ajusti a les exigències de la normativa de protecció de dades, en els termes apuntats.

VI

Des de la perspectiva del principi de minimització (art. 5.1.c) RGPD), només s'han de tractar les dades adequades, pertinents i limitades a allò necessari en relació amb els fins del tractament. A més, la normativa de protecció de dades es refereix específicament a l'elaboració de perfils.

D'entrada, cal valorar positivament l'exclusió que es fa al tractament de dades de categories especials (art. 9 RGPD) tot i que, com hem apuntat, els termes genèrics de la Proposta no permeten excloure aquesta possibilitat, o que el tractament d'altres categories de dades no resulti igualment desproporcionada.

També es valora positivament que es prevegi que només es podria consultar la dada que "sigui imprescindible per a la personalització del servei" (apartat 4 art. 40.bis)).

Ara bé, dit això, tot i que l'article 40.bis no fa cap referència a la possible elaboració de perfils, tenint en compte que la Proposta es refereix a qualsevol administració pública i qualsevol "servei disponible en cada moment", no podem descartar que en algun cas es facin perfils dels afectats.

A més, segons la Memòria general (apartat 2.1):

"La mesura és justificada ja que la regulació de les garanties i limitacions dels drets de les persones que són objecte d'una decisió individual automatitzada els hi dona seguretat jurídica respecte el seu tractament i garanteix que, en qualsevol cas, les persones interessades sol·licitin la revisió de les decisions mitjançant la intervenció humana."

Aquesta menció de la Memòria permet inferir que sí es podria produir una elaboració de perfils -de la que, per tant, no s'estaria informant als afectats, doncs l'article 40.bis no en fa cap menció-, si tenim en compte el que disposa l'article 22 RGPD, que reconeix als interessats "el dret a no ser objecte d'una decisió basada únicament en el tractament automatitzat, inclosa l'elaboració de perfils, que produeixi efectes jurídics en la persona afectada o que l'afecti significativament de manera similar" (art. 22.1 RGPD).

La decisió automatitzada i l'elaboració de perfils s'admet només, amb un cert caràcter excepcional, en els tres supòsits que preveu l'article 22 i amb els requisits i garanties que s'hi recullen.

Tenint en compte que en el cas que ens ocupa la finalitat de l'elaboració dels perfils seria la d'oferir informació personalitzada, és a dir, informar les persones afectades sobre els serveis públics que les poden afectar d'una manera més previsible, no semblaria que en principi l'elaboració de perfils hagi de comportar efectes jurídics en les persones afectades. No obstant això, no es pot descartar que en funció de quina sigui la informació tractada, el tipus de servei al qual es refereixi, i la resta de les circumstàncies concurrents, un tractament d'aquest tipus pugui tenir efectes significatius en les persones afectades (per exemple la informació rebuda pot condicionar l'exercici dels seus drets), en el qual cas caldria tenir en compte les previsions de l'article 22 RGPD.

A més, pel que fa a determinats serveis, la possibilitat d'oferir informació sobre altres serveis de la mateixa o d'altres Administracions, es pot dur a terme sense necessitat de fer cap tipus de perfil. Així, un primer nivell de proactivitat ja es podria assolir si la informació sobre determinats serveis s'ofereix per exemple al web de les Administracions, o a l'àrea personal, a les persones que presenten un determinat tipus de sol·licitud.

Per exemple, en l'espai relatiu a ajuts a l'escolarització d'una web d'una Administració competent, d'abast general per a la ciutadania, es poden relacionar la resta d'ajuts o serveis que poden interessar a famílies amb fills en edat escolar, sense haver de fer perfils dels afectats, ja que el col·lectiu de potencials interessats ja estaria prèviament identificat.

Igualment, si una Administració pública ofereix un ajut a qualsevol família que tingui fills menors a càrrec, sense haver d'al·legar el compliment d'altres requisits, no semblaria justificat que l'Administració faci un perfil de situació laboral, socioeconòmica, etc, dels potencials beneficiaris de l'ajut. Bastaria, simplement, amb oferir una informació general de l'ajut a tot el col·lectiu potencialment beneficiari, sense necessitat d'elaborar cap perfil socioeconòmic previ.

Dit això, no podem descartar que l'oferiment d'alguns serveis personalitzats pugui fer necessari disposar d'informació personal més completa dels afectats i, si escau, elaborar un perfil.

Per tot això, caldria que la Proposta aclareixi si en algun cas -i en quines condicions- es preveu, si escau, l'elaboració de perfils o la presa de decisions basades en un tractament automatitzat, i quins drets tindrà atès el que disposa l'article 22 RGPD, inclòs el dret a obtenir la intervenció humana, a expressar el seu punt de vista, a impugnar la decisió i l'obligació del responsable a adoptar les mesures adequades per salvaguardar els drets, llibertats i interessos legítims dels interessats.

Més encara, si l'elaboració del perfil comportés el tractament de dades de l'article 9 RGPD, cal tenir en compte que d'acord amb els article 22.4 i 9.1.g) RGPD, és necessari no només que ho prevegi una llei, sinó que aquesta ha d'obeir a raons d'interès públic essencial i ha de preveure mesures adequades i específiques per protegir els interessos i drets fonamentals dels interessats, com ha recordat la STC 76/2019, de 22 de maig, en relació amb l'article 58.bis de la LOREG, incorporat per l'LOPDGDD.

Per tot això, tenint en compte que no podem descartar que el tractament necessari per oferir alguns serveis pugui implicar l'obtenció de perfils a través de sistemes automatitzats (tenint en compte el que apunta la Memòria de la Proposta), que implica un ús innovador de la tecnologia en l'àmbit de l'Administració pública, que pot tenir incidència en l'exercici dels drets de les persones, que no es pot excloure que això impliqui un tractament a gran escala (en funció del nombre de serveis i de les persones que en resultin finalment afectades, atès que la Proposta fa referència a la cessió entre qualsevol administració i per oferir tot tipus de serveis proactius), i tot i que no es tractin -en principi- dades de categories especialment protegides (art. 9 RGPD), abans d'aprovar la Proposta, seria necessari dur a terme una avaluació relativa a l'impacte en la protecció de dades (AIPD) d'acord amb l'article 35 de l'RGPD. A aquests efectes es recomana la consulta de la Guia sobre l'avaluació d'impacte relativa a la protecció de dades al RGPD (juny 2024) disponible al web de l'Autoritat.

En qualsevol cas, si es preveu fer aquest tipus de tractament, caldria revisar la redacció d'aquest article 40.bis, per tal de recollir que l'oferiment de serveis proactius només es basarà en l'elaboració de perfils quan hi hagi circumstàncies que ho justifiquin, i conforme a les previsions de la normativa de protecció de dades.

VII

L'article 40.bis), apartat 5, inclou la següent previsió:

“Les administracions públiques han de posar a disposició de la ciutadania, un servei digital comú que reculli i centralitzi les dades consultades per a la prestació dels serveis proactius i personalitzats i garanteixi l'accés de totes les persones interessades d'acord amb el principi de transparència i la informació respecte al tractament de les dades en cada servei proactiu. El servei digital comú ha de ser accessible a les persones titulars de les dades o al seu representant i permet el dret a oposar-s'hi en qualsevol moment, via l'opció d'oposició a consulta, pels canals relació amb l'administració que permeten acreditar la identitat.”

Fem avinent que la Memòria que acompanya a la Proposta no aporta més informació sobre aquest “servei digital comú”, i per tant es desconeix quina seria la seva configuració, quina Administració en seria la responsable (o si s'establiria una corresponsabilitat, ex. art. 26 RGPD), entre d'altres qüestions.

En el cas que es desenvolupi aquest “servei digital comú”, caldrà valorar, des de la perspectiva de la normativa de protecció de dades personals, quina informació dels afectats s'hi podria incloure, quins accessos es podrien produir, i en quines condicions.

A priori, atesa la informació de què disposem, i en línia del que s'ha exposat en aquest informe, no semblaria coherent amb els principis de protecció de dades que aquest “servei digital comú” hagi d'incloure qualsevol dada personal, de qualsevol categoria (inclosa, si escau, informació mereixedora d'especial protecció), pel mer fet que en algun cas hagi estat “consultada” per part de qualsevol Administració pública, als efectes d'avaluar l'oferiment d'un servei personalitzat.

Tampoc no és clar, atesa la redacció d'aquest apartat 5, que si la única finalitat d'aquest “servei digital comú” és posar-lo “a disposició de la ciutadania” (per tant, dels propis interessats), a efectes de transparència, que es prevegi una “opció d'oposició a consulta”, que sembla més dirigida a evitar consultes de tercers (les Administracions públiques a què es refereix la Proposta), però que no tindria gaire sentit si únicament el propi interessat és qui ha de poder consultar la seva informació personal tractada en aquest “servei digital comú.”

Convindria, també, aclarir aquesta qüestió, qui podria accedir a aquest repositori (a banda del propi interessat), i en quines condicions.

El segon paràgraf d'aquest apartat tampoc no és clar, en el sentit que, a banda de preveure que serà accessible als titulars de les dades (com no pot ser d'altra manera, tenint en compte que l'article 15 RGPD reconeix el dret d'accés a la pròpia informació personal), fa esment al “dret d'oposar-s'hi”, “via l'opció d'oposició a consulta.”

No és clar si aquesta previsió s'està referint a l'exercici del dret d'oposició (ex. art. 21 RGPD, que operaria si la base jurídica del tractament fos l'article 6.1.e) RGPD, però no si la base jurídica del tractament és el consentiment dels afectats), o si s'està referint a la possibilitat d'establir un sistema d'*opt out*, com a mecanisme de garantia que permetria als afectats

decidir directament, sense necessitat de cap altra justificació, mantenir-se fora d'aquest "servei digital comú" que es pretén crear en el Projecte.

Per tot l'exposat, des de la perspectiva de la protecció de dades, aquesta Autoritat considera que caldria, en definitiva, i vist el contingut de l'article 40.bis, objecte d'informe, una major transparència i definició, a la vista dels principis de protecció de dades, respecte el tractament de dades que es duria a terme per a l'oferiment de serveis proactius i personalitzats a la ciutadania.

Conclusió

Examinada la Proposta de nova disposició, amb número de referència M-478.0, per incloure-la a l'Avantprojecte de llei de mesures fiscals i financeres de 2025, atenent als termes en els que es troba redactada, no s'adequa a les previsions establertes a la normativa sobre protecció de dades personals, d'acord amb les consideracions fetes en aquest informe.

Barcelona, 15 de novembre de 2024