

Dictamen en relació amb la consulta formulada d'una federació amb l'ús de dades biomètriques per al control de presència al lloc de treball

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades una consulta formulada pel Delegat de Protecció de Dades d'una federació en la qual se sol·licita que aquesta Autoritat *"[...] es manifesti sobre la viabilitat de les EIPD en torn a l'ús de la biometria del treballador (empremta dactilar o facial) com a sistema per dur a terme el registre de jornada laboral dels treballadors. Doncs no entenem perquè es demana la EIPD si no hi ha base legítima per aquest tractament i donat que actualment no existeix conveni col·lectiu ni cap llei que contingui la biometria amb aquesta finalitat"*.

En particular, la Federació fa referència al dictamen CNS 2/2022 d'aquesta Autoritat en el qual es va analitzar la consulta formulada per un Ajuntament relativa a la conformitat a la normativa de protecció de dades de l'ús de dispositius de control de presència al lloc de treball mitjançant reconeixement facial. La Federació exposa que segons els criteris establerts per les autoritats de control el consentiment no pot ser una base jurídica adequada i que, continua, en tractar-se de dades especialment protegides, *"[...] només pot trobar-se aquesta base legítima en una disposició legal o en un conveni col·lectiu, i a dia d'avui no hi ha cap llei que disposi la biometria per portar a terme el registre de jornada laboral i tampoc, es troba negociat en un conveni col·lectiu. Per tant, per més que es realitzi una EIPD d'aquest tractament (tal i com demanen les Autoritats de control) [...] entenem que no hi ha base legítima, i per tant la EIPD no pot ser viable. Considerem que ens trobem davant d'una problemàtica important [...]", ja que "Aquest fet crea confusió tant als professionals del sector com a les entitats [...], ja que pensen que fent una EIPD ja ho tenen resolt"*.

Analitzada la consulta, vista la normativa vigent aplicable, i d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica emeto el següent dictamen.

I

(...)

II

La Federació sol·licita a aquesta Autoritat l'aclariment de determinades qüestions que afecten el tractament de dades biomètriques amb finalitat de control horari. Quant a aquesta Autoritat, la Federació fa referència al dictamen CNS 2/2022 (el qual es pot consultar al web www.apdcat.cat).

En particular, d'acord amb el que s'ha exposat en els antecedents, la Federació exposa que les autoritats de control coincideixen en el fet que el consentiment no pot ser una base jurídica adequada per dur a terme aquest tractament, i que l'única base jurídica que pot

habilitar el tractament de dades biomètriques amb finalitat de control horari és, en el cas de les categories especials de dades, la prevista a l'article 9.2.b) 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 i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE (Reglament general de protecció de dades), d'ara endavant RGPD, el qual fa referència a quan *"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;"*

La Federació assenyala que actualment no hi ha cap norma amb rang legal o conveni col·lectiu que reguli aquest tractament i, prenent en consideració això, considera que és confús que al seu torn aquesta Autoritat, així com altres autoritats de control, faci referència a la necessitat de dur a terme una avaluació d'impacte relativa a la protecció de dades personals (d'ara endavant, AIPD) perquè, en síntesi, entén la Federació que si no hi ha una base jurídica que legitimi el tractament, l'AIPD ja no seria viable. I, continua, aquesta situació genera que hi hagi professionals i entitats que entenguin que la realització d'una AIPD és suficient per considerar habilitat el tractament.

La Federació demana a aquesta Autoritat que aclareixi perquè s'estableix la necessitat de dur a terme una AIPD si, a la pràctica, no hi ha base jurídica que legitimi aquest tractament.

Un cop establerts els termes de la consulta, val a dir que aquesta Autoritat no pot compartir la interpretació que apunta la consulta, i la conclusió que se'n deriva, d'acord amb els fonaments que s'exposen a continuació.

D'entrada, sense perjudici de donar per reproduïdes íntegrament les consideracions a les quals s'arriba en el dictamen CNS 2/2022, al qual ens remetem, cal destacar algun dels pronunciaments d'aquest dictamen que justifiquen el fet que aquesta Autoritat no comparteixi la valoració que planteja la consulta.

Abans, però cal fer avinent que els dictàmens que resolen les consultes plantejades a aquesta Autoritat es pronuncien sobre la base de la informació que l'entitat consultant trasllada, informació que constitueix l'objecte d'anàlisi d'acord amb la normativa de protecció de dades.

Pel que fa al principi de licitud (art. 5.1.a del RGPD), àmpliament analitzat en el fonament jurídic (FJ) III del dictamen CNS 2/2022, cal dir que en el dit dictamen s'analitza quina base jurídica pot habilitar el tractament plantejat per l'Ajuntament en relació amb l'ús de dispositius de control de presència en el lloc de treball mitjançant reconeixement facial, prenent en consideració les circumstàncies expressades a la consulta formulada.

El FJ III del dictamen CNS 2/2022 analitza la possibilitat de dur a terme el tractament des de la perspectiva de dues categories de persones afectades diferents, el personal laboral i el personal sotmès a una relació jurídica administrativa.

En ambdós casos, s'analitza la possibilitat de recórrer a la base jurídica de l'article 6.1.b) del RGPD (*“el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”*) i també sobre la base de l'article 6.1.c) del RGPD (*“cuando el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”*) i, en la mesura que queden afectades categories especials de dades, en el supòsit que preveu la lletra b) de l'article 9.2 del RGPD, relatiu al supòsit pel qual el tractament és necessari per al compliment d'obligacions i exercici de dret específics del responsable del tractament o de l'interessat en l'àmbit del dret laboral i de la seguretat i protecció social, en la mesura que ho autoritzi el dret de la Unió o dels Estats membres o un conveni col·lectiu d'acord amb el dret dels estats membres que estableixi garanties adequades respecte dels drets fonamentals i dels interessos de l'interessat.

La conclusió a la qual arriba el FJ III, en síntesi, és que a manca de previsió normativa en els termes que s'analitzen en el dictamen, no sembla que el tractament de control horari mitjançant el reconeixement facial es pugui basar en una norma amb rang de llei. Ara bé, a manca de previsió legal, es recorda que d'acord amb l'article 9.2.b) del RGPD, l'autorització pot estar prevista en el marc d'un conveni col·lectiu.

No obstant això, la Federació exposa que en el moment de la consulta no existeix, o no li consta, cap norma amb rang legal ni conveni col·lectiu que pugui habilitar el tractament de dades biomètriques amb la finalitat de dur a terme el registre horari de la jornada. I, segons la seva interpretació, tampoc seria possible habilitar el dit tractament sobre la base del consentiment, ja que les autoritats han determinat que no és adequada perquè es pot considerar viciat.

Ara bé, el FJ IV del dictamen CNS 2/2022 analitza la possibilitat de recórrer a la base jurídica del consentiment, el qual ha de reunir determinades circumstàncies les quals, a priori, no es donaven en el cas que es va plantejar.

III

El consentiment constitueix una de les bases jurídiques a què fa referència l'article 6.1 de l'RGPD i, en el cas de categories especials de dades, l'article 9.2.a) de l'RGPD, que preveu que a més aquest sigui explícit.

Cal recordar que el consentiment es defineix a l'article 4.11) de l'RGPD com a *“toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”*.

I, l'article 7 de l'RGPD, preveu les condicions que ha de reunir:

- “ 1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.*
- 2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma*

que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.

3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.

4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato.”

El FJ IV del dictamen CNS 2/2022 conclou que la normativa de protecció de dades no admet amb caràcter general el consentiment com a base jurídica legitimadora dels tractaments duts a terme per les administracions públiques o els empresaris per al control en l'entorn laboral, atès el desequilibri de poder que acostuma a produir-se entre les relacions d'aquells amb els interessats, que impedeix que el consentiment pugui considerar-se lliure.

Ara bé, cal tenir en compte les consideracions que precedeixen a aquesta conclusió, en particular:

*“Sobre la base del que s’ha exposat, i altres qüestions que també queden recollides a les Directrius 5/2020 del CEPD, a les quals ens remetem, no sembla que la base jurídica del consentiment sigui adient per legitimar el tractament de les dades del personal amb la finalitat del control horari del personals, atès que no es pot considerar que en el cas plantejat pogués haver-hi un consentiment realment lliure. En aquest sentit, **podria considerar-se que existeix consentiment lliure si l’interessat disposa d’una alternativa per complir amb el control horari o controlar la seva presència o execució de l’horari, i és aquest qui escull i presta el seu consentiment al tractament de les dades biomètriques a través de sistemes de reconeixement facial, però no sembla que sigui així en un cas com el que es descriu a la consulta”.***

I, a continuació de la conclusió, s’afegeix el següent paràgraf::

“A tal efecte, cal tenir en consideració que, d’acord amb el principi de responsabilitat proactiva (art. 5.2 de l’RGPD), el responsable del tractament, en el cas que ens ocupa l’Ajuntament, ha de ser capaç de demostrar que el consentiment és vàlid i que el tractament és lícit”.

A partir del que s’acaba d’exposar, cal tenir en compte que aquestes consideracions no fan sinó incidir en les qüestions recollides a les Directrius 5/2020 sobre el consentiment en el sentit del Reglament (UE) 2016/679 del Comitè Europeu de Protecció de Dades (CEPD), en particular en la idea que:

“El consentimiento sigue siendo una de las seis bases jurídicas para el tratamiento de datos personales, tal y como se enumeran en el artículo 6 del RGPD” i, continua, “Cuando se inician actividades que conllevan el tratamiento de datos personales, un responsable del

tratamiento debe siempre detenerse a considerar cuál va a ser el fundamento jurídico del tratamiento previsto. [...]

En general, el consentimiento solo puede ser una base jurídica adecuada si se ofrece al interesado control y una capacidad real de elección con respecto a si desea aceptar o rechazar las condiciones ofrecidas o rechazarlas sin sufrir perjuicio alguno. Cuando solicita el consentimiento, el responsable del tratamiento tiene la obligación de evaluar si dicho consentimiento cumplirá todos los requisitos para la obtención de un consentimiento válido. Si se obtiene en pleno cumplimiento del RGPD, el consentimiento es una herramienta que otorga a los interesados el control sobre si los datos personales que les conciernen van a ser tratados o no. Si no es así, el control del interesado será meramente ilusorio y el consentimiento no será una base jurídica válida para el tratamiento, lo que convertirá dicha actividad de tratamiento en una actividad ilícita”.

Sobre la base del que s'ha exposat, aquesta Autoritat no comparteix la conclusió a la qual arriba la Federació consultant en relació amb el fet que, en termes absoluts, el consentiment no pugui ser una base adequada perquè seria un consentiment viciat. Això sí, el responsable del tractament que pretengui dur a terme el tractament sobre la base jurídica del consentiment (art. 6.1.a del RGPD i, en cas de categories especials de dades, art. 9.2.a) del RGPD) ha de tenir en compte prèviament els requisits necessaris que ha de reunir el consentiment perquè sigui vàlid segons el que preveu la normativa, prenent en consideració les Directrius 5/2020 del CEPD, i ser capaç de demostrar-ho sobre la base del principi de responsabilitat proactiva.

IV

Precisament perquè el consentiment pot ser una base jurídica legitimadora del tractament plantejat, o perquè en qualsevol altre moment pot estar habilitat el tractament en una altra base jurídica, en el FJ V, entre altres qüestions que s'analitzen, es fa avinent la necessitat de tenir en compte la previsió de l'article 35 de l'RGPD, el qual preveu la necessitat de dur a terme una AIPD en aquells tractaments, especialment si entren noves tecnologies, que comportin un alt risc per als drets i llibertats de les persones.

Sobre la base de l'article 35 del RGPD, i de la *Llista de tipus de tractaments de dades que requereixen avaluació d'impacte relativa a la protecció de dades* publicada per aquesta Autoritat (disponible [aquí](#)), es conclou que el tractament plantejat per l'Ajuntament requereix realitzar una AIPD en la qual s'ha d'avaluar, entre altres qüestions, la legitimitat del tractament i la determinació de riscos existents i les mesures per mitigar-lo.

És a dir, el fonament jurídic V no s'ha d'interpretar en el sentit que una AIPD sigui base jurídica habilitant per dur a terme un tractament de dades personals quan no estigui justificat en un dels supòsits de l'article 6 del RGPD i, en cas d'estar afectades categories especials de dades, en una de les condicions a què fa referència l'article 9.2 del RGPD. En definitiva, el responsable del tractament ha d'analitzar prèviament si el tractament que pretén dur a terme requereix una AIPD i, en aquest cas, ha de tenir en compte que l'avaluació de la legitimitat del tractament, i la deguda justificació, constitueix una de les parts integrants de la mateixa AIPD. Però, evidentment, en cas que el responsable del tractament no trobi una base jurídica adient que legítimi el tractament pretès, l'AIPD no pot constituir en cap cas l'instrument jurídic habilitant d'un tractament de dades personals.

Conclusió

El consentiment pot ser una base jurídica habilitant del tractament de dades biomètriques amb finalitat de control horari sempre que aquest constitueixi una manifestació de voluntat lliure, específica, informada i inequívoca per part de l'interessat d'acceptar el tractament, en els termes que s'han exposat.

En qualsevol cas, abans de dur a terme un tractament com el que planteja la consulta, cal fer una avaluació de l'impacte sobre la protecció de dades a la vista de les circumstàncies concretes en què es dugui a terme el tractament on s'analitzi, entre altres qüestions, la licitud del tractament.

Barcelona, 28 de juliol de 2023.