

Dictamen en relació con la consulta formulada de una federación con el uso de datos biométricos para el control de presencia en el puesto de trabajo

Se presenta ante la Autoritat Catalana de Protecció de Dades una consulta formulada por el Delegado de Protecció de Dades de una federación en la que se solicita que esta Autoritat “[...] se manifieste sobre la viabilidad *de las EIPD en torno al uso de la biometría del trabajador (huella dactilar o facial) como sistema para llevar a cabo el registro de jornada laboral de los trabajadores. Pues no entendemos por qué se pide la EIPD si no hay base legítima para este tratamiento y dado que actualmente no existe convenio colectivo ni ninguna ley que contenga la biometría con esta finalidad*”.

En particular, la Federación hace referencia al dictamen CNS 2/2022 de esta Autoritat en el que se analizó la consulta formulada por un Ayuntamiento relativa a la conformidad con la normativa de protección de datos del uso de dispositivos de control de presencia en el puesto de trabajo mediante reconocimiento facial. La Federación expone que según los criterios establecidos por las autoridades de control el consentimiento no puede ser una base jurídica adecuada y que, continúa, al tratarse de datos especialmente protegidos, “[...] sólo puede encontrarse *esta base legítima en una disposición legal o en un convenio colectivo, y a día de hoy no existe ninguna ley que disponga la biometría para llevar a cabo el registro de jornada laboral y tampoco, se encuentra negociado en un convenio colectivo. Por tanto, por más que se realice una EIPD de este tratamiento (tal y como piden las Autoridades de control) [...] entendemos que no hay base legítima, y por tanto la EIPD no puede ser viable. Consideramos que nos encontramos ante una problemática importante [...]*”, ya que *“Este hecho crea confusión tanto a los profesionales del sector como a las entidades [...], ya que piensan que haciendo una EIPD ya lo tienen resuelto”*.

Analizada la consulta, vista la normativa vigente aplicable, y de acuerdo con el informe de la Asesoría Jurídica emito el siguiente dictamen.

Y

(...)

II

La Federación solicita a esta Autoritat la aclaración de determinadas cuestiones que afectan al tratamiento de datos biométricos con finalidad de control horario. En cuanto a esta Autoritat, la Federación hace referencia al dictamen CNS 2/2022 (que se puede consultar en la web www.apdcat.cat).

En particular, de acuerdo con lo expuesto en los antecedentes, la Federación expone que las autoridades de control coinciden en que el consentimiento no puede ser una base jurídica adecuada para llevar a cabo este tratamiento, y que única base jurídica que puede

habilitar el tratamiento de datos biométricos con finalidad de control horario es, en el caso de las categorías especiales de datos, la prevista en el artículo 9.2.b) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), en adelante RGPD, el cual hace referencia a cuando *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo conforme al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado,”*

La Federación señala que actualmente no existe ninguna norma con rango legal o convenio colectivo que regule este tratamiento y, tomando en consideración esto, considera que es confuso que a su vez esta Autoridad, así como otras autoridades de control, haga referencia a la necesidad de llevar a cabo una evaluación de impacto relativa a la protección de datos personales (en adelante, AIPD) porque, en síntesis, entiende la Federación que si no existe una base jurídica que legitime el tratamiento, la AIPD ya no sería viable. Y, continúa, esta situación genera que existan profesionales y entidades que entiendan que la realización de una AIPD es suficiente para considerar habilitado el tratamiento.

La Federación pide a esta Autoridad que aclare porqué se establece la necesidad de llevar a cabo una AIPD si, en la práctica, no hay base jurídica que legitime este tratamiento.

Una vez establecidos los términos de la consulta, es preciso decir que esta Autoridad no puede compartir la interpretación que apunta la consulta, y la conclusión que de ella se deriva, de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.

De entrada, sin perjuicio de dar por reproducidas íntegramente las consideraciones a las que se llega en el dictamen CNS 2/2022, al que nos remitimos, cabe destacar alguno de los pronunciamientos de este dictamen que justifican el hecho de que esta Autoridad no comparta la valoración que plantea la consulta.

Antes, sin embargo, cabe señalar que los dictámenes que resuelven las consultas planteadas a esta Autoridad se pronuncian sobre la base de la información que la entidad consultante traslada, información que constituye el objeto de análisis de acuerdo con la normativa de protección de datos.

En cuanto al principio de licitud (art. 5.1.a del RGPD), ampliamente analizado en el fundamento jurídico (FJ) III del dictamen CNS 2/2022, cabe decir que en dicho dictamen se analiza qué base jurídica puede habilitar el tratamiento planteado por el Ayuntamiento en relación con el uso de dispositivos de control de presencia en el puesto de trabajo mediante reconocimiento facial, tomando en consideración las circunstancias expresadas en la consulta formulada.

El FJ III del dictamen CNS 2/2022 analiza la posibilidad de llevar a cabo el tratamiento desde la perspectiva de dos categorías de personas afectadas distintas, el personal laboral y el personal sometido a una relación jurídica administrativa.

En ambos casos, se analiza la posibilidad de recurrir a la base jurídica del artículo 6.1.b) del RGPD (*“el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado se parte o para la aplicación a petición de éste de medidas precontractuales”*) y también en base al artículo 6.1.c) del RGPD (*“cuando el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”*) y, en la medida en que quedan afectadas categorías especiales de datos, en el supuesto previsto en la letra b) del artículo 9.2 del RGPD, relativo al supuesto por el que el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derecho 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 lo autorice el derecho de la Unión o de los Estados miembros o un convenio colectivo de acuerdo con el derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas respecto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.

La conclusión a la que llega el FJ III, en síntesis, es que a falta de previsión normativa en los términos que se analizan en el dictamen, no parece que el tratamiento de control horario mediante el reconocimiento facial pueda basarse en una norma con rango de ley. Ahora bien, a falta de previsión legal, se recuerda que, de acuerdo con el artículo 9.2.b) del RGPD, la autorización puede estar prevista en el marco de un convenio colectivo.

Sin embargo, la Federación expone que en el momento de la consulta no existe, o no le consta, ninguna norma con rango legal ni convenio colectivo que pueda habilitar el tratamiento de datos biométricos con el fin de llevar a cabo el registro horario de la jornada. Y, según su interpretación, tampoco sería posible habilitar dicho tratamiento sobre la base del consentimiento, puesto que las autoridades han determinado que no es adecuada porque puede considerarse viciado.

Ahora bien, el FJ IV del dictamen CNS 2/2022 analiza la posibilidad de recurrir a la base jurídica del consentimiento, el cual debe reunir determinadas circunstancias que, a priori, no se daban en caso de que se planteó.

III

El consentimiento constituye una de las bases jurídicas a que se refiere el artículo 6.1 del RGPD y, en el caso de categorías especiales de datos, el artículo 9.2.a) del RGPD, que prevé que además éste sea explícito.

Cabe recordar que el consentimiento se define en el artículo 4.11) del RGPD como *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”*.

Y, el artículo 7 del RGPD, prevé las condiciones que debe reunir:

1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que ese 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 concluye que la normativa de protección de datos no admite a todos los efectos el consentimiento como base jurídica legitimadora de los tratamientos llevados a cabo por las administraciones públicas o los empresarios para el control en el entorno laboral, dado el desequilibrio de poder que suele producirse entre las relaciones de aquéllos con los interesados, que impide que el consentimiento pueda considerarse libre.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta las consideraciones que preceden a esta conclusión, en particular:

*“ En base a lo expuesto, y otras cuestiones que también quedan recogidas en las Directrices 5/2020 del CEPD, a las que nos remitimos, no parece que la base jurídica del consentimiento sea adecuada para legitimar el tratamiento de los datos del personal con el fin del control horario de los personales, dado que no se puede considerar que en el caso planteado pudiera haber un consentimiento realmente libre . En este sentido , **podría considerarse que existe consentimiento libre si el interesado dispone de una alternativa para cumplir con el control horario o controlar su presencia o ejecución del horario, siendo éste quien elige y presta su consentimiento al tratamiento de los datos biométricos a través de sistemas de reconocimiento facial, pero no parece que así sea en un caso como el que se describe en la consulta**”.*

Y, a continuación de la conclusión, se añade el siguiente párrafo::

“ A tal efecto, hay que tener en consideración que, de acuerdo con el principio de responsabilidad proactiva (art. 5.2 del RGPD), el responsable del tratamiento, en caso de que nos ocupa el Ayuntamiento, debe ser capaz de demostrar que el consentimiento es válido y que el tratamiento es lícito”.

A partir de lo expuesto, hay que tener en cuenta que estas consideraciones no hacen sino incidir en las cuestiones recogidas en las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), en particular en la idea de 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” y, continúa, “Cuando se inician actividades que comportan el tratamiento de datos personales, un responsable del tratamiento debe siempre detenerse a considerar cuál va a ser el fundamento jurídico del tratamiento previsto. [...]

Por lo general, el consentimiento solo puede ser una base jurídica adecuada si se ofrece al interesado control y una capacidad real de elección 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 las datos personales que las conciernen van a ser tratadas 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” .

En base a lo expuesto, esta Autoridad no comparte la conclusión a la que llega la Federación consultante en relación con el hecho de que, en términos absolutos, el consentimiento no pueda ser una base adecuada porque sería un consentimiento viciado. Eso sí, el responsable del tratamiento que pretenda llevar a cabo el tratamiento sobre la base jurídica del consentimiento (art. 6.1.a del RGPD y, en caso de categorías especiales de datos, art. 9.2.a) del RGPD) debe tener en cuenta previamente los requisitos necesarios que debe reunir el consentimiento para que sea válido según lo previsto en la normativa, tomando en consideración las Directrices 5/2020 del CEPD, y ser capaz de demostrarlo en base al principio de responsabilidad proactiva.

IV

Precisamente porque el consentimiento puede ser una base jurídica legitimadora del tratamiento planteado, o porque en cualquier otro momento puede estar habilitado el tratamiento en otra base jurídica, en el FJ V, entre otras cuestiones que se analizan, se recuerda la necesidad de tener en cuenta la previsión del artículo 35 del RGPD, que prevé la necesidad de llevar a cabo una AIPD en aquellos tratamientos, especialmente si emplean nuevas tecnologías, que comporten un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas.

En base al artículo 35 del RGPD, y de la *Lista de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a la protección de datos* publicada por esta Autoridad (disponible [aquí](#)), se concluye que el tratamiento planteado por el Ayuntamiento requiere realizar una AIPD en la que debe evaluarse, entre otras cuestiones, la legitimidad del tratamiento y la determinación de riesgos existentes y las medidas para mitigarlo.

Es decir, el fundamento jurídico V no debe interpretarse en el sentido de que una AIPD sea base jurídica habilitante para llevar a cabo un tratamiento de datos personales cuando no esté justificado en uno de los supuestos del artículo 6 del RGPD y , en caso de estar afectadas categorías especiales de datos, en una de las condiciones a que se refiere el artículo 9.2 del RGPD. En definitiva, el responsable del tratamiento debe analizar previamente si el tratamiento que pretende llevar a cabo requiere una AIPD y, en este caso,

debe tener en cuenta que la evaluación de la legitimación del tratamiento, y la debida justificación, constituye una de las partes integrantes de la propia AIPD. Pero, evidentemente, en caso de que el responsable del tratamiento no encuentre una base jurídica adecuada que legitime el tratamiento pretendido, la AIPD no puede constituir en ningún caso el instrumento jurídico habilitante de un tratamiento de datos personales.

Conclusión

El consentimiento puede ser una base jurídica habilitante del tratamiento de datos biométricos con finalidad de control horario siempre que éste constituya una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por parte del interesado de aceptar el tratamiento, en los términos que se han expuesto.

En cualquier caso, antes de llevar a cabo un tratamiento como el que plantea la consulta, es necesario realizar una evaluación del impacto sobre la protección de datos a la vista de las circunstancias concretas en las que se lleve a cabo el tratamiento donde se analice, entre otras cuestiones, la licitud del tratamiento.

Barcelona, 28 de julio de 2023.

Traducción autorizada