**SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE LA GUÍA SOBRE TRATAMIENTOS DE CONTROL DE PRESENCIA MEDIANTE SISTEMAS BIOMÉTRICOS**

**A la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, la AEPD).**

La entidad a la que represento considera que la actual “*Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos*” (en adelante, la Guía), establece unos criterios de cumplimiento que van más allá de lo que marca el Reglamento General de Protección de datos (en adelante, el RGPD) y no tiene en cuenta aspectos que podrían permitir que un tratamiento de bajo riesgo para los derechos y libertades de los interesados pueda continuar, evitando los perjuicios que su paralización generaría.

Teniendo en cuenta estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, mi representada solicita que se modifique la Guía teniendo en cuenta las siguientes cuestiones:

**1. Finalidades del tratamiento de control de acceso mediante datos biométricos**

Se propone que la Guía contemple la existencia de otras finalidades que van asociadas a beneficios para el interesado y no únicamente las finalidades del tratamiento que van asociadas a beneficios para el responsable del tratamiento de control de presencia con datos biométricos.

De esta manera, la lista completa de finalidades del tratamiento de control de presencia podría ser la siguiente:

|  |
| --- |
| **Finalidades asociadas a beneficios para el interesado** |
| 1. Preservar la seguridad de las personas que acceden a la empresa y permanecen en ella. |
| 2. Prevenir la suplantación de identidad del trabajador o de otros interesados en su perjuicio. |
| 3. Prevenir la suplantación de identidad del trabajador de tal manera que se le pueda atribuir la comisión de  infracciones. |
| 4. Facilitar el ejercicio de derechos laborales del trabajador, como el derecho a acceder a su centro de trabajo. |
| 5. Facilitar al trabajador la reclamación de horas extras y otras cuestiones relacionadas con la jornada laboral. |
| 6. Facilitar al trabajador la defensa frente a reclamaciones de la empresa por absentismo o falta de puntualidad. |
| 7. Prevenir los perjuicios e incomodidades de la pérdida, olvido o sustracción de la tarjeta de acceso o sistema  similar. |
| 8. Prevenir riesgos laborales en el caso de trabajadores que acceden a la empresa con carga o con las manos  ocupadas. |

|  |
| --- |
| **Finalidades asociadas a beneficios para el responsable del tratamiento** |
| 1. Preservar la seguridad de las personas, bienes e instalaciones. |
| 2. Verificar que el trabajador que intenta acceder a las instalaciones de la empresa es quien dice ser. |
| 3. Verificar que el trabajador que intenta acceder a las instalaciones de la empresa está autorizado para acceder. |
| 4. Evitar la suplantación de identidad del trabajador en perjuicio de la empresa. |
| 5. Transferir la hora de entrada y salida a RRHH para complementar el registro de la jornada laboral. |
| 6. Conseguir un ahorro significativo en los costes destinados a medidas de seguridad física de la empresa. |
| 7. Dar cumplimiento a las obligaciones de seguridad establecidas en la normativa de protección de datos y otras. |
| 8. Dar cumplimiento a las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. |

La existencia de finalidades asociadas a beneficios del interesado es importante a la hora de valorar:

1. El consentimiento libre.
2. El juicio de necesidad.

**2. Mayor eficacia del control biométrico en la consecución de las finalidades del tratamiento**

El control biométrico ha demostrado su mayor eficacia para conseguir las finalidades asociadas a beneficios para el interesado, dada la alta dificultad de reproducir una cara o una huella con la fidelidad necesaria para que supere el control.

Por el contrario, el acceso mediante tarjeta ha demostrado su ineficacia en la prevención de la suplantación de identidad, ya que una tarjeta puede ser clonada, extraviada o robada.

**3. Juicio de necesidad**

En la Guía se relaciona el juicio de necesidad únicamente con las finalidades asociadas a los beneficios del responsable del tratamiento. Se solicita que se extienda el análisis a las finalidades asociadas a los beneficios del interesado.

Teniendo en cuenta la mayor eficacia del control biométrico, debería reconocerse a este medio una mayor capacidad para cumplir estas finalidades.

Este juicio de necesidad lo realiza el responsable del tratamiento y en ningún momento se transfiere la valoración al interesado. Todo ello sin perjuicio de realizar la consulta al interesado prevista en el artículo 35.9 del RGPD en el momento de realizar la evaluación de impacto.

**4. Consentimiento libre**

Se solicita que se tengan en cuenta los apartados anteriores en el momento de valorar si el consentimiento del trabajador es libre, ya que el Comité Europeo de Protección de Datos (en adelante, el CEPD), en sus Directrices CEPD 5/2020 sobre el consentimiento, indica que los trabajadores pueden dar su libre consentimiento cuando se les ha informado de los riesgos y los beneficios del tratamiento y el hecho de que otorguen o no dicho consentimiento no tenga consecuencias adversas.

En la siguiente tabla se puede ver la información que puede facilitarse al trabajador con el fin de que conozca las alternativas, los beneficios y los riesgos asociados al tratamiento. De esta manera tendrá una mayor capacidad de elección sobre las alternativas ofrecidas y podrá escoger la que más le convenga.

|  |
| --- |
| **Información adicional** |
| 1. Información sobre otras alternativas disponibles. |
| 2. Información sobre beneficios para el trabajador. |
| 3. Información sobre riesgos para el trabajador. |
| 4. Información sobre la minimización de los datos. |
| 5. Información sobre la incompatibilidad del formato. |
| 6. Información sobre la inexistencia de efectos jurídicos. |
| 7. Información sobre la posibilidad de retirar el consentimiento sin efectos negativos para el trabajador. |
| 8. Consentimiento directo e individual. |

**5. Supuestos en los que el consentimiento libre es posible porque el trabajador obtiene beneficios con el tratamiento**

En la relación laboral existen múltiples supuestos en los que la base jurídica del tratamiento de categorías especiales de datos, y también de datos menos sensibles puede ser el consentimiento libre del trabajador, ya que comporta beneficios para él.

Se solicita que se tengan en cuenta estos supuestos y se valore la aplicación del consentimiento libre del trabajador cuando el tratamiento aporta beneficios claros para el trabajador.

|  |
| --- |
| **Supuestos** |
| Fotografías para publicaciones corporativas, web y redes sociales |
| Programas de bienestar del trabajador que exigen que la empresa trate datos de salud |
| Pago de multas por infracciones de tráfico cometidas por el trabajador |
| Tests psicológicos no relacionados con las funciones del puesto de trabajo - Por ejemplo, DISC. |
| Retención y pago cuota sindical (Art. 11.2 L.O. 11/1985, de Libertad Sindical) |
| Información situación personal y familiar a los efectos de IRPF, emergencias, etc. |
| Reconocimientos médicos voluntarios, voluntad de no reanimación o transfusiones, etc. |
| Comunicación de datos para disfrutar de beneficios sociales |
| Debates de innovación y propuestas de mejora |
| Debates sobre clima laboral |
| Formación no relacionada con las funciones del puesto de trabajo |
| Sistemas de remuneración flexible. |
| Uso corporativo de dispositivos del trabajador (BYOD) |
| Reclamaciones relativas a accidentes de tráfico fuera de la jornada laboral |
| Recepción de mailings sobre productos, servicios y promociones |
| Geolocalización voluntaria no necesaria para las funciones del puesto de trabajo: seguridad personal, rescate, accidentes. |

Esta tabla resume una serie de tratamientos en los que es posible hablar de consentimiento libre ya que:

1. El trabajador ha sido informado de los riesgos y de los beneficios.
2. El trabajador no recibe ninguna orden o instrucción que deba aceptar obligatoriamente.
3. No se produce desequilibrio de poder.
4. Los beneficios para el trabajador son objetivos, claros, medibles y comprobables.
5. La retirada del consentimiento no genera ningún efecto adverso para el trabajador.

**6. El valor de la participación activa del interesado**

En la respuesta del CEPD a la Comisión en relación con el borrador del Reglamento de Inteligencia Artificial (en adelante, el Reglamento IA) el CEPD le dio mucha importancia a la participación activa del interesado en las distintas fases del tratamiento.

Este concepto de participación activa ha quedado claramente reflejado en el Reglamento IA y consideramos que es un buen indicador de que el legislador defiende esta postura sobre la existencia de aceptación dentro de la autonomía de la voluntad y de la configuración del consentimiento libre.

Por ello solicitamos que se valore el concepto de la participación activa del trabajador en el tratamiento de sus datos biométricos y se describan los requisitos que debe cumplir el consentimiento del trabajador para que sea considerado libre.

**7. Papel que tienen los datos biométricos en relación con la finalidad del tratamiento**

Se solicita que se tenga en cuenta el papel que los datos biométricos tienen en la finalidad cada tratamiento.

En la siguiente tabla se analizan los cuatro tipos de uso que se puede dar a los datos biométricos.

|  |  |
| --- | --- |
| **Tipo de uso** | **Explicación** |
| Uso accidental | 1. Los datos no están relacionados con las finalidades del tratamiento. 2. En el caso de que se obtengan deben ser eliminados por ser excesivos. |
| Uso accesorio | 1. Los datos están indirectamente relacionados con la finalidad principal del tratamiento. 2. Pueden estar relacionados con una finalidad accesoria. 3. Debe analizarse en qué medida son necesarios para el tratamiento. |
| Uso instrumental | 1. Los datos se utilizan como medio para conseguir la finalidad del tratamiento. 2. Esta circunstancia puede variar el impacto en materia de protección de datos. |
| Uso finalista | 1. La obtención de los datos es la finalidad principal del tratamiento. 2. Esta circunstancia puede variar el impacto en materia de protección de datos. |

**8. Valoración del riesgo de los datos biométricos tras la aprobación del Reglamento IA**

Se solicita que se realice una nueva valoración del riesgo relativo a los tratamientos de control de presencia tras la aprobación del Reglamento IA.

La aprobación de este Reglamento tuvo lugar inmediatamente después de la aprobación de la Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos, por lo que la Agencia no tuvo la oportunidad de tener en cuenta sus criterios.

El Reglamento IA establece que el uso de dos tecnologías percibidas como invasivas, como son la inteligencia artificial y los datos biométricos, con la finalidad de la identificación o la verificación de la identidad, de forma no remota y con la participación activa del interesado, generan un riesgo bajo o inexistente para los derechos y libertades de los interesados.

El Reglamento IA excluye del concepto de identificación biométrica de los sistemas de IA destinados a ser utilizados para la verificación biométrica, que incluye la autenticación, cuyo único propósito es confirmar que una persona física específica es la persona que dice ser y confirmar la identidad de una persona física con el único fin de tener acceso a un servicio, desbloquear un dispositivo o tener acceso a instalaciones a través de un control de seguridad. Esta exclusión se justifica por el hecho de que tales sistemas probablemente tengan un impacto menor en los derechos fundamentales de las personas naturales en comparación con los sistemas de identificación biométrica remota, los cuales pueden ser usados para el tratamiento de los datos biométricos de un gran número de personas sin su participación activa.

Si el uso conjunto de estas dos nuevas tecnologías puede generar un riesgo bajo o inexistente en el caso del control de acceso, entendemos que, si en el tratamiento se utilizan únicamente datos biométricos y no se utiliza ningún sistema de inteligencia artificial, el riesgo debe ser menor.

Solicitamos que se consideren los criterios aplicados por el legislador en el Reglamento IA y que se tengan en cuenta en el momento de valorar los riesgos asociados al tratamiento de datos biométricos en sistemas de control de acceso en una nueva versión de la Guía.

**9. Reconocimiento facial sin datos biométricos**

También se solicita que en la Guía se incluya un apartado en el que se analice la aplicabilidad del artículo 9 del RGPD a los sistemas de IA dedicados al reconocimiento facial que no utilizan datos biométricos. Es decir, un sistema IA entrenado con las habilidades del ser humano para reconocer a una persona, que puede identificar de forma unívoca a un interesado sin utilizar datos biométricos.

**10. Obligación legal del trabajador**

Se solicita que, además de valorar en la guía la excepción de la obligación legal que deba cumplir el responsable del tratamiento, prevista en el artículo 9.2.b, se incluya también la obligación legal del interesado, tal como está regulado en este artículo.

**11. Otras excepciones**

También se solicita que se valore la aplicabilidad de las restantes excepciones del artículo 9.2, especialmente la relativa a la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones, prevista en el apartado f) del artículo 9.2.

**12. Sistemas alternativos recomendados por el CEPD**

Se solicita que se valore la eficacia en sede laboral de los sistemas previstos en las Directrices 3/2019 sobre el tratamiento de datos personales mediante dispositivos de vídeo del CEPD y que consisten en:

1. Una doble vía de acceso a la empresa, una dotada de control biométrico y otra sin, con el fin de que el trabajador pueda escoger libremente una de las dos.
2. Una única vía de acceso a la empresa con un botón de activación del control biométrico.

Estas vías ayudan al trabajador a seleccionar el sistema de control de acceso que más le interesa, contribuyendo a que el consentimiento otorgado sea libre.

El canal con control biométrico podría estar señalizado con un aviso parecido al de videovigilancia, que actuaría a la vez como primera capa de información.

**13. Control horario sin datos biométricos**

Se solicita que se valore la posibilidad de que los tratamientos de control de acceso y de control horario sean independientes entre sí, de manera que únicamente en el control de acceso se traten los datos biométricos.

Los únicos datos que se transferirían del tratamiento de control de acceso al tratamiento de control horario serían el número de trabajador, la fecha, la hora de entrada y la hora de salida.

**14. Propuesta de modificación del artículo 9 del RGPD**

Se solicita que la Agencia a la que me dirijo, que es una de las autoridades de control que más experiencia acumula en la Unión Europea, lidere una propuesta de modificación del artículo 9 del RGPD con el fin de armonizarlo con el régimen establecido para los datos biométricos en el Reglamento de Inteligencia Artificial.

En la redacción actual de ambos reglamentos se da, aparentemente, la paradoja de que los tratamientos de datos biométricos considerados de alto riesgo en el RGPD son de bajo riesgo en el Reglamento IA y viceversa.

De acuerdo con el principio de legalidad, el artículo 9.1 del RGPD únicamente prohíbe los datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física. Ello significa que los tratamientos de datos biométricos dirigidos a otras finalidades, como la inferencia de sentimientos o la categorización de interesados, no están contemplados en el alcance de la prohibición.

De acuerdo con la clasificación establecida en el Reglamento IA, se solicita que se excluya de la categoría de tratamientos de alto riesgo a los sistemas de IA destinados a ser utilizados para la verificación biométrica, que incluye la autenticación, cuyo único propósito es confirmar que una persona física específica es la persona que dice ser y confirmar la identidad de una persona física con el único fin de tener acceso a un servicio, desbloquear un dispositivo o tener acceso a instalaciones a través de un control de seguridad.

Aplicando esta exclusión, esta finalidad debería quedar fuera de la prohibición del artículo 9.1 del RGPD al no estar asociada a un tratamiento de alto riesgo para los derechos y libertades de los interesados.

De esta manera este artículo quedaría reservado a los datos biométricos dirigidos a finalidades de alto riesgo, como los que se describen en el Reglamento IA. En algunos de ellos serían aplicables las excepciones del artículo 9.2 y en otros no, al estar prohibidos de forma absoluta.

**15. Consulta pública y grupo de trabajo.**

Se solicita que la Agencia recabe información sobre el estado de la ciencia en materia de datos biométricos, cree un grupo de trabajo y se establezca un periodo de consulta pública dirigido a asegurar la máxima utilidad de la Guía y la viabilidad de la propuesta de modificación del artículo 9 del RGPD.

Mi representada solicita que se tenga por presentado este escrito y se atiendan las solicitudes contenidas en él, quedando a disposición de la Agencia a la que me dirijo para ampliar los detalles que sean necesarios.

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha |  |
| Empresa |  |
| NIF |  |
| Domicilio |  |
| Representante |  |
| DNI |  |
| Cargo |  |
| Firma |  |