

- Expediente Nº: E/04015/2021

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Don **A.A.A.** (en adelante, la parte reclamante) con fecha 24 de noviembre de 2020 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra ESENCIA CARNÍVORA, S.L. con NIF B12961496 (en adelante, la parte reclamada).

Los motivos en que basa la reclamación son los siguientes:

En el acceso a las instalaciones del RESTAURANTE INSTINTO CARNÍVORO, propiedad de la parte reclamada, se tomó la temperatura corporal de la parte reclamante (acompañado de su mujer y al que acudió con reserva), realizándose un presunto tratamiento de datos personales sin base que lo legitime. El reclamante expresa que, a la vista de la mayoría de los clientes del restaurante, una empleada de éste, sin pedirle permiso, le tomó la temperatura con un termómetro en la frente, resultando la medida de 37,5 ° C. La parte reclamante informa de que le indicaron que se esperase para volver a tomarle la temperatura pasado un tiempo, lo cual le supuso un bochorno y exposición ante el resto de los clientes como identificado por un dato de salud privado. El reclamante preguntó el límite legal para acceder al restaurante y le respondieron que menos de 37,4 o 37,5 ° C, ante lo que decidió marcharse, por no seguir manteniendo esta situación a la vista de todos.

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), se dio traslado de dicha reclamación a la parte reclamada, con fecha 11 de enero de 2021, para que procediese a su análisis e informase a esta Agencia en el plazo de un mes, de las acciones llevadas a cabo para adecuarse a los requisitos previstos en la normativa de protección de datos.

Con fecha 26 de enero de 2021, la solicitud fue recibida por la parte reclamada, sin que se haya recibido contestación al efecto.

TERCERO: Con fecha 6 de abril de 2021 la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó admitir a trámite la reclamación presentada por la parte reclamante.

CUARTO: La Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, en virtud de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el artículo 57.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), y de conformidad con lo establecido en el Título VII, Capítulo I, Sección segunda, de la LOPDGDD, teniendo conocimiento de los

siguientes extremos:

- La parte reclamada se presenta como la responsable de garantizar la adecuada seguridad y salud de trabajadores, proveedores, clientes y cualquier otra que acceda a su restaurante.
- La parte reclamada reconoce que entre el 1 de junio de 2020 y el 20 de enero de 2021, efectuaba una toma de temperatura corporal en el acceso a su restaurante, aunque alega que apartado de la vista del resto de clientes y con el objetivo de seguir recomendaciones frente a la pandemia de COVID-19 solicitadas a su servicio ajeno de prevención de riesgos y su mutua de accidentes de trabajo.
- La parte reclamada expresa que apenas tuvo incidencias de acceso a su restaurante por este motivo y que el límite se fijó en 38° C, el cual sobrepasado, indicaba con absoluta discreción al cliente que saliese para regresar pasados unos minutos y volver a tomar la temperatura, según su versión. La reclamada añade que, si seguía sobrepasando ese límite en la segunda toma los 38° C de temperatura corporal medida con su instrumento, estaba previsto recomendar no acceder al restaurante y acudir al centro de salud.
- La parte reclamada alega que la toma de temperatura practicada a los clientes no constituía un tratamiento de datos personales puesto que considera que las personas no eran identificadas ni identificables. La reclamada señala la definición del artículo 4.1 del *Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)*, puesto que, según expone, desconocía completamente cualquier otro dato del cliente y su identidad no podía ser razonablemente determinada por su parte.
- La parte reclamada añade que, al considerar la no existencia de tratamiento de datos personales, el dato de temperatura no era registrado ni conservado en soporte alguno (ni físico ni digital), ni se hacía seguimiento de los mismos.
- La parte reclamada señala que la licitud de la toma de temperatura a la entrada de su restaurante fue realizada al amparo de la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales*.
- La parte reclamada manifiesta haber respetado las siguientes medidas, además de la toma de temperatura corporal, para hacer frente a la pandemia de COVID-19:
 - o Cierre total de actividad durante dos períodos largos tras declaración de estado de alarma en marzo de 2020.
 - o Limitación de aforos en el local y de comensales por mesa.
 - o Respeto a las distancias de seguridad entre personas.
 - o Prohibición para el servicio en barra.
 - o Uso obligado de mascarillas.

- o Ventilación del local.
 - o Intensificación del control de la higiene y desinfección.
 - o Recomendación a sus trabajadores para actuar ante cualquier síntoma.
 - o Señalización en el local para la higiene de manos y para recordatorio de las medidas.
 - o Recordatorio a clientes y trabajadores de acudir a profesional sanitario ante síntomas compatibles con la enfermedad.
 - o Uso obligado de gel desinfectante en el acceso al local y control de acceso para respetar la distancia de seguridad.
 - o Dotación a los trabajadores de los medios de protección necesarios (guantes, mascarillas e información sobre actuación ante síntomas de posible padecimiento de la COVID19).
- La reclamada expresa que como valoración y proporcionalidad de la toma de temperatura de sus clientes para el acceso al restaurante contempló:
 - o Hacer frente a una pandemia mundial declarada por la Organización Mundial de la Salud, como mayor problema de salud pública del siglo XXI.
 - o Desconocimiento de la potencia real de infectividad y mortalidad de la COVID-19.
 - o A la espera de la vacuna, la única estrategia podía ser reducir en lo posible el riesgo de exposición y transmisión de la COVID-19.
 - o No obtener beneficio económico directo ni indirecto alguno de limitar el acceso a su restaurante mediante la toma de temperatura a sus clientes.
 - o Valorar como “mal menor” el no poder acceder a su restaurante ante temperatura superior a la de “corte” frente a los derechos limitados durante la pandemia de COVID-19.
 - o La discriminación sería en casos aislados por la citada toma de temperatura sin que le conste noticia alguna al respecto.
 - La reclamada entiende que la medida de toma de temperatura corporal a clientes para el acceso a su restaurante era adecuada al fin perseguido y proporcional, sin existir otra menos “intrusiva” que permitiese alcanzar los mismos resultados y que ya se aplicaban un conjunto de medidas por obligación legal.
 - La reclamada considera relevante que entiende haber actuado de buena fe, sin perjudicar a cliente alguno y sin incumplir normativa vigente durante el contexto socioeconómico de la pandemia de COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el apartado 1 f) del artículo 57 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos persona-

les y a la libre circulación de estos datos (en lo sucesivo, RGPD); y en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo, LOPDGDD).

II

En relación con la toma de temperatura de las personas como parte de las medidas adoptadas en centros de trabajo para ayudar a prevenir la propagación de la pandemia de COVID-19, se considera necesario resaltar que la temperatura corporal de las personas es un dato de salud en sí mismo, a tenor de la definición contenida en el artículo 4, apartado 15, del RGPD.

Según el artículo 4 del RGPD, apartados 1 y 2, se entenderá por «datos personales»: “toda información sobre una persona física identificada o identificable”; y por «tratamiento»: “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción.”

Partiendo de lo anterior, los controles de temperatura de las personas pueden constituir un tratamiento de datos de salud relativo a una persona física identificada o identificable, y como tal deben ajustarse a una de las bases jurídicas enumeradas en el artículo 6 del RGPD y concurrir alguna de las excepciones específicas que se relacionan en el artículo 9 del RGPD.

Con carácter general, el empleador tiene la obligación de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras a su servicio en los aspectos relacionados con el trabajo, como se desprende de los artículos 14 y siguientes de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Esta obligación opera a la vez como excepción que permite el tratamiento de datos de salud, al amparo de las circunstancias previstas en el artículo 9.2.h) del RGPD, y como base jurídica que legitima el tratamiento, por cuanto el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal impuesta al empleador (artículo 6.1.c) del RGPD).

No cabe duda de que en la actual situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, el empleador está obligado a adoptar medidas extraordinarias encaminadas a prevenir nuevos contagios de COVID-19 y estas medidas deben aplicarse atendiendo a los criterios definidos por las autoridades sanitarias.

En el ámbito de las empresas, el Ministerio de Sanidad, en su documento “*Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*”, indica que “*La intervención de las empresas, a través de los servicios de prevención (SPRL), frente a la exposición al SARS-COV-2 ha sido y es crucial, adaptando su actividad con recomendaciones y medidas actualizadas de prevención (...) con el objetivo general de limitar los contagios: medidas de carácter organizativo, de protección colectiva, de protección personal, de trabajador especial-*

mente vulnerable y nivel de riesgo, de estudio y manejo de casos y contactos ocurridos en la empresa y de colaboración en la gestión de la incapacidad temporal” y añade que “las empresas, a través de los servicios de prevención, están llamadas a colaborar con las autoridades sanitarias en la detección precoz de todos los casos compatibles con COVID-19 y sus contactos, para controlar la transmisión.”

En este contexto, debe entenderse que el control de la temperatura corporal de los trabajadores realizado por los empleadores, como medida para permitir el acceso a los centros de trabajo con la finalidad de limitar los contagios, dado que la fiebre es un síntoma de la enfermedad causada por el SARS-CoV-2, como parte de un conjunto más amplio de medidas que incluyen medidas preventivas, de higiene, protectoras, etc., cumple con los criterios indicados por las autoridades sanitarias.

En el caso examinado, si bien no se ha preguntado sobre la toma de temperatura a los empleados, si se ha realizado un protocolo de protección frente al COVID-19, que también afecta a los trabajadores; la salud de los clientes afecta a las personas que les atienden en un restaurante. El tratamiento de datos de salud de los trabajadores, en este contexto, encuentra su legitimación en la causa prevista en el artículo 6.1.c) del RGPD y en las excepciones que habilitan el tratamiento de datos de salud, recogidas en el artículo 9.2.h) del RGPD.

III

En relación con los clientes del restaurante, para determinar si en un caso concreto se ha producido un tratamiento de datos de una persona identificada o identificable, se ha de partir del tipo de dispositivo empleado y tener en cuenta otras circunstancias del proceso de la toma de temperatura que puedan hacer identificable a la persona, como en el caso de que se registre o no la temperatura corporal o que la captación de la temperatura en los establecimientos abiertos al público se realice con publicidad, de tal manera que la persona afectada pueda ser identificada por terceros.

En los controles de temperatura corporal que se llevan a cabo en la entrada de los establecimientos abiertos al público para tomar la temperatura a los visitantes o clientes se suelen utilizar dispositivos manuales de medición de la temperatura, como un termómetro manual que únicamente está concebido para tomar la temperatura corporal.

Cuando estos controles de temperatura no van acompañados de un control de identidad de las personas que pretenden acceder al establecimiento, es decir cuando la toma de temperatura no se vincula a una persona determinada a través de su registro o anotación, tales medidas no se encontrarían, en principio, incluidas en el ámbito de aplicación del RGPD al no asociarse la temperatura a una persona identificada o identificable.

Ahora bien, denegar el acceso a una persona con motivo de su temperatura puede desvelar a terceros que no tienen ninguna justificación para conocerlo que la persona a la que se ha denegado la entrada tiene una temperatura corporal por encima de lo considerado no relevante y, sobre todo, que puede estar contagiada por el virus, dado que la fiebre es un síntoma de la enfermedad causada por el SARS-CoV-2, por lo que será también necesario establecer en cada caso si de las concretas circunstancias que

concurrieron en el proceso de toma de temperatura de una persona determinada se derivaron acontecimientos que la hicieron identificable.

En el supuesto examinado, se utiliza termómetro manual que no graba imágenes ni información biométrica del usuario, sin que este proceso vaya acompañado del registro de la temperatura obtenida de las personas que acceden al restaurante. Se han adoptado medidas para garantizar la confidencialidad y se realiza de manera totalmente anónima y, apartado de la vista del resto de clientes y con el objetivo de seguir recomendaciones frente a la pandemia de COVID-19 solicitadas a su servicio ajeno de prevención de riesgos y su mutua de accidentes de trabajo; si bien la parte reclamante indica en su reclamación que lo hacen a la vista de los clientes, manifestación contradictoria con lo expuesto por la parte reclamada y que no puede acreditarse. Por ello, de acuerdo con lo razonado, no se aprecia en este caso que el tratamiento de datos que se realiza se refiera a personas físicas identificadas o identificables, quedando en consecuencia excluido del ámbito de aplicación del RGPD.

IV

En este caso, teniendo en cuenta que la reclamación se presentó en esta Agencia en fecha 24 de noviembre de 2020, a tenor de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 65 de la LOPDGDD, procede su tramitación con arreglo a lo dispuesto en el Título VIII de la citada norma.

Este Título VIII dispone en su artículo 68.1, referido al acuerdo de inicio del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora que, concluidas, en su caso, las actuaciones previas de investigación, corresponderá a la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos, cuando así proceda, dictar acuerdo de inicio de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Una vez analizadas las razones expuestas por la parte reclamada que obran en el expediente, se ha constatado la falta de indicios racionales de la existencia de una infracción en el ámbito competencial de la Agencia Española de Protección de Datos, no procediendo, en consecuencia, la apertura de un procedimiento sancionador.

Se ha de tener en cuenta que, al Derecho Administrativo Sancionador, por su especialidad, le son de aplicación, con alguna matización, pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando claro la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990 considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta “que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”. Este principio se encuentra expresamente recogido para los procedimientos administrativos sancionadores en el artículo 53.2.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que reconoce al interesado el derecho “*A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario*”

En definitiva, la aplicación del principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se hayan obtenido evidencias o indicios de los que se derive la existencia de infracción.

En este caso, de las actuaciones realizadas y de la documentación obrante en el procedimiento no se infiere la existencia de una actuación infractora por la parte reclamada en el ámbito competencial de la Agencia Española de Protección de Datos, por lo que procede el archivo de la reclamación.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PRIMERO: PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la parte reclamante y reclamada.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de conformidad con lo establecido en los arts. 112 y 123 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

940-010921

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos