

- Expediente Nº: E/04593/2021

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 30 de noviembre de 2020 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra DESGUACES LA TORRE, S.A., con CIF A78035987 (en adelante, la parte reclamada).

Los motivos en que basa la reclamación son los siguientes:

Que a la entrada de las instalaciones de la parte reclamada le han tomado la temperatura con un termómetro láser para poder acceder. Considera que se ha vulnerado su derecho a la intimidad y a la protección de datos.

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 12 de febrero 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 3 de marzo de 2021, se recibe en esta Agencia escrito de respuesta indicando lo siguiente:

- Manifiesta disponer un servicio externalizado de prevención de riesgos laborales con la entidad CUALTIS, S.L.U., que diseñó las medidas necesarias a adoptar y el protocolo de actuación para evitar la propagación de la COVID-19 que, entre otras medidas, incluyó la toma de temperatura para el acceso a sus instalaciones mediante un dispositivo de medición de la temperatura corporal sin contacto por infrarrojos.

- Expresa utilizar un dispositivo de toma de temperatura que no registra ningún tipo de dato personal, sino que esta medición se hace simplemente con carácter preventivo y de protección, y que tampoco existe registro adicional que almacene la temperatura obtenida por persona.

- Alega amparar la toma de temperatura a la entrada a sus instalaciones en la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales* y *Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por COVID-19* y añade que se realizaba de la forma menos intrusiva posible y con la finalidad específica de contener la propagación del coronavirus, y garantizar la seguridad y salud de los empleados.

- Relata disponer de información a la entrada señalando la necesidad de tomar la tem-

peratura.

- Insiste en no realizar tratamiento de datos personales alguno con la toma de temperatura en el acceso a sus instalaciones y muestra voluntad a implantar cualquier medida que la AEPD estimase necesaria.

TERCERO: Con fecha 21 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 manifiesta que, en todo momento, contó con el asesoramiento y protocolo recibido por parte de su servicio externalizado de prevención de riesgos laborales con la entidad CUALTIS, S.L.U. La reclamada aporta copia de las medidas e instrucciones emitidas por CUALTIS catalogadas como “Medidas Generales de Prevención COVID-19” y “Guía para la reanudación de la actividad. Exposición a Coronavirus [SARS-CoV-2]”, en el que, entre otras, aparecen en el apartado “Acceso al trabajo” las siguientes consideraciones [sic]:

“Es recomendable el control del personal a la entrada al centro, pudiendo descartar la entrada de cualquier persona sintomática. Para ello se pueden tomar distintas soluciones, que van desde la medición de la temperatura, con termómetro de no contacto o sistemas de monitorización de temperatura a distancia.”

“Establecer mecanismos de control en las entradas, que podrán ser, en función del tipo de servicio, control de temperatura, señalización de no acceder con síntomas de la enfermedad, control de acceso mediante personal, etc.”

- La parte reclamada aporta copia de cartel informativo en que su entidad expone que para el acceso a sus instalaciones se requiere el control de temperatura, que es obligatorio el uso de mascarilla en todo el recinto y que está prohibida la entrada con mascarilla provista de válvula exhaladora. La parte reclamada expresa que la colocación del mismo se encontraba en lugar visible y es inteligible.
- La reclamada aporta copia de instrucciones técnicas del que dice ser el modelo de termómetro de medición sin contacto por infrarrojos que usa para el control de acceso a sus instalaciones: “Termómetro Clínico BodyTemp478” de la marca CEM.

- La parte reclamada expresa haber atendido a estudiar la proporcionalidad de la medida de toma de temperatura para el acceso a sus instalaciones en referencia a la garantía y salvaguarda de los derechos y libertades de los interesados ante la situación epidemiológica de COVID-19.
- La parte reclamada informa haber valorado la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la toma de temperatura por diferentes medios y concluyó que la medición sin contacto por infrarrojos de la temperatura corporal de quienes acceden a sus instalaciones cumplía con dichos requisitos. La reclamada aporta copia de informe elaborado en fecha 09/06/2020 en que se presenta la citada medida como la menos intrusiva por cuanto no se registra dato alguno vinculado a la medida de la temperatura y se entendió que servía para los fines u objetivos propuestos de contención de la expansión de la COVID-19.
- La parte reclamada manifiesta que, en todo caso, analizó la base legitimadora y que ante la situación de epidemia de COVID-19, entre cuyos síntomas comunes señala a la fiebre (aunque también reconoce la existencia de asintomáticos), la entiende amparada en la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales* y *Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por COVID-19*.
- La parte reclamada aporta copia de un informe relativo a la eventual necesidad de realizar una evaluación de impacto relativa a la protección de datos por la toma de temperatura para el acceso a sus temperaturas. Dicho informe concluye que la forma en que se finalmente se realizó dicha toma no supuso tratamiento de datos personales y que no supondría alto riesgo para los derechos y libertades de las personas, en su caso.
- La parte reclamada cita el artículo 9.2.b 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)* para legitimar el posible tratamiento de datos personales que se hiciera en la toma de temperatura, cuestión que expresa estar aceptada para cámaras de videovigilancia, pero que ella opina no aplicar al no haber tratamiento de datos personales, según su versión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De acuerdo con los poderes de investigación y correctivos que el artículo 58 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento general de protección de datos, en adelante RGPD) otorga a cada autoridad de control, y según lo dispuesto 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), es competente para resolver estas actuaciones de investigación la Directora de la Agencia Española de Protección

de Datos.

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 especialmente 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 compa-*

tibles 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. 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 que acuden al Desguace, 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, Termómetro Clínico Body-Temp478, 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 Desguace. Se informa en todo momento de que se tomará la temperatura, así como de la obligatoriedad de llevar mascarillas; y con el objetivo de seguir recomendaciones frente a la pandemia de COVID-19 requeridas por su servicio ajeno de prevención de riesgos. 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 30 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