

Identificació de l'expedient

Resolució del procediment sancionador núm. PS 41/2022, referent a la Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya

Antecedents

1. En data 04/11/2021, va tenir entrada a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit d'una persona pel qual formulava denúncia contra la Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya (en endavant, FUOC) amb motiu d'un presumpte incompliment de la normativa de protecció de dades.

En concret, la persona denunciant exposava que des de la FUOC s'estaria emprant una eina de reconeixement facial per tal de comprovar la identitat dels i les estudiants durant la realització de proves d'avaluació a distància. Al respecte, exposava que el funcionament d'aquest sistema requereix, en primer lloc, que l'estudiant capturi una imatge del seu rostre, per tal que l'eina pugui comparar-la amb la seva fotografia de DNI, i verificar que és la persona qui diu ser. Així mateix, la fotografia també servia per comparar-la amb les imatges que es capturen mentrestant l'estudiant realitza la prova d'avaluació a distància, als efectes de verificar la identitat de l'alumnat. Tot seguit, la persona denunciant exposava que és obligatori el registre a l'eina de reconeixement facial per tal de poder realitzar les proves d'avaluació.

Per tal d'acreditar els fets denunciats, aportava diversa informació, d'entre la que destaca un correu electrònic que la FUOC li hauria enviat en data 04/11/2021, l'assumpte del qual es referia a "*Pruebas virtuales: haz el registro en la herramienta de reconocimiento facial*". Mitjançant el referit correu electrònic, s'informava a la persona denunciant que podia procedir a registrar-se a l'eina de reconeixement facial, per tal de poder validar la seva identitat "*mientras hagas las pruebas*". Igualment, se l'informava que "*la aplicación captará una serie de fotografías y las comparará con la fotografía del documento de identidad que nos hayas hecho llegar previamente para garantizar que eres tú. Estas imágenes se compararán con las que capturemos mientras hagas las pruebas finales. Por este motivo, este paso es imprescindible para poder hacer las pruebas finales*".

A aquesta denúncia se li va assignar el núm. IP 448/2021.

2. En dates 16/11/2021, 01/12/2021, 27/04/2021 i 02/05/2022, quatre persones més van presentar, respectivament, quatre escrits mitjançant els quals denunciaven aquests mateixos fets relacionats amb la utilització per part de la FUOC de l'eina de reconeixement facial en les proves d'avaluació.

A aquestes denúncies se'ls assignà els números següents: IP 469/2021, IP 489/2021, IP **150/2022** i IP 158/2022, respectivament.

3. L'Autoritat va obrir una fase d'informació prèvia, d'acord amb el que preveu l'article 7 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, i l'article 55.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (d'ara endavant, LPAC),

per determinar si els fets eren susceptibles de motivar la incoació d'un procediment sancionador.

4. En aquesta fase d'informació, en data 03/05/2022 l'Autoritat va requerir l'entitat denunciada perquè informés, entre d'altres qüestions, sobre la base jurídica que legitimaria l'ús d'un sistema de reconeixement facial per avaluar els estudiants, perquè argumentés la circumstància que habilitaria el tractament de categories especials de dades personals, perquè assenyalesi si s'oferia a l'alumnat la possibilitat de realitzar les proves a distància per mitjà d'un altre sistema alternatiu al reconeixement facial, i perquè indiqués quines conseqüències tindria l'alumnat que decidís no registrar-se a l'eina del reconeixement facial.

5. En data 16/05/2022, la FUOC va respondre el requeriment esmentat a través d'escrit en què exposava el següent:

- *“Les bases jurídiques que legitimen la implementació d'aquest tractament de dades personals són dues. Per una banda, l'execució del contracte (verificar la identitat de la persona que realitza la prova final d'avaluació – en endavant, “PAF”-) i, per l'altra, l'interès legítim en prevenir i detectar el frau acadèmic. El tractament consistent en la verificació de la identitat de les persones que fan la PAF és part essencial en el contracte de prestació de serveis acadèmics, formalitzat entre l'estudiant i la nostra universitat, és a dir, la matrícula. Per tant, la base jurídica que legitima la verificació de la presència de les parts del contracte (matrícula) en el moment essencial de la relació contractual, com és la verificació dels coneixements (prova final), és l'execució del contracte.*

- *El tractament consistent en la prevenció i detecció del frau es basa en l'interès legítim, d'acord amb el que s'estableix a les mateixes directrius 2/2019 del CEPD. La UOC va realitzar la corresponent ponderació de l'interès legítim i disposa de les evidències d'aquesta ponderació.*

- *La UOC no ha aplicat en aquest tractament de dades personals la base jurídica del consentiment ja que, segons doctrina del CEPD i de la pròpia APDcat, hi ha el risc de que el consentiment no es consideri lliurement prestat en aquest cas.*

- *Els ensenyaments que imparteix la Universitat són en modalitat docent virtual (no presencial) i que l'avaluació es realitza, amb caràcter general, de forma virtual, tot fent servir eines de verificació d'identitat en els casos d'avaluació mitjançant PAF. Aquesta informació arriba a l'estudiant abans de la frase pre-contractual, en el moment en el que recopila la informació sobre el programa formatiu que vol cursar i, per tant, quan adopta la decisió de realitzar-la, ja coneix el sistema de verificació, tant dels coneixements com de la identitat, que s'utilitzarà la Universitat (...). Per tant, l'estudiant és conscient i lliure a l'hora d'escollir una Universitat i uns estudis que s'ajustin a les seves necessitats”.*

La FUOC també assenyalaria que el sistema d'avaluació del procés d'aprenentatge dels estudiants de cada assignatura s'estableix semestralment en el pla docent corresponent, i argumentava que es limiten el nombre d'assignatures que s'avaluen mitjançant PAF i que, per tant, requeriran de verificació d'identitat. Així mateix, exposava que la manca d'identificació de la persona que es presenta a una PAF online en el marc del contracte de prestació de serveis acadèmics suposa que consti al seu expedient acadèmic la qualificació final de “No presentat”. I tot seguit, afegia:

- *A l'empara de l'establert a la Normativa de Drets i Deures de la UOC, que consta publicada a la Seu Electrònica de la Universitat, la Universitat també contempla*

supòsits en els que els estudiants amb necessitats especials, o bé, amb circumstàncies personals que, degudament acreditades, justificarien una adaptació curricular i la possibilitat de poder realitzar una PAF sense verificació de la seva identitat (...). Els supòsits que possibiliten la realització de les PAF adaptades són els que es contempen al document que s'adjunta com Annex 3.

- *La normativa interna de la Universitat també preveu la possibilitat que l'estudiant justifiqui la necessitat de fer la prova sense fer servir l'eina de reconeixement facial per a la verificació de la seva identitat. En tal cas, la verificació de la identitat de l'estudiant es fa de forma manual.*
- *La primera PAF online en la que es va emprar el sistema de reconeixement facial per a la realització de proves online va tenir lloc el dia 8 de gener de 2022 (...).*
- *D'un total de 75.024 d'estudiants matriculats en el primer semestre del curs acadèmic 2021-2022, només 31.501 estudiants han realitzat PAF amb autenticació d'identitat.*

L'entitat denunciada adjuntava a l'escrit documentació diversa. Entre aquesta informació, aportava la Normativa de Drets i Deures de la FUOC que contempla que resten exempts de la comprovació de la identitat a través de fotografies les següents persones: "a) persones cegues o amb discapacitat visual greu b) persones amb trastorns mentals c) persones amb problemes greus de mobilitat".

6. En data 14/06/2022, la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades va acordar iniciar un procediment sancionador contra la FUOC per una presumpta infracció prevista a l'article 83.5 a) en relació a l'article 5.1 a); tots ells del Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes (en endavant, RGPD). Aquest acord d'iniciació es va notificar a l'entitat imputada en data 16/06/2022.

7. En data 17/06/2022, la FUOC va presentar una sol·licitud d'ampliació del termini atorgat per a la presentació d'al·legacions a l'acord d'iniciació assenyalat a l'antecedent anterior.

8. En data 28/06/2022, la instructora del procediment va acordar l'ampliació del termini sol·licitat per la FUOC, a l'empara de l'article 32 de l'LPAC.

9. En data 08/07/2022 l'entitat imputada va formular al·legacions a l'acord d'iniciació, i aportava amb el seu escrit documentació diversa.

10. En data 13/10/2022 la FUOC va presentar un escrit mitjançant el qual ampliava les al·legacions formulades el 08/07/2022, aportant la documentació que es relaciona a continuació, la qual hauria estat adaptada com a conseqüència de la implementació del sistema de reconeixement facial en la realització de les proves d'avaluació final, i això "als efectes d'evidenciar que la FUOC actua amb la diligència deguda, com a garant dels drets acadèmics dels seus estudiants":

- *"Text del Formulari de matrícula actual.*
- *Text de les Condicions Generals de Contractació vigent.*
- *Text de la Normativa Acadèmica de la UOC vigent.*
- *Text de la Política de privacitat de la UOC vigent.*

- *Esquema de les principals accions de comunicació adreçades als i les estudiants en relació a les proves d'avaluació finals i l'ús de sistemes de reconeixement facial, i alguns exemples de dites comunicacions".*

11. En data 04/11/2022, la instructora d'aquest procediment va formular una proposta de resolució, per la qual proposava que la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades imposés a la FUOC una multa de 20.000 euros (vint-mil euros) com a responsable d'una infracció prevista a l'article 83.5.a) en relació amb els articles 5.1.a) i 9; tots ells de l'RGPD.

Aquesta proposta de resolució es va notificar en data 04/11/2022 i es concedia un termini de 10 dies per formular al·legacions.

12. En data 10/11/2022 la FUOC va presentar una sol·licitud d'ampliació del termini atorgat per a la presentació d'al·legacions a la proposta de resolució.

13. En data 11/11/2022, la instructora del procediment va acordar l'ampliació del termini sol·licitat per la FUOC.

14. En data 25/11/2022, l'entitat imputada va presentar un escrit d'al·legacions a la proposta de resolució, que s'aborden als fonaments de dret 2n i 5è d'aquesta resolució.

Fets provats

Des del 08/01/2022, data en què per primer cop la Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya va emprar el sistema de reconeixement facial per a la realització de proves online, i fins el 16/05/2022, s'han examinat un total de 31.501 estudiants utilitzant la citada eina als efectes de validar la seva identitat mentrestant realitzaven les proves d'avaluació a distància. Al respecte, cal assenyalar que la FUOC advertia els i les estudiants que el registre a l'eina de reconeixement facial era imprescindible als efectes de poder realitzar la prova d'avaluació i que, de no registrar-se, s'obtidria la qualificació final de "No presentat".

Fonaments de dret

1. Són d'aplicació a aquest procediment el que preveuen l'LPAC, i l'article 15 del Decret 278/1993, segons el que preveu la DT 2a de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades. De conformitat amb els articles 5 i 8 de la Llei 32/2010, la resolució del procediment sancionador correspon a la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades.

2. L'entitat imputada ha formulat al·legacions a la proposta de resolució, en què, en essència, reitera aquelles que va formular a l'acord d'iniciació, i que tot seguit s'analitzen.

2.1. Sobre la naturalesa de dades biomètriques i sobre les bases legítimadores del tractament.

En essència, la FUOC centra el primer punt de les seves al·legacions en argumentar que, d'una banda, les dades biomètriques que empra per a verificar la identitat dels estudiants, en el marc de les proves d'avaluació final, no són categories especials de dades, i d'altra

banda, que les bases jurídiques que legitimen l'ús de les dades biomètriques són l'execució d'un contracte – la matrícula universitària – i l'interès legítim.

2.1.1. Sobre el caràcter de categoria especial de les dades biomètriques emprades per a la verificació de la identitat de l'alumnat en el marc de les proves d'avaluació.

Als efectes d'analitzar i interpretar l'article 9 RGPD, en relació amb l'article 4.1.14 RGPD, tot seguit es reproduïx el contingut d'aquests preceptes.

Article 4 *Definiciones*

1.14) «datos biométricos»: *datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos;*

Article 9 *Tratamiento de categorías especiales de datos personales*

1. *Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.*

2. *El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes:*

- a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;*
- b) 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;*
- c) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento;*
- d) el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados;*
- e) el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos;*

- f) el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial;*
- g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado;*
- h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3;*
- i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional,*
- j) el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.*
- 3. Los datos personales a que se refiere el apartado 1 podrán tratarse a los fines citados en el apartado 2, letra h), cuando su tratamiento sea realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional, o bajo su responsabilidad, de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o con las normas establecidas por los organismos nacionales competentes, o por cualquier otra persona sujeta también a la obligación de secreto de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o de las normas establecidas por los organismos nacionales competentes.*
- 4. Los Estados miembros podrán mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud.*

Com s'ha avançat, en el seu escrit d'al·legacions a la proposta, l'entitat imputada reitera l'argumentació recollida en les al·legacions a l'acord d'iniciació d'aquest procediment, defensant l'existència de dues tipologies de dades biomètriques. D'una banda, aquelles que s'adrecen a identificar de manera unívoca a una persona i, d'altra banda, aquelles que no tenen la consideració de dades especialment protegides – com ara la veu o una fotografia – que s'adrecen a autenticar la identitat d'un individu. Al respecte, la FUOC sosté que el tractament de dades personals per mitjà del reconeixement facial, en la mesura que verifica la identitat de l'alumnat, i no s'adreça a identificar-lo unívocament, no constitueix un tractament de categories especials de dades. En aquesta línia, l'entitat imputada defensa que la diferenciació entre les dues tipologies de dades biomètriques es fonamenta en criteris ajustats a Dret i compartits pel Comitè Europeu de Protecció de Dades, pel Dictamen 3/2012 emès pel Grup de Treball de l'article 29, i per l'Informe 0036/2020 de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades Personals (en endavant, AEPD), entre altres.

En relació amb l'anterior, a la proposta de resolució s'argumentava que, el Dictamen 3/2012 emès pel Grup de Treball de l'article 29, és anterior a l'entrada en vigor de l'RGPD i, per tant, es duu a terme en un context en el què el concepte de dada biomètrica no s'encabeix dins la consideració de categoria especial de dades, fet que, en l'actualitat, no resultaria, en cap cas admissible, a la llum de la definició de dada biomètrica, prevista a l'article 4.14 RGPD. I, al respecte, la FUOC, en el seu escrit d'al·legacions a la proposta de resolució, defensa el següent:

“El fet de que aquest datí de l'any 2012 (efectivament, abans de l'entrada en vigor del RGPD) no invalida, ni contradiu les seves consideracions. Prova d'això, és que aquest Dictamen va ser pres en consideració per l'Agencia Española de Protección de Datos al seu Informe 0036/2020.

Així mateix, existeixen pronunciaments posteriors a l'entrada en vigor del RGPD que sustenten la mateixa interpretació.

Posem d'especial atenció en aquests:

- *Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. S'identifica clarament la categoria especial de la dada en cas que estigui adreçada a la identificació unívoca. Preàmbul: Apartat IV (...) Los datos biométricos (como las huellas dactilares o la imagen facial) sólo se consideran incluidos en esta categoría especial cuando su tratamiento está dirigido a identificar de manera unívoca a una persona física. (...) Artículo 13. Tratamiento de categorías especiales de datos personales. (...)*
- *Directrices 3/2019 sobre el tratamiento de datos personales mediante dispositivos de vídeo, del CEPD. Versión 2.0 Adoptadas el 29 de enero de 2020: s'aborda especialment la diferència entre si les dades les han tractat tècnicament de forma específica per contribuir a la identificació unívoca d'una persona (...)*
- *Directrices 2/2021 sobre los asistentes de voz virtuales del CEPD, versión 2.0 Adoptadas el 7 de julio de 2021. (...)*

Per tot l'exposat, el criteri consistent en distingir la identificació de l'autenticació, mencionat al Dictamen 3/2012, continua essent plenament vàlid, amb independència de l'entrada en vigor de l'RGPD, existint una voluntat legislativa de fer aquesta distinció”

En relació amb l'anterior, la FUOC argumenta que, sostenir que la seva interpretació no és vàlida, genera indefensió jurídica fruit de la discrepància o manca de criteri unitari entre diferents autoritats de control i que “requeriria de les accions necessàries per a la unificació de criteris i l'obtenció d'un pronunciament únic i coherent”.

Respecte d'això, cal reiterar aquí el que la instructora va argumentar a la proposta de resolució, posant de manifest que, a tenor de l'article 9.1 de l'RGPD, **es prohibeix el tractament de les dades biomètriques dirigides a identificar o autenticar una persona**, tret que concorri alguna de les excepcions previstes a l'apartat 2 del mateix precepte. També cal citar el Considerant 51 de l'RGPD, que especifica que “(...) el tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales, pues únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos

biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física. (...)”

Aquesta Autoritat no pot compartir la interpretació de l'entitat imputada, que sosté que la verificació o autenticació d'una persona per mitjà del reconeixement facial no constitueix una dada biomètrica de categoria especial, en els termes establerts per l'article 9 RGPD. El criteri d'aquesta Autoritat, plasmat al seu Dictamen CNS 21/2020, és clar quan sosté que l'article 9 de l'RGPD, quan es refereix a la identificació unívoca d'una persona, inclou els conceptes “d'autenticació o verificació”, ja que tant l'autenticació com la verificació permeten la identificació única d'una persona. En termes literals, l'esmentat Dictamen argumenta el següent:

“(...) no semblaria convenient excloure una part de les dades biomètriques (aquelles que se sotmeten a un tractament tècnic específic amb la finalitat de verificar la identitat d'una persona) de la protecció reforçada que l'RGPD reconeix a aquelles dades personals que per la seva naturalesa i el context en què es tracten, esdevenen particularment sensibles, en atenció a les conseqüències que, per a les persones afectades, poden derivar-se del seu tractament, la qual cosa tindria lloc si no se les reconegués com a categoria especial de dades.

No es pot obviar que la identificació i l'autenticació, tot i respondre a objectius diferents són conceptes estretament vinculats entre si.

Amb la identificació es pretén determinar la identitat (reconèixer) d'una persona (¿qui ets?) a partir, en aquest cas, de les seves característiques físiques, fisiològiques o conductuals. Amb l'autenticació es pretén emprar aquestes dades per confirmar o desmentir la identitat d'aquesta persona (¿ets qui dius ser?) i aquesta actuació implicaria, en tot cas, haver identificat abans aquesta persona.

Quan es fa una autenticació, per exemple quan s'identifica una persona mitjançant l'empremta en entrar a la feina, en alguns casos comporta una identificació un a un (per exemple, si paral·lelament s'empra una tarja de marcatge o un codi per identificar-se) o pot operar com un sistema de correspondència un a varis (per exemple si l'empremta del treballador que accedeix al lloc de treball es compara amb la de tots els treballadors de l'empresa per acabar determinant qui és el treballador que ha accedit).

Cal interpretar que, quan l'RGPD es refereix a la identificació unívoca d'una persona física a l'article 9.1, també està fent referència a l'autenticació de la identitat d'aquesta persona (“confirmar”).

Respecte el fet que altres autoritats – com ara, l'Agència Espanyola de Protecció de Dades – hagin defensat l'existència de dues tipologies de dades biomètriques, no condiciona el criteri d'aquesta Autoritat, ni el sentit de la present resolució, en la mesura que no resta subjecta als criteris interpretatius d'altres autoritats de control, respecte les quals no existeix una relació de subordinació.

En relació amb l'anterior, la FUOC argüeix que la manca “de criteri unitari entre diferents Autoritats de Control”, genera indefensió, i ha assenyalat que s'haurien de dur a terme les accions necessàries per a la **unificació de criteris**.

Tanmateix, al respecte, l'entitat imputada no pot desconèixer que, l'Informe 0036/2021 de l'AEPD, invocat en els seus escrits d'al·legacions i que, segons diu, recull el criteri del Grup de l'article 29, **tot i sostenir l'existència de dues categories de dades biomètriques, és clar**

quan conclou que, en els processos de reconeixement facial emprats per a la realització d'avaluacions on-line, el tractament de dades biomètriques es duu a terme amb la finalitat d'identificar unívocament a una persona i constitueix, per tant, un tractament que s'encabeix dins les prohibicions de l'article 9.1 RGPD.

2.1.2. Sobre les bases jurídiques que legitimen el tractament de les dades biomètriques controvertit.

En el seu escrit d'al·legacions a la proposta, l'entitat imputada dona per reproduïts els arguments jurídics recollits als diferents escrits presentats davant l'Autoritat, en el marc del present procediment, i reitera que, les bases que legitimen el tractament són l'execució d'un contracte – a fi i efecte de “*verificar la identitat de la persona que realitza la prova final d'avaluació – en endavant, “PAF”-*” i l'interès legítim -per “*prevenir el frau acadèmic*”-, previstes, respectivament, a l'article 6.1 apartats b) i f) de l'RGPD.

D'acord amb el principi de licitud, consagrat a l'article 5.1 a) de l'RGPD, les dades personals han de ser tractades “*de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado*”. Així doncs, per tal que un tractament de dades de categoria especial – com és el cas – sigui lícit, cal que concorri una de les bases jurídiques de l'article 6.1 de l'RGPD, que habiliten el tractament de dades personals, així com alguna de les excepcions previstes per l'article 9.2 de l'RGPD, que permetin aixecar la prohibició general de l'article 9.1 de l'RGPD.

En primer terme cal evidenciar que l'entitat imputada parteix de la premissa que les dades biomètriques controvertides no tenen la condició de categoria especial de dades, motiu pel qual no ha invocat en els seus escrits d'al·legacions cap de les excepcions previstes a l'article 9.2 RGPD. En tot cas, no s'observa que pugui ser d'aplicació cap de les excepcions que recull el referit article. Tanmateix, no resulta sobrer reproduir aquí l'anàlisi efectuat a la proposta sobre les dues excepcions que, amb base a les bases jurídiques del tractament invocades per la FUOC, podrien tenir-hi certa relació, com seria el consentiment explícit prestat per la persona afectada, i la concurrència d'un interès públic essencial (article 9.2 lletres a/ i g/ RGPD, respectivament).

Pel que fa al consentiment, la mateixa FUOC va reconèixer – i així ho va manifestar expressament en el marc de la informació prèvia que precedí aquest procediment-, no haver basat el tractament controvertit en el consentiment, atès que aquest podria no ser lliure, i incomplir així un dels requisits que, entre d'altres, ha de reunir el consentiment, per considerar-se vàlidament prestat (art. 4.11, en connexió amb els considerants 32 i 42 RGPD).

Aquesta Autoritat comparteix el criteri de l'entitat imputada que impedeix considerar que els i les estudiants puguin consentir lliurement el tractament de dades controvertit tota vegada que, si no accepten sotmetre's a l'eina del reconeixement facial, obtenen la qualificació de “No presentat” i, per tant, no disposen d'altra alternativa per realitzar les proves d'avaluació final (llevat d'alguna excepció molt puntual – antecedent 5è in fine). I a l'anterior cal afegir que el consentiment prestat en el cas que aquí es tracta podria no reunir d'altres condicions que preveu la normativa, com ara que sigui explícit.

Així mateix, sobre la presumpta existència d'un interès públic essencial – art. 9.1.g) RGPD –, i en línia amb el Dictamen 17/2020 d'aquesta Autoritat, cal assenyalar que, quan el

Considerant 41 de l'RGPD precisa que quan el Reglament fa referència a una base jurídica, no exigeix necessàriament que aquesta es tracti d'un acte legislatiu adoptat per un Parlament, però estableix que s'haurà d'estar als requisits que l'ordenament constitucional de l'Estat membre contempli. I, al respecte, cal posar de manifest que, d'acord amb l'ordenament jurídic espanyol, la norma que estableixi el tractament de dades personals haurà de tenir rang de llei, en compliment de l'article 53 CE, en la mesura que comporta la limitació d'un dret fonamental, tal i com ha reconegut la jurisprudència constitucional recollida al Dictamen 17/2020 d'aquesta Autoritat (SSTC 292/2000, SSTC 76/2019, STJUE 08.04.2014, Digital Rights Ireland, entre altres).

D'acord amb l'exposat, atès que en l'actualitat no es disposa d'una norma amb rang de llei que habiliti a les universitats i altres centres docents pel tractament de dades biomètriques per aquesta finalitat (avaluacions on-line), i donat que tampoc concorre cap altra de les excepcions de l'article 9.2 RGPD, que pugui aixecar la prohibició de l'article 9.1 RGPD, escau descartar l'existència d'una base jurídica que legítimi el tractament de dades denunciats.

Atès l'anterior, resultaria innecessari abordar les bases jurídiques invocades per l'entitat previstes a l'article 6 de l'RGPD. Malgrat això, es fa a continuació una breu anàlisi al respecte.

L'article 6.1 RGPD estableix que el tractament serà lícit si almenys es compleix una de les següents condicions:

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;*
- b) 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;*
- c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento*
- d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;*
- e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;*
- f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones"*

Com s'ha avançat, la FUOC considera que el sistema del reconeixement facial és necessari per a l'execució del contracte de prestació dels serveis d'educació superior no presencial, subscrit entre la Universitat imputada i l'estudiant, d'acord amb l'article 6.1 b) RGPD, i argumenta:

"La UOC presta un servei públic d'educació que es centra en la realització d'estudis de qualitat no presencials. La metodologia formativa de la UOC està basada al 100% en el

canal en línia, de manera que l'avaluació en línia es converteix en una part essencial de la relació entre l'estudiant i la Universitat (...).

La justificació del contracte és la formalització de la matrícula per part de l'estudiant per tal de poder cursar els estudis corresponents. Per tant, la seva essència radica en possibilitar la prestació dels serveis acadèmics d'educació superior no presencials requerits per l'estudiant, amb les avantatges i trets diferencials que ofereix una Universitat no presencial com la UOC (...).

El contracte de matrícula té com a elements essencials:

- I. La voluntat de l'estudiant d'obtenir uns serveis de formació no presencial havent triat de formar informada una metodologia educativa específica sobre la resta d'oferta formativa del mercat*
- II. El consentiment lliure, voluntari i informat que atorga l'estudiant al subscriure el contracte mitjançant la formalització de la corresponent matrícula; i,*
- III. L'objecte del contracte que es subscriu, la prestació dels serveis acadèmics d'educació superior no presencial, d'acord amb una metodologia didàctica pròpia dirigida a respondre a les necessitats educatives de persones que es formen al llarg de la vida, segons allò indicat a les Condicions Generals de Contractació acceptades per l'estudiant (...)*

L'estudiant, quan es matricula a la UOC, espera rebre un servei educatiu de qualitat amb les avantatges i flexibilitat d'una Universitat no presencial i amb totes les garanties de qualitat docent que exigeix l'ensenyament universitari, tot prevenint, detectant i combatent les conductes irregulars derivades d'una educació en aquesta modalitat, com poden ser, entre d'altres, la còpia, el plagi o la suplantació d'identitat (...) L'estudiant té dret a ser avaluat dels seus coneixements i competències d'una forma justa i objectiva, de conformitat amb els principis de neutralitat, objectivitat, no discriminació i igualtat d'oportunitats, de manera que si la UOC no fes tot el possible per evitar el frau acadèmic en els processos de verificació dels coneixements i, permetés que alguns estudiants superessin unes proves finals d'avaluació fent servir mitjans il·lícits o fraudulents, estaria frustrant les expectatives acadèmiques dels estudiants que fan l'esforç d'estudiar i esperen que els altres tinguin el mateix comportament, i podria incórrer en un incompliment de contracte."

Així mateix, la FUOC també sosté que els i les estudiants que decideixen cursar els estudis en aquesta Universitat són coneixedors que l'educació que imparteix la Universitat és en modalitat docent virtual, i no presencial, "tot fent servir eines de verificació d'identitat en els casos d'avaluació mitjançant proves d'avaluació finals". I afegeix que, abans de formalitzar el contracte amb el futur estudiant, s'ofereix informació relativa a les condicions de prestació del servei acadèmic de caràcter docent, entre les quals s'hi inclou la relativa a la verificació, tant dels coneixements com de la identitat, i que, per tant, l'estudiant "(...) té l'opció de rebutjar aquest tractament de les dades – necessari per l'execució del contracte amb la FUOC -, matriculant-se en un altre centre docent".

D'acord amb l'anterior, l'entitat imputada conclou que les dades identificatives de l'estudiant constitueixen part essencial del procés de matriculació i d'avaluació, per tal d'assegurar que l'individu que s'està examinant és la mateixa persona que la que es va matricular per aquells estudis concrets. I sobre el consentiment de l'estudiant, addueix que "s'ha d'entendre que la subscripció d'un contracte, amb les característiques del procés de matrícula de la UOC,

porta implícit un consentiment exprés i informat de l'ús de la tecnologia de reconeixement facial per part dels estudiants, ja que s'inclou al concurs de l'oferta, com exigeix l'article 1262 del Codi Civil (...).

Doncs bé, aquesta Autoritat no qüestiona que el reconeixement facial pugui ser una eina idònia per tal d'assegurar que l'individu que s'examina és la mateixa persona que la que es va matricular per uns estudis concrets. Tanmateix, als efectes de valorar si l'adopció de la mesura és proporcional, tenint en compte l'objecte del contracte celebrat amb l'estudiant, no és sobrer assenyalar que, la STC 207/1993 disposava que, per tal de comprovar si una mesura és restrictiva d'un dret fonamental, ha de superar el judici de proporcional, definit en els següents termes: "*es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)»*".

D'acord amb això, escau afirmar que, **si bé el sistema de reconeixement facial pot ésser una eina eficaç per controlar i prevenir el frau acadèmic, el cert és que aquest sistema no compleix amb el principi de licitud del tractament que imposa la normativa de protecció de dades,** i que existeixen altres mesures lícites menys intrusives i igualment idònies per a la prevenció del frau acadèmic, tota vegada que, d'acord amb les afirmacions de la FUOC, dels 75.024 estudiants matriculats el primer semestre del curs acadèmic 2021-2022, només 31.501 es van sotmetre a l'eina del reconeixement facial – antecedent 5è-, i el sistema de reconeixement facial es va començar a emprar en data 08/01/2022.

En aquesta línia, el Dictamen 6/2014, del Grup 29, argumenta que, per tal de valorar la "necessitat" del tractament, cal tenir en consideració si es disposa d'altres mitjans menys invasius que serveixin per a la mateixa finalitat, així com determinar si el contracte es pot executar sense aquest concret tractament (Dictamen 6/2014 del Grup 29). I, tal i com s'ha vist, en el present cas, l'entitat imputada podia emprar altres mitjans per avaluar l'alumnat, com venia fent fins que va posar en marxa l'eina del reconeixement facial.

A més, atès que la implementació de la tecnologia de reconeixement facial s'emmarca en un context caracteritzat per l'absència d'una norma amb rang de llei que estableixi els requisits de licitud d'aquest tipus de tractament, no és plausible afirmar la mesura adoptada per la FUOC – l'ús del sistema del reconeixement facial – superi el judici de proporcionalitat, en el sentit que de seva implementació se'n deriven més beneficis que perjudicis per a l'interès general.

La FUOC invoca també, com a base legitimadora de la realització de proves d'avaluació final mitjançant un sistema de reconeixement facial, l'interès legítim de la Universitat de prevenir la suplantació d'identitat i el frau dels estudiants en el procés d'avaluació -en línia amb el considerant 47 de l'RGPD-, així com l'interès legítim de tots els estudiants de ser avaluats en igualtat de condicions, prevenint el frau acadèmic.

L'article 6.1 f) de l'RGPD determina que el tractament serà lícit si aquest és "*necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por*

un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones”.

En relació amb aquest precepte, el considerant 47 de l'RGPD estableix: *“El interés legítimo de un responsable del tratamiento, incluso el de un responsable al que se puedan comunicar datos personales, o de un tercero, puede constituir una base jurídica para el tratamiento, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable. Tal interés legítimo podría darse, por ejemplo, cuando existe una relación pertinente y apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones en las que el interesado es cliente o está al servicio del responsable. En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación metódica, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin. En particular, los intereses y los derechos fundamentales del interesado podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior. Dado que corresponde al legislador establecer por ley la base jurídica para el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades públicas, esta base jurídica no debe aplicarse al tratamiento efectuado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones. El tratamiento de datos de carácter personal estrictamente necesario para la prevención del fraude constituye también un interés legítimo del responsable del tratamiento de que se trate. El tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo.”*

Al respecte, el Dictamen 06/14, del Grup de l'article 29, recull diversos elements que poden tenir-se en consideració per tal de fer la ponderació que requereix l'article 6.1 f) RGPD. Entre d'altres, el referit dictamen al·ludeix a la naturalesa de les dades, i a l'impacte que el tractament pot tenir sobre els drets de les persones interessades. I, com s'ha dit, escau concloure que, donada la naturalesa de les dades, la intromissió a la vida privada, així com l'afectació al dret a la protecció de dades de l'alumnat que s'ha de registrar a l'eina del reconeixement facial, procedeix descartar la concurrència de la base legitimadora de l'article 6.1.f) RGPD.

D'altra banda, evidenciar que el Considerant 47 RGPD preveu que el tractament de dades de caràcter personal ha de ser *“estrictament necessari”* per a la prevenció del frau, als efectes de constituir un interès legítim del responsable del tractament. Tanmateix, com ja s'ha argumentat, difícilment pot sostenir-se que el reconeixement facial és estrictament necessari per a controlar la suplantació d'identitat de l'alumnat, quan existeixen altres fórmules que condueixen al mateix resultat.

2.2. Alternativa al tractament de dades biomètriques per a la verificació de la identitat de l'alumnat

A la proposta de resolució la instructora proposava instar la FUOC perquè *“adopti mesures que assegurin que els i les estudiants que han de realitzar aquestes proves d'avaluació*

puguin optar lliurement i voluntàriament entre realitzar les proves per mitjà de l'eina del reconeixement facial, o per mitjà de qualsevol altre sistema alternatiu que no els resulti especialment gravós i que respecti la legislació vigent en matèria de protecció de dades. En aquest sentit, als efectes de considerar que els i les estudiants han prestat el seu consentiment explícit per sotmetre's a l'eina del reconeixement facial, se'ls haurà d'informar de manera clara que la tria del sistema d'avaluació no comportarà cap discriminació ni incidirà de cap manera en la seva avaluació”.

Doncs bé, en relació amb aquest punt, la FUOC en el seu escrit d'al·legacions a la proposta de resolució, suggereix dues alternatives als efectes de corregir la infracció, que seran analitzades al fonament de dret 5è d'aquesta resolució.

2.3. En relació amb la presumpta manca de perjudicis a les persones interessades

L'entitat imputada reitera els arguments recollits als escrits presentats prèviament davant l'Autoritat, quan sosté que l'ús del sistema de reconeixement facial no ha produït cap perjudici als estudiants matriculats als estudis que requerien aquest sistema d'avaluació ja que, en tot moment, l'alumnat és conscient de l'ús que la Universitat farà de les seves dades personals. Igualment, manifesta que es tracta d'un tractament “transparent, informat i documentat” i que s'ofereix als estudiants la possibilitat d'exercir qualsevol dels drets previstos a la normativa de protecció de dades personals, així com de contactar amb la delegada de protecció de dades personals.

En relació amb l'anterior, aquesta Autoritat no comparteix els arguments de l'entitat imputada ja que no es pot afirmar de manera fefaent la manca de perjudicis als i les estudiants als qui s'ha sotmès a un sistema de reconeixement facial. Sobre això, escau tenir present que, alguns estudiants han denunciat davant d'aquesta Autoritat el tractament controvertit, així com el fet que la FUOC no ofereix la possibilitat d'avaluar l'alumnat per mitjà d'un sistema alternatiu al reconeixement facial, que sigui conforme a l'RGPD i a l'LOPDGDD. I, en relació amb l'anterior, cal afegir la conseqüència de no consentir el referit tractament, que s'ha associat a l'obtenció de la qualificació de “No presentat”.

En tot cas, escau assenyalar que, l'existència o la manca de perjudicis no és un element exigít pel tipus infractor aplicat, per considerar comesa la infracció.

2.4. En relació amb la presumpta absència de culpabilitat

L'entitat imputada posa de manifest la manca d'intencionalitat i de culpabilitat, en relació amb els fets que són objecte d'aquest procediment. Així mateix, en relació amb el principi de culpabilitat, invoca la sentència número 76/1990, de 26 d'abril, del Tribunal Constitucional, d'acord amb la qual, el principi i garanties presents en l'àmbit del Dret Penal són aplicables, amb certs matisos, a l'exercici de qualsevol potestat sancionadora de l'Administració Pública.

Així mateix, la FUOC també cita la sentència de 10 de febrer de 1986 del Tribunal Suprem que estableix el següent:

“el ejercicio de la potestad punitiva, en cualquiera de sus manifestaciones, debe acomodarse a los principios y preceptos constitucionales que presiden el ordenamiento

jurídico penal en su conjunto, y, sea cual sea, el ámbito en el que se mueva la potestad punitiva del Estado, la Jurisdicción, o el campo en que se produzca, viene sujeta a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de las penas y sanciones, por lo que, las infracciones administrativas, para ser susceptibles de sanción o pena, deben ser típicas, es decir, previstas como tales por norma jurídica anterior, antijurídicas, esto es, lesivas de un bien jurídico previsto por el Ordenamiento, y culpable, atribuible a un autor a título de dolo o culpa, para asegurar en su valoración el equilibrio entre el interés público y la garantía de las personas que es lo que constituye la clave del Estado de Derecho”.

En darrer terme, en el seu escrit d'al·legacions a la proposta de resolució, la FUOC conclou que, *“considerant que el tractament de dades objecte d'aquest procediment ha esta ajustat a Dret, fonamentat en bases de legitimació no discutides per aquesta Autoritat i havent incorporat propostes de mecanismes de verificació d'identitat alternatius als interessats que no desitgin ser objecte de l'esmentat tractament, procedeix estimar l'absència total de culpabilitat”.*

Al respecte, en primer lloc, escau posar de manifest que, en contra del que argumenta la FUOC, aquesta Autoritat sí que ha discrepat sobre les bases jurídiques invocades per l'entitat i que, al seu parer, legitimaven el tractament de les dades biomètriques (apartat 2 del fonament de dret 2n d'aquesta resolució).

D'altra banda, la concurrència de l'element culpabilístic, és a dir, la necessitat que existeixi dol o culpa en l'acció punitiva, és plenament aplicable al dret administratiu sancionador, d'acord amb el que preveu l'article 28 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic. Aquesta necessitat de culpa com a element constitutiu de la infracció administrativa, ha estat expressament reconeguda pel Tribunal Constitucional, en la sentència 76/1990, invocada per la FUOC.

Dit això, escau afirmar que, la implantació d'un sistema de reconeixement facial, als efectes d'avaluar els coneixements dels estudiants, no és una conducta que obeeixi a un descuit involuntari sinó que la FUOC va dur a terme el controvertit tractament volgudament i conscientment. En conseqüència, el fet que actués amb el convenciment que s'ajustava a les previsions de la normativa de protecció de dades vigent, no té encaix en un supòsit de manca de culpabilitat, que permeti exonerar-la de responsabilitat.

3. En relació amb els fets descrits a l'apartat de fets provats, relatius a l'ús del sistema de reconeixement facial per a la realització de proves d'avaluació final, cal acudir a l'article 5.1 a) de l'RGPD, que preveu que les dades personals seran *“tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado (“licitud, lealtad y transparencia”)*.

En aquest sentit, l'RGPD disposa que tot tractament de dades personals ha de ser lícit (article 5.1 a) i, en relació amb això, estableix un sistema de legitimació del tractament de dades que es fonamenta en la necessitat de que concorri alguna de les bases jurídiques establertes al seu article 6.1, transcrit amb anterioritat.

Per la seva banda, l'article 9.1 de l'RGPD, també transcrit, disposa la prohibició de tractar categories especials de dades personals (entre elles, els dades biomètriques dirigides a identificar de manera unívoca una persona física), no concurrent en el cas present cap de les excepcions previstes en l'apartat 2 del dit precepte, que aixecaria tal prohibició.

Durant la tramitació d'aquest procediment s'ha acreditat degudament el fet descrit a l'apartat de fets provats, que és constitutiu de la infracció prevista a l'article 83.5.a) l'RGPD, que tipifica la vulneració de *“los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5,6, 7 y 9”*, entre els quals s'hi troba el principi de licitud (article 5.1 a) en relació amb l'article 9 RGPD.

La conducta que aquí s'aborda s'ha recollit com a infracció molt greu a l'article 72.1.e) de l'LOPDGDD, en la forma següent:

“e) El tractament de dades personals de les categories a què es refereix l'article 9 del Reglament (UE) 2016/679, sense que es doni alguna de les circumstàncies que preveu el precepte esmentat i l'article 9 d'aquesta Llei orgànica”

4. En no encabar-se la FUOC en cap dels subjectes previstos a l'article 77.1 de l'LOPDGDD, resulta d'aplicació el règim sancionador general previst a l'article 83 de l'RGPD.

L'article 83.5 de l'RGPD preveu per a les infraccions allà previstes, se sancionin amb una multa administrativa de 20.000.000 d'euros com a màxim, o tractant-se d'una empresa, d'una quantia equivalent al 4% com a màxim del volum de negoci total anual global de l'exercici financer anterior, optant-se per la de major quantia.

Dit això, correspon determinar la quantia de la multa administrativa que escau imposar. Segons el que estableix l'article 83.2 de l'RGPD, i també de conformitat amb el principi de proporcionalitat consagrat a l'article 29 de la Llei 40/2015, tal com indicava la persona instructora en la proposta de resolució, escau imposar la sanció de 20.000 euros (vint mil euros). Aquesta quantificació de la multa es basa en la ponderació entre els criteris agreujants i atenuants que a continuació s'indiquen.

Com a criteris atenuants, s'observa la concurrència de les causes següents:

- La realització d'una avaluació d'impacte per part de la FUOC en relació amb els tractaments controvertits (83.2.k RGPD)
- La manca de beneficis obtinguts com a conseqüència de la infracció (art. 83.2.k RGPD i art. 76.2.c LOPDGDD)

Per contra, com a criteris agreujants, cal tenir en compte els següents elements:

- La naturalesa, gravetat i duració de la infracció, així com el nombre de persones afectades (art. 83.2 a RGPD). Dels fets imputats se'n desprèn que, com a mínim, a data 04/11/2022, 31.501 estudiants han estat sotmesos al sistema de reconeixement facial per a ser avaluats, i que les dades que s'han recollit d'aquestes persones entren dins la qualificació de categories especials, d'acord amb l'article 9.1 RGPD.
- La vinculació de l'activitat de l'infractor amb la pràctica de tractaments de dades personals (art. 83.2 b RGPD). En la mesura que l'entitat imputada és una Universitat, escau afirmar que existeix una estreta vinculació entre la seva activitat educativa i el tractament d'un nombre considerable de dades personals – no només d'estudiants de grau o postgraus, sinó que també d'investigadors i investigadores, i altre personal que pugui prestar els seus serveis a l'entitat –.

- Les categories de dades de caràcter personal afectades per la infracció (art. 83.2 g RGPD)
- Les sancions imposades per aquesta Autoritat a l'entitat imputada per la infracció de la legislació en matèria de protecció de dades, anterior als fets imputats (art. 83.2 e RGPD) – procediments sancionadors núm. PS 40/2014, PS 29/2017, i PS 27/2021.
- El caràcter continuat de la infracció (art. 76.2 b LOPDGDD)

En darrer terme, escau assenyalar que l'entitat imputada, en el seu escrit d'al·legacions a la proposta de resolució, demana la reducció de la quantitat de la multa proposada per la instructora del procediment. En termes literals, l'entitat imputada manifesta el següent:

“Que, en el cas de que aquesta Autoritat consideri que ha de sancionar a la FUOC, prengui en consideració les mesures proposades, aplicant la sanció en la primera meitat de la part inferior”.

Tanmateix, ni l'RGPD, ni l'LOPDGDD, contempen com a atenuant el fet que, en el marc d'un procediment sancionador, l'entitat imputada proposi l'adopció de determinades mesures correctores per tal d'evitar que es continuï vulnerant la normativa de protecció de dades, de fet, l'obligació de tot responsable del tractament és evitar vulnerar la dita normativa. El compliment d'una obligació no pot, per tant, considerar-se un atenuant, motiu pel qual escau descartar l'aplicació de la reducció demanada per la FUOC.

5. Davant la constatació de les infraccions previstes a l'art. 83 de l'RGPD en relació amb fitxers o tractaments de titularitat privada, l'article 21.3 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, faculta la directora de l'Autoritat perquè la resolució que declara la infracció estableixi les mesures escaients perquè cessin o se'n corregeixin els efectes.

La persona instructora d'aquest procediment proposava requerir la FUOC perquè adoptés mesures que assegurin que l'alumnat pugui optar lliurement i voluntàriament entre realitzar les proves per mitjà de l'eina del reconeixement facial, o per mitjà de qualsevol altre sistema alternatiu que no els resulti especialment gravós i que respecti la normativa vigent en matèria de protecció de dades. Així doncs, als efectes de considerar que l'alumnat ha prestat el seu consentiment explícit per sotmetre's a l'eina del reconeixement facial, la proposta de resolució argumentava que la FUOC havia d'informar de manera clara que la tria del sistema d'avaluació no comportarà cap discriminació ni incidirà de cap manera en la seva avaluació.

Al respecte, l'entitat imputada, en les al·legacions a la proposta de resolució, suggereix, a banda de facilitar a l'alumnat la informació precontractual que consta tant a les condicions generals de contractació, com a la normativa acadèmica i a la política de privacitat, *“reforçar encara més aquesta informació precontractual mitjançant la incorporació en el procés de formalització de la matrícula d'un avís específic relatiu al tractament de dades biomètriques amb la finalitat de verificar la identitat dels estudiants durant el procés d'avaluació final com a element necessari de la contractació, així com la impossibilitat de continuar amb la seva formalització en cas de desacord. És a dir, un potencial estudiant que estigui en desacord amb les metodologies emprades per la FUOC pot lliurement i de manera informada, decidir no matricular-s'hi en virtut de l'exercici del seu dret d'elecció de centre universitari.”*

La FUOC explica que aquesta alternativa comprèn les següents actuacions:

- (i) *“Reforçar la comunicació prèvia al procés de matrícula. Incloure la informació relativa als mètodes d’identificació que utilitza la FUOC en fase precontractual, inclòs material publicitari dels serveis oferts per la Universitat.*
- (ii) *Reforçar la comunicació durant el procés de matrícula. Incorporació en el procés de formalització de la matrícula d’un avís específic relatiu al tractament de dades biomètriques amb la finalitat de verificar la identitat dels estudiants durant el procés d’avaluació final com a element necessari de la contractació. A títol d’exemple, l’avís informatiu podria tenir el literal següent: “Escollir la UOC com a universitat per iniciar o continuar els teus ensenyaments universitaris i, per tant, matricular-te en aquesta Universitat, implica que, en les assignatures a les que hi hagi prova d’avaluació, s’utilitzaran eines de reconeixement facial amb tècniques biomètriques per tal d’evitar la suplantació d’identitat i el frau acadèmic. En cas de no estar d’acord, no serà possible continuar amb el procés de matrícula”.*
- (iii) *Impossibilitat de continuar amb la formalització de la matrícula, en cas de desacord amb la utilització per part de la FUOC dels tractaments de dades informats”.*

Seguidament l’entitat imputada suggereix, com a mesura subsidiària per al cas que aquesta Autoritat no consideri ajustada a dret la primera mesura proposada, la creació d’un tràmit específic per vehicular la possibilitat de que aquells estudiants que així ho desitgin, puguin optar per un mecanisme alternatiu. En aquest cas, l’alternativa proposada, comprendria el següent:

- (i) *Reforçar la comunicació prèvia al procés de matrícula. Incloure la informació relativa als mètodes d’identificació que utilitza la UOC en fase precontractual, inclòs material publicitari dels serveis oferts per la Universitat.*
- (ii) *Crear un tràmit específic per garantir que els estudiants que no desitgin que la UOC dugui a terme el tractament de dades biomètriques per a la verificació de la seva identitat, accedeixin a un mecanisme alternatiu. Els mecanismes previstos seran, per regla general, l’avaluació presencial o avaluació oral síncrona, ja que són les vies que podrien equiparar les garanties que ofereix la identificació mitjançant reconeixement facial. La selecció d’un d’aquests dos mecanismes, o d’un altre en el seu cas, serà determinat per la Universitat en atenció a criteris docents.*
- (iii) *Reforçar la comunicació posterior al procés de matrícula, incloure la informació relativa al tràmit específic que possibilita l’alternativa a l’ús de dades biomètriques per aquells estudiants que ho desitgin.*

Al respecte, escau assenyalar que, la primera alternativa que planteja l’entitat imputada implica condicionar la matriculació, a l’acceptació del tractament de les dades personals de l’alumnat, mitjançant l’eina del reconeixement facial. Una proposta que no s’ajusta a la mesura que proposada per la instructora del procediment atès que no corregeix els efectes de la infracció, ni respecta la normativa de protecció de dades, pels motius que tot seguit s’esgrimeixen.

Precisament els fets que s'imputen en el present procediment són constitutius d'infracció atès que es condiona la participació en unes proves d'avaluació, al tractament de les dades personals de l'alumnat, mitjançant l'eina del reconeixement facial, sense que els i les estudiants disposin d'una alternativa al tractament de les seves dades biomètriques, per a realitzar les proves d'avaluació. Així doncs, condicionar la matriculació, a l'acceptació del tractament controvertit, contravé igualment la normativa de protecció de dades, en la mesura en què, l'alumnat tampoc disposa d'un mecanisme alternatiu al tractament de dades controvertit, per tal de poder cursar els estudis desitjats.

La segona alternativa que planteja la FUOC, com a mesura correctora dels efectes de la infracció que aquí s'imputa, consisteix en reforçar la informació que es facilita a l'alumnat abans i després de matricular-se, crear un tràmit específic per aquells estudiants que rebutgin sotmetre's a l'eina del reconeixement facial, i oferir-los l'opció de ser avaluats de manera presencial o bé mitjançant "l'avaluació oral síncrona".

Aquesta segona proposta de la FUOC s'ajusta a la proposada per la instructora d'aquest procediment, en tant en quant ofereix a l'alumnat alternatives al sistema de reconeixement facial per poder ser avaluats, assistència presencial o bé una avaluació oral síncrona, en el ben entès que l'avaluació oral síncrona no pot comportar el tractament de dades biomètriques destinades a identificar de manera unívoca una persona física, i que l'alumnat que rebutgi sotmetre's al sistema de reconeixement facial, per tal que el sistema alternatiu no els resulti especialment gravós, han de poder escollir lliurement entre una d'aquestes dues opcions proposades per la FUOC. Així mateix, i respecte els estudiants que acceptin ser avaluats utilitzant l'eina del reconeixement facial, la FUOC haurà de recollir el seu consentiment explícit pel tractament de les seves dades biomètriques.

A la vista de l'exposat, escau requerir la FUOC perquè al més aviat possible, i en tot cas en el termini màxim de 1 mes a comptar des de l'endemà de la notificació d'aquesta resolució, ofereixi al seu alumnat una doble alternativa al sistema de reconeixement facial per tal de realitzar les proves d'avaluació, és a dir, que puguin escollir lliurement entre un sistema d'assistència presencial o una avaluació oral síncrona que no comporti el tractament de dades biomètriques, i recollint en tot cas el consentiment explícit d'aquells alumnes que optin pel sistema del reconeixement facial per ser avaluats.

Un cop s'hagin adoptat les mesures correctores descrites en el paràgraf anterior en el termini assenyalat, en el termini dels 10 dies següents la FUOC n'ha d'informar l'Autoritat, sense perjudici de la facultat d'inspecció d'aquesta Autoritat per efectuar les verificacions corresponents.

Per tot això, resolc:

1. Imposar a la Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya la sanció consistent en una multa de 20.000.- euros (vint mil euros), com a responsable d'una infracció prevista a l'article 83.5.a) en relació amb l'article 5.1 a) i 9, ambdós de l'RGPD.
2. Requerir la Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya perquè adopti les mesures correctores assenyalades al fonament de dret 5è in fine, i acrediti davant d'aquesta Autoritat les actuacions dutes a terme per complir-les.

3. Notificar aquesta resolució a la Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya.
4. Ordenar que es publiqui aquesta resolució al web de l'Autoritat (apdcat.gencat.cat), de conformitat amb l'article 17 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre.

Contra aquesta resolució, que posa fi a la via administrativa d'acord amb els articles 26.2 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, i 14.3 del Decret 48/2003, de 20 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, l'entitat imputada pot interposar, amb caràcter potestatiu, un recurs de reposició davant la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, en el termini d'un mes a comptar des de l'endemà de la seva notificació, d'acord amb el que preveuen l'article 123 i següents de l'LPAC. També pot interposar directament un recurs contenciós administratiu davant els jutjats contenciosos administratius, en el termini de dos mesos a comptar des de l'endemà de la seva notificació, d'acord amb els articles 8, 14 i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Si l'entitat imputada manifesta a l'Autoritat la seva intenció d'interposar un recurs contenciós administratiu contra la resolució ferma en via administrativa, la resolució se suspendrà cautelarment en els termes previstos a l'article 90.3 de l'LPAC.

Igualment, l'entitat imputada pot interposar qualsevol altre recurs que consideri convenient per defensar els seus interessos.

La directora,