



León, 22 de julio de 2019

**Diputación Provincial de Salamanca**  
**Calle Felipe Espino 1**  
**37002 SALAMANCA**  
**(Salamanca)**

**Asunto: control horario y de presencia mediante el sistema de lectura de datos biométricos / Irregularidades**

Ilmo.Sr:

De nuevo nos dirigimos a V.I. una vez recibido el informe solicitado en relación con el expediente **216/2019**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

Como recordará, dicho expediente hace alusión al *"Proceso de captura de datos biométricos de los empleados públicos de la Excm. Diputación Provincial de Salamanca al objeto de poner en funcionamiento el nuevo sistema de control horario y de presencia"*.

En concreto, se alude al escrito de 15 de febrero de 2018 dirigido a los empleados de esa Institución provincial por el Diputado XXX. En dicho escrito se traslada a los trabajadores que *"se va a proceder a la sustitución definitiva del sistema de control horario y de presencia mediante lectura de tarjetas magnéticas por el nuevo sistema mediante la lectura de los datos biométricos"* y se establece un calendario para llevar a cabo la captura de sus datos biométricos, de modo que *"a partir del 1 de marzo de 2018 todos los empleados públicos deberán realizar el control horario y de presencia mediante el nuevo sistema de lectura de datos biométricos dejando de estar operativos los terminales de lectura de tarjeta magnética"*.

Sin embargo, según manifestaciones del autor de la queja *"Nos informan que hay trabajadores y departamentos completos que no han cumplido con la Circular y no fichan, a día de hoy siguen sin hacerlo"*. Precisamente en relación con lo anterior se ha remitido por el Secretario General de XXX un escrito registrado de entrada el día 13 de marzo de 2018 (sin respuesta en la fecha de presentación de la queja) en el que se indica que *"Según datos recogidos por este sindicato, existe personal que no ha dado"*



*cumplimiento a dicha obligación. Entendemos que este hecho probaría una clara desigualdad entre trabajadores ya que la orden va dirigida a todos y cada uno de los empleados públicos, sin excepción". En consecuencia, se solicita "Se comprueben dichos hechos y se dé traslado a esta Federación de la veracidad de los mismos. Que todo el personal realice la lectura de datos biométricos y cumpla el nuevo sistema de marcaje y la normativa puesta en vigor". También consta en la documentación remitida la existencia de 3 escritos de XXX sobre esta misma problemática (un escrito de 26 de marzo de 2018 y dos escritos de 10 de mayo de 2018).*

Iniciada la investigación oportuna se solicitó información en relación con las cuestiones planteadas y, en concreto, una copia del escrito que esa Diputación ha dirigido al Secretario General de XXX (en contestación al de fecha de entrada 13 de marzo de 2018) y, en otro caso, las razones por las cuales el mismo no ha sido objeto de respuesta.

En atención a dicha petición de información se remitió un informe por esa Diputación en el cual, entre otras consideraciones, se señalaba: *"1.-Que en la Diputación Provincial de Salamanca se instaló un sistema de control de presencias mediante parámetros biométricos en el mes de junio de 2017 al objeto de controlar la asistencia al trabajo y la presencia de todos los empleados de la Corporación. La instauración de ese sistema de control se llevó a cabo de forma paulatina hasta marzo de 2018. 2.- Que, una vez instaurado el sistema de control, se manifestaron diversos desajustes en cuanto a la operatividad del modelo de control, en los términos que fueron manifestados por los responsables de las correspondientes Unidades. 3.- Que estos hechos motivaron que actualmente existan distintas Unidades que no están cumpliendo con el control de presencia ordinario de la institución". En concreto, se mencionan las siguientes unidades administrativas: 1.-Área de Presidencia. 2.-Área de Economía y Hacienda 3.-Área de Organización y RR.HH. 4.-Área de Fomento -5.-Área de Cultura 6.-Liberados sindicales. Finalmente, se añade que "desde la Dirección de Área de Organización y Recursos Humanos, y especialmente a raíz de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2019, se han abierto periodos de negociación al objeto de articular los sistemas de control de jornada en aquellos colectivos que, por la naturaleza de la prestación o por la ubicación del lugar de prestación de su trabajo, puedan necesitar sistemas especiales de control. Igualmente se está valorando la prestación de jornadas especiales para ciertos colectivos cuya irregularidad y/o imprevisibilidad de la jornada haga necesario un sistema específico de control de los tiempos de trabajo".*

A la vista de lo informado, así como de la restante documentación que obra en poder de esta Institución procede realizar las siguientes consideraciones:



**En primer lugar**, resulta del expediente que no consta que el escrito presentado por el Secretario General de XXX, registrado de entrada el día 13 de marzo de 2018, haya sido objeto de respuesta (pese a que, como ha quedado expuesto, por nuestra parte se requirió expresamente una copia de la misma y, en otro caso, las razones por las cuales esta no había tenido lugar).

Sin embargo, ninguna duda ofrece (por lo que la cita de la normativa aplicable deviene en este punto innecesaria) que esa Diputación debió examinar el escrito presentado (así como los posteriores, también de XXX sobre esta misma problemática, en concreto el escrito de 26 de marzo de 2018 y dos escritos de 10 de mayo de 2018) y dar una respuesta motivada a los mismos. Máxime teniendo en cuenta que, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 2001 *“la libertad sindical comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar; de acuerdo con el carácter democrático del Estado (...). En coherencia con dicho contenido constitucional, este derecho fundamental tiene su desarrollo en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 Ago., de Libertad Sindical (LOLS) donde se establece que, en el plano colectivo, el derecho de libertad sindical comporta que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de la libertad sindical, tengan derecho al «ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella» [art. 2.2 d) LOLS]. De este modo, la libertad sindical se integra por los derechos de actividad y los medios de acción que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7 CE, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical”*.

**En segundo lugar**, no podemos dejar de poner de manifiesto (pese a que no se refiere a dicha cuestión la queja presentada) que en el escrito de 15 de febrero de 2018 - dirigido a los empleados por el Diputado XXX - se cita y se transcribe en parte el Informe jurídico de la Agencia española de protección de datos con ref. de entrada 28458/2005 (*“teniendo en cuenta lo que se ha indicado en cuanto al dato biométrico derivado de la huella digital, **el mismo no puede ser considerado en modo alguno especialmente protegido o sensible**, por lo que resultarán de aplicación al tratamiento las medidas de seguridad de nivel básico previstas en el Reglamento de Seguridad, aprobado por RD 994/1999 del 11 de junio”*).

Sin embargo, no se hace referencia en el escrito de 15 de febrero de 2018 al 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), según el cual los datos biométricos han pasado a ser considerados datos especialmente protegidos.

El artículo 4 del Reglamento 2016/679 define los datos biométricos como



aquellos 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 (por lo tanto, la huella dactilar se trata de un dato que debe ser calificado como dato biométrico).

También se refiere a dicha cuestión el artículo 9 del Reglamento 2016/679 (relativo al tratamiento de categorías especiales de datos personales) que prohíbe, entre otros, el tratamiento de datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física salvo cuando, también entre otras circunstancias, el tratamiento sea 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.

Finalmente, el artículo 35 del Reglamento se refiere a la “Evaluación de impacto relativa a la protección de datos” y establece que, cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales.

Por lo demás, el Reglamento 2016/679 se ha aplicado recientemente en el Dictamen de la Autoridad Catalana de Protección de Datos de 14 de febrero de 2019 en relación con una consulta formulada por un colegio profesional sobre la utilización de sistemas de control basados en la huella dactilar (Dictamen 63/2018).

Según dicho Dictamen *“Esta Autoridad ya ha analizado en dictámenes anteriores (por ejemplo, CNS 9/2009, CNS 22/2009 o 22/2011) la adecuación a la normativa en materia de protección de datos personales de los sistemas de control de acceso y horario de los empleados de las administraciones públicas mediante datos biométricos (como la huella digital o un patrón biométrico) (...) Sin embargo, la aprobación y la plena aplicabilidad del RGPD han introducido algunos elementos adicionales que afectan al análisis que se puede hacer de la utilización de datos biométricos en el entorno laboral”*.

Continúa el citado informe indicando que *“para poder aplicar esta excepción [se refiere al art. 9.2 b) del Reglamento 2016/679] será necesaria la concurrencia de dos condiciones: a) Que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de obligaciones o el ejercicio de derechos específicos del empleador o de la persona interesada en el ámbito del derecho laboral o de la seguridad y protección social. b) Que lo autorice el derecho de la Unión o de los Estados miembros o un convenio colectivo”*.



Sin embargo, señala el Dictamen de la Autoridad Catalana de Protección de Datos que *“La falta de previsión expresa de una autorización en el derecho laboral, que ahora requiere el artículo 9.2.b) del RGPD, hace que puedan surgir dudas respecto a la admisibilidad de este tipo de sistemas de control horario en el ámbito laboral”*. En este sentido señala, por un lado, que, si bien es cierto que el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores dice que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, también lo es que *“no se refiere en ningún momento a una autorización para la utilización de categorías especiales de datos o, en concreto, de datos biométricos, con esta finalidad”*. Por otro lado, y según este mismo Dictamen, *“los artículos 87, 89 y 90 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) sí que han previsto y han regulado las condiciones y garantías con las que puede hacerse el control de los trabajadores por parte del empresario (...) pero no contienen ninguna referencia a la posibilidad de utilización de datos biométricos en sistemas de control en el ámbito laboral, como sería el caso del control horario”*.

Continúa el Dictamen indicando que *“una vez que los datos biométricos hayan pasado a ser considerados como datos especialmente protegidos, no parece tan claro que el uso de sistemas de control horario basados en este tipo de datos deba ser admitido como medio preferente para llevar a cabo el control. Más bien al contrario. Dada la especial naturaleza de estos datos parece que se deberá optar, en primer lugar, por otros sistemas de control que, sin utilizar categorías de datos especialmente protegidos, puedan permitir alcanzar la misma finalidad (...) Es innegable que la utilización de sistemas basados en datos biométricos para llevar a cabo el control horario evita el riesgo de suplantación que se puede producir en algún caso. Ahora bien, no parece que sea el único sistema que permita garantizarlo. Por ejemplo, a efectos del control horario, el uso de tarjetas personales u otros tipos de objetos (tokens) en un sistema de marcaje, la utilización de códigos personales, la visualización directa del punto de marcaje o el uso de sistemas de videovigilancia donde quede constancia de la hora de entrada o salida pueden constituir, por sí mismos o en combinación con alguno de los otros sistemas disponibles, medidas eficaces para llevar a cabo el control”*.

A la vista de todo lo expuesto, la conclusión del Dictamen es la siguiente *“La inclusión de los datos biométricos, entre ellos los de la huella dactilar, entre las categorías especiales de datos previstas por el RGPD no permite concluir de manera automática que la implantación de un sistema de control horario basado en la recogida de este tipo de datos pueda considerarse proporcionada y, por lo tanto, conforme con el principio de minimización. Hay que hacer una evaluación del impacto sobre la protección de datos a la vista de las circunstancias concretas en las que se lleve a cabo*



*el tratamiento para determinar su legitimidad y proporcionalidad, incluido el análisis de la existencia de alternativas menos intrusivas y establecer las garantías adecuadas”.*

Por lo demás, es cierto que, con posterioridad al Dictamen, el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo modifica el Estatuto de los Trabajadores y, en concreto, el artículo 34, añadiendo un nuevo apartado 9 con la siguiente redacción “La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo”. Sin embargo, tampoco autoriza la utilización de categorías especiales de datos y, en concreto, de datos biométricos.

En definitiva, y por las razones apuntadas, no podemos compartir el contenido del escrito de 15 de febrero de 2018 -dirigido a los empleados por el Diputado XXX - en el que, con cita del Informe jurídico de la Agencia española de protección de datos con ref. de entrada 28458/2005, se considera que el dato biométrico derivado de la huella digital no puede ser considerado especialmente protegido o sensible.

En virtud de todo lo expuesto, y al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común consideramos oportuno formular la siguiente **Resolución**:

**1.-Que por parte de esa Diputación se proceda a dar respuesta al escrito presentado por el Secretario General de XXX registrado de entrada el día 13 de marzo de 2018 (así como a los posteriores, también de XXX sobre esta misma problemática, en concreto al escrito de 26 de marzo de 2018 y a dos escritos de 10 de mayo de 2018).**

**2.-Que se tenga en cuenta que, a partir 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), los datos biométricos han pasado a ser considerados como datos especialmente protegidos.**

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.



PROCURADOR DEL COMÚN  
DE CASTILLA Y LEÓN

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN  
Tomás Quintana López