

Expediente Nº: E/06677/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **REDE GALEGA DE KIOSKOS S.L.** en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 21 de agosto de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **A.A.A.** (en adelante el denunciante) en el que declara que la entidad REDE GALEGA DE KIOSKOS SL (en adelante el denunciado) ha instalado dos cámaras en el centro de trabajo sin el conocimiento de los trabajadores y sin indicación de su existencia en el centro de trabajo sito en **(C/.....1) (PONTEVEDRA)** y que les fueron leídas las transcripciones de los detalles grabados por las cámaras (fechas y horarios) para ser despedidos dos trabajadores en fecha 1 de agosto de 2013. El denunciante manifiesta que ostenta la condición de representante de los trabajadores y aporta copia de las cartas de despido de los dos trabajadores D^a **B.B.B.** y D. **C.C.C.** en el que se les informa de su despido en los siguientes términos:

- Tras la realización de varios inventarios y detectar desviaciones entre las existencias contables y las existencias reales del tabaco de los kioscos la dirección de la empresa decidió contratar los servicios de una empresa de detectives privados para comprobar si realmente se estaba produciendo la sustracción habitual del producto por parte de los empleados y en tal caso determinar quién o quiénes eran los autores de estos hechos. Por tal motivo se instaló una cámara oculta en el kiosco-bar de la empresa sito en **JARDINES MUNICIPALES XXXXXXXX** de Pontevedra que estuvo grabando imágenes desde el 20 de junio al 3 de julio de 2013 (ambos incluidos) siendo entregado al denunciado informe por parte del Detective Privado en fecha 26 de julio junto con las grabaciones de las imágenes captadas por la micro-cámara.
- Los hechos comprobados por el denunciado con las imágenes facilitadas por el Detective Privado suponen una apropiación indebida habitual de mercancías a la venta de propiedad de la empresa tipificado como falta muy grave por el artículo 58 h) del Convenio Colectivo de Centros Especiales de Empleo de Galicia; y el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores contempla como infracción muy grave y susceptible de despido la prestación de servicios de forma incompleta o defectuosa.
- La Legalidad de la prueba de Cámara Oculta se fundamenta en:
 - o Ley 23/1992 de 30 de julio de Seguridad Privada (Art. 19) en el que se desarrollan las funciones del Detective Privado.
 - o Real Decreto 2364/1994 de 9 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada (Art. 52).
 - o Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre por encontrarse los

detectives privados actuantes (licencias números ****1 y ****2) con ficheros inscritos destinados a imágenes y voz.

- o Ley de Enjuiciamiento Civil que prevé la aportación de informes de detectives al proceso en los artículos 265.1.5º y 380.
- La cámara fue instalada por empresa homologada por la Dirección General de la Policía con número de Licencia ****3 y el acceso a las imágenes se realizó por parte de los Detectives Privados con contraseña. La instalación de la videocámara fue registrada por los instaladores y por los detectives en la Dirección General de la Policía.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Con fecha 18 de noviembre de 2013 se solicita información al denunciado teniendo entrada en esta Agencia con fecha 10 de diciembre de 2013 escrito de respuesta en el que manifiesta:

- No se trata de una “instalación de seguridad” sino de una instalación temporal de cámara oculta por agencia de detectives para comprobar sospechas fundadas de posibles hurtos de mercancía por parte de trabajadores de la empresa.
- El motivo de la instalación de las cámaras fueron los importantes desfases entre las existencias contables y las existencias reales de varias familias de productos de venta en los kioscos, con la sospecha de que dicha desviación pudiera sobrevenir por el hurto “interno” de productos, el denunciado procedió a contratar en fecha 28 de mayo de 2013 los servicios de Detectives Privados cuyo contrato adjunta. La investigación se realizó mediante cámara fija oculta en los kioscos de la empresa sitos en la *****KIOSKO.1 S/N Y ***KIOSKO.2** (también conocidos como **JARDINES MUNICIPALES**), de la villa XXXXXXXX (**PONTEVEDRA**).
- Las dos cámaras estuvieron grabando las 24 horas del día y de forma ininterrumpida durante los siguientes periodos:
 - o En el Kiosco de la *****KIOSKO.1**: desde el 1 al 19 de junio de 2013 (ambos incluidos).
 - o En el Kiosco del *****KIOSKO.2**: desde el 20 de junio al 3 de julio de 2013 (ambos incluidos).
- En fecha 12 de julio de 2013 y 26 de julio, respectivamente, el denunciado recibió por parte de los Detectives Privados informes y grabaciones conteniendo todas las imágenes captadas por las micro-cámaras de los dos kioscos citados, que acreditaban que la práctica totalidad de los trabajadores de ambos kioscos cometían de forma continuada las siguientes infracciones: hurto o apropiación indebida de dinero, tabaco y otros productos de propiedad de la empresa.



- El 1 de agosto de 2013 el denunciado procedió al despido, cuya carta adjunta, de los dos trabajadores mencionados, de los cuales D^a **B.B.B.** reconoció por escrito la “veracidad y gravedad de los hechos que se le imputan y la procedencia de su despido”, escrito del que aporta copia.
- El denunciado refiere un asunto idéntico resuelto con archivo de actuaciones por esta Agencia por Resolución de 4 de septiembre de 2013 (expediente nº E/01396/2013), del que aporta copia.
- Con respecto a la legalidad de la prueba de la cámara oculta el denunciado reitera los términos ya expuestos en el despido de los trabajadores.

Los detectives privados que suscribieron contrato con el denunciado disponen de inscripción de ficheros con finalidad de grabación de imágenes y voz en el Registro General de la Agencia Española de Protección de Datos con códigos de inscripción *****COD.1** y *****COD.2** según se desprende de diligencia adjunta al expediente de referencia E/01396/2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

Con carácter previo, procede situar la materia de videovigilancia en su contexto normativo.

Así, el artículo 1 de la LOPD dispone: “La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”

En cuanto al ámbito de aplicación de la LOPD, el artículo 2.1 de la misma señala: “La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”, definiéndose el concepto de dato de carácter personal en el apartado a) del artículo 3 de la LOPD, como “Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

El artículo 3 de la LOPD define en su letra c) el tratamiento de datos como aquellas “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

El artículo 5.1. f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, define datos de carácter personal como: “Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2.a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, según el cual, a efectos de dicha Directiva, se entiende por dato personal “toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”. Asimismo, el Considerando 26 de esta Directiva se refiere a esta cuestión señalando que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona para identificar a aquélla.

La Exposición de Motivos de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de esta Agencia Española de Protección de Datos, relativa al tratamiento de los datos con fines de videovigilancia señala que: “La seguridad y la vigilancia, elementos presentes en la sociedad actual, no son incompatibles con el derecho fundamental a la protección de la imagen como dato personal, lo que en consecuencia exige respetar la normativa existente en materia de protección de datos, para de esta manera mantener la confianza de la ciudadanía en el sistema democrático”. Sigue señalando: “Las imágenes se consideran un dato de carácter personal, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999...”.

La garantía del derecho a la protección de datos, conferida por la normativa de referencia, requiere que exista una actuación que constituya un tratamiento de datos personales en el sentido expresado. En otro caso las mencionadas disposiciones no serán de aplicación.

Por su parte, la citada Instrucción 1/2006, dispone en su artículo 1.1 lo siguiente:

“1. La presente Instrucción se aplica al tratamiento de datos personales de imágenes de personas físicas identificadas o identificables, con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras y videocámaras.

El tratamiento objeto de esta Instrucción comprende la grabación, captación, transmisión, conservación, y almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real, así como el tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con aquéllas.

Se considerará identificable una persona cuando su identidad pueda determinarse mediante los tratamientos a los que se refiere la presente instrucción, sin

que ello requiera plazos o actividades desproporcionados.

Las referencias contenidas en esta Instrucción a videocámaras y cámaras se entenderán hechas también a cualquier medio técnico análogo y, en general, a cualquier sistema que permita los tratamientos previstos en la misma.” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

La Instrucción 1/2006 en su artículo 2 establece lo siguiente:

“1. Sólo será posible el tratamiento de los datos objeto de la presente instrucción, cuando se encuentre amparado por lo dispuesto en el artículo 6.1 y 2 y el artículo 11.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior la instalación de cámaras y videocámaras deberá respetar en todo caso los requisitos exigidos por la legislación vigente en la materia.”

De lo anteriormente expuesto se desprende que el concepto de dato personal, según la definición de la LOPD, requiere la concurrencia de un doble elemento: por una parte, la existencia de una información o dato y, por otra, que dicho dato pueda vincularse a una persona física identificada o identificable, por lo que la imagen de una persona física identificada o identificable constituye un dato de carácter personal.

De acuerdo con los preceptos transcritos, la cámara reproduce la imagen de los afectados por este tipo de tratamientos y, a efectos de la LOPD, la imagen de una persona constituye un dato de carácter personal, toda vez que la información que capta concierne a personas que las hacen identificadas o identificables y suministra información sobre la imagen personal de éstas, el lugar de su captación y la actividad desarrollada por el individuo al que la imagen se refiere.

III

En el presente expediente, D. **A.A.A.**, en calidad **de ***CARGO.1 DE LA UNIÓN COMARCAL DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS EN PONTEVEDRA**, denuncia a la entidad **REDE GALEGA KIOSCOS, S.L.**, por la instalación de dos cámaras de videovigilancia en los Kioscos de la *****KIOSKO.1** y *****KIOSKO.2**, sin conocimiento e información a los trabajadores, siendo utilizadas las imágenes para el despido de dos de ellos.

En primer lugar, debe clarificarse que las cámaras objeto de denuncia no es una instalación de seguridad propiamente dicha, sino una instalación temporal de una cámara oculta encomendada por la entidad denunciada a una Agencia de detectives, para comprobar desviaciones entre las existencias contables y las existencias reales del establecimiento. Por lo tanto las grabaciones fueron efectuadas por la Agencia de detectives por encargo de la entidad denunciada para clarificar el origen de las citadas

desviaciones.

A este respecto, debe señalarse que se desconoce si las grabaciones han sido aportadas en el seno de un procedimiento judicial. No obstante, y en el caso que así fuera, hemos de estudiar las implicaciones que lo denunciado presenta al respecto del derecho a la protección de datos en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva de los protagonistas, por lo que partiremos de un análisis general relativo a la conexión de dichos derechos. Así, al respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, nuestra norma suprema en el artículo 24 de la Constitución Española, en sus apartados 1 y 2, dispone lo siguiente:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.”

Así, constitucionalmente se consagra el derecho de los ciudadanos, ya sean personas físicas o jurídicas, a la tutela judicial efectiva y al derecho a utilizar los medios de prueba que consideren adecuados para el sostenimiento de su pretensión. Sin embargo, de dicha previsión, surge una colisión entre el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales referida, contenido en el artículo 24 de la Constitución, anteriormente transcrito, dadas a los bienes jurídicos afectados en su aplicación.

Por ello, ante tales situaciones, el Legislador ha creado un sistema en que el derecho a la protección de datos de carácter personal cede en aquellos supuestos en que el propio Legislador (constitucional u ordinario) haya considerado la existencia de motivos razonados y fundados que justifiquen la necesidad del tratamiento de los datos, incorporando dichos supuestos a normas de, al menos, el mismo rango que la que regula la materia protegida.

En efecto, la exigibilidad del consentimiento del titular de los datos que pudieran ser objeto de un tratamiento en un procedimiento judicial, para dicho tratamiento de sus datos supondría dejar a disposición de aquél el almacenamiento de la información necesaria para que una persona pueda ejercer, en plenitud, su derecho a la tutela judicial efectiva. Así, la falta de estos datos o la dependencia en su aplicación a quien manejara la titularidad del dato, implicaría, lógicamente, una merma en la posibilidad de aportación por el interesado de “los medios de prueba pertinentes para su defensa”, vulnerándose otra de las garantías derivadas del citado derecho a la tutela efectiva y coartándose la posibilidad de obtener el pleno desenvolvimiento de este derecho.

Tal y como sostiene reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 186/2000, de 10 de julio, con cita de otras muchas) *“el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante*

intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho".

Por otro lado, junto a lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LOPD, el artículo 11 de la LOPD, recoge otras excepciones, a la exigencia del consentimiento:

"1.- Los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2.-El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a.-Cuando la cesión esté autorizada en una ley.(...)

d.-Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.(...)"(el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

En este sentido, entraría en liza lo dispuesto en el artículo 299 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, que admite la aportación como medio de prueba, de medios de reproducción de imágenes que sean relevantes para el proceso. Así establece, el precitado artículo:

"1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:

1. Interrogatorio de las partes.
2. Documentos públicos.
3. Documentos privados.
4. Dictamen de peritos.
5. Reconocimiento judicial.
6. Interrogatorio de testigos.

2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso..

3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en

cada caso resulten necesarias”.

Por lo tanto, en cuanto a lo aportado en un juicio, dicho cuerpo legal admite la aportación como medio de prueba de los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, lo cual implica la posibilidad de tratamiento de datos dentro de dichas propuestas de prueba, debiendo ser el correspondiente órgano jurisdiccional quien se manifestara sobre la legitimidad de lo presentado. Además, hemos de tener en cuenta que, la Audiencia Nacional en sentencia de 22 de octubre de 2010 (rec. 409/2009) nos dice, en cuanto a la obtención de medios probatorios y su validez en el procedimiento, pese a no ser solicitadas ni obtenidas por vía judicial, lo siguiente:

“De un lado ha de tenerse en cuenta que una de las causas que excluye la necesidad de consentimiento para la cesión de datos personales es que la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatarios a los Jueces o Tribunales (Art. 11.2.d) LOPD).

Excepción en la que no es descabellado incluir aquellos supuestos en que se trata de pruebas que, si bien inicialmente no han sido solicitadas por el Juez o Tribunal, sino aportadas por las partes, con posterioridad no consta que las mismas hayan sido rechazadas, sino incorporada por el Juez a las actuaciones, tal y como, parecer ser, y así se desprende del acta de juicio, ocurrió en el presente supuesto.

Por otra parte, y si bien es cierto que los procedimientos judiciales tampoco son ajenos a la normativa de protección de datos, tal y como indicamos en la SAN 9-10-2009 (Rec. 37/2009) dado que el derecho de protección de datos, en cuanto derecho fundamental y autónomo previsto en el artículo 18.4 CE , vincula a todos los poderes públicos (Art. 53 CE) y entre ellos al Poder Judicial, tal y como igualmente indica la STS 18-9-2006 Rec. 274/2002 . Sin embargo dicha LOPD debe ser aplicada con gran cautela, y en la medida en que resulte compatible con las funciones propias (jurisdiccionales y no jurisdiccionales) de los referidos órganos judiciales, pues la singularidad de la actividad jurisdiccional y los intereses que en ella subyacen, exigen en ocasiones una limitación o modulación de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Además de que el sometimiento de los ficheros judiciales a la LOPD ha de entenderse (según la misma SAN 9-10-2009 Rec. 37/2009) sin menoscabo de la función jurisdiccional y, por tanto, atinente a lo que debe considerarse como "aspecto accesorio" o administrativo de la función jurisdiccional, centrándonos concretamente en el procedimiento judicial, existen también en él una serie de intereses y garantías que ostentan un trascendente valor en dicho proceso, tales como el del verdadero esclarecimiento de los hechos o el legítimo ejercicio del derecho de defensa de las partes, que han de ser ponderados en aquellos casos en que dichos intereses y garantías confluyen con el derecho contemplado en el artículo 18.4 CE , hasta el punto de que pueden llegar a implicar una importante limitación de tal derecho de protección de datos personales.”

Así las cosas, debiera ser el órgano judicial correspondiente quien se manifestara

sobre la legitimidad de la prueba aportada, por lo que no cabría inicio de actuaciones encaminadas a la apertura de un procedimiento administrativo del tipo sancionador en materia de protección de datos de carácter personal.

III

Una vez analizada las cuestiones relativas a la posible aportación de las grabaciones a un procedimiento judicial, debemos entrar en el análisis de las captaciones realizadas por la Agencia de detectives de los dos trabajadores objeto de despido por la entidad denunciada.

Respecto al acceso a los datos de los citados trabajadores por parte de una agencia de detectives privados contratada por la entidad denunciada, para así iniciar actuaciones de investigación sobre dichas personas, entraría en liza lo establecido en el artículo 12 de la LOPD, que, referido al “Acceso a los datos por cuenta de terceros”, nos dice:

“1.- No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

2.- La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforma a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar”.

Así, en la medida en que entre la entidad denunciada y la correspondiente agencia de detectives existe una relación contractual por la que se presenta una encomienda de servicios dentro de los términos marcados por la entidad denunciada, en aplicación del artículo 12 de la LOPD, no estaríamos ante una comunicación de datos a terceros, por lo que dicho acceso no constituiría una actuación ilegítima en los términos de la normativa en materia de protección de datos. Se aporta por la entidad denunciada contrato de servicios entre la agencia de detectives y la entidad.

En relación al informe de la empresa de detectives, se señala que el encargo a una agencia de detectives de un informe supone el establecimiento por ambas partes contratantes de una “*relación negocial*” prevista en el artículo 6. 2 de la LOPD.

En cuanto a la legitimación de la actuación llevada por la correspondiente Agencia de Detectives, en su procedimiento de investigación con la finalidad de esclarecer el desvío existente entre las existencias contables y las existencias reales del establecimiento, como regla general, la ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 2/1999, de 29 de enero y por la

Ley 14/2000, de 29 de diciembre, ha dado carta de naturaleza a la actividad realizada por las empresas de seguridad privada, del tipo de detectives privados, por lo que no estaríamos ante una actuación ilegítima, aún más si tenemos en cuenta lo establecido en el artículo 19 .1 de dicha ley 23/1992, que nos dice:

'Artículo 19

1. Los detectives privados, a solicitud de personas físicas o jurídicas, se encargarán:

a) De obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados.

b) De la investigación de delitos perseguibles sólo a instancia de parte por encargo de los legitimados en el proceso penal.

c) De la vigilancia en ferias, hoteles, exposiciones o ámbitos análogos.

2. Salvo lo dispuesto en el párrafo c) del apartado anterior, no podrán prestar servicios propios de las empresas de seguridad ni ejercer funciones atribuidas al personal a que se refieren las Secciones anteriores del presente Capítulo.

3. Tampoco podrán realizar investigaciones sobre delitos perseguibles de oficio, debiendo denunciar inmediatamente ante la autoridad competente cualquier hecho de esta naturaleza que llegara a su conocimiento y poniendo a su disposición toda la información y los instrumentos que pudieran haber obtenido.

4. En ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones.

De la citada norma, se desprende que los detectives privados se encuentran habilitados por Ley para obtener información de personas, siempre que no se utilicen para ello *“medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal o familiar”*. En el caso en que los interesados interpretaran que las actuaciones realizadas al respecto atentaron contra sus derechos, de la forma enumerada en el artículo 23.c de la ley 23/1992 visto, debe señalarse que no corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos dirimir si se ha utilizado medios ilícitos en la obtención del informe, al estar fuera de su ámbito competencial, por lo que en tal caso, habría de acudir a los órganos jurisdiccionales competentes para dirimir dicha cuestión.

Asimismo la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 335 y 336 se refiere a los *“dictámenes de perito”*, recogiendo éste último lo siguiente:

“ Aportación con la demanda y la contestación de dictámenes elaborados por peritos designados por la partes: 1. Los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación...,”

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 19/10/2005, recurso nº 1139/2003, en su Fundamento de Derecho tercero, es del tenor siguiente: *“Asimismo, la comunicación realizada por .. a su abogado y al perito imparcial se haya autorizada por la Ley de Protección de Datos a tenor del artículo 11.2 de la misma, al ser preceptiva la intervención de abogado y procurador en el procedimiento judicial, y dado que el artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que los dictámenes periciales se acompañen con la demanda. Además tal comunicación tendría igualmente amparo en el artículo 12 de la LOPD que permite el acceso y comunicación de datos para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento”*.

Por otro lado sobre el ámbito de consideración de si los datos obtenidos por las grabaciones se consideran adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas y explícitas para la que fueron obtenidos, hemos de tener en cuenta que el objetivo de la grabación no es otro que el de constituir un elemento probatorio para acreditar el origen de las desviaciones entre las existencias contables y las existencias reales del citado establecimiento. De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta recordar que (como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995\66], F.5; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996\55], FF. 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre [RTC1996\207], F.4.e) y 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998\37], F.8) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: 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).

En primer lugar, debemos analizar si la medida adoptada es adecuada y, en efecto, concluimos que así era pues su objetivo no era otro que conocer el origen de las desviaciones que se venían produciendo.

Resultaba idónea y necesaria ya que se trataba de recabar exclusivamente pruebas a los efectos de los eventuales procedimientos judiciales que se pudieran sustanciar, y es equilibrada pues la grabación se limita a una determinada zona y un número de días necesarios para la constatación de los hechos que se habían producido, y que venían precedidos de indicios suficientes para justificar su instalación.

A la vista de todos lo expuesto se procede al archivo del presente expediente al no apreciarse vulneración a la actual normativa en materia de protección de datos por parte de la entidad denunciada.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **REDE GALEGA DE KIOSKOS S.L.** y a D. **A.A.A.**.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director 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 del referido texto legal.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos