

INTERVENCIÓN DE DETECTIVES EN LAS RELACIONES LABORALES

M.^a Carmen Salcedo Beltrán

Profesora Titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

EXTRACTO

En el ámbito de las relaciones laborales, el empresario es el titular del poder de dirección y control. Encuadrado dentro del mismo, se encuentra la posibilidad de recurrir a un detective privado, habiendo reconocido los tribunales la legitimidad de su utilización puesto que, en determinadas situaciones, como suelen ser los supuestos en los que la prestación laboral se realiza fuera del centro de trabajo o cuando el trabajador tiene suspendida su relación laboral por una incapacidad temporal, al empresario le resulta muy complicado realizarlo personalmente, siendo la contratación de un detective prácticamente el único método al que se puede recurrir para comprobar que el trabajador está observando el deber de buena fe contractual que le exige la normativa, y uno de los más convenientes para demostrar en el orden jurisdiccional social la procedencia de las medidas disciplinarias que adopte si, como consecuencia del resultado de la investigación realizada, el trabajador está incumpliendo sus obligaciones, puesto que probablemente serán impugnadas por el trabajador.

El presente estudio analiza de forma exhaustiva algunas de las cuestiones más controvertidas en relación con el control que pueden realizar los detectives privados de los trabajadores, teniendo en cuenta, por un lado, la problemática existente en cuanto a la fijación de unos límites en su actuación, pues, en los últimos tiempos, han aparecido nuevos dispositivos que permiten aumentar el control que se realice a unos niveles que pueden entrar en conflicto con el derecho a la intimidad que tiene reconocido cualquier ciudadano, incluido el trabajador que no lo pierde por la celebración de un contrato de trabajo, y, por otro lado, la valoración y caracterización en el procedimiento laboral de la intervención del detective y de los mecanismos que haya utilizado en la investigación, ya que va adquiriendo cada vez más relevancia su consideración como prueba pericial, además de como testifical, teniendo consecuencias muy importantes ante la posible materialización de un recurso con la finalidad de revisar el supuesto planteado, estando en juego su admisibilidad o no. Todos esos aspectos son estudiados considerando los criterios doctrinales, los pronunciamientos judiciales, la normativa vigente y la que próximamente se aprobará, que derogará en breve la existente con anterioridad, dejando de ser la figura del detective privado algo tangencial para pasar a tener un papel más relevante, completando las numerosas lagunas y carencias que han ido surgiendo durante los más de veinte años que se ha aplicado, realizando valoraciones críticas y propuestas de los aspectos controvertidos.

Palabras claves: poder de dirección, detective privado, derecho a la intimidad, prueba pericial y prueba testifical.

Fecha de entrada: 05-09-2013 / Fecha de aceptación: 11-10-2013

DETECTIVES INTERVENTION IN THE LABOUR RELATIONS

M.^a Carmen Salcedo Beltrán

ABSTRACT

In the field of labour relations, the employer is the holder of the power of management and control. Fitted inside the same one, one finds the possibility to resort to a private detective, since the courts have recognized the legitimacy of his utilization since, in certain situations, like in the cases in which the job is performed out of the workplace or when the worker has his labour relation suspended for a temporary disability, it turns out to the employer very complicated to do it personally, being the contracting of a detective practically the only method to which it is possible to resort to verify that the worker is fulfilling the duty of good contractual faith that demands the regulation from him, and one of the most suitable to demonstrate in the jurisdictional social order the origin of the disciplinary measures that he adopts if, as consequence of the result of the performed investigation, the worker is breaking his obligations, since probably they will be refuted by the worker.

The present study analyzes exhaustively some of the most controversial questions in relation with the control that the private detective of the workers can perform, bearing in mind, on one hand, the existing problematic for fixing of a few limits in his action, since in the last times there have appeared new mechanisms that allow to increase the control up to certain levels that might come into conflict with the right to the private life that any citizen has recognized, included the worker who does not lose it for the celebration of a contract of work, and, on the other hand, the valuation and characterization in the labour procedure of the intervention of the detective and of the mechanisms that has been used in the investigation, since it is becoming more and more relevant its consideration as expert proof, besides as testimonial evidence, having very important consequences before the possible materialization of one appeal with the purpose of checking the raised supposition, being his admissibility at stake.

All these aspects are studied considering the doctrinal criteria, the judicial pronouncements, the in force regulation and other that will be approved soon and will repeal shortly the existing one, avoiding that the figure of the private detective be something slightly tangential to turn it to have a more relevant role, completing the numerous omissions and lacks that have been arising during more than twenty years that have been applied, making critical valuations and offers of the controversial aspects.

Keywords: power of management, private detective, private life, expert proof and testimonial evidence.

Sumario

I. Introducción

II. El detective privado

1. Normativa reguladora
2. Concepto, requisitos y ámbito de actuación
3. El control de los trabajadores por el empresario
 - 3.1. La legitimidad de la utilización de los detectives privados: el deber de buena fe
 - 3.2. Límites
 - 3.2.1. El derecho a la intimidad o la dignidad personal y familiar
 - 3.2.2. La protección de datos de carácter personal
 - a) Las «sospechas» de la suspensión contractual por incapacidad temporal y su control empresarial: los datos relativos a la salud
 - b) Informe del detective y adopción de medidas de carácter disciplinario: cesión de datos médicos versus cesión de las consecuencias jurídico-laborales derivadas
4. La intervención del detective privado en el procedimiento laboral
 - 4.1. La consideración como prueba testifical y, excepcionalmente, como pericial
 - 4.2. La valoración de las grabaciones de imagen, sonido, fotografía, archivo y reproducción de datos

Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN¹

En el estudio del desarrollo de las relaciones laborales se plantea con frecuencia la problemática relativa al ámbito del poder de dirección del empresario y los límites del mismo, aspecto que se ha agudizado en los últimos tiempos como consecuencia de la aparición de nuevas tecnologías que permiten aumentar, y, en su caso, mejorar la eficacia del control realizado.

Las dificultades de llevar a cabo, en ocasiones, ese control y probar los incumplimientos del trabajador en el procedimiento que se desencadena tras una sanción o extinción contractual de carácter disciplinario ha supuesto que se recurra a uno de los mecanismos de control más utilizados en los últimos tiempos, el recurso a los detectives privados, siendo muestra de ello la abundante doctrina judicial existente. Esto ha conllevado que, paralelamente, se planteen problemas en orden a su legitimidad y a los límites de su puesta en práctica, atendiendo a los derechos que amparan al trabajador, entre otros, el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal.

Las primeras controversias planteadas en los tribunales resolvieron, en principio, que el recurso a los mismos está permitido y, por tanto, se encuadra dentro del poder de dirección del empresario o de control por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su condición de gestoras de prestaciones de seguridad social, como es el caso de la prestación de incapacidad temporal, cuestión que es reconocida expresamente en la actualidad a nivel procedimental, en el artículo 90.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, al establecer el derecho de las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, de «(...) *servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba (...)*», incluyendo, entre ellos, «(...) *los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos (...)*».

¹ Principales abreviaturas utilizadas: CC (Código Civil), CE (Constitución Española), ET (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), LJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social), LOPD (Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal), LPRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales), LSP (Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada), MATEP (Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales), RSP (Real Decreto 2364/1994, de 9 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada), rec. (recurso), SAN (Sentencia de la Audiencia Nacional), STC (Sentencia del Tribunal Constitucional), STS (Sentencia del Tribunal Supremo), STSJ (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia).

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que, el derecho al empleo de las pruebas pertinentes está comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la CE, teniendo presente que «(...) *la proposición y práctica de la prueba se desarrolla en el marco legal y procedimental del debate, (...) [debiendo] ajustarse a los principios de igualdad de las partes y prohibición de la indefensión (...)*» [SSTC 50/1984, de 5 de abril (rec. 493/1983) y 40/1986, de 1 de abril (rec. 441/1985)]², estando reconocida la contratación de detectives privados como un medio legítimo, aunque, como luego se analizará, con límites, incorporados a la normativa que, previamente, habían sido fijados e interpretados por la jurisprudencia³.

Si bien, en torno a la figura de los detectives privados hay cuestiones que se pueden considerar resueltas, existen otras que, a mi modo de ver, siguen planteando controversia, dedicándose el presente estudio al análisis, teniendo en cuenta los criterios técnicos y doctrinales así como los pronunciamientos judiciales, de tres aspectos muy relevantes, como son, en primer lugar, los límites en la actuación de los detectives cuando se han utilizado nuevas tecnologías, en segundo lugar, la complicada delimitación entre lo que se considera información relativa a una patología e información de las consecuencias jurídicas derivadas de esta, y su posible cesión entre los sujetos que intervienen directa o indirectamente en la vigilancia y/o gestión de la incapacidad temporal de un trabajador y, en tercer lugar, el aumento de la consideración, por opiniones doctrinales solventes, de la intervención del detective privado en el procedimiento laboral, además de como testigo, como perito, ya sea de forma simultánea o independiente, teniendo este aspecto consecuencias muy importantes ante la posible materialización de un recurso con la finalidad de revisar el supuesto planteado, estando en juego su admisibilidad o no.

Con el objetivo de valorarlos y realizar propuestas en cuanto a los aspectos no reglamentados o controvertidos apuntados, se realiza previamente un análisis de la figura del detective privado, delimitando sus principales características, requisitos de actuación y competencias teniendo en cuenta su vigente regulación, en la que, si bien hasta el momento esta profesión es accesoría,

² Resuelve la primera de ellas que «(...) *se identifica como violación del derecho a la tutela judicial efectiva, no la transgresión de una norma procesal o la aplicación de una norma procesal contraria a la Constitución, sino la inaplicación o aplicación defectuosa de las normas sustantivas que, a juicio del recurrente, deberían haber servido para determinar el quantum de la deuda (...)*», y la segunda que este derecho fundamental «(...) *no faculta para exigir la admisión judicial de cualesquiera pruebas que puedan las partes proponer, sino para la recepción y práctica de las que sean pertinentes, correspondiendo el juicio sobre la pertinencia de las pruebas al juzgador ordinario (...)*, el cual, como es obvio, habrá de llevarlo a cabo de acuerdo con el carácter fundamental que a este derecho otorga la Constitución y explicitarlo por exigencia no solo de las leyes procesales, sino por exigencia de la norma constitucional pues de otro modo, se haría imposible la protección del derecho fundamental en sucesivas instancias y, en último término, en esta jurisdicción constitucional (...)».

³ Entre otros, el artículo 90.2 de la LJS que establece el límite de inadmisibilidad de las «(...) *pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas*», incorporando la doctrina establecida en sentencias analizadas en el epígrafe II.3.2 de este estudio. Véase MARÍN ALONSO, I.: «La práctica de la prueba en materia de derechos fundamentales tras la Ley de la Jurisdicción Social», *Relaciones Laborales*, 2012, n.º 21, pág. 12.

en breve cambiará adquiriendo mayor protagonismo pues en la actualidad se está tramitando una nueva norma de seguridad privada, habiéndose aprobado recientemente el Proyecto de Ley el 18 de junio de 2013⁴. Este reconoce la insuficiencia de la regulación actual en cuanto a los detectives privados, debido a su inserción tangencial, declarando que uno de sus objetivos fundamentales es «(...) *la regulación de las actividades y el personal de investigación privada (...), abandonando la presencia colateral que tiene en la vigente normativa, [afrentando] (...) de manera decidida y completa, en lo que le corresponde, la definición de su contenido, perfiles, limitaciones y características de quienes, convenientemente formados y habilitados, la desarrollan (...)*», y completando las numerosas lagunas y carencias, que se constatan en las modificaciones que se han tenido que realizar de la normativa durante todos estos años, en cuestiones como la utilización de los cambios tecnológicos que condicionan la prestación de seguridad.

II. EL DETECTIVE PRIVADO

1. NORMATIVA REGULADORA

El estudio de la normativa reguladora vigente de los detectives privados debe partir de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada. Siguiendo su exposición de motivos, los servicios privados de seguridad están considerados «(...) *como servicios complementarios y subordinados respecto a los de la seguridad pública*», incluidos en la misma, debiendo, en consecuencia, determinar «(...) *un conjunto de controles e intervenciones administrativas que condicionan el ejercicio de las actividades de seguridad por los particulares (...)*».

Se trata de una actividad que, desde sus inicios, se ha ido insertando y desarrollando en todos los ámbitos de la sociedad, crecimiento que, con el transcurso de los años, dio lugar a la aparición de problemas, citando, a modo de ejemplo, el intrusismo, las irregularidades en su funcionamiento, la comisión de numerosas infracciones con los consiguientes problemas de tipificación, así como la ausencia sobrevenida de requisitos esenciales, evidenciando, en consecuencia, la necesidad de una regulación.

Las actividades de seguridad privada se pueden definir como «(...) *la prestación por personas, físicas o jurídicas privadas, de servicios de vigilancia y seguridad de personas o bienes (...)*», pudiendo ser desempeñadas únicamente por las empresas de seguridad y el personal de seguridad privada, en el que están integrados, entre otros, los detectives privados (art. 1.1 y 2 LSP).

El Tribunal Constitucional ha interpretado que la expresión «seguridad privada» «(...) *no aparece mencionada en la Constitución ni en los Estatutos de Autonomía (...)* [siendo] (...) *posible aceptar, de partida, que la prestación por personas privadas de servicios de protección*

⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados de 21 de junio (n.º 50-1).

de personas y bienes sea considerada como actividad en cierto modo complementaria y subordinada respecto de las de seguridad pública (art. 1 de la Ley 23/1992)». Ahora bien, «(...) ese carácter complementario y accesorio permite entender que las actividades de seguridad privada no forman parte del núcleo esencial de la seguridad pública, [confirmando] (...) este criterio que los agentes de seguridad privada no forman parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, sino que solo deben estar habilitados para realizar sus funciones (...)» [STC 154/2005, de 9 de junio (rec. 1903/1995)].

Por lo que se refiere a los detectives privados, señala la exposición de motivos de la LSP que los problemas hasta su aprobación se centraban en la insuficiencia de la normativa vigente en su regulación, en la determinación de controles o intervenciones de la Administración y en la sistemática legislativa. Reconociendo la evidente especificidad de esta profesión, se estima que existen razones que justifican su regulación en una norma de seguridad privada⁵, pues se tienen que resolver con urgencia los problemas apuntados, pudiendo incluirse en ella al tratarse de un sector cuyo ámbito de actuación es parcialmente común con el de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, lo que permite y aconseja que sean, asimismo, idénticos los mecanismos de coordinación subordinada y de intervención de los servicios policiales.

Hasta la LSP, esta profesión carecía de un marco normativo de rango legal, debiendo citar como norma aplicable la Orden de 7 de marzo de 1972⁶, por la que se regulaba la organización y funcionamiento de agencias privadas de investigación, derogada posteriormente por la Orden de 20 de enero de 1981 por la que se regula la profesión de detectives privados⁷, en la que se concre-

⁵ Así lo estima también la STS (Contencioso-Administrativo) de 19 de febrero de 2008 (rec. 167/1995) al señalar, en cuanto a la actividad de los detectives, que «(...) no puede concebirse esta seguridad privada como una actividad distinta, desgajada e independiente de la seguridad (...)». Discrepa GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, pues, a su juicio, debería tener su propia norma reguladora específica, porque «(...) sus funciones difieren, en gran medida, de las del resto del personal de seguridad privada (...) que tiene cada uno, su propio cometido específico (...) [siendo] las funciones de los detectives (...) las que más se distinguen de todas». En «Aspectos jurídicos de la investigación privada», *Quadernos de Criminología: revista de Criminología y Ciencias Forenses*, 2009, n.º 7, pág. 15.

⁶ Con anterioridad a esta norma, las agencias privadas de investigación funcionaban legalmente autorizadas por la Orden de 17 de enero de 1931. Estaban encuadradas en el Sindicato Nacional de Actividades Diversas, señalando la Orden de 7 de marzo de 1972 que, en la medida en que «(...) sus servicios se han visto particularmente favorecidos por el público (...)», su organización ha quedado desfasada, precisando «(...) de una reforma que las ajuste a las circunstancias actuales y, sobre todo, regule clara y sistemáticamente sus relaciones con los distintos servicios policiales (...)».

⁷ Carece de naturaleza de reglamento general pues se trata de «(...) una reglamentación particular, referida a una competencia propia del Ministerio del Interior, cuya potestad genérica se fundamenta en el artículo 13-3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y la específica, en cuanto habilitación para su ejercicio sobre la materia regulada en aquel, en la atribución de la competencia exclusiva sobre seguridad pública al Estado por el artículo 149-1-29 de la Constitución, entendida en el amplio sentido con que se manifiesta en su artículo 104, es decir, como protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y garantía de la seguridad ciudadana, cuestiones sobre las que puede incidir la actividad de los Detectives Privados» [SSTS (Contencioso-Administrativo) de 20 de diciembre de 1988 y 1 de julio de 1996 (rec. 12129/1991)]. Está complementada por la Resolución de 11 de mayo de 1981, que contenía las normas de ejecución.

taban, entre otros, los requisitos de acceso (art. 1), la necesidad de licencia (art. 2), su ámbito de actuación (art. 8), las obligaciones en el desempeño de su profesión –secreto de las investigaciones que realicen, libro registro en el que consten los informes orales y escritos– (arts. 9 y 10) o los procedimientos de sanción, suspensión y revocación de la licencia o autorización (arts. 12 y 13).

Esta carencia es la que hizo que el artículo 12⁸ de esta última fuera declarado nulo por la STC 61/1990, de 29 de marzo (rec. 370/1988), al incumplir el principio de legalidad del artículo 25.1 de la CE que, como ya había resuelto en otras ocasiones⁹, comprende una doble garantía, la primera, de orden material y alcance absoluto, aplicable al ámbito penal y al administrativo, que supone «(...) *la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción (...)*», y la segunda, «(...) *de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal, interpretando así los términos "legislación vigente" del artículo 25.1 de la CE, sin admitir, salvo casos o hipótesis de normas preconstitucionales, la remisión al Reglamento (...)*».

Aplicada esta jurisprudencia al supuesto planteado, se resolvió que se trata de una «(...) *Orden carente de cobertura legal mínima, incluso desde la perspectiva de las relaciones de sujeción especial que, en principio, hay que admitir existentes entre Administración y demandante, debido a la licencia que este había obtenido de aquella para ejercer su actividad profesional de detective privado y sin la cual no podría hacerlo*». En este sentido, «(...) *el artículo 12 de la citada Orden no satisface en absoluto la exigencia del artículo 25.1 de la CE, ni en su aspecto formal, ni en el material o sustantivo (...)*», no sirviendo como argumento para establecer la

⁸ «*El incumplimiento de lo dispuesto en la presente orden podrá ser sancionado por la Dirección General de la Policía, atendida su gravedad o trascendencia, con apercibimiento, suspensión de la licencia o de la autorización y revocación de las mismas. Dichas sanciones serán aplicables a los detectives privados y, en su caso, a los auxiliares, mediante la instrucción de expediente acreditativo de los hechos, con audiencia del interesado y posibilidad de aportación de las pruebas que el mismo proponga en su defensa. (...) La imposición de las sanciones de suspensión o revocación determinará la correspondiente retención o retirada de la tarjeta de identidad profesional y anotación en el registro a que se refiere el artículo anterior*». La pretensión de que se declarara nula toda la orden, así como de la normativa precedente, y con ello los requisitos que se establecían en relación con la profesión de detective privado, no prosperó puesto que «*se trataba de una reglamentación particular, referida a una competencia propia del Ministerio del Interior, cuya potestad genérica se fundamenta en el artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y la específica, en cuanto habilitación para su ejercicio sobre la materia regulada en aquel, en la atribución de la competencia exclusiva sobre seguridad pública al Estado por el artículo 149.1.29 de la Constitución, entendida en el amplio sentido con que se manifiesta en su artículo 104, es decir, como protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y garantía de la seguridad ciudadana, cuestiones sobre las que puede incidir la actividad de los Detectives Privados*» [SSTS (Contencioso-Administrativo) de 20 de diciembre de 1988 (RJ 1988\9416) y de 1 de julio de 1996 (rec. 12129/1991)].

⁹ Véanse en este sentido, entre otras, SSTC 8/1981, de 30 de marzo (rec. 57/1984), 159/1986, de 16 de diciembre (rec. 57/1984) y 2/1987, de 21 de enero (rec. 940/1985).

cobertura la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959¹⁰ o la peculiar relación del recurrente con la Administración para entender relativizado el requisito de la cobertura por ley, pues una «(...) cosa es, en efecto, que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad (...). Asimismo, dicha norma «(...) se limita a establecer una enumeración de posibles sanciones (apercibimiento o suspensión o revocación de la licencia), sin referencia precisa a las conductas, sino a una formulación vaga de lo dispuesto en la Orden, cuyo incumplimiento podrá ser sancionado, atendida su gravedad o trascendencia (...)».

La aprobación de la LSP, y su posterior desarrollo reglamentario realizado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 diciembre, supuso la derogación de la normativa precedente señalada y la determinación, por primera vez, de un marco normativo con rango de ley a esta figura. Ante necesidad de concretar diversos aspectos del RSP¹¹, se aprobó la Orden de 7 de julio de 1995, que actualmente está derogada por la Orden INT/318/2011, de 1 de febrero, sobre personal de seguridad privada.

A nivel de las comunidades autónomas, Cataluña y el País Vasco son las únicas que han establecido una regulación con fundamento en la disposición adicional cuarta de la LSP, que prevé que las comunidades autónomas con competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento del orden público podrán desarrollar «(...) las facultades de autorización, inspección y sanción de las empresas de seguridad que tengan su domicilio social (...)» en el territorio de estas y su ámbito de actuación a este limitado. Asimismo, dispone que también les corresponderá denunciar y poner en conocimiento de las autoridades competentes las infracciones cometidas por las empresas de seguridad que no tengan su domicilio social en la comunidad autónoma o que tengan un ámbito de actuación superior a su territorio. Esa competencia se ejerce también en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, que atribuye la consideración de autoridad y, con ello, la posibilidad de imponer sanciones y otras medidas correspondientes a las comunidades autónomas con competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana.

¹⁰ Concreta la sentencia que «(...) la referencia, por lo demás, a esta norma, solo se ha hecho por este Tribunal en un caso especial, resuelto por la STC 3/1988, de 21 de enero (rec. 926/1984), que declaró constitucional el Real Decreto-ley 3/1979, que tipificaba infracciones por incumplimiento genérico de normas de seguridad impuestas reglamentariamente, si bien preciso es reconocer que debido a que dicho Real Decreto-ley se remitía expresamente a la legislación general de orden público (...)».

¹¹ Específicamente son, los requisitos que han de reunir para su autorización los centros de formación, y los profesores para su acreditación, determinándose los módulos de formación, completándose la regulación sobre titulaciones y diplomas, las características y la regulación de las pruebas necesarias para la obtención de las tarjetas de identidad profesional de las distintas especialidades de personal de seguridad privada, de las cartillas profesionales y de las cartillas de tiro, y se complementan las normas reglamentarias relativas al ejercicio de las funciones del personal de seguridad privada, especialmente de los vigilantes de seguridad, describiendo su uniformidad, armamento, distintivos y medios de defensa.

En concreto, la primera de ellas aprobó el Decreto 272/1995, de 28 de septiembre, de regulación del ejercicio de competencias en materia de seguridad privada¹², incluyendo en su ámbito de aplicación a los detectives privados [art. 2 d)], y la segunda el Decreto 309/1996, de 24 de diciembre¹³, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de seguridad privada, que incluye en su ámbito de aplicación a los detectives privados.

El resto de normas existentes a nivel de comunidad autónoma han consistido simplemente en la creación de colegios profesionales, aspecto al que se hará referencia posteriormente¹⁴.

No quiero finalizar este apartado sin hacer referencia a la norma que en los próximos meses determinará el nuevo marco normativo regulador de la seguridad privada y también de los detectives privados, habiéndose aprobado recientemente el Proyecto de Ley el 18 de junio de 2013. Esta norma derogará prácticamente la mayoría de las normas señaladas en los párrafos anteriores, siendo muy importante para la profesión de detective privado puesto que estima que se debe dar solución con ella a los problemas de funcionamiento detectados durante estos años debido a las numerosas lagunas y carencias en su regulación, lo que se demuestra en las modificaciones que se tuvieron que ir realizando, abordando aspectos como la utilización de los sistemas de innovación tecnológica que condicionan la prestación de seguridad.

Reconociendo, como se ha apuntado brevemente con anterioridad, la insuficiencia de regulación en cuanto a los detectives privados, debido a su inserción tangencial en la LSP, declara que uno de sus elementos fundamentales es «(...) *la regulación de las actividades y el personal de investigación privada (...) abandonando la presencia colateral que tiene en la vigente normativa, [afrontando] (...) de manera decidida y completa, en lo que le corresponde, la definición de su contenido, perfiles, limitaciones y características de quienes, convenientemente formados y habilitados, la desarrollan (...)*». Destaca la caracterización como agente de la autoridad por el artículo 31, desde el momento en que «(...) *se considerarán agresiones y desobediencias a agentes de la autoridad las que se cometan contra el personal de seguridad privada debidamente identificado con ocasión o como consecuencia del ejercicio de sus funciones*»¹⁵, y el incremento de control a

¹² Se debe citar también el Decreto 233/1998, de 30 de julio, por el que se crea el Consejo de coordinación de la seguridad privada, teniendo la finalidad «(...) *como órgano de carácter consultivo, (...) promover la coordinación de los sectores implicados en esta materia en el ámbito de Cataluña*» (art. 1.1), estando en su composición integrado un representante de las asociaciones o federaciones de detectives privados de Cataluña [art. 3.1 h)].

¹³ Complementada con el Decreto 382/2013, de 9 de julio, de coordinación de la seguridad privada, que tiene por objeto regular la Comisión Mixta de Coordinación de la Seguridad Privada de Euskadi, existiendo en su composición un vocal en representación de los detectives privados.

¹⁴ Véase *infra* nota al pie n.º 27.

¹⁵ El personal de seguridad privada está definido en el artículo 2.7 como «*las personas físicas que, habiendo obtenido la correspondiente habilitación, desarrollan funciones de seguridad privada*», y se entiende por esta en el apartado 1 del mismo precepto «*el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma voluntaria u obligatoria, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestados por empresas*».

las agencias de detectives, estableciendo, entre otros aspectos, la necesidad de formalizar un contrato por cada servicio de investigación encargado, debiendo comunicar su celebración al Ministerio del Interior o al órgano autonómico competente [art. 25.1 a)], así como presentar una memoria anual de actividades del año precedente [art. 25.1 i)] o elaborar un informe, a disposición en todo momento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y autoridades judiciales, en el que se haga constar expresamente los datos de la persona que encarga y contrata el servicio¹⁶, el objeto de la contratación, los medios utilizados y los resultados obtenidos, entre otros aspectos (art. 49).

2. CONCEPTO, REQUISITOS Y ÁMBITO DE ACTUACIÓN

No existe en la normativa vigente que se ha señalado en el apartado anterior una definición de lo que es un detective privado, siendo la doctrina la que ha señalado, en este sentido, algunas, bastante similares entre ellas, concibiéndolo como «(...) *profesionales que se dedican a la investigación de asuntos por mandato expreso de un sujeto particular*»¹⁷, «(...) *aquella persona física legalmente capacitada que realiza investigaciones de carácter confidencial para personas físicas o jurídicas (...), [en suma], un profesional cualificado para la obtención de datos y pruebas de interés que aportará y ratificarán los tribunales (...)*»¹⁸ o profesionales que llevan a cabo actividades y servicios de seguridad privada, controlados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad pública¹⁹.

En el Proyecto de Ley de Seguridad Privada se contiene una definición de lo que son los despachos de detectives privados, puesto que el artículo 38.7 determina la necesidad de que ejerzan sus funciones a través de ellos, señalando que son «(...) *las oficinas constituidas por uno o más detectives privados que prestan servicios de investigación privada*» (art. 2.10), complementándose con el artículo 37.1 en el sentido de que los detectives privados son los que se encargan «(...) *de la ejecución personal de los servicios de investigación privada (...)*», entendiéndose por estos servicios, siguiendo el artículo 48.1, los que consisten «(...) *en la realización de las averiguaciones que resulten necesarias para la obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados relacionados con los siguientes aspectos:*

de seguridad, despachos de detectives privados y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades».

¹⁶ Este aspecto es uno de los más polémicos, habiéndose añadido en la tramitación parlamentaria la aclaración de que no se tienen que hacer constar en el informe datos de carácter personal especialmente protegidos. Véase *Cuadernos de Seguridad Privada*, 2013, n.º 280, págs. 10 y 11.

¹⁷ FORASTER I SERRA, M.: «Regulación legal de la profesión de detective privado», *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, 1989, n.º 63, pág. 2.

¹⁸ LOZANO SALAMANCA, I.: «Normativa jurídica del detective privado», *Diario La Ley*, 2008, n.º 6879, págs. 1 y 2.

¹⁹ PÉREZ HERNÁNDEZ, E.: «La constitucionalidad de las pruebas aportadas por los detectives», *Revista del Poder Judicial*, 1994, n.º 35, pág. 3.

- a) *Los relativos al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados.*
- b) *La obtención de información tendente a garantizar el normal desarrollo de las actividades que tengan lugar en ferias, hoteles, exposiciones, espectáculos, certámenes, convenciones, grandes superficies comerciales, locales públicos de gran concurrencia o ámbitos análogos.*
- c) *La realización de averiguaciones y la obtención de información y pruebas relativas a delitos solo perseguibles a instancia de parte por encargo de los sujetos legitimados en el proceso penal».*

Un punto que en todo momento quiere la normativa dejar claro es la distinción entre el detective privado y el vigilante de seguridad, señalando la imposibilidad de prestar el primero servicios correspondientes al segundo, a los jefes de seguridad, a los escoltas privados y a los guardas particulares del campo (art. 19.2 LSP), con la excepción que se señalará posteriormente. Así ha sido aplicado por los tribunales, resolviendo que la actividad del detective «(...) no conlleva un riesgo especial para quien la ejerce (...)», tratándose de «(...) colectivos profesionales con un régimen jurídico distinto y un ámbito de funciones no coincidente, al que va anudada una normativa igualmente diferente, señaladamente por lo que respecta al uso de armas y las licencias que lo habilitan (...)» [SSTS (Contencioso-Administrativo) de 19 de abril de 2006 (rec. 520/2003) y 20 de septiembre de 2010 (rec. 4554/2006)]²⁰.

Por lo que se refiere a las caracterizaciones, el detective privado no tiene la consideración, al menos por el momento²¹, de agente de la autoridad. Si bien han existido reivindicaciones en este sentido, no han prosperado porque se ha resuelto que «los agentes de la autoridad son las personas que, por disposición legal o nombramiento de quien para ello es competente, se hallan encargados del mantenimiento del orden público y de la seguridad de las personas y de las cosas, cometido reservado fundamentalmente a los Cuerpos de Seguridad del Estado (en su caso también las Policías Municipales y Autonómicas)», no existiendo norma de ese rango que le atribuya esa condición [SSTS (Penal) de 18 de noviembre de 1992 (rec. 6064/1989) y 8 de octubre de 1993 (rec. 2804/1991)].

Los requisitos fijados en la normativa para poder actuar como detective privado se encuentran determinados en el artículo 10 de la LSP, como personal integrado en la seguridad privada, seña-

²⁰ Señala GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ que trata de una cuestión criticable puesto que entre los requisitos para ser detective está el de poseer «la aptitud física y la capacidad psíquica necesarias», siendo tal acreditación, atendiendo a la Orden de 7 de julio de 1995, la misma que para la emisión de los informes de aptitud necesarios a efectos de la concesión de licencias de armas (disp. trans. segunda). En «Aspectos jurídicos de la investigación privada...» *op. cit.*, pág. 15.

²¹ Véase *supra* epígrafe II.1 en el que se señala que el Proyecto de Ley recoge la posibilidad en el artículo 31 de que sean considerados agentes de autoridad en relación con agresiones o desobediencias que se produzcan.

lando la necesidad de contar con la habilitación o reconocimiento expedido por el Ministerio del Interior²², exigiéndose para el otorgamiento de la misma lo dispuesto en el apartado segundo del aludido precepto, complementado por los artículos 52.7, 53 y 54.5 del RSP. Estos «(...) *regulan actuaciones administrativas que no constituyen actividad propiamente policial, ni actuaciones administrativas inherentes a lo policial, ya que es obvio que el contenido y finalidad de estos artículos se dirigen, simplemente, a la obtención de una habilitación como personal de seguridad privada y de un diploma de detective privado, actividades independientes y separadas (...) de la propiamente policial (...)*» [STC 154/2005, de 9 de junio (rec. 1903/1995)].

En suma, son los siguientes:

- a) Tener la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- b) Ser mayor de edad y no haber alcanzado, en su caso, la edad que se determine reglamentariamente.
- c) Poseer la aptitud física y la capacidad psíquica necesarias para el ejercicio de las funciones.
- d) Superar las pruebas oportunas que acrediten los conocimientos y la capacidad necesarios para el ejercicio de sus funciones. Los tribunales han advertido que este requisito es solo para el «acceso» a la profesión, declarando que la tipificación como infracción grave del artículo 149.5 del RSP, en relación con la necesidad de superar «(...) *los correspondientes cursos de actualización y especialización con la periodicidad establecida (...)*», es ilegal puesto que se trata de «(...) *una regulación innovadora e independiente ajena a las previsiones legales [habiendo creado] (...) "ex novo" un ilícito administrativo desconectado de lo dispuesto en la Ley (...)*» [STS (Contencioso-Administrativo) de 15 de enero de 2009 (rec. 1/2008)].
- e) Carecer de antecedentes penales. En el supuesto de producirse una condena penal, es irrelevante que los hechos que la motivaron guarden relación directa con el ejercicio de la actividad de detective privado, puesto que la normativa no rea-

²² La extinción contractual de un trabajador, cuya contratación se realiza con posterioridad a la entrada en vigor de esta normativa sin la correspondiente habilitación, supeditada, mediante la inclusión de una cláusula en el contrato, a que la obtenga, no es un despido objetivo por ineptitud sobrevenida sino improcedente porque la empresa conocía en el momento de la contratación que no se daban los requisitos legales para la prestación de servicios, intentando eludir «(...) *la aplicación de esta norma mediante la suscripción de una cláusula que le permite extinguir libremente el contrato por la falta de un requisito que era inexistente en el momento mismo de su celebración*» [STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 2005 (rec. 2635/2005)].

Un ejemplo de imputación de responsabilidad administrativa por realizar actividades de investigación privada (seguimiento de personas particulares sobre sus actividades, con observación de movimientos desde los alrededores del local en que la persona vigilada se encuentra) sin contar con la correspondiente autorización en la SAN (Contencioso-Administrativo) de 17 de septiembre de 1999 (rec. 2940/1996).

- liza «(...) *distinción alguna [y se refiere] en general a todo tipo de antecedentes penales, [con independencia de que sean] hechos cometidos en el ejercicio de dicha profesión (...)*» [STS (Contencioso-Administrativo) de 22 de enero de 2010 (rec. 7075/2005)].
- f) No haber sido sancionado en los dos o cuatro años anteriores por infracción grave o muy grave, respectivamente, en materia de seguridad privada.
 - g) No haber sido separado del servicio en las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ni haber ejercido funciones de control en las entidades, servicios o actuaciones de seguridad, vigilancia o investigación privadas, ni de su personal o medios, como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en los dos años anteriores.
 - h) No haber sido condenado por intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, del secreto de las comunicaciones o de otros derechos fundamentales, en los cinco años anteriores a la solicitud.
 - i) Estar en posesión del título de Bachiller, de Técnico Superior, de Técnico en las profesiones que se determinen, u otros equivalentes a efectos profesionales, o superiores.
 - j) Estar en posesión de diploma de detective privado, reconocido a estos efectos por el Ministerio del Interior y obtenido después de cursar las enseñanzas programadas y de superar las correspondientes pruebas²³. Este aspecto se especifica en el artículo 5.3 de la Orden INT/318/2011, de 1 de febrero, sobre personal de seguridad privada, debiendo incluir, como mínimo, 1.080 horas lectivas, desarrolladas, al menos, durante tres cursos lectivos, siendo programadas e impartidas en Institutos de Criminología o en otros centros oficiales adecuados y habilitados por el

²³ Se debe considerar válido el diploma de aptitud emitido de acuerdo a la legislación reguladora existente con anterioridad, teniendo un plazo de un año contado a partir del 7 de julio de 1995, fecha de entrada en vigor de la orden que da cumplimiento a diversos aspectos del Reglamento de Seguridad Privada, para solicitar el canje de sus títulos-nombramientos, licencias, tarjetas de identidad o acreditaciones por las tarjetas de identidad profesional [STSJ (Contencioso-Administrativo) de Madrid de 30 de diciembre de 2002 (rec. 1632/1997)]. El Proyecto de Ley de Seguridad Privada da cabida, junto al actual sistema de acceso a la profesión a través exclusivamente del Ministerio del Interior, a otras posibilidades de acceso mediante el sistema que determine el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, al contemplarse la posibilidad de una formación profesional reglada o de grado universitario para el acceso a las diferentes profesiones de seguridad privada, o de los correspondientes certificados de profesionalidad del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Así, el artículo 29.1 determina que la formación requerida para el personal de seguridad privada consistirá: «c) *Para los detectives privados, en la obtención bien de un título universitario de grado en el ámbito de la investigación privada que acredite la adquisición de las competencias que se determinen, o bien de del título del curso de investigación privada, reconocido por el Ministerio del Interior*».

Ministerio de Educación²⁴, complementándose con el Anexo III de la Resolución del Ministerio de Interior de 12 de noviembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se determinan los programas de formación del personal de seguridad privada.

Una vez obtenida la habilitación, se deben inscribir en el Registro de detectives privados de la Dirección General de la Policía, «(...) en el que, con el número de orden de inscripción, figurará su nombre y apellidos, domicilio social y, en su caso, detectives asociados o dependientes, (...) así como el nombre comercial que utilicen», no pudiendo realizarse publicidad de la actividad mientras no se haya realizado (art. 104 RSP).

En ningún caso serán habilitados para detective privado «(...) los funcionarios de cualquiera de las Administraciones Públicas en activo en el momento de la solicitud o durante los dos años anteriores a la misma» (art. 20 LSP), incompatibilidad que rige no solo en el momento de la solicitud sino de forma permanente [STSJ (Contencioso-Administrativo) de Madrid de 16 de febrero de 2006 (rec. 66/2002)]. Esta previsión no debe interpretarse en el sentido de que las Administraciones públicas no pueden celebrar contratos de servicios con las empresas de seguridad privada, implantar servicios o sistemas de seguridad en empresas, entidades u organismos públicos –con específica mención, a empresas, entidades u organismos públicos dependientes de la Administración local–, establecer departamentos de seguridad privada en entidades públicas, ser responsables de infracciones de la normativa sobre seguridad privada o la peculiaridad de que el servicio de seguridad privada se preste con armas en centros y establecimientos militares y demás dependientes del Ministerio de Defensa [STSJ (Contencioso-Administrativo) de Andalucía/Sevilla, de 20 de marzo de 2003 (rec. 2815/1998)].

Los requisitos se tienen que reunir en todo momento, puesto que la pérdida de alguno conlleva la cancelación de la habilitación (art. 10.5 LSP).

Asimismo, la inactividad por tiempo superior a dos años supondrá el sometimiento a nuevas pruebas para poder desempeñar las funciones que le son propias (arts. 10.6 LSP y 64.2 RSP) que consistirán en «(...) la acreditación de los requisitos a que se refiere el apartado 3 del artículo

²⁴ Añade el apartado 5 de este precepto que «en el supuesto de que los estudios de detective privado formen parte de un programa de estudios de superior nivel académico, su contenido didáctico y horas lectivas deberán estar claramente diferenciados de este y expedirse, en todo caso, por los institutos o centros oficiales, el diploma específico de detective privado». Asimismo, en el caso de nacionales de Estados miembros que pretendan el reconocimiento de la cualificación para ejercer en España la profesión de detective privado, antes de obtener el mismo, y a los efectos de su acreditación profesional en nuestro país, deben realizar, en todo caso, una prueba específica, basada en un programa que verse sobre el derecho positivo español que seguirá las directrices del Anexo III de la Resolución de 12 de noviembre de 2012. Véase en este sentido la Orden INT/2850/2011, de 11 de octubre, por la que se regula el reconocimiento de las cualificaciones profesionales para el ejercicio de las profesiones y actividades relativas al sector de seguridad privada a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

10 de la Ley de Seguridad Privada, así como la superación de las pruebas específicas que para este supuesto se determinen por el Ministerio del Interior»²⁵.

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Interior ha interpretado sobre esta materia lo siguiente²⁶:

- a) Que *«(...) la norma no atribuye a la inactividad del personal de seguridad privada la consecuencia formal de la inhabilitación, sino la necesidad material de su sometimiento a nuevas pruebas, con el doble objetivo de que se acredite la capacidad física y psíquica y de que se actualice la formación precisa para el ejercicio de las funciones propias de seguridad».*
- b) En el supuesto especial de que una misma persona esté en posesión de varias habilitaciones a la vez, únicamente se produce esta cancelación *«(...) cuando no se hayan realizado funciones de seguridad de ningún tipo durante el plazo de dos años (...)»*, entendiéndose que *«(...) el desempeño de una actividad en ejercicio de funciones de seguridad tiene trascendencia para las otras (...)».*
- c) El plazo de dos años de inactividad no es susceptible de interrupción.
- d) La obligación de demostrar la inactividad le corresponde a la Administración, no teniendo que hacerlo el personal de seguridad.
- e) Por último, en cuanto a la documentación y/o datos que ya estén en poder de la Administración, no está obligado a aportarlos de nuevo, puesto que *«(...) es deber de la Administración y correlativo derecho del ciudadano, abstenerse de pedir pruebas de requisitos no exigibles o contemplados en la norma, o cuyo conocimiento obra en su poder».*

Un último aspecto que se debe señalar en relación con los requisitos de esta profesión consiste en que existen comunidades autónomas²⁷ que, como se ha apuntado brevemente en el apartado

²⁵ Véase un supuesto en la STSJ de Aragón de 21 de mayo de 2001 (rec. 677/2000). El Proyecto de Ley de Seguridad Privada elimina cualquier regulación de este periodo, argumentando que dificultaba y ocasionaba problemas *«(...) para la normal reincorporación al sector del personal de seguridad privada (...)»* (Exposición de motivos).

²⁶ Consulta sobre pérdida de habilitación del personal de seguridad privada por inactividad superior a dos años y la posibilidad de modificar las Tarjetas de Identidad Profesional (TIP) extraída de <http://www.interior.gob.es/file/52/52732/52732.pdf> (7 de agosto de 2013).

²⁷ Es el caso de Cataluña (Ley 2/1999, de 30 de marzo), Comunidad Valenciana (Ley 6/2001, de 20 de junio), Galicia (Ley 1/2008, de 17 de abril) y Murcia (Ley 4/2002, de 22 de mayo). En algunas comunidades autónomas, como, por ejemplo, Andalucía o Madrid, se ha solicitado la creación del Colegio, habiéndose denegado con base en que el ejercicio de esta profesión no requiere acreditar un título académico oficial, no teniendo ese carácter la formación que imparten institutos y universidades, y que no se aprecia la existencia de un interés público en el sentido de una necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes, habiendo confirmado los tribunales la resolución administrativa denegatoria al no existir un derecho de los particulares a que se creen estos organismos

anterior, han creado colegios profesionales para esta profesión. Se ha de aclarar que, tratándose de una profesión en la que estos órganos no existen en todo el Estado, no es posible «(...) *conceder a los profesionales de tal Comunidad la posibilidad de establecer barreras de entrada artificiales (pagos por habilitación y visado de documentos) para los competidores residentes en otras zonas que, al haber superado las pruebas de aptitud exigidas, tienen la habilitación del Ministerio del Interior que establece el artículo 10 de la Ley 23/1992 de Seguridad Privada (...)*», no pudiendo añadir «*la mera colegiación (...) a los profesionales (...) ninguna capacitación adicional a la que poseen los residentes de otras Comunidades Autónomas en donde no se ve la necesidad de que la profesión de detective privado se considere profesión colegiada*» [Resolución de 24 de marzo de 2003 del Tribunal de Defensa de la Competencia (rec. 512/2002)].

En cuanto a las funciones que tienen atribuidas los detectives privados, están enumeradas en el artículo 19 de la LSP, teniendo en común que su ámbito de actuación es estrictamente privado, no relacionado con la seguridad pública, en el que juega un papel significativo el deber de confidencialidad que debe existir con el cliente [STS (Contencioso-Administrativo) de 19 de febrero de 2008 (rec. 167/1995)]. Específicamente son las siguientes:

- a) Obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados. El artículo 101.2 del RSP concreta que «(...) *se considerarán conductas o hechos privados los que afecten al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados*».

Esta especificación fue objeto de impugnación por entender que el desarrollo reglamentario se había extralimitado, unificando las figuras de «detective privado» e «investigador comercial y mercantil», puesto que son funciones de estos las de investigación dentro del ámbito económico, laboral, mercantil y financiero, mientras que la de los primeros siempre se ha reducido a lo estrictamente privado, como adulterios, infidelidades y, en general, delitos perseguibles solo a instancia de parte, debiendo diferenciarse las dos profesiones ya que así parece deducirse de la disposición transitoria cuarta de la LSP²⁸, al prever su homologación con la finalidad

[SSTSJ (Contencioso-Administrativo) de Madrid de 30 de junio de 2001 (rec. 1047/1998) y Andalucía 24 de febrero de 2012 (rec. 444/2012)], siendo simplemente «(...) *peticiones gratificables (...) no exigibles en cuanto derechos subjetivos*» [STS (Contencioso-Administrativo) de 14 de diciembre de 1998 (rec. 7250/1994)].

Un crítica en este sentido es la que realiza CARRASCO PERERA determinando que las razones que mueven a las comunidades autónomas a exigir la colegiación cuando no lo es a nivel estatal son «(...) *el deseo de administrar la profesión, de fijar precios, de poner coto a la competencia, de cobrar cuotas y disfrutar de ellas, de impedir el ejercicio libre, de consagrar una reserva de actividad, el goce que produce ser una corporación de Derecho público, la fruición de imponer disciplina a los demás (...)*». En «Comunidades autónomas y colegios profesionales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2003, n.º 574 (BIB 2003/91), págs. 1 a 3.

²⁸ «*Los detectives privados y los auxiliares de los mismos que, en la fecha de promulgación de la presente Ley, se encuentren acreditados como tales con arreglo a la legislación anterior y los investigadores o informadores que acrediten oficialmente el ejercicio profesional durante dos años con anterioridad a dicha fecha, podrán seguir de-*

de que los investigadores pudieran realizar las actividades de los detectives si se sometían al mismo.

Las SSTS (Contencioso-Administrativo) de 19 de febrero y 15 de octubre de 2008 (recs. 170/2005 y 157/1995) resolvieron que no se producía esta extralimitación porque la LSP no declara «(...) como figura independiente a los investigadores», sino que reconoce, por el contrario, «(...) con exclusividad a los detectives privados ("profesión de ya larga tradición en España y en general en los países occidentales"), superando su insuficiencia normativa», y establece «(...) para quienes, sin estar autorizados como detectives privados, venían actuando como Investigadores, un periodo de integración en la única figura que legalmente se reconocía (por ello la única mención a los Investigadores es la contenida en la Disposición Transitoria Cuarta de la LSP)»²⁹.

La aprobación de la LSP supone «(...) el reconocimiento y regulación –con nivel legal y exclusivo– de los detectives privados, y el establecimiento de un periodo de integración, en esta única figura en el ámbito de la investigación privada, de aquellas otras figuras y actuaciones que, al margen de cualquier control y regulación, venían interviniendo y subsistiendo profesionalmente». Por ello, el RSP lo que hace es unificar en el artículo 101 las funciones de los detectives privados, incluyendo las relativas a la investigación comercial y mercantil, de conformidad con lo realizado por el artículo 19 de la LSP, no produciéndose «(...) una extralimitación ni del espíritu de la LSP ni en concreto de su artículo 19, ya que (...) el sentido de esta norma legal no era permitir la continuidad de la actuación de los Investigadores sino unificar la investigación privada en la figura de los Detectives Privados, [confirmándose todo ello] (...) por el sentido y contenido de la Disposición Transitoria Cuarta (única norma de la LSP que menciona a los Investigadores), que no pretende su diferenciación, sino, más al contrario, la homologación de los mismos (...)»³⁰.

sarrollando las mismas actividades hasta que transcurra un año desde la promulgación de las disposiciones de desarrollo reglamentario relativas a la habilitación para el ejercicio de la profesión de detective privado. A partir de dicho plazo, para poder ejercer las actividades previstas en el artículo 19.1 de la presente Ley, habrán de convalidar u obtener la habilitación necesaria con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley y en las indicadas disposiciones de desarrollo reglamentario».

²⁹ Un comentario a esta sentencia en IZQUIERDO CARRASCO, M.: «Seguridad privada», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2009, n.º 20, págs. 1 y ss.

³⁰ La forma de materializarse esa unificación se concretó en la disposición transitoria quinta de la Orden de 7 de julio de 1995, que señalaba que «los investigadores o informadores que acrediten oficialmente el ejercicio profesional durante dos años con anterioridad a la fecha de promulgación de la Ley 23/1992, mediante el alta durante dicho periodo, al menos, en la licencia fiscal o, en su caso, en el impuesto de actividades económicas, podrán seguir desarrollando las mismas actividades hasta que transcurra un año desde la fecha de promulgación de esta Orden.

Para poder ejercer las actividades previstas en el artículo 19.1 de la citada Ley, habrán de superar durante dicho año las pruebas de aptitud técnico-profesional que establezca la Secretaría de Estado de Interior, que se ajustarán al programa que asimismo se apruebe teniendo en cuenta la experiencia obtenida en el desarrollo anterior de sus funciones.

- b) Investigación de delitos perseguibles solo a instancia de parte por encargo de los legitimados en el proceso penal.
- c) Vigilancia en ferias, hoteles, exposiciones o ámbitos análogos, comprendiendo «(...) las grandes superficies comerciales y los locales públicos de gran concurrencia». El objetivo de esta referencia es la intervención de los detectives privados en lugares «(...) donde se prevé la presencia de numeroso público, con movimiento de personas, tratando más de controlar el acceso de estas y su comportamiento que no la protección de los bienes (...)», es decir, el ámbito de una feria u hotel «(...) viene configurado por la presencia de varias personas que se reúnen para un fin» [STSJ (Contencioso-Administrativo) de Madrid de 28 de febrero de 2000 (rec. 2283/1995)].

La normativa delimita también de forma negativa en qué ámbitos no pueden actuar, determinando lo siguiente:

- a) No pueden intervenir «(...) en la celebración de reuniones y manifestaciones ni en el desarrollo de conflictos políticos o laborales (...)», ni podrán ejercer «(...) ningún tipo de controles sobre opiniones políticas, sindicales o religiosas, o sobre la expresión de tales opiniones, ni crear o mantener bancos de datos con tal objeto (...)» (art. 3 LSP)³¹.
- b) No pueden prestar servicios propios de las empresas de seguridad (art. 19.2 LSP), con la única excepción de las labores de vigilancia a las que se ha hecho referencia anteriormente. En este sentido se ha señalado que en la vigilancia de bienes «(...) no se pretende controlar un número indeterminado de personas, y prevenir cualquier actuación indebida de las mismas, sino que lo que se pretende es que una persona concreta actúe contra los bienes que se tratan de proteger, sean estos muebles o inmuebles (...)», no pudiendo interferir en esta tarea un detective privado por aplicación de la exclusión que se ha apuntado, ya que «(...) la vigilancia de una caseta de información en una obra, sin otra función (...) que vigilar una

La superación de estas pruebas sustituirá al diploma de detective privado en los expedientes de habilitación para la obtención de la Tarjeta de identidad profesional de detective privado, debiendo reunir los restantes requisitos generales y específicos a que se refieren los artículos 53 y 54.5 c) del Reglamento de Seguridad Privada».

La STSJ (Contencioso-Administrativo) de Madrid de 15 de noviembre de 2008 (rec. 1110/2006) resolvió que habiendo la Administración puesto «(...) en marcha el procedimiento para la convocatoria de las pruebas técnico-profesionales para habilitar a los informadores e investigadores para el ejercicio de las funciones propias de los detectives privados, y poder obtener la tarjeta de identidad profesional de estos, [una vez transcurrido ese plazo no se] (...) puede pretender obtener la habilitación para el ejercicio de la profesión de detective privado al amparo de lo Disposición Transitoria cuarta de la Ley 23/92 (...)». Un ejemplo de imposición de una sanción a un investigador mercantil que actúa como detective privado, transcurrido el plazo fijado por la ley para la integración sin haberse sometido a las pruebas de aptitud en la SAN (Contencioso-Administrativo) de 16 de mayo de 2001 (rec. 1241/1999).

³¹ ALFONSO MELLADO, C. L.: «La prueba de detectives en el proceso laboral», en AA.VV. (dir. CERVELLÓ DONDERIS, V. y ANTÓN BARBERÁ, F.): *Estudios sobre Ciencias de la Seguridad. Policía y seguridad en el Estado de Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 811.

maqueta y el material de oficina, no puede entenderse que sea un ámbito análogo a una feria o exposición, sino que lo que se pretende es la protección y vigilancia de unos bienes concretos (...)» [STSJ (Contencioso-Administrativo) de Madrid de 28 de febrero de 2000 (rec. 2283/1995)].

- c) Tienen excluida la posibilidad de ejercer las funciones atribuidas a vigilantes y jefes de seguridad, escoltas privados y guardas particulares de campos (art. 19.2 LSP).
- d) Asimismo, tampoco pueden realizar investigaciones sobre delitos perseguibles de oficio, debiendo en este caso 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 (art. 19.3 LSP).

Atendiendo a esas funciones, con carácter general, se ha señalado que «(...) *no se desprende que el ejercicio de tal profesión conlleve como regla o de principio la existencia de un riesgo especial para quien la ejerce*» [SSTS (Contencioso-Administrativo) de 19 de abril y 28 de junio de 2006 (recs. 520/2003 y 2088/2003) y 16 de octubre de 2009 (rec. 4838/2005)].

De las investigaciones que realicen deben guardar reserva, teniendo que facilitar «(...) *a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, que en cada caso sean competentes, la información contenida en los Libros-Registros (...)*» y presentar «(...) *cada año un informe sobre actividades al Ministerio de Interior (...)*», que contendrá la «(...) *relación de los contratos de prestación de los servicios de seguridad celebrados con terceros, con indicación de la persona con quien se contrató y de la naturaleza del servicio contratado, incluyéndose igualmente los demás aspectos relacionados con la seguridad pública (...)*» (art. 2.2 y 3 LSP), no entendiéndose esta «(...) *como el fundamento de un supuesto secreto profesional, sino como una más de las obligaciones y servidumbres profesionales que el legislador les impone a su actuación como complementaria y subordinada a la de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (...)*» [STS (Contencioso-Administrativo) de 19 de febrero de 2008 (rec. 167/1995)].

En el desempeño de sus funciones, deben ser objetivos e imparciales³², no actuando supeditados al encargo que se les realice, siendo esto mencionado expresamente en algunos pronunciamientos, estableciendo que quien elabora el informe «(...) *carece de interés subjetivo alguno en el procedimiento (...)*» [SSTSJ de Castilla-La Mancha de 10 de enero de 2013 (rec. 1729/2012) y de Galicia de 18 de enero de 2013 (rec. 5093/2012)]³³, no debiendo atribuirle, por ello, nin-

³² Apunta en este sentido LOZANO SALAMANCA que «(...) *prueba de su absoluta imparcialidad es que sus honorarios varían en función del tiempo empleado en la investigación, no en relación con el beneficio que obtenga el cliente (...)*». En «Normativa jurídica del detective privado...» *op. cit.*, pág. 5.

³³ En contra, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial (Civil) de Madrid de 6 de junio de 2012 (rec. 66/2012) resuelve que «(...) *el detective privado (...)* recoge las manifestaciones de otros ya conocidas en los autos, y las devuelve elaborando a partir de ellas sus deducciones propias, (...) *no aporta hechos (...)*».

gún tipo de presunción de certeza [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 16 de enero de 2013 (rec. 2132/2012)].

Para finalizar este apartado, no pueden utilizar los detectives privados 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 (art. 19.4 LSP), aspecto que se analizará detenidamente en el apartado siguiente en el que se analizan los límites de sus investigaciones.

3. EL CONTROL DE LOS TRABAJADORES POR EL EMPRESARIO

3.1. La legitimidad de la utilización de los detectives privados: el deber de buena fe

La relación laboral entre el empresario y el trabajador está presidida por un principio fundamental como es el de buena fe, estando específicamente recogido entre los deberes del trabajador en el artículo 5 a) del ET, que determina la necesidad de «*cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia*».

La buena fe, en su sentido objetivo, consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, estimando comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento. Su transgresión es «*(...) aquella actuación contraria a los esenciales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes, [siendo] el abuso de confianza (...) una modalidad de la trasgresión de la buena fe contractual que consiste en un mal uso o en un uso desviado por parte del trabajador de las facultades que se le confiaron con lesión o riesgo para los intereses de la empresa*» (SSTS de 26 de febrero 1991 y 4 de marzo de 1991).

De forma genérica está recogida en el artículo 1258 del CC en el sentido de que «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*», debiendo interpretarse que «*(...) la buena fe es un criterio objetivo, constituido por una serie de pautas coherentes con el comportamiento en las relaciones humanas y negociales, que en materia contractual no solo funciona como un canon hermenéutico de la voluntad reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, que actúa por vía dispositiva, a falta de pacto y abstracción hecha de la intención o de la voluntad de las partes, de tal forma que estas consecuencias que complementan el contrato encuentran su fundamento vinculante no solo en el mismo, en sus indicaciones explícitas o implícitas, sino en la norma o principio general de la buena fe*» [STS de 15 de junio 2009 (rec. 2660/2004)].

Trasladada al derecho laboral, la jurisprudencia ha interpretado que «(...) constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general de derecho, que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita, por ello, el ejercicio de los derechos subjetivos, con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben de cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual laboral impuesto por los artículos 5 a) y 20.2 del ET» (STS de 25 de junio de 1990), formando parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato.

Como consecuencia de este deber, el empresario tiene atribuida, como titular del poder de dirección y control, la facultad de «(...) adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (...)», pudiendo utilizar los mecanismos de vigilancia necesarios que permitan, en su caso, el ejercicio posterior de la potestad sancionadora³⁴, entre los que se encuentra el recurso a los detectives privados.

La jurisprudencia ha estimado, como ya se ha señalado anteriormente, que está considerado como un medio de prueba pertinente³⁵. Por ello, en principio, es una medida factible, señalando que es «(...) de habitual utilización ya y, en ocasiones, instrumento dotado de exclusividad para el eficaz control por el empresario del exacto cumplimiento de los deberes exigibles al trabajador (...)» (SSTS de 10 de febrero y 6 de noviembre de 1990), caracterizándolo como el único posible cuando el trabajador no presta servicios en dependencias de la empresa o se tienen que controlar actuaciones fuera de la misma [STS de 18 de julio de 1989 y STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2012 (rec. 5194/2011)].

Tomando como punto de partida este aspecto, no existiendo fijada una prohibición³⁶, la legalidad de la decisión de recurrir a un detective privado se supedita a que supere el denominado

³⁴ En este sentido, lo relevante es la pérdida de confianza por parte del empresario, no siendo preciso que los daños causados sean reales o cuantiosos, siendo suficiente que sean potenciales (por todas, STS de 8 de febrero de 1991). Véase asimismo la STS (UD) de 19 de julio de 2010 (rec. 2643/2009) que señala que la escasa importancia de los perjuicios o su inexistencia puede tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados.

³⁵ Véase *infra* apartado II.4 y *supra* apartados I y II.1.

³⁶ Señala SAN MARTÍN MAZZUCCONI que «(...) los detectives e investigadores privados constituyen un precedente de lo que hoy son las cámaras y los micrófonos como medio de vigilancia (...)», añadiendo, junto con SEMPERE NAVARRO, que «(...) aunque lo que no está prohibido está permitido, ello no significa que exista una libertad absoluta para el empresario a la hora de instalar y utilizar estos medios de control». En «Sobre nuevas tecnologías y relaciones laborales», *Aranzadi Social*, 2002, n.º 15, pág. 10 y «Detectives, nuevas tecnologías y derecho a la intimidad de los trabajadores», *Aranzadi Social*, 2007, n.º 81, pág. 4.

test de proporcionalidad, que exige que la medida adoptada por el empresario, luego empleada como medio de prueba en el proceso, cumpla los siguientes requisitos [STC 99/1994, de 11 de abril (rec. 797/1990), STC 6/1995, de 10 de enero (rec. 3208/1993), STC 136/1996, de 23 de julio (rec. 1793/1994), STC 98/2000, de 10 de abril (rec. 4015/1996) o STC 186/2000, de 11 de agosto (rec. 2662/1997)]:

- a) Que esté justificada, requiriendo, en consecuencia, que, previamente a la adopción de la decisión por el empresario de recurrir a un detective, deben existir indicios de incumplimientos, definiéndose como las *«señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto, lo que es diferente al significado del término sospechoso, que no es sino imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia»* [SSTS de 9 de febrero, 15 de abril y 23 de septiembre de 1996 (recs. 2429/1994, 1347/1995 y 657/1996)].

Ello supone que el empresario no puede adoptar la decisión de forma arbitraria, caprichosa, u ordenada con el ánimo de satisfacer su curiosidad, lo que ha sido interpretado como que debe tener *«(...) una fundada sospecha (...)»* (STS de 19 de julio de 1989). Se ha de señalar también que en su valoración se ha de atender a los hechos y circunstancias de cada caso, puesto que cualquier divergencia, aunque se trate de idénticos indicios, puede justificar que se adopten decisiones distintas [SSTS de 14 de junio de 2001 (rec. 1992/2000) y 5 de abril de 2011 (rec. 2599/2010)].

A modo de ejemplo, se ha señalado que esos indicios pueden ser fotografías publicadas en un medio informativo [STS (UD) de 21 de junio de 2012 (rec. 2194/2011)], que reflejan que los días en los que solicita un trabajador el crédito para actividades sindicales se dedicaban a otras tareas, demostrando *«(...) la empresa [que] no contrató a los detectives para vigilar al trabajador una vez que este solicitó los días para actividades sindicales, sino que el trabajador una vez que recibía la llamada del "cliente" haciéndole un pedido, es cuando solicitaba los días para actividades sindicales, por lo que la empresa ya tenía conocimiento de que ninguna actividad sindical iba a desarrollar el trabajador, simplemente necesitaba probarlo y es en este contexto –y no en otro– en el que ha de valorarse la prueba practicada»* [STSJ de Murcia de 22 de septiembre de 2003 (rec. 910/2003)]³⁷, la existencia de comentarios entre los trabajadores de la planti-

³⁷ En relación con la vigilancia por detectives de los representantes de los trabajadores, la jurisprudencia ha señalado que estos *«(...) tienen derecho a desempeñar sus funciones sin ser sometidos a vigilancia singular (...)»*, entendiéndose como esta la que *«(...) no están sometidos el resto de trabajadores (...)»*, puesto que este tipo de vigilancia puede restringir, aunque sea en pequeña medida, determinadas facultades del derecho al libre ejercicio del cargo (SSTS de 2 de noviembre de 1989, 10 de febrero de 1990 y 28 junio 1990).

Ahora bien, ello no significa que no se pueda acudir a la prueba de detectives, puesto que *«(...) solo constituye un obstáculo para el ejercicio de tales funciones en los supuestos de desproporción de la medida cuando se lleva a cabo con*

lla [STSJ de Baleares de 17 de octubre de 2008 (rec. 339/2008)], una disminución del rendimiento unido a «(...) *que ha llegado a oídos del personal de gerencia de la empresa que se está dedicando el trabajador a otra actividad*» [STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2010 (rec. 2676/2009)], que el empresario tenga una «*fundada sospecha (...) [al existir] una situación algo tensa derivada de una ruptura en las negociaciones de un convenio empresarial (...)*», notando que los trabajadores realizaban pocas notificaciones de sus actuaciones laborales (STS de 19 de julio de 1989), el «*atisbo de sospecha*» de que la trabajadora se apropiaba de dinero y mercancías [STSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canaria de 31 de octubre de 2005 (rec. 210/2005)], la realización por el trabajador de inspecciones ficticias de vehículos a cambio de compensación económica con base en que, atendiendo a los datos registrados en los ordenadores, las realizaba en menos de tres minutos [STSJ de Granada de 18 de noviembre de 2009 (rec. 2109/2009)], la carencia de material en el seguimiento de la gestión de residuos que realiza la empresa, así como la recepción de varias llamadas telefónicas que anónimamente denuncian conductas irregulares en las citadas instalaciones [STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de febrero de 2008 (rec. 228/2008)], la sospecha de que está trabajando en situación de incapacidad temporal [STSJ de Andalucía/Sevilla de 24 de mayo de 2012 (rec. 2453/2011)], una baja muy larga por una dolencia no grave [STSJ de Andalucía/Granada de 15 de julio de 2009 (rec. 1358/2009)], la existencia de quejas de los asociados y el excesivo consumo de una conexión a internet [STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de abril de 2013 (rec. 395/2013)], etc.

Esa necesidad de que existan indicios o sospechas se aplica con independencia de que la actuación del detective finalmente revele la existencia de un incumplimiento por parte del trabajador, tal y como señala la STSJ de Madrid de 27 de junio de 2007 (rec. 2233/2007), en la que se resolvió la falta de adecuación de la medida de vigilancia adoptada unida a esa carencia de idoneidad, determinando que la actua-

vulneración de derechos fundamentales», entendiéndose, por ejemplo, que la medida es proporcionada en los casos en que se recurre a un detective para constatar que la ausencia del trabajador durante la jornada laboral no obedece a esa actividad de representación sino para atender asuntos particulares, lo que transgrede la buena fe contractual y lealtad para con el colectivo de trabajadores a los que representa [STS (UD) de 13 de marzo 2012 (rec. 1489/2011)]. Esta consideración no entra en contradicción con el Convenio n.º 135 de la OIT, *sobre protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores de la empresa*, que considera las tareas representativas como un derecho básico del artículo 4 del ET, ni con la presunción *iuris tantum* de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente (STS de 2 de noviembre de 1989, seguida por las SSTS de 27 de noviembre y 5 de diciembre de 1989), puesto que la actuación representativa realizada durante el tiempo de utilización del crédito horario está amparada por la presunción de probidad, destrúible mediante prueba en contrario, lo que no excluye el control empresarial sobre el ejercicio de tal actividad representativa-sindical y del uso del crédito horario, pues «*es evidente que un mal uso de este último transgrede la buena fe y lealtad debida al colectivo de trabajadores representado*» (STS de 14 de junio de 1990).

ción empresarial vulnera el derecho a la intimidad, pese a que se demostró que la actuación del trabajador en la que se fundamentó el despido existía³⁸.

- b) Que sea idónea, es decir, susceptible de conseguir el objetivo propuesto, que es el de tener conocimiento de la conducta del trabajador que incide de forma negativa en los deberes adoptados a nivel contractual.
- c) Que sea necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. De lo que se trata, en suma, es de que no existan otros medios eficaces para controlar el cumplimiento de los deberes y obligaciones laborales, debiendo realizar el seguimiento del trabajador, en principio, sobre la esfera de actuación externa del trabajador, con las matizaciones que se realizarán posteriormente [STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2010 (rec. 2676/2009)].
- d) Que sea 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) [SSTC 186/2000, de 10 de julio (rec. 2662/2007) y 37/1998, de 17 de febrero (rec. 3694/1994)].

Esa proporcionalidad se valora atendiendo a las circunstancias concretas en que se ha desarrollado cada supuesto, valorando aspectos como la limitación de la vigilancia, por ejemplo, a dos días o que se realice durante la jornada laboral [STS (UD) de 13 de marzo de 2012 (rec. 1489/2011)], puesto que puede ser suficiente para evidenciar lo que se pretende investigar [STSJ de Navarra de 3 de octubre de 2008 (rec. 238/2008)].

Observando estos requerimientos, se debe concluir que, en un principio, la contratación o recurso empresarial a un detective privado, de los instrumentos de control que este utilice y la posible posterior intervención en juicio, en caso de producirse una sanción o extinción de la relación laboral que sea impugnada por el trabajador, es legal y no puede ser considerada en sí misma como medida que vulnera derechos de los trabajadores, por cuanto sostener lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa, que está integrado por la facultad de vigilancia y que se revela imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial.

Finalmente, con independencia de que el resultado de la actuación del detective revele la existencia de incumplimientos del trabajador, el empresario no tiene derecho a exigirle que le abone los gastos derivados de la contratación del detective privado, fundamentándolo en la obligación contractual que tiene toda persona de indemnizar los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento (art. 1.101 CC), pues su utilización se deriva del interés del empresario, por un

³⁸ En opinión de SAN MARTÍN MAZZUCONI «(...) se trata de una cuestión irrelevante (...) puesto que la ausencia de una sola de las cuatro notas (...) [requisitos señalados en el texto] determina inexorablemente la ilicitud de la vigilancia (...)». En «Detectives, nuevas tecnologías y derecho a la intimidad...», *op. cit.*, pág. 4.

lado, en conocer el comportamiento del trabajador, «(...) *habiéndose devengado ese gasto aunque la conducta del trabajador fuera ejemplar (...)*» y, por otro lado, en tratar de lograr un resultado satisfactorio ante el eventual proceso que pudiera suscitarse, no siendo una consecuencia inherente a la posible conducta que puede haber mantenido el trabajador, pues el despido no era obligatorio ni tampoco es indispensable acudir a este mecanismo de prueba para acreditar la conducta del trabajador [STSJ del País Vasco de 17 de septiembre de 1996 (2598/1995)].

3.2. Límites

Una vez se ha analizado la legalidad de la utilización por el empresario de detectives privados así como la vinculación al genérico juicio de proporcionalidad, con sus consiguientes especificaciones, se procede a estudiar detenidamente la aplicación de dos límites caracterizados por la protección de derechos fundamentales del trabajador reconocidos en la Constitución, en concreto, por un lado, el derecho a la intimidad o la dignidad personal y familiar, y, por otro lado, el derecho a la protección de datos de carácter personal, cuya aplicación supone que no sea legítima cualquier actuación de un detective o la utilización de instrumentos para realizar el seguimiento con la finalidad de conseguir un fin.

3.2.1. *El derecho a la intimidad o la dignidad personal y familiar*

Partiendo de la existencia, como se ha señalado anteriormente, de unos indicios, el detective privado debe respetar, en el ejercicio de su actividad, la intimidad de la persona objeto de investigación, en su vertiente personal y familiar, así como el honor, la propia imagen y el secreto de las comunicaciones, tal y como recoge el artículo 19.4 de la LSP, derechos que tiene reconocido constitucionalmente cualquier ciudadano por el artículo 18.

Numerosas son las sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado en torno a la delimitación y contenido del derecho a la intimidad del precepto citado. Desde un principio se determinó que se trata de un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad, derivado de la «(...) *dignidad de la persona, que reconoce el artículo 10 de la CE (...)*», con «(...) *un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana (...)*» [STC 231/1988, de 2 de diciembre (rec. 1247/1986)]³⁹.

De carácter personalísimo y ligado a la existencia del individuo, «(...) *se extiende no solo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, (...)* que, por esa relación

³⁹ En el mismo sentido, véase SSTC 197/1991, de 17 de octubre (rec. 492/1989), 57/1994, de 28 de febrero (rec. 2303/1990) y 143/1994, de 9 de mayo (rec. 3192/1992).

o vínculo (...), inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen (...)», no siendo aplicable «(...) la excepción de veracidad (...) pues se responde de la revelación o divulgación indebida de hechos relativos a la vida privada o íntima, aunque fuesen veraces (...)» [STC 197/1991, de 17 de octubre (rec. 492/1989)].

No es, sin embargo, un derecho absoluto, «(...) sino que se encuentra delimitado por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (...), y, por ello, en aquellos casos en los que, a pesar de producirse una intromisión en la intimidad, tal intromisión se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y se lleve a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por este derecho, no podrá considerarse ilegítima (...)»⁴⁰.

Dentro de la intimidad personal se encuentra la intimidad corporal, cuyo ámbito constitucionalmente protegido «(...) no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona (...)» y la vida sexual [STC 207/1996, de 16 de diciembre (rec. 1789/1996)].

Trasladado el derecho a la intimidad a la esfera de la relación laboral, el Tribunal Constitucional «(...) ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que esta no puede implicar, en modo alguno, la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (...)»⁴¹.

Por ello, si bien, en alguna ocasión, se ha afirmado que los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona, no es menos cierto que también se ha matizado esa afirmación inicial «(...) señalando que no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de esos hechos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador (...) que pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad personal protegido por el artículo 18.1 CE»⁴².

⁴⁰ Entre otras, las SSTC 57/1994, de 28 de febrero (rec. 2303/1990), 143/1994, de 9 de mayo (rec. 3192/1992) y 115/2000, de 5 de mayo (rec. 640/1997).

⁴¹ Entre otras, las SSTC 88/1985, de 19 de julio (rec. 788/1984) y 126/1990, de 5 de julio (rec. 298/1988).

⁴² Véase la STC 98/2000, de 10 de abril (rec. 2662/1997).

La aplicación de esta doctrina a la intervención de un detective privado conlleva que se planteen las cuestiones de dónde, cuándo y cómo puede desempeñar su actividad, indicando que no se pueden realizar afirmaciones generales aplicables a todos los supuestos que se planteen sino que se ha de efectuar un examen de cada uno y de las circunstancias que presentan⁴³.

Por ello, atendiendo a la casuística de la doctrina judicial, en principio, se ha de señalar que no se le puede realizar, en ocasiones, a un trabajador la vigilancia en espacios o lugares privados, lo que no se ha de interpretar en el sentido de que no se le pueda vigilar fuera de la empresa, pues existen casos en los que si se recurre al detective es para que compruebe determinadas actuaciones realizadas cuando el trabajador no está presente en la misma, por tener incidencia en la relación laboral. Por lo tanto, se admite la vigilancia dentro o fuera del centro de trabajo e incluso en lugares privados observables por el ojo humano desde sitios públicos [STSJ de Galicia de 16 de julio de 2007 (rec. 2882/2007)], ya se desempeñe la actividad laboral en la empresa o externamente (STS de 19 de julio de 1989), existiendo límites puesto que el derecho a la intimidad está presente en las zonas de la empresa en las que no se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional y también en las que se realiza, pudiendo «(...) producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran (...) en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo [SSTC 231/1988, de 2 de diciembre (rec. 1247/1986) y 197/1991, de 17 de octubre (rec. 492/1987)]. Es legal la vigilancia de actos privados como ir de compras o comer en un restaurante si se precisa su conocimiento para demostrar que está capacitado para trabajar [STSJ de Baleares de 17 de octubre de 2008 (rec. 339/2008)].

Se ha valorado para admitir la prueba que la vigilancia no sea permanente o continua sino que se limite a algunos días o un breve lapso de tiempo, el suficiente, con la única finalidad de comprobar la existencia de fraude o simulación del comportamiento [STSJ de Madrid de 28 de octubre de 2011 (rec. 4811/2011) y STSJ de Andalucía/Granada de 24 de mayo de 2012 (rec. 738/2012)] o que se limite a describir las actividades que realizaba el trabajador [STSJ de Andalucía/Granada de 15 de julio de 2009 (rec. 1358/2009)], siendo ilegal, por el contrario, la que se realiza durante cinco meses desde las seis de la mañana hasta la noche [STSJ de Madrid de 27 de junio de 2007 (rec. 2233/2007)].

Con referencia al cuándo, en principio la vigilancia se ha de limitar al tiempo de la jornada laboral, aunque se admite que pueda exceder de la misma, si lo que se quiere comprobar es, por ejemplo, qué actividades realiza diariamente el trabajador para concluir si se corresponden,

⁴³ No obstante, conviene tener en cuenta, como señala SAN MARTÍN MAZZUCONI que hay pronunciamientos como la STSJ de Madrid de 27 de junio de 2007 (rec. 2233/2007), que rechaza de forma genérica la vigilancia a través de detectives, «(...) ya que las conductas que se les achacan son las propias de su labor de investigación (...)», calificándolo como medio de espionaje o de intrusión de un espía en la vida privada del trabajador. En «Detectives, nuevas tecnologías y derecho a la intimidad...», *op. cit.*, pág. 4.

si el trabajador tiene reconocida una incapacidad temporal, con las de una persona lesionada o enferma o de lo contrario pudieran existir indicios de fraude o simulación en su comportamiento [STSJ de Madrid de 28 de octubre de 2011 (rec. 4811/2011)]. Me remito a los ejemplos señalados en cuanto al lugar en que se puede vigilar, puesto que muchos de ellos son de situaciones producidas, además de fuera del centro de trabajo, tras finalizar la jornada laboral, siendo por tanto admisible investigar más allá del horario estrictamente de trabajo si se precisan realizar averiguaciones realizadas durante ese tiempo que afecten a la relación contractual.

Siguiendo con la relación de los límites, en tercer lugar, en cuanto al cómo, en principio se señala que, en ningún caso, el detective tiene que provocar la actuación incumplidora del trabajador, permitiéndose que para obtener las correspondientes pruebas sí que puede realizar alguna actuación, pero si con ello se trata del primer incumplimiento en el que incurre el trabajador no podrá ser objeto de sanción por ello⁴⁴. A modo de ejemplo, es válida la actuación de un detective que se limita a actuar como cliente, sin inducir a la comisión de la falta, en la que se trataba de demostrar que el trabajador registraba una cantidad menor que la que cobra a los clientes [STSJ de Andalucía/Málaga de 9 de mayo de 2002 (rec. 425/2002)], o la que consiste en solicitar que se le repare un vehículo con la finalidad de demostrar que el trabajador está concurriendo en competencia desleal realizando actividades para una empresa situada junto a la empresa para la que presta servicios y que se dedica a la misma actividad [STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de mayo de 2013 (rec. 58/2013)].

La actuación subrepticia del detective «(...) *no supone, por sí mismo, una vulneración del derecho a la privacidad, sino que, simplemente, es coherente con la función de obtención y aportación de información o de prueba sobre determinados hechos que suceden al margen de la intervención del detective privado (...)*», siendo valorada en ese sentido «(...) *solamente cuando revela datos que el normal ámbito de tal derecho autorizaría a mantener reservados, precisamente por su carácter íntimo, o cuando, aunque no lo tuviesen, su utilización pública quebrante la legítima opción individual por la privacidad (...)*» [STSJ de Galicia de 16 de julio de 2007 (rec. 2882/2007) y STSJ de Cantabria de 23 de marzo de 2010 (rec. 145/2010)].

En cuanto a la utilización de medios técnicos, en principio, se permiten, pero deben analizarse en cada caso las circunstancias concretas que se presenten, puesto que todo dependerá de la actuación del trabajador que se pretende vigilar y del seguimiento que ha realizado el detective.

⁴⁴ Véase, a modo de ejemplo, la STSJ de Murcia de 6 de febrero de 2012 (rec. 796/2011), en la que resuelve que no supone una inducción la actuación del detective consistente en entrar en el taller del trabajador, sino una comprobación de los hechos que la empresa sospechaba –desempeñar una actividad estando el trabajador en incapacidad temporal–, pues ya lo había realizado con anterioridad, siendo otra cosa «(...) *que este jamás hubiese hecho anteriormente nada de los actos que han motivado el despido, y fuera provocado por el detective para que por primera y única vez los realizara (...)*». Señala LOUSADA AROCHENA que se ha de tener en cuenta la posibilidad de que la prueba no sea ilícita pero que conduzca a la calificación del despido como improcedente. En «La prueba ilícita en el proceso laboral», *Aranzadi Social*, 2006, n.º 11, págs. 7 y 8.

Así, la obtención de fotografías, reportajes o videgrabaciones son admisibles en la medida que verifican los resultados obtenidos por el detective, siempre que se respeten los límites señalados anteriormente [STS de 16 de junio de 2011 (rec. 3893/2010), STSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canaria de 29 de septiembre 2000 (rec. 925/1998), STSJ de La Rioja de 31 de octubre de 2002 (rec. 250/2002), STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 30 de enero de 2013 (rec. 1959/2012), STSJ de Asturias de 14 de junio de 2013 (rec. 241/2013)].

En cuanto a la utilización de sistemas de GPS por el detective privado⁴⁵, que permiten la localización en todo momento del vehículo con el que se desarrolla la actividad laboral, se admite como medio de prueba, aunque habrá que tener en cuenta, en cada caso, el carácter permanente del dispositivo de control aplicado, su incorporación a un bien propiedad del trabajador o de la empresa, el exceso sobre las exigencias objetivas de control y falta de proporcionalidad resultante, etc.

A modo de ejemplo, en la STS (UD) de 21 de junio de 2012 (rec. 2194/2011)⁴⁶ se estimó en el caso concreto objeto de controversia que vulneraba el derecho a la intimidad con base en que se trata de un medio electrónico colocado «(...) en los bienes del trabajador "contra su voluntad", lo que "no respeta el principio de proporcionalidad", aparte de tratarse de un medio de control innecesario al responder su aplicación a "la mera conveniencia del investigador (...)»⁴⁷. Se trata de un mecanismo que permite «(...) un conocimiento permanente, a lo largo del día y de la noche, del lugar donde se encuentra el trabajador (...)», vulnerándose el derecho a no ser localizado⁴⁸.

⁴⁵ No es objeto de estudio la decisión empresarial de instalar estos dispositivos como mecanismo de control de sus trabajadores sino su utilización por los detectives en la práctica de su investigación. Sobre este tema véase, entre otros, FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: «Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial», *Aranzadi Social*, 2010, n.º 17, págs. 1 a 12. En cuanto a la doctrina judicial, se señala que, inicialmente, es un medio adecuado para que los empresarios controlen a los trabajadores ya que «(...) lo que hace es registrar cuándo arranca y se detiene el vehículo y dónde se encuentra físicamente, (...) el control se realiza durante la jornada laboral, es decir, durante un tiempo en que el trabajador está a disposición del empresario para desempeñar las funciones concretas de su puesto de trabajo» [STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2012 (rec. 5194/2011)]. En términos similares, la STSJ de Murcia de 13 de mayo de 2013 (rec. 129/2013) no consideró este dispositivo ilícito «(...) pues la empresa tiene un claro interés en tener localizados sus vehículos, lo que no incide en la violación de ningún derecho fundamental (...)», no siendo necesario que la empresa «(...) desvele las medidas de control y de seguridad tendentes a prevenir o a disuadir a posibles infractores, cuando se refieren a vigilancia sobre mercancías, que pueden ser sustraídas, o localización de vehículos en sus rutas laborales en un ámbito que no se puede considerar de intimidad o privacidad o de estricto control de una persona con un fin ilegal».

⁴⁶ Confirma la resolución de la STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2011 (rec. 644/2011).

⁴⁷ Véase también la STSJ del País Vasco de 22 de marzo de 2011 (rec. 486/2011), que admite su utilización aunque finalmente declara el despido improcedente pues se estimó que las razones no eran suficientemente solventes para fundamentarlo.

⁴⁸ Se está en presencia de un instrumento que afecta al derecho a la intimidad, debiendo la jurisprudencia valorar su adecuación o no al principio de proporcionalidad, siendo fundamental «(...) la vinculación de los datos obtenidos con los objetivos de la propia investigación (...)». AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: «Sobre la utilización oculta de GPS en investigaciones criminales y detección de fraudes laborales. Análisis comparado en relación con el derecho a la intimidad», *La Ley Penal*, 2013, n.º 102, págs. 26 y 27.

En resumen, el trabajador tiene reconocido el derecho al respecto de su vida privada personal y familiar, aplicable a la esfera laboral, admitiéndose restricciones o limitaciones al mismo, teniendo en cuenta el poder de dirección que ampara al empresario respecto de la relación contractual, que deberán ser valoradas atendiendo al contexto concreto que presenta cada situación objeto de investigación que, en todo caso, estará presidido por la aplicación de criterios de proporcionalidad.

3.2.2. La protección de datos de carácter personal

a) Las «sospechas» de la suspensión contractual por incapacidad temporal y su control empresarial: los datos relativos a la salud

Uno de los supuestos en los que se suele recurrir a los detectives privados con más frecuencia es para el control de la incapacidad temporal, situación en la que se produce una suspensión de la relación laboral que imposibilita para el trabajo, derivada de enfermedad común o profesional o de accidente, sea o no laboral, en la que el trabajador recibe asistencia sanitaria (art. 128 LGSS).

Durante la misma, dependiendo del tipo de contingencia que la origina y de la concurrencia de los requisitos legales fijados, se tiene derecho a cobrar un subsidio, siendo la duración máxima de 365 días, prorrogables por otros 180 días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

Su gestión puede estar atribuida a las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o a una entidad gestora de la Seguridad Social (INSS), siendo a su cargo también el abono, así como del empresario, dependiendo de la contingencia que ha originado la incapacidad, de la cuantía, superior a la fijada legalmente, acordada en convenio colectivo o contrato y del periodo de duración, subsistiendo la obligación de cotizar. Este aspecto es el que conlleva que, en ocasiones, se recurra a mecanismos de control de esta situación ante la sospecha de que se está actuando de forma fraudulenta en su disfrute.

En principio, la contratación de detectives privados en estos supuestos es legítima, más si se tiene en cuenta que durante esta situación el trabajador no acude al puesto o centro en el que desempeña su actividad, siendo prácticamente el único método al que acudir para verificar si la actuación del trabajador durante ese periodo es conforme o adecuada con la situación suspensiva.

Para ello, se ha de tener presente que una posible decisión extintiva empresarial que se produzca por transgresión de la buena fe contractual será procedente solo si la actuación del interesado durante la incapacidad temporal «(...) perjudica la curación (...) o evidencia la aptitud de este, que en tal caso simula enfermedad en perjuicio de la empresa, de la Seguridad Social y, en su caso, de quien en el centro de trabajo ha de suplir su falta a causa de la situación incapacitante (...)» (SSTS de 21 de marzo y 21 de diciembre de 1984, 22 de septiembre de 1988 y 24 de julio de 1990).

Por ello, no es posible la fijación de criterios generales aplicables a todos los supuestos que determinen qué puede hacer un trabajador y qué no en situación de incapacidad temporal puesto que hay que analizar de forma pormenorizada cada caso «(...) a fin de calibrar adecuadamente y con la ponderación necesaria la dimensión disciplinaria de la conducta, como así por otra parte está impuesto en todo asunto de despido disciplinario en el que no entran en juego reglas automáticas tasadas de aplicación de los efectos sancionadores explícitamente regulados (...)»⁴⁹.

En ese análisis particularizado se deben valorar cuestiones como si las actividades realizadas demuestran aptitud para su trabajo habitual, si hay reiteración y continuidad en el tiempo en la conducta [STSJ de Galicia de 16 de octubre de 2008 (rec. 3815/2008)], encontrándose supuestos en los que, por ejemplo, no justifican un despido automáticamente la realización de actividades lúdicas durante la incapacidad temporal [STSJ de Galicia de 16 de octubre de 2008 (rec. 3815/2008)], la realización de ejercicios físicos (STS de 4 de mayo de 1990), ni tampoco si la actividad que ha realizado ha tenido carácter marginal [SSTSJ de Cataluña de 11 de enero de 2005 (rec. 7302/2004) y de Castilla-La Mancha de 16 de marzo de 2006 (rec. 2064/2005)], puesto que no está prohibida cualquier actividad sino solo aquellas que puedan interferir en la curación o las que demuestren que es hábil para el trabajo [STS de 24 de abril de 1986 y STSJ de Extremadura de 24 de julio de 2008 (rec. 206/2008)].

De hecho, se ha considerado improcedente el despido realizado a un trabajador que está de baja en una empresa y sigue trabajando en la otra, puesto que el motivo de la baja se debía a la situación de ansiedad y conducta desadaptada en la primera, que justamente aconsejaba que siguiera trabajando en la otra empresa con la que «(...) no tiene motivo de inquietud alguno, recomendándosele expresamente por considerar dichos facultativos que estaba contraindicado que permaneciera en casa, debiendo distraerse llevando a cabo su actividad (...)» [STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2002 (rec. 2478/2002)].

En esa valoración de la actuación del trabajador carece de trascendencia la inexistencia de una voluntad específica de comportarse deslealmente, siendo suficiente para la estimación de la falta, en el supuesto de apreciarla, el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia [STS de 14 de febrero de 1990 y STS (UD) de 19 de julio de 2010 (rec. 2643/2009)] e irrelevante la inexistencia de perjuicios para la empresa pues es suficiente para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral [STSJ de Baleares de 17 de octubre de 2008 (rec. 339/2008)].

En resumen, durante la situación de incapacidad temporal, la realización de una actividad por el trabajador no siempre es incompatible con su estado, debiendo realizarse un examen de la causa que origina la misma con la finalidad de determinar su adecuación o no.

⁴⁹ Véase en este sentido la STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008 (rec. 3136/2008).

Teniendo en cuenta este aspecto, anteriormente se ha señalado la necesidad de que el empresario, para poder legítimamente recurrir a un detective, tiene que tener «indicios» de que el trabajador está actuando fraudulentamente, con lo que requiere, en cierta manera, tener un conocimiento de información relacionada con la situación que fundamenta la incapacidad temporal del trabajador, para poder determinar qué es compatible y qué no y, en este último supuesto, adoptar medidas disciplinarias procedentes, información que, si consiste en datos relativos a la salud, le está absolutamente vedada por el ordenamiento jurídico que es tajante en este sentido, siendo diversas las normas en las que el trabajador puede invocar su protección y limitación de acceso por terceros.

Así, en primer lugar, el artículo 18.4 de la CE reconoce el derecho a la protección de datos de carácter personal. Es un derecho que presenta en común con el derecho a la intimidad que los dos gozan de calificación de derechos fundamentales y que comparten «(...) *el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar*». Sin embargo, varias son las diferencias entre ambos, en concreto, las siguientes:

- a) La función u objeto atribuido. El derecho fundamental a la protección de datos «(...) *atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al artículo 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE)*».

La principal función del derecho a la intimidad es la de «(...) *proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22 de julio, F. 8)*», mientras que el derecho a la protección de datos «(...) *persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, (...), es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida*».

En consecuencia, «*el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. (...) Ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin. De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no solo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el artículo 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones (...) se ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inexorablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre, F. 4), como el derecho*

al honor, citado expresamente en el artículo 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio artículo 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado».

Por tanto, *«el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal».* Por consiguiente, *«(...) también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos».*

Por ello, *«(...) el que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo».*

- b) El contenido de cada uno de ellos. En este sentido se ha de señalar que el derecho a la intimidad *«confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido»*, mientras que el derecho a la protección de datos *«atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que solo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (...)»* [SSTC 73/1982, de 2 de diciembre (rec. 197/1982), 110/1984, de 26 de noviembre (rec. 575/1983), 231/1988, de 2 de diciembre (rec. 1247/1986) y 197/1991, de 17 de octubre (rec. 492/1989)].

De todo lo relatado resulta que *«el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también*

permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos».

Se ha señalado también por la STC 292/2000, de 30 de noviembre (rec. 1463/2000) que el derecho a la protección de datos tiene también fijados unos límites, y se recuerda que *«la Constitución menciona en el artículo 105 b) que la ley regulará el acceso a los archivos y registros administrativos "salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas" (en relación con los arts. 8.1 y 18.1 y 4 CE), y en numerosas ocasiones este Tribunal ha dicho que la persecución y castigo del delito constituye, asimismo, un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana».*

Ahora bien, aun habiendo llegado a esta conclusión, no es ocioso señalar los dos aspectos siguientes:

- a) De un lado, que *«el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales (art. 6 LOPD) no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de tales datos. Y, por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aun cuando puedan ser compatibles con estos (art. 4.2 LOPD), supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que solo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por Ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites».*
- b) De otro lado, *«es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de estos, pues solo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales. Para lo que no basta que conozca que tal cesión es posible según la disposición que ha creado o modificado el fichero, sino también las circunstancias de cada cesión concreta. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada me-*

diante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia».

En desarrollo del precepto constitucional, se ha de tener en cuenta, siguiendo un orden cronológico, en segundo lugar, como norma protectora de los datos relativos a la salud de un trabajador, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales que prohíbe al empresario cualquier posibilidad de llevar a cabo la vigilancia de la salud de un trabajador, aunque tenga la titulación correspondiente o haya personalmente asumido la actividad preventiva, pues el último párrafo del artículo 22 de la citada norma así lo señala expresamente (complementado por el artículo 11.2 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención), señalando que *«la vigilancia de la salud de los trabajadores (...) [deberá] cubrirse mediante el recurso a alguna de las restantes modalidades de organización previstas (...)»*, siendo, eso sí, una obligación a cargo del empresario [STSJ de Castilla y León/Burgos de 10 de abril de 2001 (rec. 240/2001)], puesto que se vulneraría el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los datos relativos a la salud que reconoce el apartado segundo del mismo precepto⁵⁰.

El empresario tiene pues restringido el acceso a la información médica de carácter personal de sus trabajadores *ex artículo 22.4 de la LPRL estableciendo que esta «(...) se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador»*, pudiendo únicamente conocer las conclusiones de los reconocimientos efectuados para el correcto desarrollo de sus funciones preventivas⁵¹, interpretándose que solo puede conocer si el trabajador es o no apto, sin añadir ninguna información adicional [STS (Contencioso-Administrativo) de 20 de octubre de 2009 (rec. 4946/2007)]⁵².

⁵⁰ *«Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud».*

⁵¹ Como señala GALA DURÁN *«(...) cualquier indagación llevada a cabo por personal no sanitario (detectives privados, etc.), supone vulnerar el contenido del artículo 20.4 del TRLET»*. En *«Articulación formal, control empresarial y consecuencias disciplinarias de la ausencia del trabajador por enfermedad, accidente o maternidad»*, *Aranzadi Social*, 1999, n.º 5 (BIB 1999/973), pág. 33.

⁵² Resuelve la sentencia que, atendiendo a la normativa, *«(...) la regla general es la confidencialidad de toda la información obtenida por las mutuas en aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y, por consiguiente, que la posibilidad de comunicar al empresario "las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo" constituye una excepción. Y las excepciones, como es bien sabido, han de ser interpretadas restrictivamente. (...) Si lo que debe protegerse ante todo es la confidencialidad de la información sanitaria relativa a los trabajadores, no tiene sentido afirmar que cabe comunicar a los empresarios cualquier dato que exceda de la mera "conclusión" sobre la idoneidad del trabajador para el puesto de trabajo; es decir, la mutua solo puede decir al empresario si reputa apto al trabajador, sin proporcionarle ninguna otra información adicional».*

Por ello, además del propio trabajador, solo el personal médico y las autoridades sanitarias tienen acceso a la historia clínica de aquel, si bien restringido a los fines específicos para los que se realizó la vigilancia de la salud, al encargarse de realizar el diagnóstico y ofrecer la asistencia adecuada al paciente [STSJ de Castilla y León/ Valladolid de 21 de marzo de 2005 (rec. 372/2005)].

En tercer lugar, se ha de citar la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que regula la protección de datos de carácter personal. El objetivo de la misma es el de «*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*» (art. 1 LOPD), delimitando su 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*» (art. 2.1 LOPD).

Destacan de ella la amplia definición de dato de carácter personal, como «*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*» [art. 3 a) LOPD], la calificación de los datos relativos a la salud como datos especialmente protegidos, y los mecanismos de protección que establece, en concreto, la necesidad de contar con el consentimiento del afectado.

En cuarto y último lugar, se hace referencia a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre de 2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que en su artículo 2 declara que «*la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica*», y en el artículo 7 dispone que «*toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización legal*».

El Tribunal Constitucional, con fundamento en toda la normativa señalada, se ha pronunciado en ocasiones sobre la vulneración de derechos de trabajadores en relación con la utilización de información relativa a la salud, resolviendo, a modo de ejemplo, que el acceso y utilización que realiza una Administración de los informes privados sobre salud psíquica durante un proceso de selección, cedido por otra entidad pública, sin información y consentimiento del interesado, extralimita su actuación, pues «*(...) el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y (...) se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno, (...) quedando afectado [el derecho a la intimidad] (...) en los casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a la salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento*», no siendo justificado «*(...) el fin público consistente en garantizar que los aspirantes serán capaces de ejercer la función policial*», puesto que la entidad debería haber actuado siguiendo el procedimiento de selección legalmente establecido, no pudiéndose amparar el intercambio o cruce de datos médicos entre las diversas Administraciones que convocan procesos selectivos, añadiendo

que esta actuación irregular también se ha de señalar respecto del facultativo que transmitió la información [STC 159/2009, de 29 de junio (rec. 9914/2006)].

Asimismo, el tratamiento y conservación del diagnóstico médico en una base de datos creada con la finalidad de controlar los niveles de absentismo, sin mediar consentimiento expreso del afectado, incumple la garantía que para la protección de los derechos fundamentales se contiene en el artículo 53 de la CE, no pudiendo considerarse una solución idónea, necesaria y proporcionada para la consecución del fin propuesto [STC 202/1999, de 8 de noviembre (rec. 4138/1996)].

Atendiendo a todo lo apuntado, resumidamente se establece que el empresario puede controlar y someter a la vigilancia de un detective privado a un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal, siempre que tenga indicios de que está actuando fraudulentamente. Ahora bien, en ningún caso puede tener acceso, en la formación de estos indicios, a la información relativa a la salud del trabajador, planteándose entonces la cuestión, que se estudia en el apartado siguiente, relativa a la fijación del límite en cuanto a la información que puede facilitar el empresario al detective como objeto de la investigación, sin que vulnere ninguno de los derechos protegidos que se han analizado.

b) Informe del detective y adopción de medidas de carácter disciplinario: cesión de datos médicos versus cesión de las consecuencias jurídico-laborales derivadas

Atendiendo a todo lo señalado, la cuestión que se plantea en este apartado consiste en analizar cómo se articulan los indicios en cuanto a que el trabajador está actuando fraudulentamente –y, en consecuencia, se concreta el contenido del encargo– a un detective privado, que legitiman la decisión de un empresario de adoptar la medida de vigilancia, si este tiene vedado el acceso a la información médica, teniendo en cuenta, como se ha señalado en el apartado anterior, que durante la situación de incapacidad temporal no es incompatible toda actuación que realice el trabajador, es decir, la relación entre la finalidad de la actuación de un detective y el posible acceso a información relativa a la salud que pueda tener para dar cumplimiento a la investigación, transmitida por el empresario o por la MATEP.

En un supuesto de incapacidad temporal en el que el empresario, como consecuencia del resultado obtenido por la investigación del detective, adopte medidas disciplinarias, no puede tener acceso a la información relativa a la patología, pudiendo únicamente tener acceso a una relación de actuaciones compatibles y/o incompatibles, siendo complicada la frontera a delimitar, si se observan las exigencias de la normativa, entre la prohibición de conocer los datos relativos a la salud y la posibilidad que sí tiene en orden a lo que se puede hacer o no, salvo situaciones flagrantes⁵³.

⁵³ PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «La gestión y control de la incapacidad temporal», *Aranzadi Social*, 2006, n.º 22, págs. 28 y 29.

Lógicamente, el asunto ha llegado a los tribunales, demandando un trabajador el reconocimiento de la existencia de una vulneración del artículo 7.3 de la LOPD⁵⁴ ante una posible circulación de datos personales entre una MATEP y la empresa. En este sentido, se ha resuelto que no hay vulneración del citado precepto cuando lo que se transmite son «(...) *las consecuencias jurídico laborales de los datos médicos (...)*», es decir, si lo que se comunica son «(...) *la realización de actividades incompatibles con la situación de baja médica (...)*», puesto que «(...) *la intensidad de la protección del derecho a la privacidad de los datos médicos del trabajador no es la misma cuando se trata de datos relativos a diagnósticos o a tratamientos, que aquellos otros que, derivándose de estos, se refieren a consecuencias jurídico laborales (...)*» [STSJ de Galicia de 16 de julio de 2007 (rec. 2882/2007)]⁵⁵.

En consecuencia, la doctrina judicial es tajante en el sentido de que es admisible que el empresario comunique a los detectives privados «(...) *los datos necesarios para el cumplimiento de la función que les haya asignado, y si esa función, (...) es verificar la realización de actividades presuntamente incompatibles con las limitaciones clínico laborales de las dolencias justificativas de la incapacidad temporal del trabajador, (...) les podrá comunicar aquellos datos que –sin suponer una transmisión del historial clínico, al cual, además, el empresario no tiene acceso– permitan a los detectives realizar eficazmente sus funciones –por ejemplo, comunicarles la imposibilidad de realizar sobrecargas de la columna vertebral– (...)*».

Esta facultad se fundamenta, por un lado, en el artículo 20.3 del ET, puesto que puede *«adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales»*, entre las que se encuentra, como ya se señaló anteriormente, la posibilidad de acudir a las agencias de detectives privados, debiendo, por ello, admitir que el empresario les podrá notificar a los detectives esa información, y, por otro lado, en diversos preceptos de la LOPD, en particular, el artículo 6.2, que establece, con relación al tratamiento de los datos personales, que *«no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal (...) se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; el artículo 11.2 c)*, donde se determina, con relación a la comunicación de datos a terceros, que *«el consentimiento (...) no será preciso cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros (...)*, [siempre que] *la comunicación se limite a la finalidad que la justifique»*, o el artículo 12.1, que especifica que *«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»*.

⁵⁴ *«Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente»*.

⁵⁵ Una valoración positiva de esta sentencia en BORRAJO DACRUZ, E.: *«Incapacidad temporal, informe de detectives y despido procedente»*, *Actualidad Laboral*, 2008, n.º 3, pág. 2.

Una problemática añadida a este aspecto sería la consistente en si la determinación de qué actividades son compatibles o no es un aspecto que solo deben valorar los servicios médicos, o si, por ejemplo, un juez o tribunal puede entrar en su análisis e ir más allá ampliando la enumeración que se haya podido señalar⁵⁶.

La Agencia Española de Protección de Datos también se ha pronunciado en relación con la cesión de datos, sin el consentimiento del afectado, que realizó una MATEP a un detective que contrató para verificar una situación incapacitante⁵⁷, habiendo resuelto que los detectives privados se encuentran habilitados por la LSP para obtener información de personas y, por consiguiente, para tratar los datos sin necesidad de recabar el consentimiento, siempre que no se utilicen para ello *«medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal o familiar»* [art. 23 c) LSP].

Ahora bien, a la hora de asumir el encargo, debe existir un interés legítimo, no pudiendo *«(...) cualquier persona física o jurídica (...) encargar a los detectives privados una investigación determinada relativa a un tercero, sino que este encargo deberá estar motivado y justificado (...) que, además, guarde relación con la persona investigada y con la obtención de información sobre conductas o hechos privados, o con la investigación de delitos perseguibles solo a instancia de parte (...)»*, teniendo la MATEP ese interés legítimo si es la encargada de su gestión y control de una incapacidad temporal.

Ahora bien, resulta recomendable que la Mutua y el detective privado encargado del seguimiento formalicen un compromiso o contrato que observe las exigencias del artículo 12 de la LOPD:

1. Que *«(...) no se considera 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. Que cualquier tratamiento de datos por cuenta de terceros se regule por escrito en un contrato, o en cualquier otra forma que acredite su celebración y contenido, señalando expresamente que *«(...) el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme 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 (...)»*, debiendo el responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento, adoptar las medidas de seguridad recogidas en el artículo 9 de la LOPD.

⁵⁶ SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: «La realización de ocio durante la incapacidad temporal como causas de despido disciplinario», *Aranzadi Social*, 2012, n.º 38, pág. 3. Señala la autora en la sentencia objeto de comentario (STSJ de Andalucía/Sevilla de 29 de febrero de 2012), que *«(...) llama la atención (...) el hecho de que a lo largo de su argumentación el Tribunal haga juicios médicos sobre lo que se puede realizar o no con un diagnóstico como el de la trabajadora pero para ello no tenga en cuenta los informes de la especialista, a los que no da credibilidad, llegando incluso a razonar que si el informe médico del SAS prescribe antidepresivos, según el prospecto de este tipo de medicamento no se puede tomar alcohol, y la actora lo hizo –aunque no conste su cantidad (...)»*.

⁵⁷ Resolución n.º: R/02958/2011. Procedimiento n.º: TD/01259/2011 (29 de diciembre de 2011). Expediente n.º: E/00681/2007 de 2 de octubre de 2008.

3. Que finalizada la prestación contractual, el detective se compromete a destruir o devolver al responsable del tratamiento los datos de carácter personal «(...) *al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento*».

4. LA INTERVENCIÓN DEL DETECTIVE PRIVADO EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL

Admitida la intervención de un detective en el ámbito de la relación laboral, con límites, como consecuencia del resultado de la misma, el empresario puede adoptar medidas de carácter sancionador, pudiendo llegar a realizar un despido disciplinario. Disconforme el trabajador con esa decisión, puede optar por impugnarla, aspecto que conlleva que el detective tenga que, en la mayoría de ocasiones, participar en el procedimiento que se plantee.

En su análisis se debe partir de la distinción de la participación del detective acudiendo al juicio, del informe que presente, en su caso, y de los medios que aportará para fundamentar el resultado de la investigación realizada (fotografías, vídeos, archivos de datos, etc.), siendo su valoración un tema que actualmente no es pacífico entre la doctrina científica y los tribunales. Con esta diferenciación se pretende analizar de forma separada, como se ha señalado, «(...) *la prueba obtenida por detective y el testimonio de detective (...)*»⁵⁸, siendo incorrectamente denominada la primera, en ocasiones, como prueba aportada por detective cuando lo correcto es referirse a ella como prueba aportada por la parte procesal que pretenda servirse de ella⁵⁹.

Se trata de una cuestión respecto de la que sería deseable que fuera objeto de aclaración por el legislador y/o los tribunales en la medida en que, como se verá, las consecuencias que se derivan son relevantes.

⁵⁸ DÍAZ RODRÍGUEZ: «Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial», *Actualidad Laboral*, 2011, n.º 7, pág. 13. En términos similares SERRANO BUTRAGUEÑO cuando apunta que hay que distinguir entre la fuente de prueba «(...) *concepto extrajudicial referido a una realidad anterior al proceso (...)*» y medio de prueba «(...) *concepto jurídico referido al proceso y que solo existe dentro de él (...)*». En «Los servicios de los detectives privados: licitud y valor de sus investigaciones», *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, 1996, n.º 50, págs. 9 y 10. Añade DE MADRID-DÁVILA que la utilización del término prueba de detective, concebida en ocasiones como «(...) *prueba probatoria (...)*» o «(...) *prueba para obtener pruebas (...)*» deriva de la confusión que normalmente existe «(...) *entre los conceptos de investigación y prueba (...)*», y que el informe o cualquier otro documento se aporta «(...) *siguiendo las disposiciones del procedimiento pero no será considerado prueba de nada hasta que finalicen las fases del proceso judicial pertinentes (...)*», es decir, «(...) *la prueba nace en el momento del acto de convencimiento del juez, sobre los hechos que se juzgan, cuando fundamenta la sentencia (...)*». En «La prueba de detectives no existe», *Diario La Ley*, 2010, n.º 7329, págs. 1 y 2 y 5 y 6.

⁵⁹ Entendiéndose como partes en el proceso «(...) *los sujetos que se van a ver afectados de forma directa por la resolución judicial que se dicte siendo, por tanto, constancial a esa contraposición de intereses que cada parte defiende, la vigencia de los principios de igualdad y de audiencia en el proceso (...)*». VILACHÁ DOMÍNGUEZ, L.: «Prueba: interrogatorio de las partes y de testigos. Referencia al testigo perito», *Diario La Ley*, 2009, n.º 7.153, pág. 1.

4.1. La consideración como prueba testifical y, excepcionalmente, como pericial

En el procedimiento que se desarrolle entre el empresario y el trabajador como consecuencia de la adopción de medidas de carácter disciplinario que tienen su fundamento directa o indirectamente en los resultados de la investigación que ha realizado un detective, este tendrá que probablemente intervenir.

El empresario tiene que demostrar la procedencia de la decisión adoptada y, para ello, la normativa le reconoce el derecho, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, de «(...) *servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba* (...), incluyendo entre ellos «(...) *los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos* (...)» (art. 90.1 LJS).

En la determinación de en qué tipo de prueba consiste la intervención del detective privado, se va a analizar inicialmente, por un lado, la participación de este personalmente en el procedimiento, y, por otro lado, la presentación del informe que contiene los resultados de la investigación realizada.

Se debe dejar claro desde un principio que, en ningún caso, se trata de un medio probatorio que para su utilización y/o admisibilidad requiera autorización judicial previa o la intervención de un fedatario público, no siendo tampoco necesario que tenga que fundamentarse en un conocimiento íntegro de los hechos puesto que se trata de que relate de lo que ha tenido conocimiento como consecuencia de su actuación profesional⁶⁰.

Tomando como punto de partida este aspecto, por lo que se refiere a la participación del detective presentándose en la fase probatoria del procedimiento, las interpretaciones doctrinales existentes en estos momentos son diversas, siendo la mayoritaria la que estima que se ha de valorar como prueba testifical⁶¹. En este sentido, se ha argumentado que se trata de un «*testigo cualificado*»⁶²,

⁶⁰ BORRAJO DACRUZ, D.: «Incapacidad temporal, informe de detectives y despido procedente...», *op. cit.*, pág. 2.

⁶¹ En cuanto a la consideración como testigo directo o de referencia, el Auto del TC 262/1988, de 29 de febrero (rec. 1432/1987) ha señalado que no es acertado «(...) *calificar de testigo de referencia a dicha persona en cuanto a los hechos que el mismo personalmente conoció al seguir a la actora y observar su entrada en determinados inmuebles: ni pierde su cualidad procesal de tal testigo el hecho de que su fuente de ciencia de otros extremos sea la percepción sensorial directa de los hechos relatados o las manifestaciones de quienes tal percepción han tenido; en todo caso, todo ello no es sino expresión de su discrepancia sobre la fuerza probatoria, sobre el grado de veracidad, en función de la fuente de ciencia, de la testifical practicada*». Señalan MORALES PRATS y MARCO FERNÁNDEZ que en todo caso es un testigo atípico pues «(...) *el detective no conoce los hechos por haberlos vivido directamente, sino que efectúa una reconstrucción de los mismos a partir de vivencias ulteriores directas de las que sí es testigo de primera mano*». En «La naturaleza-jurídico procesal del detective privado: el testigo-perito», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1999, n.º 396, pág. 5.

⁶² NAVASQUILLO LORDA, E.: «El informe pericial del detective privado», *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, 2011, n.º 14, pág. 43.

de una «(...) prueba testifical a la que se dota de características en su tramitación que se asemejan a la prueba documental»⁶³, negando cualquier posibilidad de que intervenga en condición de perito con base en que «(...) es un profesional de la investigación privada, no un experto sobre ciertas materias cuyo conocimiento, a nivel técnico, sea trascendental, de cara al fallo judicial, (...) no puede ser sustituido en juicio por otro, puesto que debe declarar el detective que ha sido testigo de los hechos como tal testigo, no tanto para explicar el informe (...) como para responder a las preguntas que desee formular la parte contraria (...)», pudiendo darse esa posibilidad en el perito, ya que de este lo que interesan son «(...) los conocimientos técnicos de un experto sobre una materia (...)»⁶⁴, estando respaldada por gran parte de la doctrina judicial y la jurisprudencia [SSTS de 10 de febrero de 1990, 24 de febrero de 1992, 17 de junio de 1996 (rec. 1611/1995), STS (UD) de 25 de marzo de 2002 (rec. 1292/2001) o más recientemente STS de 5 de junio de 2012 (rec. 28/2011)]⁶⁵.

Junto a esta, como se ha apuntado, cada vez adquiere más consistencia y seguidores la interpretación doctrinal que estima que junto con la consideración como prueba testifical, la intervención del detective puede ser también de carácter pericial, caracterización que puede realizarse de forma simultánea a la anterior y, en consecuencia, intervenir en concepto de testigo y de perito simultáneamente, o de forma independiente. La normativa determina la posibilidad de que el detective actúe como perito en el supuesto de que, en aplicación del artículo 335.1 de la LEC, sean necesarios «(...) conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos (...)»⁶⁶, es decir, que realice «(...) valoraciones técnicas o emita opiniones en atención a los conocimientos técnicos específicos que como profesional de la investigación tiene, precisamente en atención a la específica formación que ha recibido o a los conocimientos que por otros medios haya adquirido»⁶⁷, estando esta situación prevista también en el artículo 380 de la LEC, relativo al interrogatorio acerca de los hechos que consten en informes escritos, disponiendo que, si estos «(...) contuvieran también valoraciones fundadas en conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de sus autores (...)», se estará a lo dispuesto en el artículo 370.4 de la LEC en relación con

⁶³ VILACHÁ DOMÍNGUEZ, L.: «Prueba: interrogatorio de las partes...», *op. cit.*, pág. 5. Señala la autora que «(...) en puridad, a la vista del precepto, el mismo parece apartarse de las características de la prueba testifical donde el testigo comparece en el acto del juicio o de la vista contestando oralmente las preguntas que se realicen por las partes, sin perjuicio de que el mismo juzgador formule preguntas acerca de las cuestiones poco claras o controvertidas [con lo que] se aprecia cómo el trámite escrito viene a sustituir a las características de oralidad, intermediación y concentración que han de regir la práctica de la prueba testifical (...)».

⁶⁴ DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «Detectives en el ámbito laboral...», *op. cit.*, págs. 14 y 15. Añade el autor a esta consideración que «(...) deben dejarse de lado supuestos en que pueden haber investigado varios detectives de forma conjunta y, entonces sí, pudiera haber dos o más coautores de un informe respecto del que, en este caso sí, podrían dar cuenta en juicio varios detectives, si bien tendría que precisarse con rigor (desde luego, ya en el mismo informe) de qué hechos ha sido testigo cada uno de los detectives».

⁶⁵ Véase también toda la jurisprudencia y doctrina judicial citada *infra* en la nota al pie número 78.

⁶⁶ MORALES PRATS, F. y MARCO FERNÁNDEZ, F.: «La naturaleza-jurídico procesal del detective privado...», *op. cit.*, pág. 8.

⁶⁷ ALFONSO MELLADO, C. L.: «La prueba de detectives en el proceso laboral...», *op. cit.*, pág. 812.

el testigo-perito⁶⁸, siendo justamente esos conocimientos prácticos «(...) *lo más semejante a la labor del detective, ya que este elabora un informe en el que relata unos hechos de una forma objetiva, pero basada en unos conocimientos que él adquirió mediante el seguimiento y visualización de los hechos* (...)»⁶⁹.

Pero no solo puede aportar conocimientos prácticos, sino también de carácter técnico, como resultado de la utilización en la investigación de medios tecnológicos que, como se ha señalado, a modo de ejemplo con los dispositivos GPS, «(...) *exigen en todo caso una realización y presentación por personal experto o conocedor que permita determinar que tal prueba practicada se corresponde con la que se quiere valorar y concluir por medio de su proponente y ejecutor* (...)», con lo que esas pruebas técnicas, «(...) *exigen un medio de articulación normalmente técnico y de peritajes*»⁷⁰.

Esta interpretación encuentra fundamento también en la doctrina judicial haciendo mención a resoluciones que valoran la intervención del detective en estos términos en el caso que se está planteando, pudiendo deducir de los ejemplos que se van a señalar que, si bien, en algunos estima que el detective no actúa como perito, ello no se deriva de un rechazo absoluto a esa posibilidad, sino de que en ese supuesto concreto no actúa con esa condición. Es el caso de la STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2009 (rec. 3920/2009), que resuelve que la declaración del detective autor del informe que obra en autos «(...) *no debiera haberse valorado como prueba pericial sino como testifical-pericial* (...)», la STSJ de Andalucía/Sevilla de 17 de marzo de 2010 (rec. 3361/2009) que destaca que «(...) *la prueba de detective privado tiene naturaleza jurídica de testigo-perito* (...)», la STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 2010 (rec. 3568/2010) que se pronuncia en el sentido de que «(...) *dicho informe pericial consta como prueba documental* (...) *de la parte demandada y fue ratificado en su totalidad en el acto del juicio por el testigo-perito* (...), *que es detective privado y practicó los seguimientos del actor* (...)», la STSJ de Andalucía/Sevilla de 30 de marzo de 2011 (rec. 2967/2010), que establece que «(...) *esta prueba de perito-testigo, ha servido de base al juzgador de instancia para declarar probado que (...) el demandante permaneció prestando servicios en el quiosco regentado por su esposa* (...)» o la STSJ del País Vasco de 29 de enero de 2013 (rec. 57/2013) que, al valorar la intervención de un detective determina que «(...) *en cuanto prueba pericial, no es posible aceptarla en el presente caso, dado que el detective que ratificó el informe intervino en juicio en la calidad única de testigo y no en la de testigo perito prevista en el artículo 370.4 de la LEC lo que hace innecesario que analicemos si este último medio de prueba es equiparable a la pericial* (...)».

Además de estas dos posibles interpretaciones, han surgido otras corrientes doctrinales que han optado por señalar que las numerosas particularidades que presenta la intervención de un

⁶⁸ MILLARES LENZA, M. J.: «La prueba de detective privado en la nueva LEC», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, 2001, n.º 50, pág. 73.

⁶⁹ PÉREZ HERNÁNDEZ, E.: «La constitucionalidad de las pruebas aportadas por los detectives...», *op. cit.*, pág. 12

⁷⁰ STSJ del País Vasco de 22 de marzo de 2011 (rec. 486/2011).

detective suponen que no pueda ser caracterizada como testifical ni pericial, siendo una «(...) categoría distinta a todas ellas (...)»⁷¹, aunque reconociendo que está más próxima a la prueba testifical. A esta conclusión se llega con base en que la consideración como prueba testifical y/o pericial tiene argumentos a favor y en contra, con lo que finalmente se llega a la valoración de que, al participar de caracteres de las dos y, a su vez, existir argumentos que la excluyen, esa es la única interpretación posible. En concreto, por un lado, participa de la prueba testifical en que el detective se puede someter al turno de preguntas de la parte contraria, es propuesto por la parte interesada o testifica de los hechos conocidos como consecuencia de un encargo.

Por tanto, existen caracterizaciones aplicables de la prueba testifical, pero también diferencias, ya que al detective no se le puede aplicar ninguna de las causas del artículo 377 de la LEC en relación con la tacha de testigos (art. 380.1 LEC)⁷², el hecho de que si no aporta el informe su testimonio pierde valor –no ocurriendo con los testigos–, la diferente valoración que se debe realizar desde el momento en que con el detective se está ante un profesional «(...) que describe con mayor o menor objetividad los hechos y cuya actividad está rodeada de ciertas garantías ajenas a los testigos», siendo más fácil que un testigo falsee o se equivoque de buena fe, el testigo no es de libre elección puesto que viene determinado por su especial relación con los hechos, y el detective es elegido libremente por la parte, ya que su relación con los hechos viene dada por el encargo que ha recibido, el trámite de ratificación del informe que realiza un detective que no realiza un testigo o, finalmente, la mayor carga probatoria que tiene el informe del detective por su consideración de objetividad e imparcialidad, que no se aplica al testigo⁷³.

Por otro lado, aunque resulta sorprendente, también presenta aspectos en común en cuanto a la prueba pericial, pues la participación del detective se lleva en la práctica de forma similar a esta, «(...) ya que al igual que el detective, los peritos son citados como tales al acto de la vista, a los efectos de su interrogatorio por las partes sobre el contenido de su informe o sobre las cuestiones que se estimen oportunas, debiendo contestar a las preguntas y repreguntas que se le hagan, tanto por el proponente como por las demás partes, o por el propio Presidente del Tribu-

⁷¹ PÉREZ HERNÁNDEZ, E.: «La constitucionalidad de las pruebas...», *op. cit.*, pág. 17 y SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: «Los servicios de los detectives privados...», *op. cit.*, pág. 2.219. Así se deduce también de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de junio de 2012 (rec. 66/2012) que señala que «(...) el detective privado (...) no es ni un testigo perito, ni un testigo ni un informe de investigación (...) no aporta hechos si no deducciones propias sobre los hechos procesales ya conocidos, y ocurridos antes del informe (...)».

⁷² «No procederá la tacha del testigo por razón de interés en el asunto, cuando el informe hubiese sido elaborado por encargo de una de las partes». Téngase en cuenta que como se ha señalado la LEC es de aplicación supletoria y que el artículo 92.2 de la LJS determina que «los testigos no podrán ser tachados, y únicamente en conclusiones, las partes podrán hacer las observaciones que sean oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones», añadiendo el apartado 3 que «no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la declaración como testigos de personas vinculadas al empresario, trabajador o beneficiario, por relación de parentesco o análoga relación de afectividad, o con posible interés real en la defensa de decisiones empresariales en las que hayan participado (...), solamente podrá proponerse cuando su testimonio tenga utilidad directa y presencial y no se disponga de otros medios de prueba, con la advertencia a los mismos, en todo caso, de que dichas circunstancias no serán impedimento para las responsabilidades que de su declaración pudieren derivarse».

⁷³ PÉREZ HERNÁNDEZ, E.: «La constitucionalidad de las pruebas...», *op. cit.*, págs. 15 y 16.

nal, en aplicación analógica de las reglas establecidas para el interrogatorio de testigos (...), el detective puede ser considerado el perito que aporta conocimientos prácticos o que aporta información utilizando medios tecnológicos que requieren valoraciones que para poder realizarlas se debe tener una preparación específica.

Y, al igual que ocurre con la prueba testifical, también tiene aspectos que no le resultan aplicables pues la prueba del detective es aportada por una de las partes, el procedimiento de aportación es distinto –la parte que esté interesada en que intervenga un perito realiza la proposición oportuna, es decir, se oye a la otra parte, mientras que esto no sucede con la prueba de detective–, la prueba de detective no está rodeada de las garantías de los peritos –sistema de nombramiento, posibilidad de recusación–, el informe del detective no tiene carácter científico como el del perito, puesto que solo relata de forma objetiva unos hechos, la ausencia de publicidad en la actuación del detective privado que la hace incompatible con la prueba pericial, el detective si bien aporta conocimientos prácticos, normalmente son reflejo del seguimiento y visualización de los hechos, mientras que el perito lo que aporta es fruto de su conocimiento o, finalmente, que el detective conoce los hechos con anterioridad a la presentación de la demanda, mientras que el perito entra en contacto con los hechos en el momento de practicar la prueba⁷⁴.

En resumen, las interpretaciones doctrinales existentes en torno a la participación del detective son fundamentalmente tres, la que lo considera solo como prueba testifical, la que lo valora como prueba pericial, ya sea de forma conjunta o separada de la anterior, y la que opta porque es diferente de la testifical y la pericial.

Este panorama quedaría incompleto si no se añade una cuarta interpretación, relacionada con el informe que presenta el detective. Brevemente señalaré que este se suele definir como «(...) *aquel documento escrito donde se exponen todas las circunstancias de la investigación y que sirve de prueba ante el Tribunal que ha de fallar el proceso o ante el cliente*»⁷⁵, otorgando validez a la intervención del detective⁷⁶, siendo esa accesoriadad la que hace que, con carácter general, se le otorgue la misma valoración que a la presencia del detective en el procedimiento, es decir, será prueba testifical y/o pericial puesto que su objetivo en el proceso es el de reforzar el testimonio de los detectives privados.

De entre estas dos interpretaciones, gran parte de la jurisprudencia ha interpretado que se trata, al igual que la presencia del detective en el procedimiento, de una prueba testifical, que no pierde este carácter porque formalmente sea escrita, puesto que es considerada como «(...)

⁷⁴ Ídem ant., págs. 13 a 15.

⁷⁵ NAVASQUILLO LORDA, E.: «El informe pericial...», *op. cit.*, pág. 41.

⁷⁶ PÉREZ HERNÁNDEZ, E.: «La constitucionalidad de las pruebas...», *op. cit.*, pág. 15. En términos similares NAVASQUILLO LORDA que señala que «(...) *un detective privado no puede declarar en un juicio sin haber entregado antes un informe que acredite su declaración* (...)». En «El informe pericial del detective privado...», *op. cit.*, pág. 43. En contra de la consideración de que si el detective no presenta informe que carece de valor su participación SERRANO BUTRAGUEÑO, pues estima que puede ser valorado como un testigo común. En «Los servicios de los detectives privados...», *op. cit.*, pág. 2.220.

una manifestación testifical (es solo la expresión escrita de la declaración del testigo, es decir, un testimonio documentado sin más valor que el testifical según reiterada y conocida doctrina) o una prueba testifical impropia (...) cuyo valor probatorio queda condicionado a que se haya practicado como lo requiere ese medio de prueba, mediante la declaración del testigo a presencia judicial, permitiendo la intervención de las partes y del órgano judicial en el interrogatorio de quienes hicieron la investigación»⁷⁷.

Si ya se ha descrito un panorama complicado, la presentación del informe lejos de clarificarlo lo complica, puesto que han surgido opiniones doctrinales que interpretan que este escrito ha de valorarse de forma separada de la intervención personal del detective, y que no debe considerarse ni como prueba testifical ni pericial, sino como documental, sobre todo para el supuesto de que no precise ratificación en el caso de que sea reconocido como válido por las partes⁷⁸, cuestión no pacífica en la doctrina, al estimar un sector que esta es absolutamente necesaria y que de no producirse carece de valor la intervención del detective⁷⁹. Fundamentan esta valoración en que su forma es escrita y en la definición del artículo 324 de la LEC⁸⁰ al considerar como documentos privados aquellos que no tienen la caracterización de públicos⁸¹.

⁷⁷ STSS de 28 de septiembre de 1983, 25 de febrero de 1986, 1 de diciembre de 1986, 1 de julio de 1987, 20 de abril de 1998, 29 de julio de 1988, 13 de febrero de 1991, (UD) 24 de febrero de 1992 (rec. 1059/1991) y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de mayo de 2013 (rec. 453/2013).

⁷⁸ Ese valor lo atribuyen MORALES PRATS y MARCO FERNÁNDEZ, estimando que si no es reconocido como válido por las partes debe ser objeto de ratificación testifical por parte del detective privado. En «La naturaleza-jurídico procesal del detective...», *op. cit.*, pág. 7. En términos similares MILLARES LENZA que establece que «(...) el informe del detective privado será una prueba documental y, si no es reconocida por las partes, tendrá que ser ratificada por el detective como prueba testifical (...)». En «La prueba de detective privado...», *op. cit.*, pág. 72.

⁷⁹ PÉREZ HERNÁNDEZ equipara la actuación del detective sin informe a aquella que lo hace con informe pero sin ratificarlo, estimando que carecen absolutamente de valor. En «La constitucionalidad de las pruebas...», *op. cit.*, pág. 16. En términos similares NAVASQUILLO LORDA, E.: «El informe pericial del detective privado...», *op. cit.*, pág. 43.

⁸⁰ Complementado con el artículo 1.225 del CC («El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes») y 1.216 del CC («Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley»).

⁸¹ Artículo 317 de la LEC. *Clases de documentos públicos. A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:*

- 1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales.
- 2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho.
- 3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho.
- 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.
- 5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.
- 6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.

Esta opinión ha sido muy criticada por un sector mayoritario de la doctrina puesto que «(...) *el informe no contiene una declaración de voluntad constitutiva de un determinado acto o negocio ni proporciona datos de un acto jurídico (...)*, «(...) *no es un documento en el que se formalice acto alguno entre particulares (...)*, o finalmente «(...) *el informe no necesita, como el documento privado, ser aceptado como auténtico o legítimo por la contraparte o, en su defecto, reconocido bajo juramento en presencia judicial (...)*», llevando incluso esta tajante negativa a los que rechazan su consideración como prueba pericial a acercarlo a la misma⁸². En términos similares ha sido rechazada por la doctrina judicial, en el sentido de que no son prueba documental⁸³, en sí mismos y por sí solos, con independencia de que sea ratificado, ni constituye, sin embargo, modalidad fedataria alguna susceptible de conformar una prueba documental con garantía pública (SSTS de 10 de febrero y 6 de noviembre de 1990).

La valoración que se realice en uno u otro sentido no es irrelevante, puesto que está en juego un asunto muy importante como es la posibilidad de impugnar la sentencia de instancia, fundamentando el recurso en una revisión de los hechos declarados como probados, que únicamente es posible en los supuestos de prueba pericial y/o documental practicadas, pero en ningún caso en la testifical [art. 193 b) LJS], en la medida en que se trata de un recurso de carácter extraordinario que limita las facultades del juzgador en orden a la valoración de la prueba⁸⁴ (SSTS de 15 de julio y 23 de octubre de 1986, 9 de julio de 1990 y 19 de febrero y 15 de marzo de 1991)⁸⁵.

A mi juicio, la valoración de la intervención del detective en el procedimiento debe analizarse en cada supuesto que se plantee, siendo posible que actualmente lo haga en calidad de testigo y/o en calidad de perito teniendo en cuenta las innovaciones tecnológicas que se han producido en la

⁸² PÉREZ HERNÁNDEZ, E.: En «La constitucionalidad de las pruebas...», *op. cit.*, pág. 16.

⁸³ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 11 de julio de 2012 (rec. 911/2012).

⁸⁴ Ese carácter extraordinario y las limitaciones en cuanto su admisión no vulnera, como ha declarado en Pleno el TC en la Sentencia 119/1998, de 4 junio (rec. 1429/1996) el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que «(...) *el acceso a los recursos tiene una distinta relevancia constitucional que el acceso a la jurisdicción*, [en el sentido de que] *mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del artículo 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, (...) «ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, (...) (SSTC 140/1985 [RTC 1985\140], 37/1988 [RTC 1988\37] y 106/1988 [RTC 1988\106])*». (...) «*No puede encontrarse en la Constitución (...) ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos (...)*», que pueden ser interpretados de forma rigurosa. En términos similares, véase las SSTC 164/2002, de 17 septiembre (rec. 2886/1998) y 125/2005, de 23 de mayo (rec. 1138/2000).

⁸⁵ La jurisprudencia también ha señalado que «(...) *para demostrar el error de hecho no es admisible la prueba negativa, consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente*» [STS de 10 de noviembre de 1986 y STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2010 (rec. 2676/2009)].

utilización de medios para la investigación y la necesidad de conocimientos o formación cualificada y específica. Por ello, se considera «(...) *pertinente (...) diferenciar la parte de la declaración en la que el detective depone en juicio, atendiendo a su condición de testigo, por su conocimiento personal y previo de los hechos, que desde luego carece de eficacia revisoria (...) de la parte de la declaración en la que depone en la vista, como detective, que sí puede invocar los efectos de la revisión fáctica suplicacional (...)*» [STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2009 (rec. 3920/2009)].

4.2. La valoración de las grabaciones de imagen, sonido, fotografía, archivo y reproducción de datos

Como se ha apuntado al inicio de este apartado 4, en el análisis de la valoración de la prueba, se debe partir de la distinción entre la intervención del detective en sí mismo en el juicio y del informe que presente, en su caso, de los medios que aportará para fundamentar el resultado de la investigación realizada.

La presentación de estas pruebas está admitida por el artículo 90 de la LJS que dispone el derecho de las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, de «(...) *servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos*», utilización que, como se apuntó anteriormente, tuvo el respaldo de la jurisprudencia desde sus inicios (STS de 28 de septiembre de 1989), puesto que se trata de un derecho que está comprendido dentro del reconocido a tener una tutela judicial efectiva, teniendo presente que su proposición y práctica se debe desarrollar en el marco legal y procedimental determinado y ha de ajustarse a los principios de igualdad de las partes y prohibición de indefensión [SSTC 50/1984, de 5 de abril (rec. 493/1983) y 40/1986, de 1 de abril (rec. 441/1985)].

En cuanto a la valoración en el procedimiento de las grabaciones de imagen, sonido y fotografía se ha de apuntar que no es una cuestión pacífica, existiendo dos interpretaciones opuestas en cuanto a la consideración como prueba documental, independiente de la analizada en el apartado anterior, o como prueba que tiene la misma valoración que la intervención del detective.

Los argumentos empleados por la primera son fundamentalmente los siguientes [STSJ de Madrid de 6 de julio de 2004 (rec. 315/2004), STSJ de Aragón de 13 de mayo de 2013 (rec. 210/2013)]⁸⁶:

⁸⁶ Entre otros, FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B.: «La eficacia revisoria de los medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido en el recurso de suplicación», *Aranzadi Social*, 2003, n.º 13, págs. 8 a 10. En este sentido las numerosa doctrina judicial que cita CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERO, J. M.: «Relevancia de las grabaciones videográficas y fonográficas en el Orden Jurisdiccional Social», *Diario La Ley*, 2011, n.º 7674, pág. 7.

- a) El artículo 26 del CP define el documento como «(...) *todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*», concretándolo la jurisprudencia «(...) *como una representación gráfica del pensamiento que se crea para constituir una prueba y producir determinados efectos en el tráfico jurídico (...)*», debiendo en consecuencia primar el concepto amplio de documento, «(...) *identificándolo con cualquier cosa mueble apta para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado (...)*» (STS de 5 de febrero de 1988), permitiendo esa definición considerar «(...) *como documentos, a los fines de la prueba, la fotografía, el vídeo, las cintas magnetofónicas y los diskettes de ordenador (...)* [no pudiendo interpretarse el concepto de documento] *de una forma tan restrictiva que solo abarque representaciones escritas (...)*, [debiendo considerar como tal] (...) *todo objeto que cumpla la función de dar a conocer determinados elementos en él representados, bien por escrito, imágenes o sonidos*» [STSJ de Andalucía/Málaga de 28 de enero de 2000 (rec. 2111/1999)].

En términos similares, previamente la STS de 3 de octubre de 1997 (rec. 2326/1996), se había pronunciado sobre el concepto de documento, como instrumento casacional con eficacia demostrativa del error judicial, y que, si bien, los pronunciamientos dictados hasta el momento han centrado su extensión en que exista un documento en sentido estricto, y «(...) *ha de entenderse por tal el escrito, en sentido tradicional, o aquella otra cosa que, sin serlo, pueda asimilarse al mismo, por ejemplo, un diskette, un documento de ordenador, un vídeo, una película, etc., con un criterio moderno de interacción de las nuevas realidades tecnológicas, en el sentido en que la palabra documento figura en algunos diccionarios como "cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo" (obsérvese que se trata de una interpretación ajustada a la realidad sociológica, puesto que, al no haber sido objeto de interpretación contextual y auténtica, puede el aplicador del derecho tener en cuenta la evolución social), siempre que el llamado "documento" tenga un soporte material, que es lo que sin duda exige la norma penal (...)*».

- b) Se añade que la aprobación de LEC no supuso un cambio en esa consideración puesto que si bien hasta esa norma «(...) *se había venido aceptando de forma pacífica en sede de suplicación el carácter de documento de los vídeos, cintas, etc., a efectos de fundar la alegación del error de hecho en el recurso extraordinario que es la suplicación, desde la LEC el citado medio de prueba aparece regulado de forma autónoma, debiendo considerarse aplicable en el proceso laboral los preceptos que a ellos se refieren (...)*».

Ahora bien, «(...) *aun pudiendo considerarse que no existe base legal directa para afirmar que se trata de medios de prueba documentales, consideramos que siguen*

subsistiendo las razones que lo asimilaban a la prueba documental a los presentes efectos, pues el documento no tiene por qué vincularse a la escritura y su exclusión a los efectos de la revisión, eliminaría un medio de prueba cada vez más frecuente y extendido, limitándose así notablemente las posibilidades de articulación del recurso extraordinario que la suplicación representa» [STSJ de Andalucía/Málaga de 28 de enero de 2000 (rec. 2111/1999) y STSJ de Madrid de 6 de julio de 2004 (rec. 315/2004)].

- c) Asimismo, el Tribunal Supremo también ha optado, en ocasiones, por esta interpretación, como se puede deducir de las SSTs de 17 de junio de 1996 (rec. 1611/1995) y 12 de junio de 1999 (rec. 2930/1994), en las que se señala que «(...) *aun cuando el material obtenido por medio de reproducción de la imagen y del sonido no es propiamente un documento, accede al proceso por medio de la actividad que constituye el medio de prueba documental, dada su condición de soporte material representativo de hechos y procede asignarle valor de prueba documental (...)*», o más recientemente la STS de 20 de mayo de 2009 (rec. 2286/2008), en la que resuelve que «(...) *las fotografías de dicho informe eran susceptibles de servir de soporte a una modificación de la declaración de hechos probados al tener naturaleza documental*».

En contra de esta interpretación, está otra mayoritaria que entiende que su valor no es documental sino que es el que corresponde al del informe del detective en su interpretación mayoritaria como prueba testifical, o residualmente como pericial, puesto que estos medios de prueba únicamente pretenden dotarle de mayor veracidad y credibilidad, no siendo posible su valoración independiente como prueba documental⁸⁷.

Esta se fundamenta en la STS (UD) de 16 de junio de 2011 (rec. 3893/2010)⁸⁸, que, en cuanto a la posible consideración como documentos de unas grabaciones de vídeo y audio, señala lo siguiente:

- 1.º En primer lugar, se ha de atender a la normativa aplicable al supuesto planteado. La LJS establece en el artículo 90 que se admiten como prueba los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, sin establecer cuál en su naturaleza y qué tratamiento se les tiene que atribuir, teniendo que acudir a la normativa aplicable supletoriamente que es la LEC (disp. final cuarta de la LJS y art. 4 de la LEC).

⁸⁷ ALFONSO MELLADO, C. L.: «La prueba de detectives en el proceso...», *op. cit.*, pág. 820.

⁸⁸ STS de 25 de marzo de 2002 (rec. 1292/2001), STSJ de Extremadura de 21 de abril de 2009 (rec. 139/2009), STSJ de Castilla y León/Valladolid de 9 de enero de 2013 (rec. 2097/2012).

En cuanto a qué señala en este sentido la LEC, realiza un tratamiento diferenciado entre estos medios de prueba y el resto, siendo fiel muestra de ello los preceptos que a continuación se enumeran:

- a) El artículo 299 de la LEC contiene los medios de prueba que se pueden utilizar en juicio, diferenciándolos en dos apartados, dedicando el primero a los que se podrían denominar medios de prueba tradicionales, entre los que se citan los documentos públicos y los privados, y el segundo a «(...) *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*».
- b) El tratamiento independiente que la LEC da a la prueba documental a la que consagra los artículos 317 a 334 y a los medios de reproducción de la palabra, el sonido, imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso, regulados en los artículos 382 a 384.
- c) El artículo 265 de la LEC al disponer los documentos, escritos u objetos que han de acompañar a la demanda, distingue en el apartado primero «*los documentos en que las partes funden su derecho*» y en el apartado segundo «*los medios e instrumentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 299 –medios de reproducción de la palabra, el sonido...– si en ellos se fundaran las pretensiones (...)*».
- d) Los artículos 267 y 268 de la LEC establecen la forma de presentación de documentos públicos –copia simple y si se impugnara su autenticidad, mediante original, copia o certificación– y de los documentos privados –original o copia autenticada por fedatario público–, uniéndose a los autos o dejando testimonio, con devolución de los originales o copias, o designación del archivo, protocolo o registro donde se encuentren, no resultando de aplicación esto a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen.
- e) El artículo 270 de la LEC, que regula la presentación en momento no inicial del proceso, se refiere a la presentación no solo de documentos sino también de medios e instrumentos, diferenciando unos de otros.
- f) El artículo 273 de la LEC exige que todo escrito o documento que se aporte o que se presente ha de acompañarse de tantas copias literales cuantas sean las otras partes, lo que no se exige en la aportación de instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen, pues solo prevé la LEC

en el artículo 382.1 y 2 que se pueden acompañar de la «(...) *transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso*» o «(...) *los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes*».

- g) Los documentos tienen un valor probatorio, establecido legalmente, para los documentos públicos, en el artículo 319 de la LEC y para los privados en el 326 de la LEC, en tanto que las reproducciones de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejantes, han de valorarse según las reglas de la sana crítica, a tenor del artículo 384.3 de la LEC⁸⁹.

Con fundamento en todos los preceptos señalados anteriormente, esta regulación separada se ha interpretado en el sentido de que, con su inserción, la LEC ha procedido, a diferencia de lo que sucedía en la redacción que tenía anteriormente, a dar un tratamiento autónomo a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, diferenciándolos de la prueba documental, es decir, que se trata de medios de prueba diferentes de los documentos y, por tanto, sometidos a una valoración y régimen jurídico diferenciado.

- 2.º En segundo lugar, la propia normativa de la jurisdicción social fundamenta la no consideración como documentos de estos medios de prueba, con base en lo siguiente:

- a) En el proceso laboral es diferente la forma de practicar esas pruebas. En efecto, mientras de la prueba documental que se presente ha de darse traslado a las partes en el acto del juicio, tal y como dispone el artículo 94.1 de la LJS, la práctica de la prueba de medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen se realiza en último lugar, una vez se han practicado todas las pruebas (art. 300.1.5 LEC), debiendo consignarse en acta los actos que se realicen para su práctica, incluyendo, cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones.
- b) En la nueva redacción que se ha dado a la normativa de la jurisdicción social, el contenido del artículo 90.1 es similar al que tenía en la LPL, que establece que son medios de prueba los medios mecánicos de repro-

⁸⁹ Por lo que se refiere a la sana crítica, véase, a modo de ejemplo, la STC 44/1989, de 20 de febrero (rec. 931/1987) y con referencia a la intervención de un detective, entre otras, las SSTSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canaria de 8 de octubre de 2007 (rec. 464/2007), del País Vasco de 14 julio de 2009 (rec. 1177/2009) y de Andalucía/Granada de 24 de mayo de 2012 (rec. 738/2012).

ducción de la palabra, no habiéndose producido tampoco ningún cambio en el artículo 193 b) de la LJS que regula la revisión de hechos probados, manteniendo que procede solo a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, no realizando ninguna mención a otros instrumentos.

- c) El recurso de suplicación tiene carácter extraordinario, conllevando la consecuencia de «(...) *la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental o pericial practicada en la instancia, por lo que la interpretación del concepto de prueba documental, a la vista del carácter del recurso, necesariamente ha de ser efectuada de forma restrictiva (...)*» [art. 193 b) LJS].

- 3.º En tercer lugar, no empecen las anteriores consideraciones la interpretación jurisprudencial existente que consideraba que tales instrumentos tenían el valor de prueba documental, pues en la época en que tales sentencias se dictaron no estaba en vigor la nueva redacción de la LEC que, como previamente se ha razonado, procede a dar un tratamiento autónomo a este medio de prueba diferenciándolo de la prueba documental. Se ha de señalar en este sentido que, con posterioridad a esa nueva redacción de la LEC, se han seguido dictando resoluciones en los mismos términos, remitiéndome al inicio de este apartado.
- 4.º En cuarto y último lugar, tampoco se opone a las anteriores consideraciones la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo apuntada, que ha venido reconociendo el carácter de prueba documental a los instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido, hábiles para fundar el motivo casacional amparado en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹⁰, siendo la interpretación que se corresponde con el artículo 26 del CP.

Admitiéndose esta consideración, el mismo no es de aplicación al proceso laboral porque, por un lado, la norma que es de aplicación supletoria es la LEC y no la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y como se ha señalado, aquella distingue en todo momento la regulación de la prueba documental y la prueba por instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido, y, por otro lado, el proceso penal realiza dicha interpretación amplia del concepto de documento a la luz de lo establecido en el artículo 26 del CP, que dispone expresamente al comienzo de su redacción que se aplica solo «*a los efectos de este Código (...)*», concluyéndose que no es extrapolable a ningún otro supuesto.

⁹⁰ «Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: (...) 2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios».

En consecuencia, la opinión mayoritaria interpreta que no tienen carácter documental, con lo que su valoración se ha de realizar de forma conjunta con la del informe y/o en su caso intervención del detective.

Una vez analizados todos los argumentos, en mi opinión, y siguiendo la opinión manifestada por ALFONSO MELLADO, en principio, atendiendo a la evidente regulación separada que realiza la normativa, no tienen la consideración de prueba documental, siendo mecanismos accesorios de la intervención del detective, y, por ello, deben recibir la caracterización de prueba testifical y/o pericial, pudiendo excepcionalmente, en aplicación de las reglas de la sana crítica del artículo 384.3 de la LEC, darles analógicamente un valor documental, a efectos de un posible recurso, «(...) a algunos medios de archivo de datos o que permitan conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas (...)», no atendiendo únicamente al soporte en el que están, puesto que «(...) tendría poco sentido negar eficacia de documento al original y atribuírselo a la copia (...)»⁹¹. Con ello, y para finalizar, con carácter general, este tipo de soportes no tiene carácter de prueba documental, aunque es posible que se le pueda atribuir en algunos supuestos, valoración que en todo caso le corresponde a los órganos judiciales según las circunstancias en las que se desarrolle el caso objeto de controversia, el soporte utilizado y/o su contenido.

CONCLUSIONES

Del estudio que se ha realizado de la intervención de los detectives en las relaciones laborales se desprende que actualmente se trata de un mecanismo de materialización del poder de dirección del empresario legítimo, existiendo situaciones en las que resulta incluso uno de los más adecuados. Ahora bien, los problemas se manifiestan en el momento en el que se lleva a la práctica, no pudiendo convertirse en un instrumento que controle a un trabajador en todos los ámbitos de su vida, siendo su delimitación la que está llevando a los tribunales a tener que pronunciarse desde hace años en orden a la posible vulneración de derechos fundamentales, habiendo surgido recientemente nuevas controversias con la aparición de innovadores dispositivos que permiten mejorar la eficacia de la investigación que tienen que realizar estos profesionales.

Como consecuencia de esos avances, a nivel procedimental ha surgido la dificultad de caracterizar esta prueba, debiendo, a mi modo de ver, tener en cuenta y valorar la mayor profesionalización que van adquiriendo los detectives privados y, con ello, su consideración, no solo como prueba testifical sino también como pericial, no limitándose, según las circunstancias de cada supuesto, a realizar una investigación de lo que observa sino también realizando

⁹¹ ALFONSO MELLADO, C. L.: «La prueba de detectives en el proceso laboral...», *op. cit.*, págs. 818 y 819.

aportaciones prácticas y, sobre todo, técnicas, teniendo importantes repercusiones esta apreciación en cuanto a la admisibilidad de un una posible revisión fáctica en la interposición de un recurso.

Se trata de una profesión no exenta de polémica, regulada por una normativa obsoleta, que en estos momentos es objeto de atención por el legislador, siendo próximamente derogada y sustituida por una nueva en la que pasa a adquirir mayor protagonismo y supervisión por la Administración pública.