

El poder de dirección y control del empresario frente al absentismo laboral

Maria del Mar Crespí Ferriol

Profesora Titular Laboral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de las Islas Baleares

The Employer's Managerial and Supervisory Powers in Addressing Workplace Absenteeism

SUMARIO:

1. CONSIDERACIONES GENERALES.
2. ABSENTISMO Y PODER DE DIRECCIÓN.
 - 2.1. Régimen jurídico de los sistemas de gestión de ausencias: implantación, confidencialidad e inteligencia artificial.
 - 2.2. La (in)aplicación del derecho a la desconexión digital durante la incapacidad temporal.
 - 2.2.1. Los protocolos de gestión proactiva del absentismo.
 - 2.2.2. Otros tipos de comunicación con el trabajador de baja: especial referencia a la incapacidad temporal por enfermedad mental.
 3. LAS FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL DEL ABSENTISMO LABORAL.
 - 3.1. El control conductual del artículo 20.3 ET.
 - 3.1.1. El seguimiento por detectives privados.
 - 3.1.2. La vigilancia por internet y redes sociales.
 - 3.1.3. Sobre la relativa inseguridad de un despido disciplinario basado en una prueba conductual.
 - 3.2. El control médico del artículo 20.4 ET: Reconocimientos a cargo de personal sanitario.
 4. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El artículo analiza el alcance y los límites del poder de dirección y control del empresario frente al absentismo laboral, con especial atención a las ausencias por incapacidad temporal. En primer lugar, se examina la configuración jurídica de los sistemas empresariales de gestión de ausencias, su progresiva digitalización y el impacto de la normativa sobre protección de datos, gestión algorítmica e inteligencia artificial. En segundo lugar, se plantea la inaplicación del derecho a la desconexión digital durante la incapacidad temporal, que sería incompatible con los modelos de gestión proactiva del absentismo que proporcionan mejores resultados en términos de reincorporación laboral. En tercer lugar, se revisan las facultades de control conductual y médico de los artículos 20.3 y 20.4 ET y su menguante utilidad

para detectar y sancionar el fraude. El trabajo concluye que el ordenamiento proporciona al empresario instrumentos fragmentarios y de eficacia punitiva limitada, y plantea la necesidad de reorientarlos, con la ayuda de la negociación colectiva, hacia modelos de gestión del absentismo igual de garantistas, pero en los que el empresario pueda adoptar una posición más propositiva, transparente y orientada al retorno saludable al trabajo.

Palabras clave: Absentismo laboral, incapacidad temporal, poder de dirección, desconexión digital, control empresarial, gestión algorítmica

ABSTRACT: The article analyses the scope and limits of the employer's managerial and supervisory powers in addressing workplace absenteeism, with particular attention to absences due to temporary incapacity. First, it examines the legal configuration of corporate absence-management systems, their progressive digitalisation, and the impact of new legislation on data-protection, algorithmic management and artificial intelligence. Second, it argues for the inapplicability of the right to digital disconnect during temporary incapacity, as such a right would be incompatible with proactive absence-management models that yield better outcomes in terms of return to work. Third, it reviews the behavioural and medical control powers under Articles 20.3 and 20.4 of the Workers' Statute and their declining usefulness in detecting and sanctioning fraud. The article concludes that the legal framework provides employers with fragmented and only moderately effective instruments, and contends that these should be reoriented—supported by collective bargaining—towards equally rights-protective models of absence management in which employers can adopt a more proactive, transparent and return-to-work-oriented role.

Keywords: Workplace Absenteeism, Sickness Absence, Managerial Authority, Digital Disconnection, Employer Control, Algorithmic Management

1. CONSIDERACIONES GENERALES¹

El absentismo laboral se define en el ámbito técnico internacional como “*la manifestación de una decisión por parte de un empleado de no presentarse a su puesto de trabajo en un momento en el que la organización empresarial prevé que debería estar presente*”². Es un fenómeno eminentemente relacional que depende del trabajador, pero repercute directamente en el empresario, que ve alterado de manera imprevista su ciclo productivo y para el que el absentismo tiene graves consecuencias económicas directas e indirectas. Desde el punto de vista empresarial se trata, por tanto, de un problema organizativo y financiero que las organizaciones patronales señalan

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto PID2022-1409440A-I00, cuyo título es “Inteligencia artificial y Derecho: Análisis de la responsabilidad de los daños derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Española de Investigación y Fondos FEDER de la UE (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE).

2 Eurofound (2010): *Absence from work*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union.

actualmente como su principal preocupación, no solo laboral, sino para su funcionamiento en general. Más concretamente, la preocupación por el absentismo es sobre todo una inquietud por el crecimiento persistente que se registra en las tasas de incapacidad temporal desde hace algo más de una década, y que alcanza cada año nuevos máximos históricos.

Frente a esta preocupación, el discurso público de las patronales suele contener apelaciones directas a los poderes políticos sobre la necesidad de adoptar políticas públicas más eficaces, sobre todo en lo que se refiere a la saturación de la sanidad pública y la duración de las listas de espera. Pero también alude a la conveniencia de incidir en la gestión administrativa de la incapacidad temporal y frenar las posibles bajas fraudulentas que puedan estar explicando parte de su crecimiento. Se intuye, por tanto, en dicho discurso, una cierta sensación de impotencia de los empresarios a la hora de afrontar por sí mismos un problema que se ve indudablemente afectado por las políticas públicas sanitarias y de Seguridad Social, pero cuya naturaleza primaria es esencialmente laboral. Ante esta paradoja, el presente trabajo se propone explorar el margen de actuación del que disponen los empresarios para la contención del absentismo, exclusivamente en lo que se refiere en su ordenación, control y fiscalización. Queda fuera de su alcance la perspectiva preventiva que también permite contener el absentismo a nivel empresarial a través de la prevención de riesgos laborales y la mejora de la calidad de vida laboral.

El propósito de este trabajo es, pues, analizar algunas cuestiones jurídicas que no siempre tienen una respuesta sencilla, como, por ejemplo, hasta dónde alcanza la libertad empresarial para fijar el modo en que se gestionan internamente las ausencias del personal o qué relación puede establecerse con un trabajador ausente y hasta qué punto puede involucrarse la organización en procurar su regreso al trabajo. También se propone determinar cuáles son las vías de actuación disponibles para una empresa que sospecha de que la incapacidad temporal de un trabajador es fraudulenta o en qué medida el control que ejerza le podrá ser útil a la hora de emprender posibles medidas disciplinarias. Todas estas disquisiciones no son necesariamente novedosas, pero sí plantean aristas que requieren la actualización de su análisis en un contexto como el actual en el que aparecen realidades sociales como la necesidad de afrontar la incorporación de las tecnologías de gestión algorítmica y la inteligencia artificial en el ámbito laboral, la intensificación de los factores de riesgo psicosocial vinculados precisamente a la hiperconectividad o la utilización generalizada de las redes sociales para compartir información de carácter personal³.

Dicho análisis, ya se adelanta, resulta ciertamente revelador en algunos puntos y pone de manifiesto que, en efecto, la capacidad de incidencia que el empresario tiene sobre las ausencias médicas de los trabajadores no se corresponde con su posición de contraparte contractual directamente afectada por las mismas. Así, el ordenamen-

3 Para un panorámica general del poder de dirección desde esta misma perspectiva, Vid., Aranda Martínez, María Carmen (2025): *Dirección y control de la actividad productiva*, Valencia, Tirant lo Blanch.

to lo sitúa en una posición de mero observador externo, que bloquea los efectos positivos que su intervención podría tener en términos de facilitación del retorno al trabajo, y que podría verse agravada por una eventual interpretación estricta del derecho a la desconexión digital durante la suspensión contractual. Por otro lado, se verá que los mecanismos empresariales de control conductual del fraude han perdido parte de la utilidad que hubieran podido tener en el pasado porque, por la amplitud de actividades que tienen permitidas los trabajadores de baja, observar su comportamiento privado resulta cada vez menos revelador. Por su parte, la virtualidad del artículo 20.4 ET es todavía más dudosa, si no se apoya en la actuación de las inspecciones médicas de los servicios sanitarios públicos o el INSS.

2. ABSENTISMO Y PODER DE DIRECCIÓN

El ejercicio del poder de dirección empresarial respecto del absentismo laboral implica decidir sobre el modo de gestionar las ausencias de los trabajadores, desde su comunicación por el trabajador a su justificación y su tratamiento a nivel interno de recursos humanos. En ejercicio de dicha libertad, las empresas han venido digitalizando gran parte de la gestión del absentismo a través de sistemas automatizados que permiten registrar y responder al absentismo de forma más eficiente. Si bien, dicha libertad debe ejercerse con sujeción a dos parámetros: (i) cierta doctrina jurisprudencial impide que la digitalización revierta en una carga burocrática excesiva para el trabajador y (ii) la informatización de la gestión de las ausencias de los trabajadores supone un riesgo adicional para la confidencialidad de sus datos sensibles, que debe prevenirse con las correspondientes medidas de seguridad. A estos requerimientos básicos hay que sumarles, en los últimos tiempos, las limitaciones materiales y los requerimientos formales y procedimentales que supone la aplicación de las nuevas normativas que inciden en la gestión de personal a través de tecnologías algorítmicas o de inteligencia artificial.

Pero además de su articulación formal o protocolaria, la gestión del absentismo también se refiere al aspecto de la relación material que la empresa puede establecer con el trabajador durante su ausencia. Así, a raíz de la reciente positivización normativa del derecho a la desconexión digital, se ha planteado la cuestión de qué tipo de comunicación puede producirse entre la empresa y el trabajador durante su ausencia laboral, en dos sentidos distintos. De un lado, se ha cuestionado si la empresa puede contactar con el trabajador con motivo de su baja médica, como manifestación de un modelo proactivo de gestión del absentismo que procure evitar el aislamiento laboral y buscar soluciones laborales que puedan acompañar su recuperación médica. De otro lado, ha surgido la duda de si el derecho a la desconexión digital comporta para la empresa una especie de deber de cortar cualquier tipo de contacto con el trabajador durante su incapacidad temporal. Sobre ambos aspectos podría aportar luz la negociación colectiva, que conforme al artículo 88.2 LOPDGDD tiene capacidad para modular el poder de dirección empresarial regulando las modalidades de ejercicio de este derecho. Con todo, en vista de que su intervención en este aspecto está siendo

muy limitada⁴, esta cuestión se analiza teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial que se está produciendo sobre esta materia, y que se basa por el momento en la formulación legal del derecho.

2.1. Régimen jurídico de los sistemas de gestión de ausencias: implantación, confidencialidad e inteligencia artificial

Una adecuada respuesta empresarial ante las ausencias de los trabajadores presupone cierta protocolización de su gestión, sobre todo en empresas medianas y grandes. Deben fijarse pautas claras sobre el modo en que debe proceder el trabajador a la hora de comunicar o, en su caso, preavisar, de la falta al trabajo. Es decir, cuándo y cómo tiene que avisar el trabajador de que no va a poder ir a trabajar y cómo tiene que acreditar, en su caso, la causa que se lo impide. Ello permite, de un lado, que la empresa pueda reaccionar con eficacia ante las vicisitudes organizativas que provoca la incomparecencia del trabajador, que son especialmente graves cuando es imprevista. Y, de otro lado, ejercer un control formal adecuado sobre el carácter justificado o injustificado de las faltas de los trabajadores. En este ámbito, el convenio colectivo tiene cierta capacidad para perfilar jurídicamente las obligaciones del trabajador. Por ejemplo, algún convenio establece que la asistencia a consultas médicas debe avisarse con la mayor antelación posible y como mínimo, salvo que se trate de una urgencia, con 24 horas de margen⁵. Estas pautas, además, sirven de referencia a la hora de poder reaccionar por vía disciplinaria, en su caso, ante los eventuales incumplimientos que pueda cometer el trabajador⁶.

Además de las obligaciones del trabajador, está en manos del empresario establecer protocolos internos de gestión de las ausencias de los trabajadores a nivel de recursos humanos. Dichos protocolos pueden servir, a nivel particular, para articular una respuesta a cada ausencia concreta y, a nivel general, para realizar un seguimiento técnico y estadístico de los niveles generales de absentismo de la plantilla. Estas pautas instrumentales y procedimentales las dicta el empresario en virtud de su poder de dirección y las facultades organizativas que se derivan del mismo. Por ello, quedan excluidas de los derechos de participación, información y consulta de los representantes de los trabajadores, a no ser que afecten al contenido material de las condiciones laborales⁷.

4 Payá Castiblanque, Raúl (2025): «El derecho a la desconexión digital: análisis de la aplicación del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 176, p. 206.

5 VIII Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE 26/09/2024).

6 Vid., como muestra, STSJ Cataluña 21 julio 2005 (Rº 3546/2005) en la que se enjuicia el incumplimiento por parte del trabajador de avisar telefónicamente de su ausencia lo antes posible (con independencia de la posterior remisión del parte de baja).

7 Vid., STS 22 mayo 2006 (Rº 8077/2000), declarando que Correos no tenía la obligación de negociar su "Manual de gestión del absentismo" con los representantes de los trabajadores bajo la Ley 9/1987, de

Desde hace ya varias décadas, la gestión del absentismo suele producirse en empresas de cierto tamaño a través de programas informáticos que cuentan cada vez con mayor grado de automatización. A este respecto, la Audiencia Nacional ha venido dictando varios pronunciamientos en los que aplica criterios estrictos al uso que las grandes empresas de nuestro país pueden hacer de este tipo de sistemas digitales. En estas sentencias, parte de la base de que informatizar los sistemas de comunicación y justificación de ausencias sirve al empresario para reducir costes en materia de gestión de personal, por lo que entiende que, en virtud del principio de equivalencia de las prestaciones, tal proceso no puede suponer un gravamen adicional para los trabajadores. Esto implica, por ejemplo, que, si el uso del sistema comporta cierta dedicación y entraña una relativa complejidad técnica, no puede exigirse que los trabajadores cumplimenten sus requerimientos en períodos de descanso⁸. También comporta, en coherencia con la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo⁹, que la implantación de estas herramientas digitales no puede suponer un pretexto para que el trabajador deba aportar datos personales innecesarios a la empresa. Por tanto, si el sistema digital requiere la identificación del usuario por correo electrónico, o bien debe ofrecerse a los trabajadores una cuenta de correo corporativo o bien debe permitirse el uso de otras vías de comunicación de las ausencias¹⁰, que no requiera la utilización del email personal.

Si bien, la Audiencia Nacional también ha dictado otros pronunciamientos que van algo más allá y limita la utilización empresarial de este tipo de programas digitales sobre la única base de que se obliga al trabajador a participar en la gestión administrativa de sus ausencias¹¹. A este respecto resulta especialmente llamativa la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2024¹² por la que se afirma que “el poder de organización y dirección del empresario permite adaptar las formas de comunicación de los trabajadores con la empresa a través de nuevas fórmulas adaptadas a las nuevas tecnologías, al objeto de facilitar una comunicación bidireccional rápida y eficaz”, pero en la que se concluye que “lo que a nuestro juicio no ampara dicho poder de organización es la fijación como única fórmula de comunicación de una sola herramienta que (...) no facilita sino dificulta y restringe de forma evidente tanto las posibilidades de comunicación con recursos humanos, como la gestión y resolución rápida y eficaz de las incidencias que se producen”. Este pronunciamiento

12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

8 SAN 19 septiembre 2016 (Proced 199/2016), indicando al respecto de la herramienta enjuiciada que “no resulta sencillo para los trabajadores, puesto que requiere de equipo informático que tenga instalado el programa META 4, así como de escáner para convertir en documento pdf los justificantes en papel de las ausencias, sin que los trabajadores tengan acceso desde su puesto de trabajo a la aplicación META4, sino que está instalada sólo en algunos ordenadores de la empresa”.

9 STS 21 septiembre 2015 (Rº 259/2014).

10 SAN 27 junio 2022 (Proced. 128/2022) y SAN 26 mayo 2025 (Proced. 101/2025).

11 SAN (Sala de lo Social) 16 noviembre 2022 (Proced. 270/2022).

12 Proced. 269/2024.

se considera llamativo desde el punto de vista de la libertad de empresa porque, si se parte de la premisa de que debe permitirse el uso del sistema durante el tiempo de trabajo, en principio su ineeficacia debería perjudicar únicamente a la organización. Para que se tratara de una imposición ilegal, debería demostrarse, a mi juicio, que el software resulta disuasorio o que obstaculiza realmente el ejercicio material de derechos de ausencia por parte de los trabajadores, más allá de que su uso sea inicialmente más complejo o incómodo que los mecanismos que se utilizaran antes.

Cabe recordar que, recientemente, el uso de estos sistemas se ha visto alterado en lo que respecta en particular a la gestión de las ausencias por incapacidad temporal, porque su justificación ya no recae sobre el trabajador¹³ a raíz de la reforma operada por el Real Decreto 1060/2022¹⁴. Conforme a dicha norma, ya no es el empleado el que entrega a la empresa una copia del parte de baja, confirmación y alta por incapacidad temporal, sino que es el INSS quien le remite dichos documentos, por vía telemática, a través del sistema RED. Sin embargo, lo que todavía persiste es la obligación del trabajador de comunicar a la empresa que no va a poder acudir al trabajo, a la mayor brevedad posible. Este deber de información no está previsto a nivel legal o reglamentario, pero sí aparece expresamente en algunos convenios colectivos¹⁵ y, en todo caso, se deriva del deber de buena fe contractual. De tal principio general se sigue que el trabajador ha de obrar con la diligencia debida a fin de que la empresa pueda solventar la alteración generada por una ausencia imprevista minimizando su afección sobre el proceso productivo. La comunicación del INSS acredita la causa que alega el trabajador para justificar su ausencia, pero no puede cumplir esta función organizativa porque se demora varios días.

Por lo demás, es esencial tener en mente que las herramientas digitales de gestión de personal deben configurarse y utilizarse con respeto a los datos personales de los trabajadores, con mayor cuidado, si cabe, porque incorporan datos especialmente sensibles. Ello se debe a que la mera constancia de cualquier ausencia relacionada con problemas médicos del trabajador¹⁶ o de sus familiares (en el caso, por ejemplo, de los artículos 37.3.b relativo al permiso por hospitalización de parientes) goza de la protección reforzada del artículo 9 RGPD. Para aplicar dicha protección no

13 STS 10 abril 2025 (Rº 74/2023).

14 Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

15 A modo ilustrativo, el Convenio Colectivo Deutsche Telekom Business Solutions Iberia SLU (BOE 11/08/2023) prevé “*A partir del 1 de abril de 2023, la persona trabajadora ya no tendrá que entregar los partes de baja pero mantendrá la obligación de avisar telefónicamente y con carácter inmediato de su ausencia a la empresa*”. Y contienen disposiciones similares el Convenio Colectivo de Volkswagen Renting (BOE 09/10/2023) en su art. 42 o el IV Convenio colectivo de la empresa Eltec IT Services, SL (BOE 31/05/2025) en su art. 40. Significativamente, en los tres casos, el cumplimiento de este deber del trabajador condiciona la posibilidad de percibir la mejora voluntaria a la prestación por incapacidad temporal que se establece a continuación en los textos convencionales.

16 STJUE noviembre 2003 (asunto C-101/01, Lindqvist).

se requiere, por tanto, que se registren datos estrictamente clínicos o médicos, de los que en cualquier caso la empresa no debería tener conocimiento¹⁷.

Los únicos supuestos en los que la organización puede entrever el diagnóstico del trabajador a partir de la información que remite el INSS son los que se refieren a incapacidades temporales especiales, como fue el caso de la baja por coronavirus¹⁸ hasta el mes de julio de 2023¹⁹, o como sigue sucediendo con las bajas por menstruación o aborto del artículo 169.1.a LGSS. En estos últimos casos, la empresa no puede evitar registrar indirectamente la causa médica de la baja porque su tramitación ante la entidad gestora y la TGSS sigue un procedimiento distinto al habitual al estar cubierta desde el primer día de acuerdo con el artículo 173.1 LGSS *in fine*. Es decir, la empresa es consciente del diagnóstico porque solo en esa circunstancia debe iniciar el pago delegado sin periodo de espera ante una incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Así, con la configuración de este tratamiento especial, el legislador decidió sacrificar la intimidad²⁰ de las trabajadoras afectadas por dolencias feminizadas en favor de su mejor protección económica. Probablemente, esta elección explique el fracaso de la medida²¹ porque las mujeres prefieren la primera a la segunda ante la indudable pervivencia social de lo que la propia reforma denominaba “estigma menstrual”²².

El tratamiento de datos especialmente sensibles en el marco de la gestión de ausencias médicas implica que la empresa debe atender un deber de confidencialidad cualificado, no solo *ad extra*, sino también *ad intra*. Ello supone que en ningún caso puede difundirse la causa de la ausencia ni fuera ni dentro de la empresa²³ y no pueden darse a conocer estadísticas o rankings en los que se identifique a los trabajadores, ni como medida de control ni de motivación o comparación entre los empleados. Asimismo, la empresa, como responsable del tratamiento, debe adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado ante el riesgo que implica el tratamiento de datos personales relativos a la salud y prevenir accesos no autorizados²⁴. Además, todos los trabajadores con acceso a los

17 STC 8 noviembre 1999 (Rº 4138/96).

18 Vid., como muestra, el caso de la SJS nº 3 Talavera de la Reina 14 mayo 2021 (Rº 97/2021) en la que se incluye en la nómina que la causa médica de la incapacidad temporal era el Covid-19, por el tratamiento especial que recibe este motivo de baja.

19 Orden SND/726/2023, de 4 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 2023, por el que se declara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

20 Resolución de archivo de actuaciones del expediente N.º: EXP202401554 de la Agencia Española de Protección de Datos.

21 Morales, Emilia G. (2024)., «Ni una baja por menstruación incapacitante en ocho provincias», Público, 27 marzo 2024 (actualizado 3 abril 2024), en línea: <https://www.publico.es/sociedad/baja-menstruacion-incapacitante-ocho-provincias.html> (consulta 30 septiembre 2025).

22 Art. 10 ter de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

23 STSJ Madrid 22 diciembre 2022 (Rº 665/2022).

24 STS (Sala Primera, Civil, Pleno) 13 marzo 2025 (Rº 4109/2024) sobre la vulneración del derecho al honor de una trabajadora que presentó una demanda contra su empresa, en la que se exponían datos relativos a sus incapacidades temporales, y que permaneció accesible para todos los trabajadores de

datos relativos a las ausencias o su sistema de gestión informatizado son sujetos del deber de confidencialidad del artículo 5.1 LOPDGDD y su incumplimiento puede sancionarse con consecuencias disciplinarias²⁵.

Dicho deber de confidencialidad también implica que, a nivel colectivo, los informes o estudios sobre absentismo que puedan realizarse en el marco de la empresa para articular medidas organizativas o políticas de prevención del absentismo deben basarse en datos previamente anonimizados. Del mismo modo, deben estar anonimizadas *"las estadísticas sobre el índice de absentismo y las [rectius: sus] causas"* que, conforme el artículo 64.2.d ET, deben entregarse trimestralmente a los representantes de los trabajadores con vistas a la vigilancia que deben ejercer sobre la actuación empresarial en materia de protección colectiva de la salud.

Por último, debe tenerse en cuenta que las versiones más avanzadas de los programas de gestión del absentismo usan sistemas predictivos basados en algoritmos²⁶ que operan a partir de historiales de ausencias (tipología, frecuencia y duración), información organizativa (turnos, cargas de trabajo, estacionalidad, sustituciones), y, en algunos casos, indicadores psicosociales o de clima laboral. Con ello entrenan modelos de aprendizaje automático para estimar la probabilidad de ausencias futuras a nivel de puesto o equipo en un determinado periodo de tiempo²⁷, lo que permite planificar respuestas organizativamente más adecuadas. Es decir, estos sistemas se nutren con la información de la que disponen los departamentos de recursos humanos, sin incorporar necesariamente datos médicos de los trabajadores, pero son capaces de proporcionar información acerca de posibles ausencias relacionadas con la salud. Con esos resultados también pueden establecerse umbrales de alerta que determinan, por ejemplo, cuando conviene activar una intervención preventiva (revisar la distribución de tiempo de trabajo u ofrecer apoyo psicosocial) en términos de mejora de la calidad de vida laboral²⁸.

Se trata, por tanto, de mecanismos que tienen la capacidad de inferir información sobre la salud de los trabajadores, por lo que deben respetarse las excepciones del artículo 9 RGPD y adoptarse garantías reforzadas de minimización, seguridad y confidencialidad de los datos. Además, según el caso, es probable que deba realizarse una evaluación de impacto del artículo 35 RGPD²⁹, precisamente porque los

la misma. Desde el prisma de la protección de datos, puede verse la STSJ Cataluña 6 febrero 2024 (Rº 3314/2023).

25 STSJ Madrid 11 diciembre 2019 (Rº 932/2019).

26 Igartua Miró, María Teresa (2025): «El absentismo laboral: prevención y control», *Documentación Laboral*, 134, p. 80.

27 Zupančič, Peter y Panov, Panče (2024): «Predicting Employee Absence from Historical Absence Profiles with Machine Learning», *Applied Sciences*, 14(16).

28 Lawrence, Natalie; Petrides, George; Guerry, Marie-Anne (2021): «Predicting employee absenteeism for cost effective interventions», *Decision Support Systems*, 147.

29 Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/679. Revisadas por última vez y adoptadas el 4 de octubre de 2017.

algoritmos puedan realizar predicciones sobre el rendimiento laboral o afectar a los trabajadores como colectivo considerado “*interesados vulnerables*”. También existe la posibilidad (de nuevo, dependiendo del supuesto concreto) de que deba ser de aplicación el Reglamento de Inteligencia Artificial³⁰, aunque su régimen jurídico solo afecta a sistemas informáticos muy avanzados (art. 3.1), que no abarcan todos los programas de gestión algorítmica. En ese caso, lo más probable es que el sistema de gestión de personal también sea considerado sistema de inteligencia artificial de alto riesgo (Anexo III.4) con las obligaciones formales y técnicas que ello supone para el empleador en términos de verificación de datos de entrada, monitorización del funcionamiento y conservación de registros. El cumplimiento de estos requisitos solo podría escusarse si el sistema de inteligencia artificial se utilizara a efectos meramente procedimentales u organizativos para detectar patrones colectivos sin individualizar sus análisis y sin efectos laborales automáticos (art. 6.3 RIA).

En cualquier caso, un elemento característico de los sistemas de gestión de ausencias que operen con algoritmos predictivos o con inteligencia artificial es que pueden afectar directa o indirectamente a varias condiciones de trabajo. Por ejemplo, pueden repercutir en la asignación de turnos o cambios de cuadrantes, en la asignación del volumen de tareas, las evaluaciones de desempeño o el cálculo de retribuciones variables. A nivel jurídico, si el sistema influye materialmente en cualquiera de estas u otras condiciones, será de aplicación el deber de información algorítmica que recoge el artículo 64.4.d ET desde su reforma de 2021. Por lo demás, tal afectación a las condiciones laborales no puede venir de decisiones totalmente automatizadas porque el artículo 22.1 RGPD prohíbe su adopción cuando producen efectos jurídicos o afectan significativamente a los trabajadores. Ello implica que este tipo de sistemas, en su caso, solo pueden ser un instrumento al servicio de una persona con criterio informado y verdadero poder de decisión sobre las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa y que sus razones y recomendaciones deben ser explicables y transparentes.

2.2. La (in)aplicación del derecho a la desconexión digital durante la incapacidad temporal

2.2.1. Los protocolos de gestión proactiva del absentismo

Algunos documentos técnicos recomiendan que, cuando se elaboran planes de gestión del absentismo laboral, se prevea como buena práctica empresarial la comunicación telefónica con el trabajador durante su incapacidad temporal, por parte

30 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

de mandos inmediatos o del propio departamento de recursos humanos³¹. Este tipo de contacto con el trabajador de baja tiene un sentido organizativo o de planificación, pero también puede tener un propósito psicosocial o preventivo de mantener vivo el vínculo con la empresa, detectar posibles obstáculos que dificulten el retorno al trabajo y, en su caso, empezar a prever y disponer medidas de adaptación que puedan tener que adoptarse a su vuelta. El Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, por ejemplo, propone en su Nota Técnica de Prevención 1116 sobre Mantenimiento y vuelta al trabajo acordar con los representantes de los trabajadores un protocolo voluntario por el que se contacte al trabajador en los primeros días de baja para tratar, entre otras cuestiones, su situación de salud y sociofamiliar, su percepción sobre el impacto de su estado de salud en su trabajo, sus necesidades percibidas para volver al trabajo, etc.³² En esta línea, los estudios empíricos constatan que, en general, los trabajadores con ausencias duraderas suelen mantener un contacto satisfactorio con compañeros y superiores, que influye positivamente en sus expectativas de reintegración laboral cuando se percibe como una muestra constructiva de apoyo³³. Mantener el contacto puede servir, además, para mitigar algunas consecuencias perniciosas de la ausencia laboral para el propio trabajador, como, por ejemplo, la pérdida de oportunidades de formación que fueran compatibles con su estado de salud.

Tal comunicación dirigida y planificada es precisamente la que se preveía en el caso del protocolo de gestión del absentismo cuya legalidad se juzgó en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de abril de 2024³⁴. En la empresa en cuestión, que presentaba un elevado nivel de absentismo, se estableció un procedimiento por el que un coordinador de grupo debía interesarse por la salud de los trabajadores que se daban de baja y, en su caso, derivar a recursos humanos los supuestos en que la causa de la incapacidad temporal pudiera estar de algún modo relacionada con el trabajo. Frente a este modo de proceder, un sindicato planteó un conflicto colectivo por considerar que se vulneraba la intimidad y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores afectados. En cambio, el Tribunal entendió razonablemente que no se infringía derecho alguno de los trabajadores enfermos, porque

31 Vid., por ejemplo, las recomendaciones técnicas de las mutuas sobre esta cuestión. Fraternidad Mutua: 'Plan de absentismo: Iniciativas de mejora del absentismo. La suma perfecta', p. 2, https://www.fraternidad.com/sites/default/files/descargas-fm/FM-DOCUM-107_3818_Iniciativas-de-mejora-del-absentismo-por-Fraternidad-Muprespa.pdf (Fecha de consulta 10/09/2025) y Mutua Navarra: 'Plan de Acción sobre el Absentismo', <https://www.mutuanavarra.es/wp-content/uploads/2019/03/MN-Plan-Acci%C3%B3n-Absentismo.pdf> (Fecha de consulta: 10/09/2025).

32 Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2018): NTP 1116: Mantenimiento y vuelta al trabajo: procedimiento, Madrid, 6; en línea: <https://www.insst.es/documentacion/colecciones-tecnicas/ntp-notas-tecnicas-de-prevencion/32-serie-ntp-numeros-1101-a-1135-ano-2018/ntp-1.116-mantenimiento-y-vuelta-al-trabajo-procedimiento>, consulta 13 octubre 2025.

33 Selander, John; Tjulin, Åsa; Müssener, Ulrika y Ekberg, Kerstin (2015): «Contact with the workplace during long-term sickness absence and worker expectations of return to work», *International Journal of Disability Management*, 10, 1-8.

34 Rº 10/2024.

se daba por probado que las llamadas eran respetuosas, no invasivas ni coactivas, que podían ser rechazadas y no presuponían la obligación de permanecer conectado a la empresa a través de otros medios digitales.

De hecho, que el empresario puede contactar al trabajador con motivo de sus faltas al trabajo por motivos médicos lo evidencia la mera existencia del artículo 20.4 ET, que permite verificar el estado de salud que sea alegado por este para justificar su ausencia. Además, en este sentido, el Tribunal Supremo³⁵ tiene declarado que los controles del artículo 20.4 ET pueden ser reconocimientos de "*bajo perfil*" que se produzcan, por ejemplo, por vía exclusivamente telefónica. Por tanto, si bien el contacto que mantenga la empresa con el trabajador durante su ausencia no tiene por qué tener una función fiscalizadora, esta posibilidad abre la puerta a otro tipo de comunicación basada en la confianza. Podría decirse que, de algún modo, quien puede lo más puede lo menos, siempre dentro del ámbito de la razonabilidad y del deber de buena fe contractual. De hecho, en esta línea, el Tribunal Supremo ha fijado muy recientemente que la utilización del teléfono móvil o de la cuenta de correo electrónico personal del trabajador como mero medio de contacto ocasional "*debe respetar los principios de proporcionalidad, minimización y limitación de la finalidad, pero no es a priori ilícito*"³⁶.

Por lo demás, esta gestión proactiva del absentismo laboral debe realizarse, en su caso, con estricto respeto a los derechos a la intimidad y a la protección de datos. De un lado, debe garantizarse la confidencialidad de los datos médicos del trabajador. Cualquier comunicación que se refiera a aspectos sanitarios, y no solamente de contenido estrictamente laboral, debe quedar "*a cargo de personal médico*", de acuerdo con la propia literalidad del artículo 20.4 ET. La empresa no puede valerse de su posición de preeminencia contractual para pretender que el trabajador revele su diagnóstico médico, llegándose incluso al despido en caso de no hacerlo³⁷. Ninguna necesidad organizativa justifica intentar que el trabajador renuncie a una parcela de su más estricta privacidad. De otro lado, igual que ocurriría durante el desarrollo normal del contrato, cuando se ceden los datos de contacto del trabajador en incapacidad temporal a terceros (por ejemplo, para su citación a reconocimientos médicos o para ofrecerle posibilidades de formación) tiene derecho a ser informado con carácter previo³⁸.

Por último, cabe mencionar que, aunque el derecho a la desconexión digital no debe obstaculizar una gestión razonable del absentismo, la incapacidad temporal u otro tipo de ausencias imprevistas al trabajo sí pueden afectar al derecho a la desconexión digital del resto de trabajadores. A este respecto, el Capítulo XI del V

35 STS 25 enero 2018 (Rº 249/2016).

36 STS 27 marzo 2025 (Rº 73/2023), en la que se valida el envío de un mensaje de Whatsapp o de un correo electrónico a la cuenta personal del trabajador como forma de llamamiento para la reactivación del contrato fijo discontinuo.

37 STSJ Cataluña 29 enero 2021 (Rº 3542/2020).

38 STSJ Galicia 4 marzo 2024 (Rº 5647/2023).

Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2023 establece la posibilidad de contemplar excepciones al derecho a la desconexión digital cuando “*concurran circunstancias excepcionales de fuerza mayor, justificadas, que puedan suponer un grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio y que requiera la adopción de medidas urgentes e inmediatas*”. Pues bien, como se ha indicado³⁹, a la hora de concretar en qué supuestos se produce tal urgencia, algún acuerdo colectivo contempla como tal la necesidad de “*cubrir un puesto de trabajo por enfermedad o accidente de la persona que habitualmente lo ocupa*”⁴⁰. En efecto, con independencia de la valoración que deba hacerse en cada caso concreto, la ausencia de un trabajador por incapacidad temporal podría considerarse una causa generalmente justificada, porque puede causar un perjuicio organizativo grave (especialmente en pequeñas y medianas empresas), porque es normalmente imprevista e imprevisible (salvo casos particulares, como una cirugía programada) y puede no tener otra solución que la redistribución del tiempo de trabajo de otros trabajadores que deban ser oportunamente preavisados fuera de su jornada laboral.

2.2.2. Otros tipos de comunicación con el trabajador de baja: especial referencia a la incapacidad por enfermedad mental

Desde otro prisma distinto, se han dado varios pronunciamientos judiciales acerca de si, al margen de la gestión de la propia ausencia, la empresa debería prevenir que el trabajador reciba cualquier tipo de comunicación laboral durante su incapacidad temporal. De un lado, frente a trabajadores de baja que alegaban que la desactivación de la cuenta de correo corporativo o la expulsión de grupos de Whatsapp podía considerarse una conducta constitutiva de acoso, se ha considerado que este tipo de desvinculación es lícita y adecuada para garantizar el derecho a la desconexión digital⁴¹. De otro lado, algunos tribunales afirman que recibir mensajes en grupos de Whatsapp de trabajo o mails corporativos genéricos sin apelaciones expresas u órdenes directas durante la incapacidad temporal tampoco es acoso⁴² ni es una infracción suficientemente grave como para justificar la aplicación del artículo 50 ET⁴³. Pese a ello, en este último caso, se llega a afirmar que “*el trabajador, fuera de su jornada laboral tiene derecho a la desconexión digital, lo que incluso es aplicable con mayor énfasis, en períodos de incapacidad temporal*” (el subrayado es propio).

En mi opinión, no es estrictamente correcto pretender aplicar el derecho a la desconexión digital durante la incapacidad temporal, porque se trata de un derecho dirigido a la protección del tiempo de descanso, cuya naturaleza es distinta a la suspensión del contrato de trabajo. La propia literalidad del artículo 88.1 LOPDGDD indica

39 Payá Castiblanque, Raúl (2025): «El derecho a la desconexión... cit., p. 203.

40 V Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (BOE 26/01/2024).

41 STSJ Cataluña 24 enero 2020 (Rº 3024/2019) y STSJ Madrid 26 septiembre 2024 (Rº 381/2024).

42 STSJ Galicia 23 noviembre 2022 (Rº 4175/2022).

43 STSJ Andalucía 12 diciembre 2023 (Rº 379/2023).

que tiene el "*fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar*"⁴⁴. Como se ve, el eje central del derecho es el tiempo de trabajo y su división entre jornada y descansos⁴⁵. Por ello se mencionan expresamente los períodos de descanso de los artículos 37 y 38 ET, pero no otro tipo de vicisitudes contractuales que interrumpen la prestación laboral. Además, en un sentido teleológico, la desconexión digital es consustancial a la propia esencia del tiempo de descanso, que representa la antítesis de la dedicación o atención a cuestiones laborales. Pero, en el caso de la incapacidad temporal, la separación del entorno laboral solo es consecuencia de la suspensión de la obligación de trabajar del artículo 45.2 ET. Es decir, tal separación se da por la imposibilidad de trabajar y se deriva de la interrupción de la prestación. En este sentido, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁶ ha fijado una doctrina que enfatiza esta distinción entre los descansos y la incapacidad temporal. Al respecto, ha señalado que "*la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento*" y tal propósito difiere de la correspondiente al derecho a causar baja por enfermedad, que "*se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad*".

En el caso de la incapacidad temporal, la suspensión de la actividad laboral no es un fin en sí mismo, sino un medio al servicio de la recuperación del trabajador. Por tanto, no puede realizarse una interpretación del derecho a la desconexión digital durante ese periodo que no tenga en cuenta este propósito. En términos médicos, se ha mencionado anteriormente que el aislamiento laboral durante la enfermedad no beneficia necesariamente al trabajador y, de hecho, puede llegar a perjudicar su reincorporación. Y, a la inversa, los estudios empíricos que avalan los beneficios de la desconexión digital no consideran normalmente su aplicación durante la incapacidad temporal⁴⁷. Ello permite rechazar, en términos jurídicos, una aplicación estricta del derecho a desconexión digital durante la incapacidad temporal. Además, hay que tener en cuenta los perjuicios laborales que se producirían de llegarse al absurdo de vetar radicalmente, tal vez durante meses, cualquier comunicación laboral de buena fe con el trabajador. En este sentido, por ejemplo, se ha rechazado razonablemente que llamar por teléfono a los trabajadores en incapacidad temporal en el marco de

44 Similarmente, el artículo 18.1 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia indica que "*El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables*".

45 Monreal Bringsvaerd, Erik José (2020): «*El derecho a la desconexión digital del trabajo*», en Monreal Bringsvaerd, Erik José; Thibault Aranda, Javier; Jurado Segovia, Ángel (coords.): *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuela (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 614.

46 STJUE 10 septiembre 2009 (asunto C-277/08, Vicente Pereda), entre otras.

47 Vid., por todos, Wendsche, Johannes; Lohmann-Haislah, Andrea (2017): «*A Meta-Analysis on Antecedents and Outcomes of Detachment from Work*», *Frontiers in Psychology*, 7, 2072.

un protocolo para la planificación de las vacaciones del año siguiente en una gran empresa constituya una vulneración del derecho a la desconexión digital⁴⁸.

Como matiz de lo anterior, merece una especial consideración el caso de los trabajadores de baja por una enfermedad mental con posible vinculación con el trabajo. De hecho, salvo error, estas han sido las únicas circunstancias en las que se han producido condenas en los tribunales por vulnerar específicamente el derecho a la desconexión digital (en relación con la integridad moral) durante la incapacidad temporal. En los dos casos que se han detectado, se trataba de sendas trabajadoras de baja por contingencias comunes con diagnóstico de ansiedad, cuyo trastorno se relacionaba con el trabajo en informes psicológicos privados⁴⁹. En ambos se estima que el hecho de que las trabajadoras recibieran correos electrónicos durante su incapacidad afecta a su derecho a la integridad moral y, por tanto, se otorga una indemnización por la vulneración de este derecho fundamental. Y ello a pesar de que en un caso se trataba de correos genéricos enviados a todos los trabajadores y en el otro se trataba de correos remitidos por otros trabajadores que, según alega la empresa, desconocían que la demandante estaba de baja⁵⁰.

En general, tener un entorno laboral positivo favorece el retorno al trabajo, también en el caso de los problemas de salud mental⁵¹, aunque ante trabajadores con síntomas depresivos el contacto con la empresa no es necesariamente beneficioso⁵². Por tanto, se considera técnicamente recomendable que los superiores mantengan un contacto frecuente (por ejemplo, cada dos semanas), planificado, consentido y de apoyo (no productivo) con trabajadores con problemas mentales distintos a la depresión⁵³. Ahora bien, que este contacto pueda resultar beneficioso presupone, de base, una adecuada gestión de los riesgos psicosociales. Si la causa médica de la baja viene influida por aspectos relacionados, no solo con la fatiga informática que menciona expresamente el artículo 88.3 LOPDGDD, sino también con la sobrecarga

48 STSJ Galicia 19 marzo 2024 (Rº 167/2024).

49 SJS 4 A Coruña 18 octubre 2024 (Procedimiento nº 465/2024) y STSJ Galicia 25 abril 2025 (Rº 338/2025).

50 En la STSJ Cataluña 5 mayo 2023 (Rº 7704/2022) se alcanza la solución contraria ante el caso del trabajador de una consultora que estuvo de baja por estrés, (i) porque no se prueba suficientemente que los correos recibidos lo fueron fuera del tiempo de trabajo, (ii) porque el derecho a la desconexión digital no constituye por sí mismo un derecho fundamental y (iii) no se considera que la enfermedad tenga relación con el trabajo al no haberse cuestionado su calificación por enfermedad común.

51 van Hees, Sander G. M.; van der Aa, Niels; van den Heuvel, Sjaak G.; de Jong, Johan y Nieuwenhuijsen, Karen (2020): «Understanding return to work among employees with common mental disorders: what works, for whom, and under what circumstances?», *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, 46, 446-457.

52 Nieuwenhuijsen, K.; Verbeek, J. H. A. M.; de Boer, A. G. E. M.; Blonk, R. W. B. y van Dijk, F. J. H. (2004): «Supervisory behaviour as a predictor of return to work in employees absent from work due to mental health problems», *Occupational and Environmental Medicine*, 61, 817-823.

53 Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA) (2013): «Return to Work after sick leave due to mental health problems», OSHwiki, publicada 20 septiembre 2013, última actualización 17 septiembre 2020, en línea: <https://oshwiki.osha.eu/en/themes/return-work-after-sick-leave-due-mental-health-problems>, consulta 8 octubre 2025.

de trabajo, el tecnoestrés, la hipervigilancia o, sobre todo, la violencia o el acoso laboral, puede ser recomendable limitar la exposición a dichos elementos estresores a través de la desvinculación laboral, también durante la incapacidad temporal. Si bien, en mi opinión, esta obligación empresarial operaría, en su caso, no tanto por efecto del derecho a la desconexión digital o las limitaciones legales en materia de tiempo de trabajo⁵⁴, como por concreción directa del deber de protección del artículo 14 LPRL. Este enfoque preventivo, por lo demás, ofrece una respuesta medicamente más ajustada a cada caso concreto y una tutela jurídica más completa al trabajador.

Para que dicha protección sea efectiva, es esencial tener en cuenta que, como ocurría en los ejemplos que acaban de citarse, la calificación de la incapacidad temporal como derivada de contingencias comunes no excluye la presencia de factores de riesgo psicosocial de origen laboral. Ello se debe a que para determinar el origen laboral de una contingencia se exige probar que esta se debe a una causa exclusivamente profesional y las enfermedades mentales suelen tener un origen multifactorial⁵⁵. Si bien, el carácter confidencial de la causa médica de la ausencia justificaría el desconocimiento de la empresa sobre su naturaleza de salud mental y su posible vinculación para el trabajo. Por tanto, la emisión de las recomendaciones médicas pertinentes sobre el tratamiento del trabajador requeriría la correcta aplicación del artículo 37.3.d del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) que dispone que *"El personal sanitario del servicio de prevención deberá conocer las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores y las ausencias del trabajo por motivos de salud, a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre la causa de enfermedad o de ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo"*.

3. LAS FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL DEL ABSENTISMO LABORAL

El envío telemático de información sobre las bajas y altas de los trabajadores del que se ha hablado más arriba permite a las empresas realizar un control formal de sus ausencias por incapacidad temporal. Es decir, permite considerar justificadas las ausencias de los trabajadores porque su causa consta acreditada por un tercero con la objetividad necesaria y la preparación técnica para otorgarle credibilidad. Pero ello no impide que, en la medida en que asume parte de los costes de la incapacidad temporal, el empresario puede tener interés en realizar un control material de la

54 En contra de la tesis que aquí se defiende, en la SJS nº 4 A Coruña 18 octubre 2024 (Procedimiento nº 465/2024), la indemnización por daños morales se cuantifica en atención al artículo 7.5 LISOS, que tipifica *"La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo"*.

55 Monero Pérez, J. L.; Fernández Avilés, J. A. (2008): «Determinación de contingencias de la Seguridad Social», Aranzadi Social: Revista Doctrinal, pp. 19-20.

ausencia, para asegurar que concurre su supuesto de hecho. Es decir, puede realizar averiguaciones para desvirtuar la apariencia legítima de las bajas amparadas en un acto administrativo que no se corresponde con la realidad y certifica una incapacidad temporal que no es tal. Este control de cariz contractual se suma a los controles de carácter administrativo que realizan sobre la prestación de Seguridad Social, muchas veces de forma superpuesta, los propios servicios públicos de salud, las mutuas y el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Esta superposición de controles privados y públicos sobre una misma situación obedece a la doble naturaleza, contractual y prestacional, de la incapacidad temporal, pero también a su consideración como una situación afectada por el riesgo moral, lo que equivale a decir que es sensible al fraude. Ello se debe a que, como no asume la mayor parte de los costes de su ausencia, el trabajador puede tener incentivos para falsear su estado de salud. Así, aunque la incapacidad temporal se declara tras una verificación médica de su causa, la intensidad del malestar que sufre el trabajador es una información privada, al menos en un primer momento, hasta que se practican las pruebas diagnósticas pertinentes. Por eso las entidades gestoras, las mutuas y las empresas, que son las que soportan la mayor parte del coste económico de la ausencia, tienen reconocidas facultades de control que permiten comprobar la concurrencia de la incapacidad. En el caso de la empresa, esta capacidad de control del absentismo implica, incluso, (i) que se le otorgue la facultad de vigilar las conductas del trabajador en el desarrollo de su vida privada o (ii) que pueda ordenar un reconocimiento médico sin vocación de protección de su salud laboral. Respectivamente, ambas son destacadas excepciones a las reglas generales por las que (i) el trabajador solo está sometido al poder de dirección del empresario en el desarrollo de la actividad laboral (art. 20.1 ET) y (ii) solo se puede imponer la vigilancia de su salud si es para protegerla frente a riesgos laborales (art. 24 LPRL).

Los fundamentos jurídicos del control empresarial del absentismo por los que se articulan las excepciones a las reglas generales que se acaban de mencionar son los dos últimos apartados del artículo 20 ET, que establecen facultades distintas y compatibles entre sí. De un lado, el artículo 20.3 ET permite controlar "*el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales*", que en el caso de la incapacidad es el deber de buena fe concretado en la obtención legítima de la baja y en abstenerse de realizar actividades que perjudiquen su recuperación. Es, por tanto, un control conductual, basado en la observación externa y normalmente oculta de los quehaceres del trabajador en su vida privada y supone una restricción de la dimensión personal del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE. De otro lado, el artículo 20.4 ET establece que el empresario puede "*verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo*". Este precepto permite articular un control médico, a cargo de personal facultativo, que constituye una limitación de la dimensión corporal del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE. A diferencia de la facultad del artículo 20.4 ET, el trabajador es consciente del ejercicio de esta facultad y puede incluso llegar a rechazarla sin verse expuesto a medidas disciplinarias, aunque asumiendo ciertas consecuencias económicas.

3.1. El control conductual del artículo 20.3 ET

El artículo 20.3 ET establece que la vigilancia y control del trabajador puede concretarse en las medidas que el empresario “estime más oportunas”, mientras guarde en “*su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad*”. Con esta limitación, que puede entenderse referida al principio constitucional de proporcionalidad, las medidas de control que los empresarios tienen a su disposición para el control de las bajas laborales son fundamentalmente la contratación de detectives privados y la obtención de información personal a través de las redes sociales. Es más, ambas medidas suelen articularse a veces de forma complementaria, o bien porque la información encontrada en internet suscita sospechas que conducen a la contratación de un detective privado, o bien porque la investigación de este último también se extiende al ámbito virtual.

3.1.1. El seguimiento por detectives privados

La actividad de los detectives privados se regula en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (LSP) que define su actividad como 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, entre otros, con el ámbito laboral (art. 48.1.a LSP). Por tanto, cuando actúan para un empleador, lo hacen por cuenta de este y dentro de los mismos límites que su facultad de control: el detective no amplía, sino que instrumenta esa potestad. Como consecuencia, su investigación debe cumplir con los mismos límites que cualquier restricción de un derecho fundamental y está sujeta al triple juicio de proporcionalidad, por el que debe poder considerarse idónea, necesaria y equilibrada. El juicio de necesidad genera pocos problemas, ya que supone que la medida debe ser preferible en comparación con otras, sin que exista una forma menos gravosa pero igual de útil para verificar la presunta infracción. En este caso, la contratación del detective es imprescindible, porque estos profesionales tienen reservada en exclusiva la actividad de investigación privada (art. 5.2 LSP) y, por tanto, no existe otra vía legal de supervisar al trabajador fuera del marco empresarial. La concreción de los principios de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, en cambio, genera más controversia y ha sido abordada en dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, en las que merece la pena detenerse.

Respecto del principio de idoneidad, existen dudas sobre si la contratación de un detective privado para la investigación de un trabajador de baja exige que el empresario cuente previamente con sospechas fundadas de la comisión de alguna irregularidad. La doctrina es mayoritariamente favorable a este requerimiento⁵⁶ y, hasta el

56 A favor de exigir sospechas fundadas para legitimar la contratación de un detective privado, Vid., Salcedo Beltrán, María del Carmen (2013): «Intervención de detectives en las relaciones laborales», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos*, 368, 85-

momento, los Tribunales Superiores de Justicia estaban divididos entre la exigencia de una justificación constitucional clara para transgredir la privacidad del trabajador y la presunción de un interés empresarial genérico pero legítimo en descubrir posibles transgresiones del deber de buena fe⁵⁷. Ante tal divergencia, cobra relevancia la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2023⁵⁸, dictada en unificación de doctrina, en la que se aborda por primera vez esta cuestión, aunque de forma indirecta.

El supuesto de hecho versaba sobre un empleado de una empresa de limpieza que fue descubierto por un detective privado trabajando y conduciendo entre los distintos lugares de trabajo bajo los efectos del alcohol, siendo despedido por este motivo. Las sentencias de instancia y suplicación consideraron que la contratación del detective era ilegal porque no existían indicios de incumplimiento previos al encargo y, en consecuencia, declararon nula la prueba y el despido. La sentencia de contraste, en cambio, trataba el supuesto de un trabajador de baja por una lesión en el tendón de Aquiles que fue captado por un detective realizando varias actividades privadas aparentemente incompatibles con su dolencia. Ante este caso, el Tribunal de suplicación negaba que la licitud de la prueba dependiera de "que la empleadora tuviese indicio alguno de incumplimiento de sus deberes laborales por el actor" y que era idónea ante "la posibilidad del desarrollo de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal". La contradicción se centraba, pues, en "la necesidad o no de que la empresa acredite que existían indicios de incumplimientos laborales por el trabajador para que sea lícita la prueba testifical de detective". Ante tal disquisición, el Tribunal Supremo afirma muy contundentemente que la investigación privada "no requiere la concurrencia de sospechas fundadas ni de un número determinado de indicios a la hora de valorar la licitud o ilicitud de la prueba" y, por tanto, declara procedente el despido del trabajador de limpieza.

En mi opinión, se trata de una sentencia ciertamente cuestionable, no tanto por el sentido de su fallo en el caso concreto, con el que se coincide, sino por las implicaciones jurídicas que tiene para la limitación del control empresarial del absentismo. En efecto, considero que el seguimiento de un trabajador itinerante, que presta servicios en distintos lugares fuera de un único centro de trabajo, es una medida adecuada,

140; Aguilera Izquierdo, Raquel (2013): «El ejercicio de las facultades de vigilancia y control por el empresario a través de agencias de detectives», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 158, 121-142 y Álvarez Alonso, Diego (2014): «Despido disciplinario, seguimiento por detective privado y derecho a la intimidad. STSJ País Vasco 9 abril 2013 (AS 2014, 1587)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 171, 329-338. En cambio, considerando que no se requiere la concurrencia de indicios fundados, Vid., Díaz Rodríguez, Juan Miguel (2011): «Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial (1)», *Actualidad Laboral*, 7, 1 y Poquet Catalá, Raquel (2021): «Poder de control empresarial mediante detectives privados y validez de sus pruebas», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58.

57 Vid., Crespí Ferriol, María del Mar (2023): *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Madrid, p. 210.

58 Rº 2261/22.

que no tiene por qué exigir más justificación que la propia naturaleza de la prestación, que escapa a la vista del empresario. Lo que no puede compartirse es la operación por la que el Tribunal Supremo equipara este tipo de seguimiento con el que se realiza sobre un trabajador en incapacidad temporal que es seguido en el desarrollo de su vida estrictamente privada. Y es curioso porque el propio Tribunal repara en esta diferencia, pero no le sirve para negar que exista contradicción, al menos fáctica, sino para “abundar en una contradicción a fortiori porque en el asunto de contraste la investigación se produjo en el ámbito privado del trabajador —pero no en el de su intimidad—, mientras que en el caso de autos lo fue en el ejercicio propio de la prestación laboral” (FJ segundo).

A mi modo de ver, no es comparable vigilancia y control que el empresario puede ejercer sobre la prestación laboral con la que puede aplicar sobre el trabajador en el desarrollo de su vida privada. Conforme al artículo 20.1 ET, el trabajador (solo) está obligado a actuar bajo la dirección del empresario a la hora de “realizar el trabajo convenido”. De ahí se desprende que la vigilancia del trabajo convenido puede ser relativamente intensa, constante, discrecional y no sometida a exigencias previas. En cambio, es impensable que un ciudadano que no se encuentre trabajando esté sometido a un control de las mismas características. Más allá del ámbito empresarial, nada justifica una observación igual de penetrante del trabajador, porque el deber de buena fe no es equiparable al de cumplir con la prestación laboral, como núcleo esencial del contrato de trabajo. La vigilancia de un trabajador de baja, por tanto, debe estar sujeta a los límites más estrictos de lo que se ha denominado un control extraordinario⁵⁹ o defensivo⁶⁰, que exige alguna razón para poner en duda la confianza que rige la relación contractual. Por todo ello, en definitiva, se considera que el Tribunal Supremo alcanza la decisión correcta en relación con la sentencia recurrida cuando afirma que la contratación del detective no requiere mayor justificación cuando es para vigilar un trabajador móvil. Lo que no parece razonable es que esa misma conclusión se haga indirectamente extensible, por la propia naturaleza de la sentencia dictada en unificación de doctrina, al caso de un trabajador en incapacidad temporal.

Respecto del principio de proporcionalidad en sentido estricto, es de destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2023⁶¹ que concreta el límite del artículo 48.3 LSP, cuando indica que “En ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados” en el caso de un trabajador de baja por cervicalgia que fue captado por un detective realizando reparaciones en su jardín. Pues bien, al respecto entiende el Tribunal Supremo que el jardín no puede considerarse parte del domicilio del trabajador en sentido estricto, pero que se trata igualmente de “un espacio en el que este también

59 Fabregat Monfort, Gemma (2016): *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control empresarial*, Albacete, 21.

60 Fernández Villazón, Luis Antonio (2003): *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Pamplona, p. 48.

61 Rº 2339/2022.

tiene una expectativa legítima de privacidad, aunque pueda ser con alguna intensidad menor que en el espacio edificado". Por ello, lo incluye en el concepto de "otros lugares reservados", en coherencia con la protección de derecho fundamental que el artículo 18.2 CE otorga al domicilio, garantizando su inviolabilidad frente a invasiones externas, incluso aunque se produzcan sin penetración en el mismo⁶². Si bien, para terminar su argumentación, el Tribunal añade un último matiz que puede invitar a una interpretación diferente respecto de otras partes del domicilio cuando señala que no consta que el jardín fuera visible para cualquiera que pudiera pasar, ni que no hubiera muros, setos o vallas "*que dificultaran la visibilidad desde el exterior*". Así, por ejemplo, dicho inciso ha servido para fundamentar en otro caso reciente que sí es ilícito grabar a una trabajadora fumando su balcón, por tratarse de "*un espacio susceptible de libre observación desde la calle*" cuya grabación no afecta a su intimidad⁶³.

3.1.2. La vigilancia por internet y redes sociales

La utilización generalizada de internet y de las redes sociales, sumada al uso social que se está haciendo de las mismas para compartir todo tipo de información profesional y personal, las ha convertido en un medio de control extralaboral de la conducta de los trabajadores y, también, en un medio de control del absentismo. No son pocos los casos que han llegado a los tribunales y que dan muestra de la extensión del fenómeno que supone que personas de baja acaben despedidas a partir de esa huella digital descubierta por su empresa. Lo que sí es relativamente poco frecuente, en cambio, es el cuestionamiento jurídico del uso de este tipo de control extralaboral, que se convierte después en medio de prueba en el ámbito del proceso social por despido. Pareciera, de algún modo, que la especial naturaleza de las nuevas formas de socialización digital, basadas sobre todo en la propia difusión de experiencias, opiniones, aficiones, cuestiones familiares o relaciones de amistad, impide cuestionar que su vigilancia suponga una vulneración de la privacidad del trabajador. Si bien, esta noción preconcebida ya fue desmentida en su día por el Tribunal Constitucional⁶⁴ al afirmar que "*Los particulares que se comunican a través de un entorno digital y que se benefician de las posibilidades que ofrece la Web 2.0 no pueden ver sacrificados por este solo hecho los derechos fundamentales cuya razón de ser última es la protección de la dignidad de la persona... salvo que concurra una autorización inequívoca*".

Cuando el control del absentismo por redes sociales se plantea ante los tribunales del orden social lo que ocurre normalmente es que se presupone la legalidad de la prueba, incluso por la defensa de los trabajadores, sin entrar a cuestionarla. Es decir,

62 Morales Vállez, Concepción Esther (2023): «Sobre la validez de la prueba del informe del detective privado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 380/2023, de 25 de mayo (Rº 2339/2022)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, p. 8.

63 STSJ País Vasco 13 mayo 2025 (Rº 815/2025).

64 STC 24 febrero 2020 (Rº 1369/2017).

lo más común es obviar la cuestión o, simplemente, presumir que el empresario ha tenido un conocimiento fortuito de los contenidos digitales. Y, cuando se cuestiona, se produce en general una gran permisividad judicial que contrasta, de un lado, con el intensísimo debate que ha generado en el ámbito judicial el uso de otros medios de control tecnológico, y con la posición, mucho más cautelosa, que aconseja tomar la doctrina laboralista⁶⁵ respecto de la vigilancia empresarial de las redes sociales. Es muy significativo que, en la investigación que ha precedido al presente trabajo, solamente se haya detectado una única sentencia dictada en suplicación declarando la ilegalidad de este tipo de prueba para el control del absentismo médico, sobre la que se volverá más adelante.

El supuesto tal vez más común, y que menos dudas plantea, es el de aquellos trabajadores que publicitan a través de internet o de perfiles profesionales en redes sociales una actividad profesional que realizan durante su incapacidad temporal. Por ejemplo, se han dado casos como el de una trabajadora de baja por ansiedad que publicaba en Tik Tok videos publicitando productos como “influencer” de belleza y cuyo despido fue declarado improcedente porque no se consideró que dicha actividad fuera incompatible con su dolencia⁶⁶. O, igualmente, también se declaró improcedente el despido de una redactora con cervicalgia por realizar videos publicitarios para Instagram, porque estos no evidenciaban una actividad lo suficientemente intensa como para perjudicar su recuperación⁶⁷. En tales casos, no resulta difícil admitir la validez de la prueba porque el carácter profesional del contenido digital evidencia que se comparte con el ánimo indudable de hacerlo lo más público posible, precisamente por su carácter publicitario. No tendría sentido sostener que visitar una cuenta en la que se promociona una actividad económica, aunque sea por cuenta propia, supone una intromisión en la intimidad del trabajador.

En cuanto al acceso a cuentas de carácter personal, operan reglas distintas según sean cerradas o abiertas. De un lado, el uso de cuentas personales cerradas o protegidas, cuya información solo se comparte con los contactos seleccionados por el usuario, revela por sí misma una intención de proteger la privacidad de lo que ahí se publica. No obstante, se considera, en general, que el acceso empresarial a dicho contenido es legítimo si se obtiene a través de una persona autorizada y que lo comunica voluntariamente, como un compañero de trabajo o alguien del entorno social de la empresa⁶⁸. En tales casos, se aplica *de facto* una regla general analógica a la que rige para el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE,

65 Vid., recientemente, Villalba Sánchez, Alicia (2022): «El despido del trabajador derivado del uso de las redes sociales», *IUSLabor*, 3, p. 49 o Abeleira Colao, Manuela (2023): «Límites al poder de control del empresario sobre las redes sociales de sus trabajadores», en Jiménez Martínez, María Victoria y Roldán Martínez, Aránzazu Fátima (coords.), *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: Políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, Madrid, Dykinson, 165-195.

66 STSJ Castilla y León (Valladolid) 27 enero 2025 (Rº 3113/2024).

67 STSJ Principado de Asturias 12 abril 2022 (Rº 385/2022).

68 STSJ Madrid 28/06/2021 (Rec. núm. 355/2021).

conforme a la que es lícito conocer una comunicación privada si quien la comparte es uno de sus destinatarios. De otro lado, en el caso de las cuentas abiertas o de acceso público, impera en la doctrina jurisprudencial la idea, a veces explícita y a veces implícita, de que quien difunde abiertamente información propia la extrae expresamente del ámbito de su privacidad⁶⁹. Además, esta idea se refleja expresamente en el artículo 9.2.e RGPD que habilita el tratamiento de datos sensibles “se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos”.

Existe, por último, una tipología de casos relativamente frecuente que a mi parecer debería tratarse con especial cautela, que es el del acceso empresarial a información relativa al trabajador de baja que aparezca en cuentas de terceras personas u organizaciones. Algunas sentencias abordan tales supuestos partiendo de una lógica permisiva similar a la que se aplica al contenido que el propio trabajador publica en abierto. Así, por ejemplo, se ha interpretado que la pasividad de un trabajador ante la publicación de imágenes suyas con su conocimiento equivale a su aquiescencia, “porque en el supuesto de que la persona etiquetada nada oponga frente a la persona que las colgó, una vez que se hacen públicas, se entiende que dio su consentimiento para su exhibición pública y, por tanto, para que puedan ser captadas por terceros de la red social”⁷⁰. O, más aún, se acepta la aportación de vídeos y fotos de perfiles públicos de Facebook e Instagram, sin que conste ni siquiera que el trabajador tenía conocimiento o había dado su consentimiento para su publicación⁷¹.

En cambio, adopta una postura más prudente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 20 septiembre 2023⁷² que, como se adelantaba antes y salvo error, es la única sentencia de suplicación que declara ilícita una prueba obtenida en internet para sancionar a un trabajador en incapacidad temporal. Dicha sentencia aborda el caso de una trabajadora con dolor torácico que fue despedida después de aparecer en el perfil de Instagram de una compañera de la misma empresa tirándose a una piscina de bolas. Pues bien, lo más interesante de la resolución es que aplica la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2020 en la que se señalaba que “por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados”. Este razonamiento permite al Tribunal catalán afirmar que el hecho de que no conste que la trabajadora se opuso a la difusión de sus imágenes en Instagram no

69 Vid., como ejemplo reciente, la STSJ Castilla y León (Burgos) 29 septiembre 2022 (Rº 555/2022), relativa a una trabajadora con lumbalgia que subía vídeos bailando a la red social Tik Tok.

70 STSJ Cataluña 18 marzo 2025 (Rº 6488/2024) sobre el caso de una trabajadora que, durante su baja por ansiedad, fue en diversas ocasiones de viaje con una amiga, de cuyo perfil abierto la empresa obtuvo las imágenes en las que fundamentar su carta de despido.

71 STSJ Canarias (Las Palmas) 8 junio 2023 (Rº 203/2023) sobre un trabajador despedido por aparecer jugando a baloncesto en varios perfiles públicos de terceros en redes sociales cuando estaba de baja por una lesión en el hombro.

72 Rº 1920/2023.

equivale a que prestara su consentimiento inequívoco para su publicación online. Y ello lo suma al hecho de que la cuenta de la compañera, aunque pública, era de carácter estrictamente personal.

Esta última posición más cautelosa, es la que, a mi modo de ver, resulta más acertada. Lo contrario supone admitir una regla general conforme a la que la investigación extralaboral del empresario puede extenderse, ya no solo a la conducta privada del trabajador en su tiempo libre, sino también a sus allegados y a todo su entorno virtual. En este tipo de casos, desde el punto de vista del derecho a la intimidad, no puede afirmarse que sea el propio interesado quien decide difundir voluntariamente cierta información ante un círculo cerrado o abierto de usuarios, asumiendo el riesgo que conlleva renunciar a una parte de su intimidad. Y, desde el punto de vista del derecho a la protección de datos de carácter personal, el artículo 9.2.e RGPD excepciona la prohibición de tratamiento de los datos sensibles únicamente cuando hayan sido publicados “por el interesado”. Es decir, la prohibición de tratamiento de datos sensibles continúa siendo aplicable cuando la información es difundida por un tercero, especialmente si lo hace sin el consentimiento expreso del afectado, por lo que este tipo de medios probatorios no deberían ser admitidos.

3.1.3. Sobre la relativa inseguridad del despido disciplinario basado en una prueba conductual

Los detectives o las redes sociales sirven al empresario para recabar información sobre el comportamiento del trabajador durante la suspensión del contrato de trabajo y obtener, en su caso, indicios que apunten a que está fingiendo su enfermedad o que no respeta las recomendaciones médicas orientadas a su recuperación. Si bien, como la sociedad en general y la jurisprudencia en particular es cada vez más permisiva con la conducta de los trabajadores que están de baja, se ha vuelto más difícil intentar probar que la incapacidad del trabajador es fraudulenta. Es decir, hace algunas décadas, se entendía generalmente que mantener reposo en casa era la mejor forma de garantizar la pronta recuperación del trabajador. Ahora, en cambio, se entiende que el reposo es innecesario en muchas ocasiones y que, en cualquier caso, el trabajador solo debe abstenerse de realizar las actividades para las que esté específicamente impedido en función de la dolencia concreta que padezca. Un ejemplo típico es la práctica de ciertos deportes, que en el caso de algunas lesiones osteomusculares puede estar contraindicada, mientras que en el caso de enfermedades mentales es una recomendación médica habitual.

A donde se quiere llegar es a que, esta variabilidad de las conductas permitidas o prohibidas en función del diagnóstico, unida al carácter confidencial de los datos médicos del trabajador, ha hecho que la facultad de control del artículo 20.3 ET haya perdido cierta efectividad. Así, aunque el uso que hoy se hace de internet hace mucho más fácil obtener información personal sobre buena parte de la población, ahora también es más difícil que esa información sea útil a las empresas a la hora de des-

virtuar la presunción de legitimidad de la que parte una incapacidad temporal. Ello es especialmente relevante, además, en el actual contexto de aumento de la prevalencia de las bajas por enfermedades mentales, porque en tal caso es muy difuso definir qué actividades van en contra de las recomendaciones médicas. Es más, las prescripciones psicológicas suelen ir en la línea de promover aspectos como la socialización, el esparcimiento, la evasión de la rutina o la actividad física. Y, por tanto, aunque si hace años una empresa obtenía fotografías de un trabajador de baja en una discoteca, de excursión o de viaje, podía proceder a su despido con cierta seguridad, hoy en día el mismo hallazgo tiene solo un valor relativo, precisamente porque tales actividades pueden considerarse encaminadas a la recuperación.

Con lo anterior no quiere presentarse en modo alguno una visión prejuiciosa o cínica de la incapacidad temporal, ni mucho menos de las bajas debidas a enfermedades mentales. Al contrario, la antigua consideración de la incapacidad temporal como una figura cercana a una orden de reclusión era arcaica, infundada y se ha demostrado contraproducente por la evidencia científica. Lo que se quiere señalar aquí es que esa evolución de la significación social y jurisprudencial de la incapacidad temporal tiene inevitablemente efectos prácticos sobre la facultad de control empresarial del absentismo, que ha perdido parte de su capacidad coercitiva. Hoy en día, proceder al despido de un trabajador en incapacidad temporal por su comportamiento en su vida privada es una decisión que acarrea un riesgo jurídico elevado, por dos razones principales: (i) por la dificultad de demostrar la procedencia del despido disciplinario y (ii) por la probabilidad razonable de que el despido se declare nulo.

Sobre la dificultad de demostrar la procedencia del despido provocado por una incapacidad temporal que se considera fraudulenta influyen principalmente dos factores:

- En primer lugar, si se desconoce la enfermedad que padece el trabajador, no se puede saber si su comportamiento es censurable, a no ser que se trate de realizar actividades laborales o extralaborales similares a las que desarrolla en su trabajo, en cuyo caso se demostraría generalmente la falsedad de la incapacidad.

Con todo, es relativamente habitual en la práctica que la empresa conozca legítimamente la causa médica de la baja, porque el trabajador lo haya comentado voluntariamente en el marco de su socialización más o menos informal con compañeros o superiores. También es posible que la empresa conozca la dolencia del trabajador por otras razones legales (como que se haya debido a un accidente de trabajo), o que pueda intuir su naturaleza (por ejemplo, por el tipo de adaptaciones laborales que haya tenido que realizar con anterioridad)⁷³.

73 Incluso, aunque se conozca legítimamente la razón de la incapacidad, se ha considerado razonablemente en la STSJ Cantabria 15 julio 2022 (Rº 534/2022) que esta no debe comunicarse al detective privado, sino que bastaría con orientar la investigación del detective hacia ciertas actividades que el trabajador no debería poder hacer como consecuencia de la misma.

A la vez, también existen supuestos en los que la empresa conoce la causa de la baja de forma ilegítima y pretende utilizarla para dirigir la investigación del trabajador. Así, se han dado varios casos recientes en los que se ha deducido que el servicio médico interno de Mercadona había revelado a la empresa el diagnóstico del trabajador y esta, a su vez, lo había comunicado al detective privado para focalizar su investigación en actuaciones incompatibles con el mismo⁷⁴. Lo curioso de tales casos es que esta vulneración flagrante de la privacidad de los empleados se pudo probar indiciariamente por la orientación tan precisa que se había dado al seguimiento del detective privado, que ajustaba su seguimiento para captar conductas que revelaran específicamente la falsedad de la enfermedad.

Ello implica, paradójicamente, que, en muchas ocasiones, si una empresa actúa sin cometer este tipo de irregularidades y encarga el seguimiento de un trabajador cuyo diagnóstico desconoce, es probable que la información que obtenga sea demasiado genérica como para probar la falsedad de la enfermedad o accidente.

- En segundo lugar, como se comentaba, aunque la empresa conozca legalmente la naturaleza de la enfermedad que padece el trabajador, el rango de actividades laborales o extralaborales que esta le permita desarrollar puede ser muy amplio. Así, en ciertas circunstancias es inútil fiscalizar la vida personal del trabajador, porque casi toda información que se pueda obtener se considera jurídicamente irrelevante. Por ejemplo, se ha llegado a considerar que un médico pluriempleado con ansiedad puede estar de baja en un hospital y trabajar, a la vez, en otro establecimiento sanitario donde realice las mismas funciones, si su malestar se debe a una situación de tensión laboral que solo se localiza en el primer centro⁷⁵.

Además, existe también cierto riesgo de que el despido pueda declararse nulo, con las consecuencias laborales e indemnizatorias que ello comporta, también por dos razones principales:

- De un lado, si por las causas que se acaban de señalar, no se da por probada la vulneración de la buena fe contractual, la extinción se tratará como un despido sin causa legal, pero motivado por la incapacidad temporal. Ello implica que, después de la entrada en vigor Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y con independencia de que

74 En la STSJ Cataluña 6 marzo 2025 (Rº 4795/2024) se indica que "*Llega a la conclusión, la magistrada de instancia, de que el SME tuvo que compartir su información médica con el coordinador, pues en otro caso la IT no hubiera sido sospechosa, y, a su vez, transmitirse a la empresa, y por ésta al investigador al encargarse el seguimiento*" y en la STSJ País Vasco 13 mayo 2025 (Rº 815/2025) se afirma que "*La empresa tenía motivos para investigar a la trabajadora, los cuales se vieron confirmados por el detective contratado; empero, inició su actividad sancionadora con un acceso indebido a un dato íntimo de la trabajadora*".

75 STSJ País Vasco 10 junio 2003 (Rº 1082/2003).

el debate doctrinal sobre sus consecuencias sobre el despido de trabajadores en incapacidad temporal siga abierto, debe contemplarse la posibilidad de que el despido pueda considerarse discriminatorio por motivos de salud.

- De otro lado, como ya se ha señalado, el ejercicio de la facultad del artículo 20.3 ET fuera del ámbito laboral constituye una destacada restricción del derecho a la privacidad del artículo 18.1 CE. Por tanto, cualquier extralimitación empresarial se considera una vulneración de un derecho fundamental que, de acuerdo con los artículos 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS, conlleva la nulidad de la prueba. Sobre este otro punto, también permanece abierto otro debate jurídico en el que cierta corriente doctrinal y jurisprudencial considera que un despido fundamentado en una prueba ilícita se produce “*con violación de derechos fundamentales*” (art. 53.4 ET) y, por tanto, debe considerarse nulo. Aunque esta es una opción que no puede compartirse, no cabe entrar ahora sobre la cuestión, más allá de advertir que es un riesgo jurídico que el empresario deberá tener en cuenta a la hora de proceder a la decisión extintiva, sobre todo en el ámbito territorial de algunos tribunales superiores de justicia.

3.2. El control médico del artículo 20.4 ET: Reconocimientos a cargo de personal sanitario

El artículo 20.4 ET tiene la particularidad de regular una facultad de control empresarial específicamente dirigida al absentismo laboral por razones médicas porque permite “*verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo*”. Es decir, se dirige principalmente a corroborar la concurrencia del supuesto de hecho de la incapacidad temporal, siendo significativo, al respecto, que en su redacción primigenia lo que se verificaba era la “*enfermedad o accidente del trabajador*”. Si bien, como no menciona expresamente la incapacidad temporal, el artículo 20.4 ET también puede utilizarse en situaciones conexas, por ejemplo, ante la prescripción médica de reposo sin baja o las situaciones, nada infrecuentes, en las que el trabajador ya ha recibido el alta, pero la impugna por considerar que no se encuentra en condiciones de trabajar. La falta de referencia a la incapacidad temporal también implica su desvinculación de la dinámica administrativa de la prestación, por lo que el control puede activarse en cualquier momento a partir del inicio de la ausencia, sin esperar a que el INSS remita a la empresa la documentación sobre la baja del trabajador⁷⁶. Además, no se agota con su uso, por lo que puede repetirse el reconocimiento médico, con una periodicidad razonable, mientras dure la ausencia del trabajador⁷⁷.

76 STS 25 enero 2018 (Rº 249/2016).

77 Gala Durán, Carolina (1999). «*Articulación formal, control empresarial y consecuencias disciplinarias de la ausencia del trabajador por enfermedad, accidente o maternidad*», Aranzadi Social: Revista Doc-trinal, 5, p. 32.

La única condición que establece el artículo 20.4 ET es que el reconocimiento debe ser “*a cargo de personal médico*”. Últimamente, es relativamente común que estos reconocimientos se subcontraten con empresas privadas especializadas en el control del absentismo que cuentan con su propio personal sanitario⁷⁸. Y, asimismo, en el caso de las grandes empresas, ya no es extraña la creación de “servicios médicos de empresa” o similares con funciones de control del absentismo. Estas unidades, que no deben confundirse con los servicios médicos de prevención propios que han de constituir obligatoriamente las empresas que den ocupación a más de 500 trabajadores conforme al artículo 14 RSP, no realizan funciones de protección de la salud laboral, sino de seguimiento y gestión interna de las incapacidades temporales. Por ejemplo, citan a los trabajadores para comentar su caso, los derivan a servicios sanitarios privados que puedan acelerar su curación, contactan con la mutua para coordinar el control de casos dudosos o se reúnen con el gerente y trabajador para coordinar posibles medidas de adaptación. Como se ha visto antes, su actividad puede comportar la vulneración de la intimidad de los trabajadores, si se comunican datos médicos a personal no sanitario de la empresa⁷⁹.

En cambio, los reconocimientos médicos del artículo 20.4 ET no pueden realizarlos, en principio, los servicios de prevención propios, aunque cuenten con personal sanitario, porque conforme al artículo 15.1 ET deben dedicarse exclusivamente a la actividad preventiva. Tampoco pueden practicarlos los servicios ajenos de prevención, que lo tienen prohibido⁸⁰, ni lo harán las mutuas, que cuentan con una regulación propia (más efectiva) para sus facultades de control de la incapacidad temporal.

Sobre la práctica del reconocimiento médico, el Tribunal Supremo⁸¹ ha determinado que su contenido o intensidad es decisión del empresario. Así, por ejemplo, puede aplicarse un cribado telefónico de los trabajadores que vayan a visitarse, pueden realizarse visitas telemáticas o puede requerirse el desplazamiento del trabajador hasta las instalaciones médicas donde se le realicen pruebas de carácter presencial. Sea como fuere, si el trabajador accede al reconocimiento, debe prestar su colaboración de buena fe con el personal sanitario, que incluso le puede requerir los antecedentes y pruebas médicas de las disponga, para facilitar su práctica⁸². En relación con lo anterior, un punto destacadamente débil del artículo 20.4 es que no hace referencia a la necesaria confidencialidad de los datos médicos del trabajador (como sí lo hace el artículo 22.4 LPRL), aunque esta queda indirectamente garantizada por la aplicación de la legisla-

78 Vid., la STS 25 enero 2018 (Rº 249/2016).

79 En la relación de hechos probados recogida en la STSJ de Canarias (Las Palmas) 14 diciembre 2023 (Rº 985/2023) puede leerse una exhaustiva descripción de su actividad y, asimismo, la constatación de, a mi juicio, diversas irregularidades graves en la gestión del absentismo.

80 El artículo 17 RSP prohíbe a las entidades especializadas actuar como servicios de prevención de aquellas empresas con las que mantengan “*vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas a las propias de su actuación como servicio de prevención, que puedan afectar a su independencia e influir en el resultado de sus actividades*”.

81 STS 25 enero 2018 (Rº 249/2016).

82 STS 15 junio 2021 (Rº 57/2020).

ción sanitaria general⁸³. La única información que el personal médico debe proporcionar al empresario es su criterio sobre si considera que el trabajador puede prestar o no su trabajo, en atención a la revisión de su estado de salud. El problema del artículo 20.4 ET desde la perspectiva empresarial, como se verá a continuación, es precisamente, de nuevo, que dicha información es poco útil desde un punto de vista disciplinario.

Después, dispone el artículo 20.4 ET que "*La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones*". Es decir, aunque se trata de una facultad enmarcada en el artículo dedicado a la dirección y control de la actividad laboral, la ley contempla la posibilidad de que el trabajador rechace someterse al reconocimiento médico. Ello comporta, en primer lugar, que la negativa del trabajador no podrá derivar en la imposición de sanciones disciplinarias, porque la ley ya prevé otro tipo de consecuencias, de carácter económico, para incentivar que el empleado acceda al reconocimiento. En concreto, es claro que la empresa puede retirar al trabajador la mejora voluntaria a la prestación de Seguridad Social que se haya pactado por convenio colectivo porque se trata de una cantidad que costea íntegramente el empresario y que el trabajador percibe durante su ausencia por motivos de salud. El problema es, pues, que, si no se ha previsto este tipo de complemento potestativo a la protección social pública, el trabajador carece, en general, de motivos para acceder a la práctica del reconocimiento.

El artículo 20.4 ET termina ahí, configurando las consecuencias de la negativa del trabajador, pero guardando silencio sobre la funcionalidad del resultado del reconocimiento médico cuando este se produce y revela resultados desfavorables para el trabajador. Por tanto, aunque su propósito es detectar casos de bajas fraudulentas, no queda nada claro qué ocurre cuando el médico designado por el empresario considera que el trabajador no está verdaderamente incapacitado para trabajar, por varios motivos. Para empezar, lo único que pondrá de manifiesto esta consideración es una discrepancia entre el criterio profesional de un médico privado (pagado por el empresario) con los profesionales del sistema público de salud o de la mutua (presumiblemente objetivos, aunque puedan estar equivocados). La forma en que se presenta esta divergencia, por tanto, hace inviable la imposición de una sanción disciplinaria por vulneración de la buena fe contractual que pueda defenderse ante un tribunal con un mínimo de seguridad jurídica, a no ser que el empresario cuente con otros indicios de fraude. Lo que sí puede levantar son sospechas legítimas de que la baja es indebida que permitan activar un control conductual del artículo 20.3 ET.

Además, la incapacidad temporal continúa su curso a pesar del parecer del médico privado, por muy contundente que este pueda ser, tanto a efectos de suspensión

83 La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dispone en su artículo 7.1 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 amparada por la Ley*".

del contrato de trabajo, como de la obligación de seguir abonando la mejora voluntaria (si no se dispone otra cosa en el convenio colectivo) y, por supuesto, de la continuidad del proceso de Seguridad Social. En este último ámbito, aunque en la práctica es relativamente habitual que el empresario recurra a la mutua para que esta active sus propios mecanismos de control, la única opción expresamente contemplada en la ley es que pueda trasladar sus sospechas a la inspección sanitaria de los servicios públicos de salud. En concreto, la Orden de 21 de marzo de 1974, por la que se regulan determinadas funciones de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social en materia de altas médicas prevé en su artículo 1 que dicha alta pueda producirse de oficio o a instancia de los servicios médicos de las empresas. Y aunque la vigencia temporal de esta Orden podría ser debatible, la regulación autonómica actual de las inspecciones de servicios sanitarios también prevé frecuentemente que estas puedan actuar en el control de la incapacidad temporal por iniciativa propia o por denuncia de un particular⁸⁴. Con todo, estas denuncias, que podríamos denominar propuestas empresariales de alta, no son equiparables en efectividad a las propuestas de alta de las mutuas del artículo 82.4 LGSS, que los servicios de inspección tienen la obligación de responder de forma motivada en el plazo de 5 días.

Como se ve, el ejercicio de la facultad del artículo 20.4 ET es costosa para el empresario y muy dudosa en términos de eficacia para el control del absentismo fraudulento. Por ello, ha sido históricamente poco conocida y relativamente poco utilizada, incluso en épocas de gran prevalencia de la incapacidad temporal como es la actual. Además, no hay que olvidar que el artículo 20.4 ET se enmarca hoy en día en un contexto normativo en el que se han producido avances muy significativos en términos de garantizar la agilidad y la operatividad de los controles médicos que realizan las mutuas, la propia inspección de servicios sanitarios y la inspección médica del INSS. Dichas entidades realizan controles que sí son obligatorios para el trabajador (cuya negativa tiene efectos económicos mucho más significativos), que practican facultativos que disponen de toda la información médica del proceso y que pueden derivar directa (en el caso de las inspecciones de servicios sanitarios y del INSS) o indirectamente (en el caso de las mutuas) en una alta médica en unos plazos reglamentarios breves.

En este contexto, la única ventaja importante que presenta el control médico del artículo 20.4 ET respecto de los otros mecanismos de control de la Seguridad Social es que se produce desde la propia empresa o por un sujeto cercano a la misma. Es decir, lo aplica un médico que puede ser consciente de los requerimientos del puesto de trabajo, de los riesgos laborales presentes en la empresa, así como de las posibilidades de adaptación o oportunidades de recolocación del trabajador⁸⁵. Desde este

84 Por ejemplo, la Instrucción de 1 de abril de 2019 de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Sanidad de Galicia, dispone en su punto decimosegundo que los requerimientos efectuados por las empresas sobre la adecuación de las situaciones de las bajas médicas de los trabajadores serán respondidos con la mayor diligencia posible.

85 Rodríguez Cardo, Iván Antonio (2017): *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Cizur Menor, p. 130.

punto de vista, sería interesante concebir el reconocimiento médico como un instrumento de orientación proactiva más que exclusivamente fiscalizadora porque brinda la oportunidad de estudiar o plantear propuestas que faciliten el retorno al trabajo del empleado enfermo. De hecho, la 'Guía de valoración de la incapacidad temporal para médicos de atención primaria' prevé que "*en determinadas ocasiones, el Médico de Trabajo de la empresa, tras valorar al trabajador y siempre que lo considere oportuno podrá formular una 'Propuesta de readaptación del puesto de trabajo' de modo que se modifiquen las condiciones del mismo para que el trabajador pueda continuar desempeñando sus tareas, de acuerdo con sus capacidades*". Esta propuesta se presentaría ante la sanidad pública y podría implicar la consideración del alta, si el paciente no ve limitadas sus capacidades para desarrollar sus tareas fundamentales. Si bien, no existe ningún reconocimiento ni regulación formal de esta posibilidad, que tampoco parece que sea realmente aplicada en la práctica, más allá de que pueda darse de manera informal en casos aislados.

4. CONCLUSIONES

Pese a que el empresario es el principal afectado por el absentismo laboral por incapacidad temporal del trabajador, existe una tendencia de nuestro ordenamiento jurídico a situarlo en una posición de ajenidad respecto de su seguimiento y control. Ello se refleja, por ejemplo, en términos formales, en que es un mero receptor de los partes de baja, confirmación y alta del trabajador, respecto de los que no puede ejercer más que una función de control pasivo. Tiene capacidad para decidir, a nivel organizativo, sobre la gestión interna de dicha información, pero no se le otorga la condición de interesado para poder incidir en dichos actos administrativos. Lo evidencia también la falta de previsión de un cauce adecuado para dar salida a los resultados del reconocimiento médico del artículo 20.4 ET, que, pese a su evidente conexión con el control de la incapacidad temporal, aparece desconectado de su regulación, más allá de las referencias indirectas y abstractas que pueda contener la reglamentación autonómica de algunas inspecciones sanitarias.

Una interpretación extensiva del nuevo derecho a la desconexión digital que pretenda su aplicación estricta durante la incapacidad temporal profundizaría todavía más en esta alienación de cualquier poder directivo del empresario respecto de las ausencias de los trabajadores. La doctrina judicial, de hecho, no descarta la vigencia de este derecho digital durante la suspensión contractual, aunque, por el momento, tampoco acoge la pretensión de que el empresario deba cortar toda comunicación con el trabajador ausente. De ser así, se agravarían los perjuicios que la desvinculación laboral tiene para el trabajador y se eliminarían los beneficios que comporta, conforme a la evidencia científica y las recomendaciones técnicas internacionales, el apoyo empresarial en el retorno del trabajador a la organización productiva.

La tendencia a mantener al empresario al margen de los procesos de incapacidad temporal de sus trabajadores se explica, por un lado, por la vocación de proteger a

los trabajadores de cualquier presión indebida para que regresen a la empresa y, por otro lado, por la necesidad de garantizar la confidencialidad de sus datos médicos. De que dicha protección es más que necesaria se ha dado cuenta en este trabajo con supuestos probados y muy desafortunados, en especial en lo que concierne a los llamados servicios médicos de empresa. Los riesgos que entraña su actividad para la intimidad de los trabajadores, a la que no se aplican las garantías laborales que protegen al personal de servicios de prevención internos, tal vez merecería una vigilancia más estrecha por parte de la Inspección de Trabajo.

No obstante, adoptando las cautelas necesarias para afrontar dichos riesgos, cabe pensar que existe la posibilidad de articular otras formas de involucrar al empresario en la gestión de las incapacidades temporales, igual de garantistas, pero basadas en una mayor confianza, que sirvan para potenciar los beneficios que su intervención puede tener, en términos organizativos y de favorecimiento del retorno al trabajo. Por ejemplo, la regulación, a través de la negociación colectiva de un procedimiento como el que se prevé en la Nota Técnica de Prevención 1116 del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo sobre mantenimiento y vuelta al trabajo, delimitaría la naturaleza del contacto que el empresario puede establecer con los trabajadores, su temporalización, la designación de los sujetos responsables, su funcionalidad, etc. Ello aseguraría que una actuación transparente y previsible para el trabajador, basada en la voluntariedad.

En cuanto a los mecanismos de control del fraude con los que cuenta el empresario, la jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial se están mostrando generalmente permisivas con la vigilancia extralaboral de los trabajadores a través de detectives privados y de la obtención de datos personales de redes sociales. En mi opinión, incluso excesivamente permisivas en lo que se refiere a la contratación de detectives sin la existencia previa de sospechas de infracción o en la obtención de datos personales publicados en internet por terceras personas. Si bien, ello no implica necesariamente que tales mecanismos de control vayan a poder ser más útiles o efectivos. Así, de un lado, la noción social y jurídica de las actividades que un trabajador de baja puede desarrollar en el marco de su vida privada se ha ampliado considerablemente en las últimas décadas. Por tanto, tener la capacidad de demostrar una infracción de la buena fe contractual es más difícil y depende de una variable que es generalmente desconocida para el empresario, como es el diagnóstico médico del trabajador.

El reconocimiento médico del artículo 20.4 ET, por último, adolece todavía de mayores problemas a la hora de conducir a la sanción disciplinaria de las infracciones que se puedan detectar, hasta el punto de que resulta muy optimista calificarlo como mecanismo de control del fraude. En este sentido, su valoración no resiste la comparación con los reconocimientos de control que ejercen las entidades gestoras y colaboradoras con la gestión de la incapacidad temporal. Sin embargo, presenta la ventaja de permitir la participación empresarial en el transcurso de la ausencia laboral y, desde esta perspectiva, puede ser útil para realizar propuestas de adaptación que faciliten el retorno al trabajo, de nuevo, en el marco de un procedimiento previamente pactado con los representantes de los trabajadores.