

# Control y vigilancia de las personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal. El informe de detectives privados

## Control and surveillance of workers on temporary leave. Private detectives' report

JOSÉ JAVIER MIRANZO DÍEZ

Profesor Titular

Universidad de Castilla-La Mancha

 <https://orcid.org/0000-0001-8665-4416>

Cita sugerida: MIRANZO DÍEZ, J.J. "Control y vigilancia de las personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal. El informe de detectives privados". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 31 (2022): 63-84.

### Resumen

Las singularidades que presenta el control empresarial en el caso de personas trabajadoras que se encuentran en situación de incapacidad temporal consisten, esencialmente, en que dicho control ha de realizarse fuera de la empresa y de su horario de trabajo, y recae, no sobre la prestación de trabajo, que se encuentra suspendida, sino sobre la esfera privada del trabajador. El control sobre la actividad desarrollada por el trabajador en situación de incapacidad temporal ha de realizarse además sin el conocimiento y autorización del trabajador, debiendo recurrir la empresa en la mayoría de los casos a la contratación de detectives privados, cuya actuación pone de manifiesto la posición de enorme debilidad que tiene el trabajador frente a la investigación oculta del detective. Al análisis de la participación de las agencias de detectives en la facultad de control empresarial durante situaciones de incapacidad temporal, de su régimen jurídico y de sus límites, así como de las garantías que frente al ejercicio de este control se ofrecen al trabajador se dedica en presente estudio.

### Abstract

The peculiarities of company monitoring in the case of workers who are temporarily unable to work consist, essentially, in the fact that this must be carried out outside the company and outside their working hours, not affecting the provision of work, which is suspended, but rather the worker's private sphere. Monitoring of workers' activity in a temporary leave situation must also be carried out without the worker's knowledge and authorisation. In most cases, the company has to resort to hiring private detectives, whose actions highlight the enormous weakness of the worker when faced with the detective's hidden investigation. This study is concerned with analysing the participation of detective agencies in the power of company control during situations of temporary leave, its legal regime, and its limits, as well as the guarantees that are offered to the worker against the exercise of such control.

### Palabras clave

Control empresarial; Incapacidad temporal; Detectives; Proceso laboral; Prueba ilícita

### Keywords

Business Control; Temporary Leave; Detectives; Employment Process; Unlawful Evidence

## 1. LA FACULTAD EMPRESARIAL DE VIGILANCIA Y CONTROL EN EL MARCO DEL PODER DE DIRECCIÓN

El poder de dirección entendido en un sentido amplio<sup>1</sup>, como elemento de organización empresarial, está integrado por un amplio conjunto de potestades, entre la que se encuentra desde

<sup>1</sup> Sobre una configuración amplia y unitaria del poder de dirección, vid., por ejemplo, MARTIN VALVERDE, A. RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*, Técnos, 2017, págs. 255-257, para quienes el poder de dirección "es de contenido complejo, constituido en realidad por distintas facultades relacionadas entre sí". En el mismo sentido, ya hace tiempo, VALDÉS DAL-RÉ, F. "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1990, pág. 280, para quien el poder de dirección no es sino el conjunto de facultades que definen en último término la posición del empresario en la relación laboral. También, recientemente, en este mismo sentido, integrando la facultad de vigilancia dentro de un concepto amplio del poder de dirección MONTROYA MELGAR, A., "Poder de dirección y videovigilancia laboral", (...)

luego la facultad de ordenar y especificar la prestación debida<sup>2</sup>, pero también la facultad de vigilancia y control por parte del empresario del cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores (art. 20.3 ET). De ambas facultades derivaría, a su vez, el correlativo poder disciplinario, sin el cual es evidente que las facultades organizativas y de control reconocidas en el art. 20 ET a la empresa carecerían de efectividad alguna.

La vigilancia y control por la empresa de la actividad del trabajador durante el desarrollo de la prestación laboral encuentra su fundamento en la posición subordinada del trabajador y en la nota de dependencia que caracteriza y preside el trabajo asalariado<sup>3</sup>. El contrato de trabajo, como se sabe, es un contrato de tracto sucesivo, lo que implica que las obligaciones no se agotan en un acto, sino que deben actualizarse y especificarse día a día, a lo largo del tiempo. Al empresario en virtud del derecho constitucional a la libertad de empresa, el ordenamiento jurídico le reconoce la capacidad de decidir sobre la forma más conveniente de gestionar su organización empresarial, pudiendo dictar órdenes o instrucciones generales y particulares sobre el tiempo, modo y lugar del trabajo, recayendo, por su parte, sobre el trabajador, en cumplimiento del compromiso asumido en el contrato (art. 20.2 en relación con art. 5 c. ET), la obligación de cumplir esas decisiones empresariales.

La facultad de control de la actividad del trabajador es, pues, inherente a la relación laboral. De esta forma, si se admite que por la propia naturaleza de la relación laboral el empresario tiene la potestad de gestionar y organizar la actividad de sus trabajadores, habrá que convenir que está igualmente legitimado para activar aquellas medidas de control que permitan confirmar el cumplimiento de la deuda laboral por sus trabajadores, y en su caso, sancionar eventuales incumplimientos. Así lo expresa con claridad el art. 20.3 ET al afirmar que el empresario podrá adoptar las medidas de vigilancia y control que “*estime más oportunas*” con la finalidad de verificar el cumplimiento de sus deberes laborales por el trabajador, y así también se ha admitido por nuestros tribunales desde hace tiempo en relación con implementación por las empresas de nuevas tecnologías en el control de la actividad del trabajador<sup>4</sup>.

Pero el carácter abierto de la formulación de la facultad de control por el empresario que hace el art. 20.3 ET no está, claro está, exenta de límites. El primero de ellos lo constituye, sin duda, el respeto de los derechos fundamentales y particularmente el respeto a la intimidad y a la dignidad del trabajador en el uso de esos medios de control. Es este un campo en el que entra en juego inevitablemente el delicado equilibrio que ha de guardarse entre la facultad de vigilancia y control y el límite infranqueable del respeto a la intimidad y a la privacidad de los trabajadores. Por ello, no está de más en este contexto recordar que el ámbito laboral, como ha señalado el Tribunal Constitucional, no es un espacio estanco y segregado del resto de la sociedad en el que el trabajador pueda ser privado de los derechos fundamentales que le corresponden como ciudadano, de forma que esté obligado a “*soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales*” (STC 88/1985, 19 de junio<sup>5</sup>). Buscar este equilibrio y modular, en una valoración individualizada de las circunstancias concurrentes en cada caso, el correcto ejercicio de esta facultad empresarial es una misión que compete hacer a los tribunales bajo la exigencia de los ya clásicos

---

*Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco de los Cobos Orihuel*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 191.

<sup>2</sup> El poder de dirección es la facultad “dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo”, en la ya clásica definición de ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, 21<sup>a</sup> edic., 2003, pág. 382. Un completo análisis y sistematización de las distintas facultades empresariales en ROMÁN, M.D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Graphus, Valladolid, 1992, pág. 96.

<sup>3</sup> CRUZ VILLALÓN, J. “Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos tecnológicos”, *Temas Laborales*, núm. 50, 2019, pág. 17.

<sup>4</sup> Como pueden ser los dispositivos de grabaciones de voz (STC 98/2000, de 10 de abril), de video-vigilancia (STC 186/2000, de 10 de julio), o los sistemas de geolocalización (SAN de 6 de febrero de 2019, rec. 318/2018).

<sup>5</sup> STC 88/1995, 19 de junio, rec. amparo 788/1984, BOE núm. 194, 14 de agosto.

parámetros de necesidad, idoneidad, y proporcionalidad de la medida adoptada sentados por nuestra doctrina constitucional. Su casuística es abundante y sobre ello se volverá a lo largo de este trabajo.

El segundo, se refiere a los límites que impone ahora expresamente la Ley 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)<sup>6</sup> respecto al tratamiento por la empresa de las imágenes obtenidas de sus trabajadores a través de sistemas de videovigilancia o geolocalización (arts. 89 y 90 LOPD) y los derechos de acceso, rectificación o supresión de los datos a instancia de los trabajadores afectados. En síntesis, los presupuestos que desde esta perspectiva exige la vigente normativa sobre el tratamiento por el empleador de las imágenes obtenidas a través de sistemas de videovigilancia afectarían a la obligación de informar con carácter previo, y de forma expresa a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de la medida que se pretende adoptar, y a la prohibición de instalar sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores.

Con estos límites, esto es, dentro del marco legal estatutario y del tratamiento en la protección de datos, y con máximo respeto a los derechos fundamentales, es posible admitir la vigilancia y control del trabajador. A veces, este control se efectuará a través de la instalación de sistemas de videovigilancia de los trabajadores en los centros de trabajo. Otras, para aquellos supuestos de trabajadores cuya prestación laboral requiera el desplazamiento fuera del centro de trabajo, será preciso acudir a modernos sistemas tecnológicos de control, como la geolocalización<sup>7</sup>. Y en otras ocasiones, como sucede en los supuestos objeto de nuestro análisis, cuando el trabajador se encuentre en situación de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal y en consecuencia esté exento de acudir a su puesto de trabajo, el control se realizará normalmente acudiendo al seguimiento del trabajador por parte de un detective. Todo ello con la exclusiva finalidad de que la empresa pueda verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales y el resto de las obligaciones derivadas del principio de buena fe contractual.

## **2. CONTROL EMPRESARIAL E INCAPACIDAD TEMPORAL. EL DEBER DE BUENA FE CONTRACTUAL**

### **2.1. La incapacidad temporal como causa de suspensión del contrato de trabajo**

De acuerdo con el art. 169 LGSS, la incapacidad temporal se identifica con la alteración transitoria de la salud del trabajador, debida “*a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo*”, que requiere recibir asistencia sanitaria del servicio público de salud y que le impide desempeñar su trabajo, de acuerdo con los oportunos partes de baja, hasta el tiempo máximo previsto en la ley para esta situación.

La inhabilitación temporal para prestar los servicios que habitualmente venía desarrollando el trabajador junto con la necesidad de recibir asistencia sanitaria mientras dure esa imposibilidad de trabajar son, en consecuencia, dos requisitos o presupuestos que van indisolublemente unidos a la situación de IT<sup>8</sup>. De ahí que se descarte esta situación y el reconocimiento de la prestación por incapacidad temporal cuando el trabajador precise de algún tipo de asistencia sanitaria pero esa

<sup>6</sup> Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6.12.2018).

<sup>7</sup> Se trata de la instalación de tecnologías en vehículos de circulación o en dispositivos móviles (teléfonos móviles, ordenadores, relojes...) que través de la utilización de redes de satélites o de telefonía móvil permiten conocer la posición del trabajador. Sobre el tema, ALEGRE NUENO, M. “La utilización de sistemas de geolocalización para controlar la actividad laboral” en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer 2020, págs. 175-195.

<sup>8</sup> Como recuerda la doctrina judicial, STSJ Galicia de 16 de marzo de 2009, rec. 1867/2006: “*Las premisas relativas a la definición de la situación de IT son las siguientes: 1) la IT se define por la concurrencia de tres requisitos, que son la necesidad de asistencia sanitaria («baja médica»), el impedimento o incapacidad para el trabajo, y la duración limitada de tal situación de incapacitación con baja médica...*”.

circunstancia no le impida trabajar, o cuando “pese a estar sometido a tratamiento rehabilitador en observación pueda continuar prestando servicios laborales”<sup>9</sup>. Es el caso enjuiciado, por ejemplo, en la STS de 12 de febrero de 2012, rec. 769\2011, donde se afirma que la cirugía meramente estética, “asumida de forma voluntaria y que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación”, al estar excluida del sistema de la sanidad pública por no encontrarse en cartera de servicios del Sistema Nacional de salud, sin recibir asistencia sanitaria, “tampoco genera, en principio, el reconocimiento del derecho a obtener un subsidio que cubra el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo”<sup>10</sup>. Al margen de que, como se afirma por el propio Tribunal, concurren otras circunstancias especiales que puedan valorarse en cada caso como las “complicaciones o patologías que aparezcan como efectos secundarios de la propia intervención libremente asumida”<sup>11</sup>.

El otro elemento configurador de la IT es su duración limitada. Su duración máxima inicial, como se sabe, es de doce meses, con posibilidad, previa evaluación por el EVI, de una prórroga de seis meses cuando exista un pronóstico razonable de que en el transcurso de dicho período de prórroga el trabajador puede ser dado de alta médica por curación (art. 169.1.a LGSS). No obstante, como excepción, una vez agotada la duración máxima de la IT, cabe demorar la declaración o calificación del grado de IP que en su caso corresponda cuando continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador con vistas a su reincorporación laboral lo hiciera aconsejable, sin que en ningún caso se puedan rebasar los 730 días naturales sumados los de IT y los de prolongación de sus efectos (art. 174.2 LGSS).

La emisión del parte médico de baja laboral por el facultativo del servicio público de salud, o de la empresa colaboradora o de la mutua, cuando el origen de la baja médica sea un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y el trabajador preste servicios en una empresa que tenga suscrita la cobertura por tales contingencias con una mutua<sup>12</sup>, es lo que marca el inicio de la incapacidad temporal. La baja laboral ha de expedirse previo reconocimiento médico del trabajador, a quien el médico podrá requerir los datos necesarios que contribuyan a precisar la patología objeto de diagnóstico y su posible incapacidad para realizar su trabajo. En la actualidad, los subsiguientes trámites procedimentales de gestión de la prestación y control sanitarios de la baja (sucesivos partes de confirmación, determinación del origen de la contingencia, ...), donde se contemplan hasta cuatro procesos distintos en función de la duración estimada del proceso, se encuentran en 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, y en la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, que lo desarrolla<sup>13</sup>.

También, aunque no constituya el objeto de nuestro análisis, es importante destacar en este punto que el acceso a los datos clínicos de trabajador se reserva para los facultativos del INSS, o en su caso de las mutuas, Inspección médica, e Intervención General de la Seguridad Social, permitiendo dicho acceso exclusivamente para que realicen “aquellas actividades que tengan por

<sup>9</sup> LAFUENTE SUÁREZ, J.L., *La contingencia de incapacidad temporal: tramitación administrativa y proceso judicial*, Bomarzo, Albacete, 2018, pág. 40.

<sup>10</sup> STS 21 de febrero de 2012, núm. rec. 769\2011. Si procese, en cambio, si se trata de cirugía estética realizada en clínica privada, por presentar malformación congénita consistente en mamas tuberosas (STSJ Madrid de 7 de diciembre de 2017, rec. 911\2017).

<sup>11</sup> Un ejemplo, STSJ Baleares 27 de junio 2017, rec. 231\2017, habida cuenta que la intervención (lipoaspiración) no tenía una finalidad meramente estética, sino que perseguía la mejora de su salud con la eliminación o reducción del dolor y el incremento de la movilidad para el desarrollo de su trabajo.

<sup>12</sup> Art. 2.1 del 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*. Vid. FERNANDEZ ORRICO, F.J., “Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio”, *REDT*, núm. 168, 2014, Aranzadi, BIB 2014\3564, pág. 4.

<sup>13</sup> Un comentario de ambas normas en LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., *Gestión y control de la incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días*, Bomarzo, Albacete, 2016.

*objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio*<sup>14</sup>, teniendo además los datos en el ámbito de la salud la consideración de datos personales de especial tratamiento y protección<sup>15</sup> a tenor del Reglamento UE 2016/679 (art. 9.1) y de la vigente Ley de 3/2018, de Protección de datos (art. 9.2)<sup>16</sup>. El empresario, en consecuencia, no tiene por qué tener conocimiento de la enfermedad, dolencia o patología concreta que afecta al trabajador en IT, dado que no existe obligación de comunicar a la empresa tal circunstancia<sup>17</sup>, y tan solo estará informado sobre el tiempo que estiman los facultativos que el trabajador estará impedido para el trabajo, conservando el trabajador, por su parte, el derecho a guardar silencio sobre la causa de su baja médica<sup>18</sup>. La propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con el control de la salud de los trabajadores, limita igualmente el acceso a la información médica de carácter personal al personal médico y a las autoridades sanitarias que intervengan, “*sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador*” (art. 22.4 LPRL).

Por lo que se refiere a sus efectos laborales, la incapacidad temporal del trabajador constituye una causa de suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1.c.ET) con derecho a la reserva del puesto de trabajo (art. 48.1.ET).

La suspensión del contrato de trabajo supone la exención temporal para las partes de cumplir las obligaciones esenciales o fundamentales derivadas del contrato de trabajo, esto es, la obligación de trabajar por parte del trabajador y la de abonar el salario por parte del empresario. Pero, aunque se interrumpen temporalmente esas prestaciones recíprocas (trabajo-salario), la esencia de la suspensión del contrato consiste en que el vínculo laboral existente entre las partes no se ve afectado y se mantiene vivo, permaneciendo intactas el resto de las obligaciones laborales asumidas por las partes en virtud del contrato de trabajo. La suspensión afecta así, ciertamente, a la ejecución de algunos de los efectos más importantes del contrato, pero el contrato permanece en vigor. De este modo, por ejemplo, durante la suspensión del contrato se mantienen por parte del trabajador, entre otras obligaciones contractuales accidentales, las obligaciones de no concurrencia desleal, el deber de confidencialidad, o el pacto de plena dedicación en el caso de que se ha suscrito<sup>19</sup>.

Pero de todas ellas, sin lugar a duda, la principal obligación que se mantiene en el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, que es de general aplicación a los períodos de suspensión, pero que tiene especial incidencia en los supuestos de incapacidad temporal, es la derivada del deber de buena fe contractual recogido en los arts. 5 y 20.2 ET, exigencia que incumbe a ambas partes de la relación laboral<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Art. 8.1 RD 625/2014.

<sup>15</sup> Sobre la confidencialidad de los datos, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 20 de julio”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 168, 2014, págs. 23-25, BIB 2014\3564.

<sup>16</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos por el que deroga la Directiva 95/46/CE. El art. 9.2 L 3/2018 ampara tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada.

<sup>17</sup> LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI, E., “El seguimiento de las bajas por IT y por IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales” en AA.VV. (Dir. TALENS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral...*, cit., pág. 33.

<sup>18</sup> Si bien, el consentimiento previo del trabajador puede ceder en supuestos especiales. Vid., al respecto, las consideraciones realizadas en el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos en relación con la situación de emergencia sanitaria en <https://www.aepd.es/documento/2020-0017.pdf>. Sobre el tema MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, “De la incapacidad temporal, su flexibilización y desfiguración en tiempos de coronavirus”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, Revista de Estudios sobre Ciencias del trabajo y protección social, núm. 1, 2020, Universidad de Sevilla, págs. 157-180.

<sup>19</sup> Un ejemplo, en STSJ Islas Canarias 26 de diciembre de 2019, rec. 607/2019, donde el trabajador que se encontraba en situación de incapacidad temporal realizó una descarga masiva de documentos de la empresa.

<sup>20</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 767.

## 2.2. Buena fe e incapacidad temporal. Actividades compatibles

Como acabamos de señalar, el art. 5 ET, entre los deberes básicos, impone al trabajador el deber de “*cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia*”, mientras que el art. 20.2 ET, además de señalar el deber del trabajador de prestar la debida “*diligencia y la colaboración en el trabajo*”, subraya que “*en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe*”. Preceptos ambos que obviamente resultan de aplicación a los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, hasta el punto de que la transgresión de la buena fe contractual en situaciones de IT por parte del trabajador puede activar el ejercicio de las facultades disciplinarias del empresario, pudiendo llegar incluso a la extinción del contrato cuando la infracción revista la suficiente gravedad.

Delimitar los contornos y los límites de la exigencia de la buena fe en situaciones de IT, esto es, conocer que actividades o comportamientos del trabajador son compatibles con dichas situaciones, no es fácil. Para empezar, hay que asumir que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado<sup>21</sup>, y en consecuencia ante una exigencia de carácter genérica, de difícil comprensión jurídica, y desde luego muy esquiva a su objetivación.

Atender a las “reglas de la buena fe” constituye un deber laboral de las partes, o un principio integrador de la relación de trabajo si se prefiere, que en último término está haciendo referencia a patrones de conductas o comportamientos que en cada momento son tenidos por correctos y aceptados por la sociedad y que por esta misma razón también pueden ser variables y evolucionar. Esa indeterminación hace que, a veces, en la valoración se introduzcan también componentes éticos<sup>22</sup>. Si a ello se suma que en el ámbito de la incapacidad temporal son decisivas las patologías y las demás circunstancias concurrentes en cada caso, se comprende la dificultad que existe en la práctica para obtener y aplicar criterios unívocos.

Adviértase, por otra parte, que esta necesidad de prestar especial atención a las circunstancias concurrentes en cada caso explica que las resoluciones judiciales de suplicación en esta materia tengan difícil el acceso a la unificación de doctrina al no superar el filtro de la contradicción. Circunstancia, sin embargo, que no impide reconocer a grandes rasgos ciertas pautas, más o menos comunes, que son utilizadas por nuestros tribunales para delimitar las actividades que pueden ser compatibles con las situaciones de IT.

Como punto de partida, habría que subrayar que la situación de baja por incapacidad laboral no impide al trabajador hacer su vida normal ni tampoco el desarrollo de actividades no propiamente laborales, lúdicas, de mera distracción<sup>23</sup> o de ocio que resulten compatibles con el tratamiento médico (STSJ Extremadura de 28 de septiembre de 2006)<sup>24</sup>. O dicho en otros términos,

<sup>21</sup> STS de 19 de julio de 2010, rec. 2643/2009: “El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato...”.

<sup>22</sup> El principio de la buena fe, como señala la STSJ Galicia de 25 de junio de 2019, rec. 937/2019, es un criterio de valoración de conductas al que debe ajustarse el cumplimiento de las obligaciones, es decir, un principio general del Derecho que impone un comportamiento adecuado a valoraciones éticas. En el mismo sentido, STSJ Andalucía de 27 de febrero de 2019, rec. 2171/2018. Críticamente GOLERLICH PESET, J.M., y NORES TORRES, L.E., “El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido”, *Información Laboral*, núm 11, Aranzadi, 2017, pág. 26.

<sup>23</sup> Auto TS de 21 de noviembre 2020, rec. 4385/2001.

<sup>24</sup> Como declara también la STSJ Andalucía 13 noviembre 2019, rec. 1130/2019: “Y aunque la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado también que no toda actividad en período de incapacidad laboral es causa de despido, se refiere a aquellas actividades no laborales ocasionales, no retribuidas y de carácter lúdico que no sean incompatibles con la enfermedad padecida por el trabajador”.

la situación de IT no es sinónimo de reposo o inactividad del trabajador<sup>25</sup>. En realidad, lo que es exigible desde la buena fe, y se convierte en el primer criterio determinante para la valoración de la posible existencia de transgresión de la buena fe contractual en situaciones de IT, es que la actividad desarrollada por el trabajador sea incompatible con las dolencias<sup>26</sup> o suponga una agravación de la enfermedad o un retraso en su proceso de curación (STSJ Galicia de 25 de junio de 2019, rec. 937/2019), dado que si efectivamente se dan estas circunstancias es evidente que estarían resultando lesionados los intereses tanto del empresario como de la Administración.

En segundo término, habrá que tener en cuenta que en esta valoración evidentemente resulta decisivo el contenido de los informes médicos que justifican la baja laboral (STSJ Islas Canarias de 5 de noviembre de 2019, rec. 535/2019)<sup>27</sup>. De hecho, los términos en los aquéllos que se pronuncien en relación con la patología sufrida por el trabajador y su recuperación será lo que servirá de elemento interpretativo central<sup>28</sup> para poder determinar si las actividades realizadas por el trabajador son incompatibles con dicho proceso patológico, lo que podría poner en evidencia la simulación del mismo<sup>29</sup>, o si la actividad es contraria a las recomendaciones, observaciones y tratamientos médicos prescritos<sup>30</sup>, o, en fin, si la actividad demora o pone en peligro el proceso de recuperación<sup>31</sup>.

Esa simulación a la que se hace referencia, expresiva de la transgresión de la buena fe contractual, aparece cuando por la actividad desarrollada por el trabajador durante la IT se hace evidente su aptitud laboral para el desempeño de los cometidos propios de su profesión<sup>32</sup>. Así se ha estimado que sucede, ejemplo, en situaciones tales como la de actuar en un concierto e intervenir en su preparación colocando instrumentos si se tiene un “diagnóstico de cervialgia y lumbalgia” (STSJ Islas Baleares de 30 de diciembre de 2019, rec. 274/2019)<sup>33</sup>; o la de realizar, siendo conductor-repartidor, importantes labores agrícolas en una finca de su esposa (STSJ Extremadura de 24 de septiembre de 2019, rec. 399/2019), o más recientemente, la de cantar y bailar en público (con anuncio en facebook) de forma altruista durante hora y medida acompañada de un guitarrista, pese a

<sup>25</sup> Un análisis detallado de la evolución experimentada en la materia por la jurisprudencia partiendo desde planteamientos muy rígidos ha transitado hacia posicionamientos más flexibles en GOERLICH PESET, J.M., y NORES TORRES, L.E., “El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido”, cit., págs. 11 y ss.

<sup>26</sup> STSJ Andalucía de 29 de octubre de 2019, rec. 2723/2014.

<sup>27</sup> STSJ Islas Canarias de 5 de noviembre de 2019, rec. 535/2019, relativa a una trabajadora que se desplaza a isla vecina con una asociación musical existiendo informe médico que reconoce la compatibilidad de su situación de IT con el desplazamiento; Entre otras, STSJ Andalucía de 14 de junio de 2018 rec. 1931/2017, sobre un trabajador que acudió al campeonato de España de videojuegos lo hizo siguiendo las recomendaciones del médico.; STSJ de Cantabria nº 624/2007, de 29 de junio, rec. 609/2007, en relación con un trabajador que realiza un viaje de turismo al extranjero en IT de acuerdo con la expresa prescripción médica; JS Badajoz 16 de diciembre de 2019, trabajador que acude atendiendo a clientes en baja al taller que regenta.

<sup>28</sup> En el mismo sentido, SSTS 24-7-1990.

<sup>29</sup> LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI, E., “El seguimiento de las bajas por IT y por IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales” en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, cit., pág. 33.

<sup>30</sup> STSJ Castilla y León de 18 de enero de 2012, rec. 840/2011, cuando se incumple la recomendación del uso moderado de alcohol.

<sup>31</sup> STSJ Cataluña d 13 de mayo de 2016, rec. 797/2015.

<sup>32</sup> Por ejemplo, trabajador con dolor de espalda (espasmo o contractura muscular) que participa en carrera de San Silvestre (STSJ País Vasco 9 de julio de 2019, rec. 1174/2019), con aplicación de teoría gradualista.

<sup>33</sup> STSJ Galicia de 25 de junio de 2019, rec. 937/2019. Vid también, por ejemplo, STSJ Andalucía 2 de octubre de 2019, rec. 837/2019, relativa a una trabajadora que, encontrándose en situación de incapacidad temporal, actuó de forma altruista cantando y bailando durante hora y media: “es notorio que los movimientos realizados por la actora, especialmente con brazos, hombros y cuello, durante una actuación de aproximadamente una hora y media (con un descanso intermedio), no son adecuados para una válida recuperación de una dolencia en los hombros, no observándose limitación física alguna y revelando además una aptitud para el trabajo”. En el mismo sentido, STSJ Cataluña de 27 de noviembre de 2012, rec. 2778/2012; STSJ Canarias de 18 de julio de 2011, rec. 61/2011. Recientemente, SJS de Murcia de 25 septiembre de 2019 (JUR\2020\70426), llegando a la conclusión de que, si el trabajador no podía realizar esfuerzo físico, tampoco “podía cambiar la rueda de un vehículo con el importante esfuerzo físico que ello supone”.

estar de baja por “dolencia de hombros”, sin observarse limitación física alguna (STSJ Andalucía 2 de octubre de 2019, rec. 837/2019)

Más allá de estas pautas generales, la línea divisoria entre las actividades compatibles o no con las situaciones de IT se difumina y ofrece ya pocas certezas. Las decisiones de los tribunales suelen tomar en consideración en su valoración otras circunstancias tales como la escasa trascendencia, la frecuencia, o la intensidad de la actividad realizada por el trabajador en situación de IT (gestión de empresa familiar “sin la frecuencia necesaria”; “escasa trascendencia” de arbitrar un partido de fútbol; tareas de poda “durante menos de tres horas”; “cortar viñas “durante dos horas”; “participar en pasacalles” tocando un instrumento musical; colaborar con una ONG;.....)<sup>34</sup>, criterios que, por otra parte, parece lógico considerar para ponderar más adecuadamente las particularidades de cada caso concreto. De forma que, si las actividades del trabajador pueden considerarse marginales “de carácter puntual, de escasa entidad y de poco tiempo de duración” (STSJ de Extremadura de 21 de enero de 2020, rec. 629/2019), diferentes a las que exige su prestación laboral, se suele aceptar su compatibilidad con la situación de IT.

En otras ocasiones, con independencia de otros factores, resultará absolutamente determinante en la valoración de la actividad desarrollada en IT el tipo de dolencia sufrida por el trabajador. Quiere decirse con ello que si trata de procesos traumatológicos normalmente las actividades realizadas por el trabajador que requieran esfuerzo físico, más allá de las actividades propias de recuperación, podrán ser declaradas incompatibles con las dolencias, mientras que si, en cambio, se trata de cuadros depresivos o de ansiedad, la realización de una actividad por el trabajador generalmente no solo no estará prohibida sino que a veces resultará necesaria o recomendable para el restablecimiento de su salud<sup>35</sup>.

Y aunque sea precisamente en ese ámbito, el de las patologías de cuadros depresivos o trastornos de ansiedad, donde puede observarse una mayor relajación en los criterios aplicados por los tribunales, también en estos casos será preciso tener presentes las exigencias derivadas de la buena fe, me atrevería a decir incluso de la prudencia, que debe presidir las actividades del trabajador en situaciones de baja por enfermedad, no siendo aceptables bajo el sencillo prisma del sentido común actividades, actitudes o comportamientos incompatibles con tales dolencias<sup>36</sup>.

Tratándose de actividades profesionales retribuidas, y dejando al margen los supuestos de competencia desleal, la regla general sigue siendo, como afirma la STSJ Castilla-La Mancha de 19

<sup>34</sup> Expresiones y criterios que pueden verse en STSJ Cataluña de 25 de julio de 2007 rec. 1697/2007; STSJ Cataluña de 11 de enero de 2005, rec. 7302/2004; STSJ Castilla-La Mancha de 12 de febrero de 2008, rec. 816/2006; STSJ Comunidad Valenciana de 22 de julio de 2008, rec. 1826/2008; STSJ Cantabria de 31 de diciembre, rec. 1345/1999. Recientemente, JS Cartagena de 22 octubre de 2020, proc. 743/2019, que habla actividad muy esporádica no retribuida.

<sup>35</sup> A título de ejemplo, participar en un espectáculo de cante flamenco estando de baja por enfermedad común (STSJ Cataluña 20 de enero de 2020, rec. 5921/2019); participar en un campeonato de culturismo (STSJ Extremadura 30 de julio de 2009, rec. 418/2019); en las fiestas de la localidad (STSJ Madrid 5 de octubre de 2012, rec. 3956/2012); hacer de pinchadiscos en una discoteca como “distracción” (STSJ Asturias 24 de julio de 2009, rec. 217/2009).

<sup>36</sup> Tal sucede, por ejemplo, cuando se publican fotos y comentarios en el muro de Facebook que muestran actividades o comportamientos incompatibles (varios viajes en familia) con el cuadro clínico (STSJ Andalucía de 29 de octubre de 2015, rec. 2723/2014); se practica deporte de alto nivel (STSJ País vasco 23 de octubre de 2008, rec. 1921/2008); se realizan prácticas formativas en horario nocturno (STSJ Cataluña de 14 de octubre de 2013, rec. 3490/2013; se acude a playa y se participa en un proceso de selección, superando las pruebas teóricas y psicotécnicas (STSJ Andalucía de 5 de junio de 2014, rec. 605/2014); o se participa, de baja por estado depresivo y ansiedad, en un concurso de televisión de amplia audiencia destinado al descubrimiento de artistas noveles (STSJ Baleares 26 noviembre de 2008, rec. 505/2008).

de diciembre de 2019, la de la incompatibilidad de la baja por enfermedad con el trabajo, sea por cuenta propia o ajena (STSJ Galicia de 9 de octubre de 2019, 2672/2019)<sup>37</sup>.

Desde luego, por imperativo del art. 175 LGSS, la actividad profesional retribuida comporta la pérdida del subsidio. Otra cosa es que, a efectos disciplinarios, y en consideración a que se traten de actividades que supongan meras colaboraciones puntuales, labores esporádicas no retribuidas, o actividades de escasa intensidad, y siempre que no evidencien la aptitud laboral del trabajador para desarrollar los cometidos de su puesto de trabajo o impidan o retrasasen la recuperación del trabajador, circunstancia ésta que se ha convertido en un elemento determinante en la interpretación jurisprudencial, el órgano judicial pueda llegar puntualmente a otra conclusión<sup>38</sup>. Aunque en rigor hay que decir que en la mayoría de las ocasiones en las que se apreciado su compatibilidad, estas actividades no constituían propiamente “un trabajo por cuenta propia o ajena en sentido estricto” sino que se trataban de supuestos que se situaban extramuros de la relación laboral, más cercanos a las prestaciones familiares o a los trabajos realizados a mero título de amistad o buena vecindad.

En los casos de pluriactividad, en cambio, cuando nos encontramos ante el ejercicio por el trabajador “de dos actividades completamente diferentes, -una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria-, es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal (art. 128.1 LGSS ) que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro” (STS de 19 de febrero de 2002, rec. 2127/2001).

En fin, también habrá que tener en cuenta una cuestión que no por ser bien conocida y obvia debe dejar de ser subrayada en este lugar. Nos referimos al hecho de la proporcionalidad que necesariamente ha de guardarse entre el hecho de que el trabajador pueda desarrollar una actividad considerada incompatible con su situación de IT y la sanción impuesta por el empresario. Y es que como se ha afirmado reiteradamente por el TS, la sanción de despido, por su trascendencia, es la última entre las que pueden imponerse en el ámbito del derecho del trabajo y debe reservarse para los casos de evidente gravedad<sup>39</sup>, de forma que las sanciones que en su caso se impongan habrán de adecuarse al hecho imputado y al comportamiento del trabajador. Teoría gradualista que es aplicada sin fisuras por la doctrina judicial<sup>40</sup> y que lleva a descartar la automaticidad de la sanción de despido por el hecho de realizar actividades incompatibles con las situaciones de IT, obligando en consecuencia a adecuar en cada caso la sanción a las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes.

El abultado número de resoluciones judiciales que dan respuesta a los conflictos sobre la transgresión de la buena fe contractual en situaciones de IT no es sino el reflejo de los intereses que

<sup>37</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2019, rec. 2018/2109; STSJ Galicia de 9 de octubre de 2019, rec. 2672/2019; STSJ Andalucía 13 noviembre 2019, rec. 1130/2019; SSTJS de Cantabria de 7 diciembre de 2000, rec. 1075/2000; STSJ Cataluña 29 enero de 2001, rec. 6617/2000; o STSJ Asturias 21 de junio de 2016 rec. 1358/2016. Tal y como afirma el mismo Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de febrero de 1987 (RJ 1987, 769) y 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9805), entre otras: “si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier tipo de quehacer sea de interés ajeno o propio máxime cuando su forzosa inactividad para la empresa le es compensada económicamente por la misma y por la Seguridad Social”.

<sup>38</sup> Por ejemplo, STSJ Andalucía de 27 de febrero de 2019, rec. 2171/2018, o STSJ Cataluña 19 de junio 2020, rec. 5614/2019 (atender unas horas el bar de club deportivo amateur con otros miembros de la junta directiva). Vid. LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI, E., “El seguimiento de las bajas por IT y por IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales” en AA.VV. (Dir. TALENS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, cit., pág. 33: “En consecuencia habrá que valorarse en cada supuesto concreto si la dolencia puede agravarse o no con el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena realizado”.

<sup>39</sup> Por todas, STS 19 de julio de 2010 rec. 2643/2009.

<sup>40</sup> Sobre la teoría gradualista vid. entre otras STSJ Castilla-La Mancha de 6 de febrero 2020, rec. 1958/2018 y TSJ Andalucía 5 de marzo 2020, rec. 1798/2019, y jurisprudencia allí citada.

en esto casos se encuentran en juego. Y es que cuando el trabajador desarrolla actividades no compatibles con su situación de incapacidad temporal está lesionando directamente el interés del empresario no solo debido a su obligación de mantener la cotización del trabajador a la Seguridad Social sin recibir la contraprestación, sino también porque es él el que asume parte de la prestación<sup>41</sup> y porque probablemente la ausencia del trabajador en IT le obligará a adoptar medidas organizativas en la empresa, llegando a requerir, en su caso, la contratación de trabajadores para que sustituyan en sus funciones al trabajador en IT. Pero también estas conductas irregulares de los trabajadores están defraudando al propio sistema público de Seguridad Social en tanto el trabajador se encuentra percibiendo una prestación que en derecho no debería poder disfrutar, e incluso, desde otra óptica, a los propios compañeros de trabajo que pueden sufrir las consecuencias organizativas de su ausencia al trabajo<sup>42</sup>. De ahí la importancia que adquieren para la empresa el control de las situaciones de IT de sus trabajadores.

### **3. LA VIGILANCIA NO CONSENTIDA NI INFORMADA EN EL AMBITO DE LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN IT. LA INTERVENCIÓN DE LAS AGENCIAS PRIVADAS DE INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. Control empresarial durante la IT y afectación de la esfera privada del trabajador**

El ejercicio por el empresario de la facultad de vigilancia y control del trabajador en las situaciones de IT tiene unas connotaciones o singularidades que no se dan, al menos en los mismos términos, cuando lo que se trata de verificar es el debido cumplimiento de la prestación laboral de sus trabajadores. El art. 20.3 ET, como se ha dicho, autoriza al empresario a adoptar las medidas que “*estime más oportunas*” con la finalidad de verificar el cumplimiento de sus deberes laborales por el trabajador. Entre estas medidas se encuentran, destacadamente, la instalación por las empresas de videocámaras en los centros de trabajos o la utilización de sistemas de la geolocalización. Pero también, cada vez con más frecuencia, es posible observar la incorporación por las empresas de nuevos dispositivos tecnológicos de control de la actividad de sus trabajadores (técnicas de reconocimiento facial, software, drones...).

Frente a estas actividades de vigilancia y control que se realizan para verificar el cumplimiento por el trabajador de su prestación laboral en la jornada de trabajo, se desarrolle ésta o no dentro del espacio físico de la empresa, lo singular del control empresarial en las situaciones de IT es que dicho control ha de realizarse sobre las actividades privadas del trabajador, fuera de lo que constituye el espacio de la empresa y su horario de trabajo, pues con dicho control se trata de verificar “en tiempos de no trabajo”<sup>43</sup> los posibles incumplimientos del trabajador del deber de buena fe contractual que preside la relación laboral. En estos supuestos, por tanto, la actividad de control no recae sobre la prestación básica del trabajador, que se encuentra suspendida, sino sobre hechos o comportamientos que se desarrollan fuera del centro de trabajo y pertenecen a la esfera de la privacidad del trabajador, pero que pueden tener incidencia en la propia continuidad del contrato de trabajo.

Tal actividad de control ha de realizarse, obviamente, sin conocimiento y autorización del trabajador que es objeto de vigilancia<sup>44</sup>, pues de otro modo quedaría frustrada la finalidad a la que sirven el control y la vigilancia de los trabajadores en las situaciones de IT. Se justifica así que cuando existan sospechas fundadas del incumplimiento por el trabajador de sus deberes laborales en

<sup>41</sup> El subsidio por incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral que corresponde al empresario de los días cuarto a decimoquinto ambos inclusive (173.1 RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre Texto Refundido Ley General de la Seguridad Social).

<sup>42</sup> Vid. las consideraciones sobre el particular de GOLERLICH PESET, J.M., y NORES TORRES, L.E., “El fraude a la incapacidad temporal...”, cit., págs. 9-10.

<sup>43</sup> GARRIDO PÉREZ, E., “La actividad de los detectives privados como instrumento de control empresarial”, en *Temas Laborales*, núm. 50, 2019, pág. 237.

<sup>44</sup> GARRIDO PÉREZ, E., “La actividad de los detectives privados... cit., pág. 233.

situaciones de IT, las empresas, que tienen vedado realizar por sí mismas indagaciones sobre la vida privada de sus trabajadores<sup>45</sup>, deban recurrir en la práctica a la contratación de detectives privados para sean estos profesionales específicamente habilitados al efecto los que realicen el seguimiento externo del trabajador y verifiquen esas posibles irregularidades. Negar esta posibilidad, como ha afirmado el TC<sup>46</sup>, simplemente vaciaría de contenido de la facultad de vigilancia y control en situaciones de IT, pues solo a estos profesionales les está autorizado realizar una investigación no informada en la esfera privada del trabajador a través de seguimientos, toma de fotografías, captación de imágenes, u otros medios.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que el consentimiento del trabajador en el tratamiento de sus datos personales “se entiende implícito en la propia aceptación del contrato de trabajo que implica el reconocimiento del poder de dirección” (STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016<sup>47</sup>). Así lo establece también el Reglamento (UE) 2016/679 UE<sup>48</sup> que autoriza el tratamiento de datos sin el consentimiento expreso del trabajador cuando sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte (art. 6.1.b. del RGPD) o por la existencia de un interés legítimo empresarial (art. 6.1 f. RGPD), aunque en todo caso deberá justificarse.

La contratación de los servicios de detectives privados cuando la empresa carece de otra alternativa para comprobar el incumplimiento contractual del trabajador permite pues quebrar la regla general que obliga al empresario a informar con carácter previo a los trabajadores y en su caso a sus representantes, de la medida de vigilancia que se pretenda adoptar<sup>49</sup>, como se establece expresamente en el art. 89.1 LOPD en relación con los dispositivos de videovigilancia en los centros de trabajo<sup>50</sup>. Una vigilancia oculta o secreta cuya restricción, por cierto, ha sido flexibilizada por el TEDH en su sentencia de 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda II, en un supuesto de videovigilancia desarrollada con carácter temporal en el interior de un centro de trabajo, al considerar la Sala que en el supuesto concreto aunque se omitió el deber de información precisa (solo se colocó un distintivo informativo en el escaparate del establecimiento) existían sospechas razonables de que se estaban cometiendo irregularidades graves<sup>51</sup>.

Nuestra jurisprudencia y doctrina judicial, en relación con la vigilancia realizada por detectives, no ha dudado tampoco en admitir la contratación de los servicios de detectives para la vigilancia del trabajador en situaciones de IT, pues la investigación por parte de detective, como afirma la STSJ Canarias de 17 de enero de 2018<sup>52</sup>, es un medio legalmente admitido para comprobar los incumplimientos laborales, “y en su caso obtener medios de prueba admisibles en derecho a efectos de ejercitar la empresa su potestad disciplinaria y defenderla en juicio”<sup>53</sup>. Es más, dadas las

<sup>45</sup> DIAZ RODRIGUEZ, J. M., “El informe de detective privado en el proceso laboral”, *Trabajo y Derecho* núm. 34, 2017, Wolters Kluwer, Smarteca, pág. 4. En el mismo sentido, GIL PLANA, J. “Las vicisitudes probatorias del informe de detectives” en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados...*, cit., pág. 320. Vid., entre otras, STSJ Madrid 27 junio 2007, rec 2233/2007.

<sup>46</sup> STC 99/91 de 21 de marzo.

<sup>47</sup> STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016, rec. amparo 7222/2013. Por el contrario, añade el TC, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato.

<sup>48</sup> Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

<sup>49</sup> CRUZ VILLALÓN, J. “Las facultades de control del empleador ante...”, cit. pág., pág. 31.

<sup>50</sup> Un análisis de la jurisprudencia en relación con la videovigilancia en TALENTS VISCONTI, E. “Video-vigilancia en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales, en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral...*, cit., págs. 201-214.

<sup>51</sup> STC 88/1995, 19 de junio, rec. amparo 788/1984, BOE núm. 194, 14 de agosto.

<sup>52</sup> Vid. en aplicación de esta nueva doctrina STSJ Andalucía 20 de mayo 2020, rec. 2038/2019.

<sup>53</sup> STSJ Canarias de 17 de enero de 2018 rec. 584/2017.

<sup>54</sup> En el mismo sentido, entre muchas otras, STSJ Castilla y León de 24 de julio de 2020, rec. 235/2020; STSJ Cataluña, 22 de diciembre de 2017, rec. 5625/2017; ATS, Social, 13 de mayo de 2014, rec. 1685/2013; STSJ Cataluña 27 febrero 2013, rec. 6343/2012.

características de la suspensión del contrato de trabajo, el seguimiento externo mediante detective es prácticamente la única opción que tiene la empresa para verificar el incumplimiento por el trabajador en situación IT de los deberes inherentes a la buena fe contractual<sup>54</sup>.

Ahora bien, se trata de un método de control de la actividad extralaboral del trabajador al que pueden recurrir efectivamente las empresas para someter a vigilancia a un trabajador en IT pero que resulta ciertamente uno de los instrumentos más invasivos para la esfera de la privacidad del trabajador, con posible incidencia en su derecho a la intimidad. De ahí la necesidad de contar con un claro marco regulador que establezca el campo de actuación de estas agencias de investigación, el ámbito espacial en el que se desenvuelve su actividad, y, por supuesto, sus límites.

### **3.2. La intervención de detectives privados en la vigilancia del trabajador. Régimen jurídico**

La ley 5/2014, de 4 abril, de Seguridad Privada<sup>55</sup>, que deroga la Ley 23/1992, viene a dar carta de naturaleza y reconocimiento legal a la intervención de los despachos de detectives privados en las actividades de vigilancia e investigación sobre las personas trabajadoras, salvando así las carencias que en este punto contenía la anterior normativa de seguridad que obviaba toda referencia a estos servicios de investigación privada. Circunstancia que, por otra parte, no había sido impedimento para que en el ámbito laboral y procesal se vinieran aceptando por la doctrina judicial la participación de los detectives privados en el ejercicio de las facultades de control y vigilancia que pertenecen al empresario<sup>56</sup>.

En lo que ahora atañe, la norma ofrece un marco de seguridad jurídica tanto para las empresas de seguridad como para los particulares afectados por sus actividades. Así, el art. 5.2 LSP atribuye expresamente la exclusividad a los despachos de detectives para la investigación privada en relación a personas, hechos, o delitos solo perseguibles a instancia de parte, impidiendo que esta actividad pueda ser realizada por sujetos o entidades no habilitadas legalmente. Actividad investigadora que, conforme al art. 48.1.a. LSP, irá dirigida a realizar “*las averiguaciones que resulten necesarias para la obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados*” relativos, entre otros aspectos, al ámbito laboral, pero también, y en general, a la vida personal, familiar o social de la persona investigada. Si bien, como no podría ser otra forma, con la limitación de que tal investigación debe quedar limitada a los espacios públicos, no pudiendo nunca desarrollarse en los domicilios de las personas o en lo que la ley denomina “lugares reservados”.

Para que la empresa, en uso de la facultad reconocida en el art. 20.3 ET, pueda contratar los servicios de un detective privado debe justificar y acreditar su “interés legítimo”, que, por lo se refiere al ámbito de la IT que se analiza, podemos identificar en principio con la acreditación por la empresa de la existencia de sospechas fundadas de que el trabajador que se encuentra de baja laboral puede estar realizando actividades incompatibles con su situación, lo cual evitaría de entrada, como parece ser la finalidad de la norma, la realización de investigaciones acordadas de forma arbitraria, aleatoria, o de mera vigilancia preventiva<sup>57</sup>. Y es que lo que en otros supuestos, como puede ser el caso de la vigilancia singular por detectives de los representantes de los trabajadores en el uso del

<sup>54</sup> STSJ Madrid 28 de mayo de 2018, rec. 1521/2017; y STSJ País Vasco 10 mayo 2011, rec. 644/2011, entre otras.

<sup>55</sup> La ley 5/2014, de 4 abril, de Seguridad Privada (BOE 5 de abril).

<sup>56</sup> Vid., al respecto, GIL PLANA, J., “Las vicisitudes probatorias del informe de detectives”, en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVAR) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, cit., pág. 312.

<sup>57</sup> LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENTS VISCONTI, E., “El seguimiento de las bajas por IT...”, cit., pág. 27. No parece seguir este criterio la STSJ Canarias 17 de enero de 2018, rec. 584/2017 que diferencia entre el “interés legítimo” para contratar los servicios del detective que “*es simplemente la finalidad lícita perseguida por quien contrata al detective y que guarda relación directa con derechos de los que se es titular*”, y la exigencia de sospechas o indicios fundados de incumplimiento laborales.

crédito horario, puede requerir una mucha más exigente justificación precisamente por su condición representativa<sup>58</sup>, en los casos de trabajadores en situación de IT, la necesidad de la investigación, existiendo sospechas serias y razonables de incumplimientos laborales, parece que queda justificada en sí misma por tratarse de una investigación de carácter individual y no existir normalmente otro método de control empresarial más idóneo para acreditar esos incumplimientos, dado el lugar en el que se desarrolla la investigación (fuera del centro de trabajo) y su objeto (actividades extralaborales).

El resultado es que en los casos de IT, por tanto, la aportación por parte de la empresa de datos objetivos o elementos indiciarios concretos que sustenten la existencia de sospechas de incumplimientos laborales que motiven el seguimiento del trabajador<sup>59</sup>, no la mera alegación de intereses genéricos, se convierte en la clave de la justificación del interés legítimo exigido por la norma<sup>60</sup>.

Se impone en la norma, como presupuesto de legalidad y garantía para las partes y para las propias personas afectadas por la investigación, que la contratación del servicio de vigilancia se formalice por escrito y se comunique su celebración, con los datos identificativos de las partes, al Ministerio de Interior o en su caso al órgano autonómico que resulte competente (art. 9 LSP). Según parece deducirse del precepto, cada encargo debiera dar lugar a la formalización de un contrato. Aunque lo cierto es que el texto no deja totalmente cerrada la posibilidad de que los detectives puedan celebrar un único contrato genérico con el cliente para la vigilancia de varios trabajadores<sup>61</sup>. Tal posibilidad, sin embargo, parece que en principio se compadece mal con la exigencia de acreditar “interés legítimo” de la investigación encomendada, pues erigiéndose éste en garantía y en presupuesto primario de la investigación, hay que presuponer que su acreditación ha de hacerse, por lógica, de forma individualizada para cada servicio contratado y para cada trabajador investigado, formalizando tantos contratos como servicios o investigaciones sean contratadas. Así parece desprenderse también del art. 25 LSP, que obliga a formalizar un contrato por cada servicio contratado, y del 49.1 LSP que vincula el servicio contratado con la elaboración de un único informe. Con todo, como quiera que este tipo de fórmulas genéricas de contratos de servicios se han venido formalizando en la práctica<sup>62</sup>, subsisten las dudas sobre la admisibilidad de que se haga un encargo genérico por la empresa que luego pueda ir concretándose para cada investigación en la medida que se requiera.

Al concluir la investigación, el detective deber elaborar un informe escrito, que es entregado a la empresa, en el que se reflejará el número de registro asignado al servicio, los datos de la persona que ha encargado y contratado el servicio, el objeto de la contratación, los medios utilizados en la investigación, los resultados, los detectives intervinientes y las actuaciones realizadas (art. 49.1 LSP). En este documento, que recoge las conclusiones alcanzadas por el detective y los medios utilizados para ello (seguimiento, fotografías, archivos de video...) únicamente se podrá hacer constar aquella información directamente relacionada con el objeto y finalidad de la investigación contratada, sin que sea posible incluir informaciones o datos, en particular los de carácter personal especialmente protegidos, que habiéndose descubierto durante la investigación no resulten necesarios o que no guarden directa relación con dicho objeto y finalidad ni con el interés legítimo alegado para la contratación, esto es, en nuestro caso, el supuesto quebrantamiento de la buena fe

<sup>58</sup> Vid. por todas, STS 15 de octubre de 2014, rec. 1654/2013.

<sup>59</sup> Entre otras, STSJ País Vasco 26 enero 2010, rec. 2607/2009.

<sup>60</sup> Si bien, como afirma, la STHED, Gran Sala, 17 de octubre de 2019, 116, en relación con la videovigilancia: “Cuanto más intrusiva sea la vigilancia, más peso tendrá la justificación que se requiera.”

<sup>61</sup> Como ponen de manifiesto, SEMPERE NAVARRO, A.V., y SAN MARTIN MAZZUCONI, C., “El contenido de la nueva Ley de Seguridad Privada”, *Capital Humano*, núm. 288, 2014, Wolters kluwer, Smarteca, pág. 109.

<sup>62</sup> MORELLA ORTÍN, O., “El informe del detective privado” en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, cit., pág. 367.

contractual por el trabajador en situación de IT. A este informe se acompañará como complemento el material fotográfico y las grabaciones obtenidas durante la investigación.

La finalidad y legitimidad de la investigación contratada, que se ha debido hacer constar en el contrato, se convierte así en los primeros límites de la actuación del detective. Pero no son los únicos. La Ley 5/2014 de Seguridad privada se cuida también de marcar otros límites a la actividad investigadora desarrollada por el detective que entroncan directamente con la protección de datos de la persona investigada. Así, el art. 49.4 LSP dispone expresamente que en el tratamiento de las imágenes y los sonidos obtenidos durante las investigaciones se deberá observar lo establecido en la normativa sobre protección de datos de carácter personal. Lo que se traduce en la práctica en la obligación de respetar el carácter reservado y secreto de los datos obtenidos, que solo podrán ponerse a disposición del cliente o de los órganos judiciales y policiales que lo requieran, y en la necesidad de dar cumplimiento al conjunto de previsiones de carácter formal y material sobre el tratamiento de datos personales que establecen tanto la actual Ley 3/2018, de Protección de datos (identificar al responsable del tratamiento (art. 33 LOPD), llevar un registro de actividades (art. 31 LOPD), elaborar un documento de seguridad, ofrecer información sobre los derechos de acceso, rectificación o supresión (arts. 13-15 LOPD), como el Reglamento UE 2016/679 .

Como consecuencia de ello, el trabajador que haya sido objeto de vigilancia por detectives tiene la facultad de oponerse a que sus datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención y a ejercitar frente a la agencia de detectives que se encuentra en posesión de estos cuantos derechos le son reconocidos por la Ley 3/2018 de Protección de datos.

Norma que hay que entender que resulta igualmente de aplicación para el empresario que ha recurrido a la contratación del servicio de detectives como medida de control de un trabajador en situación IT, que a la postre acabará disponiendo esos mismos datos personales del trabajador (incluidos reportajes fotográficos o archivos de audio y video...) en base a los cuales puede actuar su poder disciplinario y que han sido obtenidos, como excepción a la regla general, sin necesidad del cumplimiento del deber de información previa, y, por tanto, sin su conocimiento. De este modo, el trabajador podrá oponerse a que sus datos no puedan ser utilizados posteriormente por la empresa con fines ajenos a los inicialmente previstos cuando se contrató el servicio, y a ejercer los demás derechos que pueda reconocerle Ley 3/2018, si bien teniendo presente que siempre que exista un interés legítimo y que los datos sean adecuados y utilizados con la finalidad prevista, su tratamiento estará autorizado como soporte de las facultades disciplinarias.

El problema, sin embargo, es que el trabajador, en el mejor de los casos, solo tendrá conocimiento de que se ha recabado esa información sobre su actividad privada a través de un detective cuando se le comunique la sanción disciplinaria o el despido, si la empresa decide concretar en la comunicación de la sanción las pruebas de las que dispone, o más propiamente y con todo su alcance, en sede judicial<sup>63</sup>, cuando decida impugnar la medida disciplinaria empresarial. Únicamente entonces tendrá pleno acceso al tratamiento que se ha realizado de sus datos personales y podrá combatir la licitud de la prueba obtenida, así como la necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados, o si el contenido de la investigación y la naturaleza de los datos recabados se ajustan o no estrictamente al objetivo pretendido. Circunstancia que ponen de manifiesto la posición de debilidad que hasta este momento tiene el trabajador en relación con la protección de sus datos personales<sup>64</sup>.

Pero al margen del interés legítimo y de la concreción en el contrato de la finalidad de las investigaciones, como presupuesto central de legalidad y licitud de la actuación del detective, se impone también, como es lógico, la obligación (art. 48.3 LSP) de que en ningún caso los medios

<sup>63</sup> Es lo que DIAZ RODRIGUEZ, J. M., “El informe de detective privado...”, *Trabajo y Derecho*, cit., pág. 4, sitúa en la táctica empresarial y que pretende producir un “efecto sorpresa”.

<sup>64</sup> Lo que supone, como afirma GARRIDO PÉREZ, E., “La actividad de los detectives privados como instrumento...”, cit., pág. 242, una “amplia fisura en las normas sobre protección de datos personales”.

materiales o técnicos utilizados en la investigación supongan un atentado al derecho al honor del trabajador, a la intimidad, a la propia imagen o a la protección de datos. Y de que la investigación se lleve a cabo dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador y demás derechos fundamentales<sup>65</sup> con especial sujeción, como ordena el art. 48.6 LSP, a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

De este modo la limitación o afectación de los derechos fundamentales que puede sufrir el trabajador por la investigación del detective privado debe también superar en sede judicial el conocido filtro o test de proporcionalidad, siendo en último término a los órganos judiciales a quienes corresponde también pronunciarse en el curso del proceso sobre la posible ilicitud de la prueba obtenida a través de estos medios privados de investigación, valorando las circunstancias concurrentes en cada caso.

## 4. EL ACCESO AL PROCESO LABORAL DEL INFORME DEL DETECTIVE

### 4.1. Sobre la naturaleza jurídico-procesal del informe del detective privado

En el proceso laboral, como regla general, las partes deben comparecer a juicio con las pruebas con las que intenten valerse, sin que en el art. 90 la ley de la Jurisdicción Social (LJS) se establezca limitación alguna en relación con los medios de prueba que pueden utilizarse (“*cuantos medios de prueba se encuentre regulados en la Ley*”), más allá de las que se derivan de las reglas de admisibilidad y pertinencia. Ciertamente, la Ley de la Jurisdicción Social contempla reglas específicas sobre algunas de estas pruebas (interrogatorios de las partes, testifical, pericial, documental y medios de reproducción de la imagen y sonido...) con el fin fundamentalmente de adaptar su práctica a los principios de oralidad y unidad de acto que rige el procedimiento. Pero ninguna mención se hace, en cambio, al informe del detective privado como medio de prueba, a pesar de su habitual utilización en el juicio laboral. Ello obliga a buscar su regulación en las disposiciones de la LEC que a estos efectos actúa, como sucede con el resto de los medios de prueba, como norma supletoria de la LJS.

Las referencias de la norma procesal civil a la prueba de detectives se contienen, de un lado, en el art. 265.5 LEC que se refiere a los informes de investigación como uno de los posibles documentos a aportar con la demanda, cuyas previsiones, sin embargo, no resultan de aplicación al ámbito laboral dado que en el proceso laboral con la demanda no es necesario aportar ningún documento de tipo material, esto es, documentos “*en los que la parte funde su derecho*” ni tampoco ningún otro documento relativo al fondo del asunto, sino en todo caso, cuando proceda, documentos de tipo adjetivo (copia de acta de conciliación, poderes de representación....). Como regla general el momento procesal oportuno para aportar la prueba documental en el proceso laboral será el acto del juicio oral y más concretamente, su aportación se realizará durante la fase de práctica de la prueba, todo ello sin perjuicio de que si se trata de pruebas que requieran diligencias de citación o requerimiento se puedan solicitar con al menos cinco o tres días de antelación a la fecha del juicio (art. 90.3 LJS). La segunda referencia al informe de detectives se ubica en el art. 380 LEC que contiene el régimen jurídico específico para la práctica de dicha prueba, cuyas reglas, al contrario de lo que ocurre con el art. 265.5 LEC, resultan de plena aplicación al ámbito del proceso laboral.

A la hora de abordar la prueba de informes de detectives en el ámbito del proceso laboral parece claro que la primera cuestión que irremediamente surge es la de determinar la naturaleza procesal de este peculiar medio probatorio pues no en vano guarda semejanza en su desarrollo con otros medios de prueba y aparentemente comparte rasgos propios de la prueba testifical, de la documental, e incluso, en algunos aspectos, de la pericial<sup>66</sup>. La cuestión no carece de trascendencia

<sup>65</sup> STC 292/1993, de 18 de octubre: “*Las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos*”.

<sup>66</sup> Sus diferencias y analogías son desatacadas por VIGUER SOLER, P. L., “Los informes de detectives privados en el proceso civil (1)”, *Práctica de Tribunales*, núm. 66, 2009, Wolters Kluwer, Smarteca, pág. 5 y ss.

porque de la calificación procesal que reciba este medio de prueba se hace depender, entre otros aspectos, la posibilidad de acceder a la revisión de los hechos probados en suplicación, o su propio valor probatorio.

En este punto la verdad es que la jurisprudencia ha sido prácticamente unánime en afirmar la naturaleza de prueba testifical de los informes de detectives. De hecho, es clásica ya la doctrina del TS, seguida sin fisuras por el resto de los órganos judiciales del orden social<sup>67</sup>, que sostiene que aunque los informes de los detectives privados se presenten por escrito no pueden considerarse como “auténticos documentos” en el sentido procesal del término, sino como “*meras manifestaciones testimoniales formuladas por escrito que por ello no pierden su verdadero carácter de prueba testifical o de una denominada prueba testifical impropia, que solo habría adquirido todo su valor procesal como tal prueba testifical de haber sido ratificada en juicio por sus firmantes*”<sup>68</sup>.

En realidad, atendiendo a la actividad que desarrolla el detective la conclusión no puede ser otra. El detective, en efecto, realiza una actividad de investigación que consiste en el seguimiento de la persona investigada, proceso de investigación que culmina con un informe en el que se detallan los hechos que este profesional ha percibido directamente, con apoyo normalmente de medios de grabación de la imagen o del sonido. Pero si bien se mira, este informe no es en realidad un documento privado que refleje un acto o negocio jurídico, sino un escrito que incorpora el relato de las indagaciones realizadas, de los hechos observados por el investigador, y de los resultados obtenidos en su encargo profesional, sin valoración de ningún tipo. Un documento, en suma, que refleja las manifestaciones de un tercero. De esta forma, el investigador accede al proceso exclusivamente para dar cuenta de lo presenciado, y como testigo que es de unos hechos, ha de hacerlo a través de la prueba testifical. En este sentido, el informe del detective, como ha subrayado la jurisprudencia, no será sino un “testimonio documentado”, es decir, la expresión escrita de la declaración de una persona que ha sido testigo directo de los hechos (TSJ Madrid 16 enero 2020, rec. 659/2019). Y ello con independencia de que a esta declaración testifical impropia, dentro de la libertad de apreciación que tiene el juzgador, se le suele reconocer en la práctica judicial un valor añadido por la garantía de profesionalidad que ofrece el detective (STSJ Castilla y León 24 de julio de 2020, rec. 235/2020).

A la misma conclusión conduce art. 265.1 LEC cuando dispone que para que el informe del detective adquiera valor probatorio, en el caso de que los hechos recogidos en el informe no sean reconocidos por las partes, deberá ser ratificado en el acto del juicio por el detective, ratificación que introduce el informe en el debate procesal y abre la posibilidad al interrogatorio de las partes sobre su contenido. Distinto es el caso, ciertamente anómalo, en cuanto se aparta del cometido del investigador privado<sup>69</sup>, de que el informe del detective pudiera contener además valoraciones técnicas fundadas en conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos (art. 380.2 LEC) que el juez no posee, supuesto en el que entonces resultarían de aplicación las reglas previstas en la norma procesal civil para el denominado “testigo-perito” (art. 370.4 LEC).

De este modo, afirmada por la jurisprudencia la naturaleza de prueba testifical del informe de detectives, la consecuencia inmediata es que dicha prueba es inhábil a los efectos de la revisión de los hechos declarados probados en el recurso de suplicación, pues esta modificación de los hechos probados ha de fundamentarse exclusivamente, como se sabe, en las pruebas documentales y periciales practicadas en la instancia.

<sup>67</sup> STSJ Madrid 16 de enero de 2020, rec. 659/2019; y SSTSJ de Cataluña 10 enero de 2020, rec. 5519/2019 y 19 de junio de 2020.

<sup>68</sup> STS 15 de octubre de 2014 rec. 1654/2013.

<sup>69</sup> Como pone de manifiesto GIL PLANA, J., “Las vicisitudes probatorias del informe de detectives”, en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados...*, cit., pág. 319.

## 4.2. El trámite de admisión. La prueba ilícita

Las reglas generales sobre admisión y práctica de la prueba en el proceso laboral están muy mediatizadas por los principios de celeridad, de unidad de acto y de concentración que presiden el proceso. En el proceso laboral, en efecto, tras el recibimiento del pleito a prueba por el juez, las partes deberán proponer en el acto del juicio oral las pruebas de las que intenten valerse, advirtiendo el art. 87.1. LJS que, como regla general, tan solo se van a admitir aquellas pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto, con la excepción de las que resultando imprescindibles requieran la traslación del juez o tribunal fuera del local de la audiencia.

Comunicadas y precisadas por las partes al órgano judicial las pruebas que desean practicar, el juez o tribunal deberá decidir en ese momento sobre su admisión, determinando en caso afirmativo la naturaleza de cada prueba propuesta, y resolviendo sobre las posibles diligencias complementarias o de adveración de las pruebas admitidas. Contra la resolución denegatoria de una prueba, a la parte que la ha propuesto no le cabe otra opción que formular la pertinente protesta, lo que se consignará en el acta del juicio a efectos del correspondiente recurso.

Nada impide en el proceso laboral, sin embargo, que el trabajador pueda solicitar en su demanda al órgano judicial el recibimiento del pleito a prueba y proponer los medios de prueba de que intenten valerse. Posibilidad de uso muy frecuente que va a permitir a la empresa conocer de forma anticipada los medios de prueba propuestos por el trabajador en su demanda, pero no a la inversa, por cuanto en el proceso laboral la contestación del demandado y su proposición de prueba se produce de forma oral en el acto del juicio. Una circunstancia que en los casos de despidos o sanciones disciplinarias sustentadas en la prueba de informe del detective reviste particular importancia en tanto el trabajador en situación de IT (demandante) normalmente solo conocerá de la existencia de dicho informe en el acto del juicio, por lo que difícilmente podrá salir del trabajador la propuesta de dicha prueba testifical.

Recuérdese al respecto, como ya se ha indicado, que la empresa no está obligada a desvelar en la carta de despido las fuentes por la que haya tenido conocimiento del incumplimiento del trabajador<sup>70</sup>, y que en los procesos de despido (art. 105.1 LJS) y sanciones (art. 114.3 LJS) se altera el orden de las intervenciones de las partes, tanto en la fase de alegaciones como en la fase de práctica de la prueba y conclusiones, de forma que corresponde a la empresa intervenir en primer lugar en la fase de práctica de la prueba para proponer sus medios de prueba y solicitar su admisión al órgano judicial, por lo que en la mayoría de los casos, probablemente, ese será momento en el que el trabajador tendrá por primera vez conocimiento de la existencia del informe del detective.

No obstante, si por cualquier motivo el trabajador tuviera conocimiento de la existencia de este informe antes del juicio oral, algo como decimos bastante inusual<sup>71</sup>, podrá entonces hacer uso no solo de esta facultad sino también de la posibilidad, como ya se ha comentado, que le reconoce el art. 90.3 LJS de proponer la prueba testifical con cinco o tres días de antelación al juicio<sup>72</sup>, y de solicitar al órgano judicial, al amparo de lo dispuesto en el art. 94.2 LJS, que se obligue a la empresa a aportar al juzgado el informe del detective. Pero, como decimos, este no será el supuesto

<sup>70</sup> Tampoco en la contestación a la demanda está obligada a comunicar los medios de prueba, tan solo los motivos de oposición (art. 105.2 LJS). En este sentido, recientemente, STSJ Cataluña 18 de julio de 2019, rec. 3879/2019, y STSJ Comunidad Valenciana de 26 de mayo de 2020, rec. 130/2020. Vid. los comentarios sobre el particular de MOLINA NAVARRETE, C. “Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales”, *Temas Laborales*, núm. 50, 2019, pág. 338-339.

<sup>71</sup> DIAZ RODRIGUEZ, J. M., “El informe de detective privado en el proceso laboral”, *Trabajo y Derecho*, cit., pág. 4.

<sup>72</sup> Puesto que de una proposición de medio de prueba se trata, y no de un supuesto de práctica anticipada de prueba. Vid. en este sentido los precisos comentarios al respecto de GIL PLANA, J. “Las vicisitudes probatorias del informe...” en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados...*, cit., pág. 323-325.

más habitual, de forma que normalmente será el empresario el que proponga en el acto del juicio oral la práctica de la prueba testifical del detective.

Siendo ello así, una de las alegaciones, como se muestra en la práctica de los tribunales, que a buen seguro se hará en el juicio por la defensa del trabajador investigado en contra de la admisión de dicha prueba, será la alegación de la posible vulneración en la obtención de la prueba de su derecho a la intimidad o de cualquier otro derecho fundamental. Limitación para la admisión de una prueba que se contempla expresamente en el art. 90.2 LJS, convirtiéndose así la posible ilicitud de la prueba en muchas ocasiones en uno de los puntos nucleares de la resolución del litigio. Una cuestión que se suscitará por la defensa del trabajador en el trámite de admisión de la prueba propuesta por la parte demandada (STS Canarias 5 de marzo de 2020, rec. 907/2019<sup>73</sup>), pero que normalmente se pondrá de manifiesto no de tanto en esta fase de admisión, momento en el que difícilmente se podrá valorar su ilicitud, como en la fase de práctica de la prueba, en cuyo desarrollo podrá el juez valorar y apreciar esa posible existencia de una lesión en los derechos fundamentales del trabajador. De modo que hay que concluir que, si el órgano judicial acordara la admisión de la declaración testifical del detective (téngase en cuenta, en todo caso, como ha quedado dicho, que en los procesos de despidos y sanciones la prueba de la parte demandada se práctica en primer lugar), y tras la práctica de la prueba se pusiera de manifiesto su posible ilicitud, la defensa podría alegar entonces esta circunstancia ante el órgano judicial.

Para estos casos, la norma procesal laboral introduce un trámite de audiencia a las partes, de forma que, suscitada la cuestión, el juez oirá a las partes y acordará las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, pudiéndose recurrir a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba, la parte contraria a su admisión deberá interponer recurso de reposición, que se resolverá oralmente, previo traslado a las demás partes, en el mismo acto del juicio, sin perjuicio del derecho a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia (art. 90.2 LJS)<sup>74</sup>. No parece, sin embargo, que sea de aplicación a la prueba de detectives, dado su naturaleza de prueba testifical, la autorización judicial que para el acceso a archivos y documentos contempla el precepto (art. 90.4LJS)<sup>75</sup>.

La ilicitud de la prueba de informe de detective, como ocurre con el resto de los instrumentos de control utilizados por la empresa, se hace depender de la superación del test de proporcionalidad. A saber, la necesidad, idoneidad, y proporcionalidad de la medida adoptada. Como se desprende el análisis jurisprudencial que anteriormente se ha realizado, en los casos de trabajadores en IT el presupuesto de “idoneidad” (si la medida es susceptible de conseguir el resultado propuesto<sup>76</sup>) suele girar en torno a o la existencia de sospechas fundadas de incumplimiento del deber de buena fe contractual, de forma que en principio la prueba podría declararse ilícita si el seguimiento por el detective respondiera a una mera finalidad de vigilancia genérica, no sustentada en datos o hechos concretos. El requisito de que en el contrato se tenga que

<sup>73</sup> STS Canarias 5 de marzo de 2020, 907/2019: “la juzgadora ya en el acto del juicio en trámite de conclusiones había resuelto que no era el momento apropiado para dicha alegación que debió haber planteado en el momento previo a la admisión”.

<sup>74</sup> Sobre este procedimiento, entre otros, ALFONSO MELLADO, C. L., “Proceso ordinario”, en AA.VV. *La nueva Ley de la Jurisdicción Social. Texto adaptado a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero*, Bomarzo, Albacete, 2012, págs. 142-143; y ESTEVE SEGARRA, A. “El proceso ordinario”, en AA.VV. (Dir. BLACO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *La reforma del proceso laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 252-259.

<sup>75</sup> En este sentido, ESTEVE SEGARRA, A. “El proceso ordinario”, en AA.VV. (Dir. BLACO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *La reforma del proceso...* cit., págs. 252-259.

<sup>76</sup> Tempranamente, por todas, SSTC 66/1995, de 8 de mayo 1995; 55/1996, de 28 de marzo; 20/2002, de 28 de enero; y 213/2002, de 11 de noviembre.

justificar por la empresa el “interés legítimo” de la investigación, aporta un elemento más de seguridad en el cumplimiento de esta exigencia.

En el ámbito que nos movemos, el requisito de “necesidad” se identifica en la doctrina judicial con la inexistencia de otras medidas más adecuadas (menos gravosas) y eficaces de control. Un presupuesto que, a pesar de la enorme casuística existente en la materia, no ha dudado la jurisprudencia en reconocer que normalmente se produce en el control de las actividades de los trabajadores en situación de IT. En este sentido, es frecuente encontrar en las resoluciones judiciales afirmaciones tales como que “no se aprecia qué otra medida podía adoptar la empresa para conocer los hechos” (STJ Canarias 5 de marzo de 2020, rec. 907/2019) o “no existe otro medio de control admisible que el seguimiento externo del trabajador” (STSJ Comunidad Valenciana de 26 de mayo de 2020, rec. 130/2020)<sup>77</sup>, ....., que subrayan la ausencia en estos supuestos de otros medios más moderados para hacer eficaz la facultad de control empresarial.

Y, en fin, como tercer presupuesto, la proporcionalidad, que hace referencia a la necesidad de que la medida adoptada por la empresa sea ponderada o equilibrada, en el sentido de que se deriven de ella mayores beneficios que perjuicios para los valores en conflicto, y que en nuestro caso se suele asociar, en general, con el hecho de que el seguimiento con captación de imágenes por el detective se realice en la vía pública, sin invadir espacios reservados<sup>78</sup>, con objetivos concretos, por tiempo más o menos limitado, y con pleno respeto a las prescripciones de la Ley de Seguridad privada.

Al margen de ello, también habrá de reputarse ilícita la prueba obtenida mediante engaño, simulando el detective ser un cliente, para que el trabajador acabe cometiendo el ilícito laboral que pretendía sancionar el empresario (STS 19 de febrero de 2020, 3943/2017). La prueba, en este caso, se considera ilícita por cuanto la promoción de una consulta simulada, intentada una y otra vez por el detective ante la resistencia del trabajador, para probar que el trabajador ejercía la abogacía por cuenta propia en horas de trabajo supuso “*la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprotables*”, vulneradores del derecho a la dignidad del trabajador.

El resultado de que la prueba sea declarada ilícita en el trámite de admisión o práctica de la prueba es que no surtirá efecto alguno en el proceso, arrastrando al resto de las pruebas que tengan su origen o deriven de ella (doctrina del fruto del árbol envenenado). Lo que no impide, sin embargo, que los hechos puedan estimarse probados en base a otras pruebas practicadas en el juicio<sup>79</sup>, y por tanto el hecho de haberse declarado ilícita la prueba tampoco comporta automáticamente la nulidad de la sanción o del despido, ello dependerá de que la decisión empresarial sea en sí misma lesiva de un derecho fundamental<sup>80</sup>. Así, al menos, se ha entendido mayoritariamente en suplicación<sup>81</sup>, aunque el criterio dista de ser pacífico.

<sup>77</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 26 de mayo de 2020, rec. 130/2020, referida a la actividad laboral que se desarrolla fuera del centro de trabajo. También STSJ 24 de septiembre de 2019 rec. 399/2019: “*si no pudieran seguir a una persona por la calle, e incluso fotografiarla o filmarla, no se ve cómo podrían desarrollar su actividad (los detectives) para “obtener y aportar información y pruebas” sobre su conducta*”.

<sup>78</sup> Por ejemplo, en el jardín de la casa. Si bien la STSJ Castilla y León 24 de julio de 2020, rec. 325/2020, no da valor probatorio a las imágenes grabadas y fotografías puesto que fueron tomadas estando el trabajador en el jardín de su casa, pero acepta el valor probatorio a los hechos constatados por la percepción sensorial del detective al no existir elementos de privacidad tales como setos, vallas, muros o cualquier otro.

<sup>79</sup> Recientemente, STSJ Canarias de 24 de enero de 2020, 899/2019. Aunque también existen resoluciones que han sostenido lo contrario. Por ejemplo, STSJ Galicia de 3 de marzo de 2008, rec. 6219/2007, y más recientemente la STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2019, 969/2019.

<sup>80</sup> La total ausencia de prueba, tras la declaración de la ilicitud de la prueba de detectives, podría provocar, en su caso, la declaración de la improcedencia del despido, pero no la nulidad, salvo que lesione cualquier derecho fundamental. En este sentido, RODRIGUEZ CARDO, “La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal”, *Trabajo y Derecho*, núm. 34, 2017, Smarteca, pág. 4. Sobre este particular, y en este mismo sentido, negando que la declaración de ilicitud comporte la nulidad del despido, vid., *in extenso*, GIL PLANA, J. “Las (...)

Recientemente, el TC, en la STC de 15 de marzo de 2021<sup>82</sup>, para un caso de monitorización por la empresa del ordenador de la trabajadora en el que la prueba obtenida por este medio se declara ilícita por vulneración de derechos fundamentales, aunque no se pronuncia específicamente sobre la calificación que ha de recibir en estos casos el despido, por tratarse de una cuestión, según se afirma, de interpretación de la legalidad ordinaria, otorga, sin embargo, parcialmente el amparo a la trabajadora, y reconoce su derecho a obtener del órgano de suplicación un pronunciamiento sobre la indemnización que proceda por haberse producido la lesión de sus derechos fundamentales (en este caso derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones), con independencia de cual sea la calificación del despido. Solución indemnizatoria que seguramente ha intentado conjugar los divergentes criterios mantenidos por nuestros tribunales, pero que no cierra la cuestión fundamental suscitada en relación con la interpretación del art. 55.5 ET sobre si en estos casos, en los que la vulneración de derechos fundamentales se produce en la obtención de la prueba, el despido ha de considerarse como improcedente o nulo.

Por lo demás, tras la tramitación de este incidente y declarada, en su caso, la pertinencia de la prueba de informe del detective, ante la ausencia de previsión alguna en la LJS en relación con la práctica y desarrollo de la misma, habrá que remitirse sin más a lo dispuesto en el art. 380 LEC (que exige que el investigador acredite su habilitación profesional, reconozca como propio el informe presentado, y ratifique su contenido, tras lo cual se someterá al interrogatorio de las partes, que ha de limitarse “a los hechos consignados en los informes”), así como a las reglas generales previstas para la práctica de la prueba testifical (arts. 87.3 y 92 LJS; y arts. 360 y ss. LEC).

### 4.3. Una breve referencia al valor probatorio de la prueba de detectives

Partiendo de la afirmación de que nos encontramos en presencia de una prueba testifical y de que en el proceso laboral para este tipo de pruebas<sup>83</sup> rige el principio general de libre apreciación de la prueba por el juzgador, la consecuencia inmediata, como no puede ser otra forma, es que el informe y la declaración del detective está sometida a la regla general de su valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica<sup>84</sup>. El órgano judicial de instancia, en virtud del principio de inmediación, tiene por tanto libertad para apreciar y valorar la prueba en su conjunto y dar prevalencia en su valoración a unas u otras de las pruebas testificales practicadas, siempre que exprese en los fundamentos de derecho de la sentencia los razonamientos que le llevan a su convicción (art. 97.2 LJS). Una amplitud de apreciación que no se identifica, sin embargo, con la arbitrariedad, ni ampara razonamientos irracionales o absurdos, sino que se fundamenta en la aplicación de criterios lógicos y razonables que deben explicitarse.

Dicho lo cual, y a pesar de ello, no se oculta que en el contenido de algunas resoluciones judiciales se percibe claramente la consideración del detective como una especie de testigo de singular valor, y su declaración en el juicio como la declaración de un profesional que, aunque contratado por la empresa, no tiene interés en el pleito ni está contaminado por el conflicto, sin que se vea afectado por las limitaciones a las declaraciones testificales “de personas vinculadas al empresario” que impone el 92.3 LJS. Tal es el criterio, como ya se ha mencionado, de la STSJ Castilla y León 24 de julio de 2020, rec. 235/2020, pero se trata de una sensación que también es perceptible en otras muchas resoluciones judiciales de suplicación que hablan de su “valor especial”, por la garantía de profesionalidad del detective y por “la continuada dedicación al objeto del ulterior testimonio a emitir”, lo que en la práctica acaba traduciéndose con frecuencia en el

vicisitudes probatorias del informe...” en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVAR) *La actividad de los detectives privados...*, cit., págs. 338-341.

<sup>81</sup> Además de la STSJ Canarias de 24 de enero de 2020, citada, vid. también, en este mismo sentido, la STSJ Baleares de 12 de junio de 2020, 286/2019, y la STSJ Castilla-La Mancha de 12 de enero de 2018, 1416/2017.

<sup>82</sup> STC 61/2021, de 15 de marzo, recurso de amparo 6838-2019 (BOE 23 de abril de 2021).

<sup>83</sup> Son pruebas tasadas el interrogatorio de parte (LEC art. 316); la documental pública (arts. 319-323 LEC)

<sup>84</sup> ALBIOL ORTUÑO, M., ALFONSO MELLADO, C. L., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 207-208.

hecho de otorgar preferencia en la valoración judicial a esta prueba frente a otras que se hayan podido practicar en el juicio<sup>85</sup>. Una particular relevancia que se ve incrementada, además, como es natural, por la circunstancia de que a la declaración testifical del profesional que ha presenciado los hechos suele acompañarse, de forma accesoria, la captación de imágenes de esos mismos hechos sobre los que declara.

Todo ello sea dicho sin perjuicio y en el buen entendimiento de que el juez, claro está, es libre para considerar y ponderar en cada caso, en virtud de esa facultad de libre apreciación que ostenta, factores tales como la calidad del informe, la experiencia profesional del detective, la coherencia de su relato, la seguridad y claridad en su exposición..., y en general, cuantas circunstancias se derivan de la intermediación de la prueba. Y con independencia de que, considerando que no está admitida la tacha del detective ni por la ley procesal laboral ni por la civil (art. 92.2 LJS y 380.1 LEC), pueden las partes en la fase de conclusiones trasladar al órgano judicial para su valoración cuantas observaciones estimen oportunas sobre las circunstancias que permiten poner en duda la imparcialidad o la credibilidad del detective.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL ORTUÑO, M, ALFONSO MELLADO, C. L., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- ALEGRE NUENO, M. “La utilización de sistemas de geolocalización para controlar la actividad laboral” en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVAR) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer, 2020.
- ALFONSO MELLADO, C. L., “Proceso ordinario”, en AA.VV. *La nueva Ley de la Jurisdicción Social. Texto adaptado a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero*, Bomarzo, Albacete, 2012.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, 21<sup>a</sup> edic., 2003.
- CRUZ VILLALÓN, J. “Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos tecnológicos”, *Temas Laborales*, núm. 50, 2019.
- DIAZ RODRIGUEZ, J. M., “El informe de detective privado en el proceso laboral”, *Trabajo y Derecho* núm. 34, 2017.
- ESTEVE SEGARRA, A. “El proceso ordinario”, en AA.VV (Dir. BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *La reforma del proceso laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- FERNANDEZ ORRICO, F.J., “Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio”, *REDT*, núm. 168, 2014.
- GARRIDO PÉREZ, E., “La actividad de los detectives privados como instrumento de control empresarial”, *Temas Laborales*, núm. 50, 2019.
- GIL PLANA, J., “Las vicisitudes probatorias del informe de detectives”, en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVAR) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer, 2020.
- GOLERLICH PESET, J.M., y NORES TORRES, L.E., “El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido”, *Información Laboral*, núm11, Aranzadi, 2017.

<sup>85</sup> Así, por todas, la STSJ Madrid 4 de julio 2014, rec. 329/2014 y STSJ Andalucía 14 de junio de 2012, rec. 2535/2011. En la doctrina, de esta opinión, RODRIGUEZ CARDO, I. A., “Pruebas obtenidas a través de detectives privados y derecho a la intimidad del trabajador”, *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2014, smarteca, pág. 4, que le atribuye la condición de “prueba testifical cualificada”; y GIL PLANA, J. “Las vicisitudes probatorias del informe...” en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVAR) *La actividad de los detectives privados...*, cit., págs. 356-357.

- LAFUENTE SUÁREZ, J.L., *La contingencia de incapacidad temporal: tramitación administrativa y proceso judicial*, Bomarzo, Albacete, 2018.
- LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI, E., “El seguimiento de las bajas por IT y por IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales” en AA.VV. (Dir. TALENS VISCONTI y VALLS GENOVAR) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer, 2020.
- LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., *Gestión y control de la incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- MARTIN VALVERDE, A. RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*, Técno, 2017.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. “De la incapacidad temporal, su flexibilización y desfiguración en tiempos de coronavirus”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 2020.
- MOLINA NAVARRETE, C. “Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales”, *Temas Laborales*, núm. 50, 2019.
- MONTOYA MELGAR, A., “Poder de dirección y videovigilancia laboral”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco de los Cobos Orihuel*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- MORELLA ORTÍN, O., “El informe del detective privado” en AA.VV. (Dir. TALENS VISCONTI y VALLS GENOVAR) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- RODRIGUEZ CARDO, I. A., “Pruebas obtenidas a través de detectives privados y derecho a la intimidad del trabajador”, *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2014.
- RODRIGUEZ CARDO, “La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal”, *Trabajo y Derecho*, núm. 34, 2017.
- ROMÁN, M.D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., y SAN MARTIN MAZZUCONI, C., “El contenido de la nueva Ley de Seguridad Privada”, *Capital Humano*, núm. 288, 2014, Wolters kluwer.
- TALENS VISCONTI, E. “Video-vigilancia en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales, en AA.VV. (Dir. TALENS VISCONTI y VALLS GENOVAR) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer, 2020.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1990.
- VIGUER SOLER, P. L., “Los informes de detectives privados en el proceso civil (1)”, *Práctica de Tribunales*, núm. 66, 2009, Wolters Kluwer.