

# DIGITALIZACIÓN, RECUPERACIÓN Y REFORMAS LABORALES

XXXII Congreso Anual  
de la Asociación Española de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social

Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022



INFORMES  
Y ESTUDIOS  
EMPLEO



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

VICEPRESIDENCIA  
SEGUNDA DEL GOBIERNO

MINISTERIO  
DE TRABAJO  
Y ECONOMÍA SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO  
Y ECONOMÍA SOCIAL

**Subdirección General de Informes,  
Recursos y Publicaciones**

RET: 22-2.396

# Digitalización, recuperación y reformas laborales

XXXII Congreso Anual  
de la Asociación Española de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social

Ponencias

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS  
Serie Empleo

Núm. 62

# Digitalización, recuperación y reformas laborales

XXXII Congreso Anual  
de la Asociación Española de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social

Ponencias

Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado  
<http://cpage.mpr.gob.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

**Ministerio de Trabajo y Economía Social**

**Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones**

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: [sgpublic@mites.gob.es](mailto:sgpublic@mites.gob.es)

Internet: [www.mites.gob.es](http://www.mites.gob.es)

NIPO Papel: 117-22-019-7

NIPO Pdf: 117-22-020-X

NIPO Epub: 117-22-021-5

ISBN Papel: 978-84-8417-591-9

ISBN Pdf: 978-84-8417-592-6

ISBN Epub: 978-84-8417-593-3

Depósito legal: M-13497-2022

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.  
Imprime: Solana e hijos A. G., S.A.U.



## ÍNDICE

PRÓLOGO <i>Gloria Pilar Rojas Rivero</i> .....	9
EL DERECHO DEL TRABAJO Y SU REFORMA EN EL CONTEXTO POST COVID <i>Carmen Viqueira Pérez</i> .....	29
ACCESO AL EMPLEO, FORMACIÓN Y CONTRATACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN <i>Miguel Rodríguez-Piñero Royo</i> .....	59
NUEVAS FORMAS DE EMPLEO DIGITAL: EL TRABAJO EN PLATAFORMAS. DIEZ PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN INTERNACIONAL <i>María Luz Rodríguez Fernández</i> .....	91
REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DIGITALIZACIÓN <i>Margarita Isabel Ramos Quintana</i> .....	121
PROTECCIÓN SOCIAL DE NUEVOS COLECTIVOS VULNERABLES <i>Francisco Javier Hierro Hierro</i> .....	157
DERECHOS DE INFORMACIÓN, TRANSPARENCIA Y DIGITALIZACIÓN <i>Yolanda Valdeolivas García</i> .....	187
CONTROL TECNOLÓGICO: UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN DEL TRIPLE JUICIO DE PROPORCIONALIDAD CONFORME A LA NORMATIVA EUROPEA DE PROTECCIÓN DE DATOS <i>Adrián Todolí Signes</i> .....	223

LA GESTIÓN LABORAL A TRAVÉS DE ALGORITMOS <i>Jesús R. Mercader Uguina</i> .....	253
LA GESTIÓN ALGORÍTMICA DEL TRABAJO: NUEVOS RETOS JURÍDICOS, TECNOLÓGICOS Y ÉTICOS <i>Anna Ginès i Fabrellas</i> .....	295
SOBRE LA BRECHA DIGITAL GENERACIONAL DE LA CLASE MEDIA ESPAÑOLA. UN ANÁLISIS PERSPECTIVÍSTICO DE DERECHO COMPARADO, RELATIVO A UN COLECTIVO GIGANTE DE CONTRIBUYENTES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL <i>Jesús Martínez Girón</i> .....	321

## PRÓLOGO



Me corresponde en esta ocasión prologar o presentar, en nombre de la AEDTSS, la monografía que contiene el conjunto de Ponencias defendidas en el XXXII Congreso Anual celebrado los días 26 y 27 de mayo de 2022 en Alicante, en colaboración con el departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de su Universidad.

Después de dos años en que nuestro Congreso anual se celebrara en modalidad *on line*, ha sido un verdadero placer para el conjunto de miembros de la Junta Directiva, haber planteado, y conseguido, volver a la presencialidad, convencidos, todos y todas, del enriquecimiento personal, amén que profesional, que durante más de treinta años nos ha deparado este encuentro en modo físico, corporal o “normal”.

Mis primeras palabras son de agradecimiento hacia las personas que, con amable generosidad y rigor científico excelente, han presentado, cumpliendo escrupulosamente los plazos, y defendido sus ponencias atendiendo a los requerimientos formales y temáticos que desde la Junta Directiva de la AEDTSS les fueron solicitados. Agradecimiento que extiendo también a quienes integraron el Comité científico evaluador de las numerosas (115) propuestas de Comunicación que fueron presentadas a las distintas ponencias, cuya coordinación por mi parte resultó absolutamente cómoda gracias a la pericia y buen hacer de todos ellos y ellas.

Se trató de temas, como en anteriores ocasiones, que atienden a cuestiones de rigurosa actualidad y que pretendieron en su diseño englobarse en una temática común que fuera capaz de albergar a todos ellos. Podía haber resultado un programa distinto, más adaptado o más lejos del gusto de cada uno, pero desde la Junta Directiva pensamos que había tres temas, que en el ámbito de las relaciones laborales de nuestro país y de nuestro entorno más cercano, debían tratarse sin demora. Atendiendo a lo que el Gobierno tiene que hacer a la luz de los compromisos asumidos con la UE para recibir los fondos del Programa Next Generation, resultaba ineludible referirse a los Componentes 23 y 30 del Plan de Recuperación, Renovación y Resiliencia de Junio de 2021, aprobado por Bruselas, bajo el título “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”.

En consecuencia, el título del Congreso resultó ser “Digitalización, recuperación y reformas laborales”, y de ahí derivaron cada uno de los temas a tratar en las distintas ponencias e interlocuciones, siguiendo el esquema organizativo de los últimos años.

La estructura, como en ocasiones recientes, se construye sobre una Conferencia de apertura, a cargo de la Ponente General, y otra de clausura, que enmarcan cuatro Paneles temáticos, en los que dos ponencias en los dos primeros y una, más una interlocución, en los tercero y cuarto, completan el conjunto de áreas de trabajo a los que, a su vez, se presentan y defienden las distintas comunicaciones presentadas por las personas asociadas.

\*\*\*

La Ponencia General, a cargo de la Profesora D<sup>a</sup> Carmen Viqueira Pérez, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante, a quien quiero desde aquí agradecer, en nombre de la AEDTSS, sus desvelos en la coorganización del presente Congreso, se titula “El Derecho del Trabajo y su reforma en el contexto post covid”. Con ella, en calidad de anfitriona de este XXXII Congreso anual, se inaugura, con excelente mirada, el escenario en que se va a desarrollar el mismo, abordando con carácter principal el nuevo contexto, el futuro del empleo, los efectos de la automatización, las nuevas empresas y la flexibilidad, concluyendo con el sugestivo epígrafe de “la crisis como oportunidad” para el futuro del Derecho del Trabajo.

Al analizar el contexto de cambio, uno más de la serie histórica, se advierte que el Derecho del Trabajo tras la pandemia no puede ser el de antes, que lo que vaya a ser dependerá de las distintas reformas programadas en distintos planes, entre ellos el de Recuperación, Transformación y Resiliencia; pero no solo, dice la profesora Viqueira, también “de la experiencia” proporcionada por la crisis de 2008, la emergencia sanitaria y el contexto de transformación digital en el que estamos inmersos.

Al plantearse cuál sea el futuro del empleo, reflexiona sobre los imprevisibles efectos de la automatización –potencialmente destructora de empleos– en la línea de cuestionar el horizonte del pleno empleo. La dimensión que pueda alcanzar la digitalización en este mismo camino está sometida a debate y las cifras que se ofrecen son dispares, pero sin duda habrá costes de empleo por más que pensemos, en el mejor de los casos, en un ajuste meramente temporal hacia nuevas oportunidades de empleo. Estrategia de transición que exigirá políticas activas de empleo adecuadas e intensificación de la formación. Para lo primero, la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 prevé importantes medidas; para la formación hay constantes referencias en los Planes de reforma que indican que para acceder al empleo y mantenerse en él será determinante la formación constante de las personas trabajadoras. Una parcela esta última de regulación deficiente en nuestro ordenamiento que ha merecido en la última reforma alguna atención. El futuro del empleo se vislumbra, primero, en un terreno segmentado entre empleos creativos, bien retribuidos y con cierta autonomía, y los de estratos

inferiores, menos cualificados y, por ende, con peores condiciones de trabajo. Sus consecuencias: desaparición de la “clase media laboral” y aparición de los “nómadas laborales” en busca de salarios que les permitan vivir. Segundo, discriminación provocada por la brecha digital, que agrava otras brechas que sufren colectivos como personas mayores, discapacitados y mujeres. Y tercero, aumento del desempleo estructural en determinados colectivos (mayores), por obsolescencia profesional, que los convertirá en “permanentes inempleables”. Las propuestas de solución o atenuación de estos efectos colaterales las va aportando la autora en su ponencia a golpe de cada referencia.

A continuación se analizan los cambios que inciden más profundamente en la nueva fisionomía de los actores de la relación laboral, estos son, la “virtualización” de la prestación y los que afectan a los mecanismos de flexibilidad interna. Cambia el modelo tradicional de estructura organizativa de las empresas y cambia el concepto de trabajador clásico, apareciendo una suerte de dependencia “líquida” o subordinación atenuada. La referencia al trabajo en plataformas digitales es inevitable, así como el debate en torno a la calificación y regulación protectora, en su caso, de estas formas de empleo. En segundo lugar, la flexibilidad en el tiempo de trabajo y la necesidad de que las personas trabajadoras se sientan protagonistas de su gestión, entronca también con la idea de derechos de conciliación que no provoquen discriminación de género. Ha de ser posible, concluye la ponente, crear unos derechos de conciliación más flexibles susceptibles de ser administrados con cierta agilidad por el trabajador y que permitan atender la conciliación desde la corresponsabilidad, para lo que resulta imprescindible, además, la socialización de las labores de cuidado. En tercer lugar, se analizan en este apartado las derivadas de la “virtualización” del trabajo: la necesaria garantía del respeto a la intimidad, en la que el Derecho del Trabajo sale perdedor frente al denominado Derecho Digital; la regulación “externalizada” del teletrabajo al margen de la norma laboral básica y los efectos perniciosos de esta operación a la hora de afrontar otras formas de trabajar en remoto; la “asociación diabólica” entre el teletrabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar; y la “democratización” del uso de la tecnología en beneficio, también, de las personas trabajadoras y los derechos de sus representantes. Para terminar con los cambios en la nueva fisionomía, la autora analiza la flexibilidad interna como alternativa de la extinción, con el perfeccionamiento de la figura del ERTE en el reciente RD-Ley 32/2021, como mecanismo de estabilidad en el empleo y recualificación en la transición, su equivalencia o comparación con los mecanismos extintivos, apostando por nuevas fórmulas, más claras y eficaces, de articulación de la preferencia por la conservación de la relación de trabajo.

Con el seductor título, avanzado más arriba, de “la crisis como oportunidad”, culmina su ponencia la profesora Viqueira con un planteamiento de futuro para el Derecho del Trabajo que revise en su totalidad el modelo, en particular el Estatuto de los Trabajadores, debilitado por las sucesivas reformas, con el fin de recuperar su función constitucional de ser norma central

impregnada de derechos fundamentales para quien trabaja y no escorado a la protección del mercado.

\*\*\*

La primera Ponencia del Primer panel, a cargo del Profesor D. Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, lleva por título “Acceso al empleo, formación y contratación en el contexto de la digitalización”. El ponente advierte que su objetivo no es otro que poner de manifiesto la relevancia para la regulación legal del mercado de trabajo que tiene el Derecho del Empleo Digital, así como el estatuto jurídico de quienes operan en él. Analiza el impacto de la digitalización en el mercado de trabajo con asuntos como la brecha digital y la segregación que provoca entre la clase trabajadora; la transición hacia un nuevo modelo económico y las derivadas exigencias de cambios y de presión que se generan sobre las empresas y las personas trabajadoras. Una economía verde y digital que, por otra parte, ampliará las posibilidades de organización de la vida personal y profesional, resultando de ello una mayor movilidad y un mercado más dinámico que exigirá una gestión digitalizada del SPE y unos mecanismos de regulación y control que aseguren una transición inclusiva y con derechos.

A partir de ahí, la exposición se divide en los tres aspectos que titulan la ponencia. El acceso al empleo es fragmentado a su vez en tres partes: el impacto que la digitalización provoca en las personas trabajadoras (expectativas, búsqueda de ocupación, brecha digital, segregación, identidad digital, autogestión...); también en las empresas en tanto han de adaptarse a estructuras y procesos nuevos (empresa líquida, retención de talento, rastreo en redes sociales, discriminación algorítmica, también autogestión...); terminando con un análisis, primero, sobre la responsabilidad que al SPE corresponde de adaptarse a estos cambios para no tener dificultades como las que ha sufrido con ocasión de la emergencia Covid-19 (reforma que habrá de afrontarse conforme se compromete en la R11 del Componente 23 antes citado, previsto también en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo para el periodo 2021-2024; apuesta tecnológica, en fin, que se confirma con interesantes previsiones contenidas en el Anteproyecto de Ley de Empleo aprobado por el Consejo de Ministros de 3 de diciembre de 2021), y segundo, de la aparición de otros operadores de servicios escasa o insuficientemente regulados (portales de empleo, apps, redes sociales, proveedores de mano de obra “en mano”...).

El segundo bloque de los tratados es el de la formación que, como reconoce Rodríguez-Piñero, constituye un área de compleja ordenación. El impacto de la digitalización sobre ella puede observarse a través de concretos reconocimientos en las leyes educativas y otros textos de interés, destacados con detalle riguroso por el ponente, que tratan básicamente de eludir la brecha digital en aras de la integración de la ciudadanía y en evitación de la segregación por competencias digitales. Termina esta parte con las menciones específicas contenidas en la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, reconociéndose que las alusiones en la legislación laboral a los derechos digitales vinculados

a la formación son muy pocas, aunque se anuncian reformas normativas tanto en la Ley de Empleo como en la Ley que regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral y otras normas de desarrollo. De enorme interés es la referencia que hace, siquiera brevemente, a los riesgos laborales derivados del uso intensivo de la tecnología y de la organización del trabajo que la misma comporta.

Finalmente, la contratación es la última parcela de reflexión que se aborda en el contexto de la digitalización, advierte el autor que lo hará respecto al tipo de contrato, al proceso de acceso a la empresa y al contenido del contrato. En cuanto a la calificación jurídica, se explica en la ponencia la compleja cuestión de lo que sea un trabajador digital, las notas que caracterizan su prestación, autonomía y/o dependencia, subordinación, laboralidad o formas intermedias que conducen a un verdadero “mestizaje”. La referencia a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales, introduciendo criterios para entender cuándo existe control y, por tanto, se presume la laboralidad, resultará útil, se advierte, para modalidades de trabajo con altos niveles de digitalización. En lo que se refiere a la digitalización de los servicios públicos de empleo, se hace alusión al expediente digital para cada persona trabajadora ya existente y a la posibilidad que se plantea de utilizar contratos inteligentes (*smart contracts*).

El profesor Rodríguez-Piñero dedica un último apartado de su ponencia al impacto de la reforma laboral 2021, señalando cómo, a pesar de que su tema no era objeto del diálogo social con el que aquella se fraguó, se identifican en la misma elementos concretos referidos al inevitable contexto de digitalización en que opera la transformación del mercado de trabajo que titula a la propia norma reformadora (nueva regulación del contrato formativo, Mecanismo RED del art.47 bis TRLET, DA 25ª sobre acciones formativas vinculadas a la adquisición de competencias digitales... ).

Una ponencia, en fin, que colma y supera todas las expectativas en torno a la temática abordada.

\*\*\*

La segunda Ponencia del Primer Panel, a cargo de Dª María Luz Rodríguez Fernández, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha, lleva por título “Nuevas formas de empleo digital: el trabajo en plataformas. Diez propuestas para su regulación internacional”. Tratando de enmarcar el tema, se comienza por identificar cuántas y quiénes son las personas que trabajan para las plataformas y cómo se clasifica la prestación de servicios realizada para ellas. La dialéctica autónomos/trabajadores por cuenta ajena ha sido resuelta por los tribunales de distintas partes del planeta con resoluciones contradictorias, si bien la ponente afirma que son mayoritarias las que optan por la ajenidad, y expone los elementos tenidos en cuenta en unas y otras para fundamentar el oportuno fallo. Se exhiben a continuación distintas opciones que tratan de clasificar a

estas personas: la no regulación, la creación de figuras intermedias (*worker* en Reino Unido o TRADE en España), el fortalecimiento de la presunción de laboralidad (Rec. 198 OIT) y la alternativa, defendida por la profesora Rodríguez, de adjudicarles derechos laborales y de protección social sin tener en cuenta las tradicionales categorías. Ya hay iniciativas legislativas en varios países citadas por la autora (California, España, Italia, Francia, India, Corea del Sur), algunas de las cuales se acercan a la postura que defiende y se alejan de las opciones californiana o española. Iniciativas supranacionales, como la Propuesta de Directiva de la UE y algunas recomendaciones de la OCDE, son también destacadas.

Una tercera parte de la ponencia se dedica a analizar las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras de plataformas y su acceso a la protección social. Se advierte entonces cómo las condiciones son diversas en función de la clase de plataforma, de tal manera que mientras 2/3 de las personas que trabajan en plataformas online acuden a ellas de forma esporádica, el 84 y 90% trabajan, respectivamente, en plataformas de transporte o reparto, obteniendo de ellas la principal fuente de rentas. La diferencia de ingresos y el tiempo de trabajo son también rasgos que distinguen la prestación de servicios para plataformas online o de taxi y reparto. Se abordan también las consecuencias negativas sobre la salud y la diferente participación de las mujeres en el trabajo de plataformas, sin brecha salarial aparente en las plataformas online pero sustancial en las otras en determinados países. Pero no todo son diferencias, los aspectos comunes se exponen, también, con particular mención al volumen escaso de trabajo y los efectos que ello provoca sobre los precios de las tareas o servicios, que acaban enfrentando a unos trabajadores con otros; al pago de tarifas como barrera de acceso a dichos empleos; a la indefensión que puede sufrirse ante el impago de clientes; a la seguridad y salud en el trabajo, de cuya protección se hacen responsables, por los derivados riesgos psicosociales, pero también físicos; y, finalmente, al hecho preciso de realizar un trabajo “al dictado de un algoritmo”. Se entra en este apartado a valorar los datos, “materia prima” de las plataformas en tanto pueden considerarse como un capital que procura beneficios a quien los provee, pero que permiten también supervisar y controlar el trabajo realizado orillando la intimidad de las personas, a lo que la profesora Rodríguez dedica una especial reflexión; y a los algoritmos, “método a través del cual se toman decisiones”, sobre los que poco o nada se conoce por parte de quienes se someten a ellos. Preocupa a la ponente el hecho de que la decisión algorítmica no siempre es neutra y aporta evidencias de ello (ejemplos detectados de la existencia de sesgos homofóbicos, de género, y otros tipos discriminatorios), por lo que propone que sean sometidos a procesos de transparencia y evaluación (como se hace en la Ley 12/2021 y en la Propuesta de Directiva antes citada). Con la protección social del trabajo en plataformas, la autora culmina esta tercera parte de su discurso abordando los problemas que plantea, con intensidad diferente según países, el diverso tratamiento que los trabajadores autónomos obtienen en materia de protección social, por lo común a la baja respecto de los trabajadores asalariados; provocándose diferencias lógicas

derivadas de la prestación de trabajo como actividad esporádica o principal lo que, entiende la ponente, incumple la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo y la Resolución adoptada en la Conferencia 109ª, de 19 de junio de 2021, al ser, mayoritariamente en el mundo, personas trabajadoras en régimen de autonomía que, en la mayoría de los casos, ni siquiera acceden al sistema de seguridad social, lo que acaba generando competencia desleal entre empresas que no cotizan ni, en muchos casos, pagan impuestos, respecto de las que cumplen sus obligaciones. Las propuestas realizadas para resolver esta cuestión son reconocer la ajenidad de las relaciones laborales cuando exista y/o “desacoplar” la protección social del empleo, de manera que no dependa del carácter asalariado o autónomo de la prestación de servicios, sino que sea universal, lo que casa mal, como la autora reconoce, con la ausencia de contribución de las propias plataformas al sostenimiento del sistema. Las reformas acometidas en Francia, India y Corea del Sur apuntan hacia la asunción de la cotización y la protección frente a algunos riesgos por parte de las propias personas trabajadoras, pero la profesora Rodríguez defiende una propuesta alternativa: la de que las plataformas coticen siempre, aunque se trabaje con genuina autonomía. Es quizá la hora, plantea a la vista de estos nuevos fenómenos, de que se revise el sistema de provisión de protección social.

Después de tan sugerente proposición se aborda la cuarta parte de la ponencia, destacada como segunda parte en el propio título de la misma, en la que se hacen diez propuestas para la regulación internacional del trabajo en plataformas. Expongo muy brevemente, para dejar el oportuno espacio a la lectura de la ponencia, las líneas generales de las mismas: se propone una regulación global, que comprenda a los distintos tipos de plataformas (online e *in situ*), que clasifique a las personas trabajadoras correctamente, que regule el tiempo de trabajo y los ingresos como elementos esenciales, que prohíba el cobro de tarifas para quienes trabajan en ellas, que obligue a la transparencia sobre condiciones de trabajo e identidad de la empresa y canales de comunicación y de solución de conflictos, que prevea reglas específicas sobre seguridad y salud, sobre la propiedad y la protección de datos, así como medidas de garantía en la utilización de decisiones algorítmicas; la resolución de la protección social y el establecimiento de garantías necesarias sobre los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva, cierran este listado de propuestas que la profesora Rodríguez realiza en su inspiradora ponencia.

\*\*\*

La primera Ponencia del Segundo Panel, a cargo de la Profesora D<sup>a</sup> Margarita Isabel Ramos Quintana, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de La Laguna, lleva por título “Reforma de la Seguridad Social y digitalización”. Comienza la ponencia enmarcándose en dos apartados introductorios en los que se relatan el proceso de diálogo y búsqueda de consensos que preceden a la reforma de la Seguridad Social, así como el diferente sesgo u orientación regulatoria que la ponente denomina como “contrarreforma” y recuperación del “espíritu de 2011”. Alineada en el

Componente 30, la Ley 21/2021, se centra en toda una serie de materias que pasan a tratarse inmediatamente.

La revalorización de las pensiones, planteada como correlato de su suficiencia, tiene como objetivo garantizar el poder adquisitivo de los pensionistas y evitar la depreciación de las pensiones y el aumento de la pobreza. Para justificar esta afirmación se acude a las bases constitucionales de la suficiencia (arts.41 y 50), deteriorada ésta en los años posteriores a la crisis de 2008. Consolidada legalmente desde 1997 la revalorización conforme a la evolución del IPC, la Comisión del Pacto de Toledo procedió a su suspensión en 2011, con alguna excepción; así todo se revalorizaron en un 1% para el año 2012 por el gobierno del PP, si bien legalmente se estableció a continuación dejar sin efecto la actualización para el 2012 y suspender la revalorización para 2013. El escenario dibujado a continuación por la Ley 23/2013 y el panorama generado para los años sucesivos se explica con todo lujo de detalles en la ponencia a la que me remito y que aquí obvio por quedar en papel mojado en cuanto llega la Ley 11/2020, de Presupuestos Generales del Estado, en cuyo art.9 se previó la revalorización en un 0,9% para 2021, suspendiendo la aplicación del art.58 LGSS, pero sin derogarlo, recuperándose el IPC como mecanismo para garantizar la suficiencia de las pensiones y la irregresividad de sus cuantías. Se explican a continuación los cambios que la Ley 21/2021 realiza, garantizando la conservación de la cuantía de la pensión ya reconocida, remitiendo al diálogo social los criterios de determinación de las cuantías de las pensiones mínimas, y modificando la Ley de Clases Pasivas del Estado para extender a dicho régimen el mismo mecanismo de revalorización. No obstante, la revalorización para 2022 se regula de manera específica, en la Ley de Presupuestos para 2022, con el fin de compensar la desviación producida entre la evolución real del IPC de 2021 y el porcentaje practicado en dicho ejercicio. Actualización que, extendida al Régimen General y al de Clases Pasivas quedó fijada en un 2,5% y para las no contributivas en el 3%. El RD-Ley 30/2021, por el que se adoptan medidas urgentes de prevención y contención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, permitió finalmente actualizar las pensiones del período comprendido entre diciembre 2020 y noviembre 2021.

La sostenibilidad del sistema exige acercar la edad real a la edad ordinaria de jubilación. Este es un tema que se aborda desde la aplicación de mecanismos desincentivadores a la jubilación anticipada, ya arraigada en nuestro sistema, pasando por veinte años de retraso progresivo de la edad ordinaria de jubilación ante el aumento de la esperanza de vida, con correlativos efectos sobre la exigencia de mayores carreras de cotización y coeficientes reductores que merman la cuantía de la pensión y desincentivan, por ello, la jubilación anticipada. Se explican las distintas modalidades previstas en la ley, dedicando concretos apartados a la jubilación a edad reducida, por razón de la actividad y por discapacidad. A los incentivos para jubilarse a la edad ordinaria con los cambios realizados por la Ley 21/2021 sobre la jubilación anticipada, tanto involuntaria como voluntaria, y voluntaria parcial,

destacando la ponente el impacto negativo sobre las carreras de cotización de las mujeres de los coeficientes reductores que castigan a las carreras más cortas. Finalmente, se exponen los estímulos, todos de índole económica, al envejecimiento activo, que pretenden retrasar la jubilación total o parcialmente, también para las personas incluidas en el Régimen de Clases Pasivas. Por su parte, la jubilación gradual y flexible sufre cambios ahora al exigirse que haya pasado un año desde la edad ordinaria de jubilación. En definitiva, concluye la autora afirmando que el objetivo es retrasar lo más posible la solicitud de la pensión y que el tiempo permitirá evaluar y verificar el grado de acierto de las medidas adoptadas.

En sucesivos apartados, se advierte que el sistema tradicional de separación de fuentes ha entrado en fase de transición, financiando el Estado algunas prestaciones contributivas, que aumentan su contribución al sistema. Se explica el espacio que la autonomía colectiva juega en la delimitación de supuestos de jubilación forzosa, en todo caso por encima de los 68 años (con alguna excepción que promueva la igualdad de género) y con carreras de cotización que permitan el cobro del 100% de la pensión, como objetivo de política de empleo, en convenios posteriores a 1 de enero de 2022 y con disposición transitoria para las jubilaciones forzosas pactadas con anterioridad.

Además de la recuperación del IPC, la derogación formal del Factor de sostenibilidad y su sustitución por el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI), es un tema al que se dedica especial atención. A diferencia del anterior, el MEI responde a las Recomendaciones del Pacto de Toledo y tratará de garantizar la sostenibilidad intergeneracional. Se construye sobre dos componentes: una cotización adicional a las existentes por contingencias comunes y profesionales de 0,6%, a distribuir entre empresa y trabajador, durante diez años destinada a nutrir el Fondo de Reserva; y, a partir de 2032, tras la realización de revisiones trienales para verificar que el nivel de gasto en 2050 se corresponde con las previsiones, acordar no hacer nada (si no se supera el umbral de gasto en 2050) o poner en marcha un mecanismo de estabilización del sistema, tirando del Fondo de Reserva y en caso de que se acabe derivar al Pacto de Toledo la decisión sobre minoración del porcentaje de gasto en pensiones o incremento del tipo de cotización, u otras fórmulas alternativas para aumentar los ingresos.

La incorporación en el trámite parlamentario de la reforma de la pensión de viudedad, largamente reclamada, se concreta en otorgar al Ministerio competente un año para que analice las uniones de hecho a efectos de igualdad de trato en materia de Seguridad Social en todo el territorio nacional; en la modificación del acceso a la pensión de viudedad para la pareja de hecho, eliminando la acreditación obligatoria de situación de necesidad o dependencia económica y de convivencia estable si tienen hijos; en la existencia del derecho aun cuando se rompa la unión de hecho siempre que haya nueva pareja de hecho o matrimonio y siempre que sea acreedora, la parte viuda, de pensión compensatoria, con exclusión de las mujeres que acrediten ser víctimas de violencia de género.

La reforma de la Seguridad Social 2021 posterga para el año 2022 las mejoras en la protección para los trabajadores autónomos en la línea de la equiparación con el sistema aplicable a los trabajadores asalariados, y la creación de la Agencia Estatal de la Seguridad Social.

Esta rigurosa ponencia se cierra con la referencia a la digitalización de la economía y a sus efectos en el sistema de la Seguridad Social, básicamente en referencia al trabajo y su protección en entornos digitales, con efectos de infracotización e infraprotección, advertidos ya en el propio Pacto de Toledo; así como a los propios procesos de digitalización interna que en su organización y funcionamiento ha comenzado a acometer el propio sistema y que deberán contribuir al fortalecimiento de los servicios de información a la ciudadanía.

\*\*\*

La segunda Ponencia del Segundo Panel, a cargo del Profesor D. Francisco Javier Hierro Hierro, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura, lleva por título “Protección social de nuevos colectivos vulnerables”. Comienza con “la onda expansiva” que en el modelo de protección social provocan las transformaciones operadas en las relaciones de trabajo derivadas de la robotización, digitalización, automatización, industria conectada, etc., preguntándose cuál será el modelo idóneo para un modelo de relaciones laborales que, en buena parte, es diferente. Para contestar a este objetivo, que se reconoce como propio de esta aportación, se observa el impacto que aquellas transformaciones provocan en el plano de la protección social internacional y de la UE, con referencias a las AISS, a la OIT, al CES europeo y al Parlamento Europeo, coincidentes en la urgencia de actuar sobre las personas afectadas por los cambios; así como en el orden interno, en el que destaca las propuestas de la Comisión de Seguimiento y Evaluación del Pacto de Toledo dirigidas, entre otras cosas, a la inclusión en el sistema de Seguridad Social de los distintos colectivos, a la lucha contra el falso autónomo y a la revisión de las situaciones de pluriempleo que generan problemas de infracotización e insuficiencia protectora en consecuencia. Para ello, se destaca y valora positivamente la propuesta de identificación y atención a los colectivos vulnerables sin menoscabo de las señas de identidad de nuestro modelo de protección social.

Quiénes sean los colectivos vulnerables por la irrupción de la tecnología es la pregunta que se pretende contestar en la tercera parte de la ponencia, personas “olvidadas” por la Comisión de seguimiento: desplazadas del mercado de trabajo, con desempleo en consecuencia más prolongado, o derivadas hacia puestos de más bajo valor añadido por falta de cualificación. Sobre las que tampoco se dice apenas nada, salvo referencias globales a las figuras clásicas de vulnerabilidad, en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Los desafíos que plantea la proliferación de formas “atípicas” de trabajo se abordan en un apartado IV y se dividen en la necesaria cobertura de riesgos

clásicos, más los emergentes, el trabajo a tiempo parcial y la prestación de actividad por cuenta propia. En primer lugar, se advierte de la potenciación del riesgo de tareas repetitivas y labores tóxicas e insalubres, a las que se añaden nuevos riesgos físicos como la electrohipersensibilidad, o psicosociales como el tecnoestrés, que precisan de respuesta adecuada. Se anotan también dificultades para la calificación como accidente (laboral o doméstico) de contingencias acaecidas en el trabajo a distancia. A cuestiones como qué hay del “nexo causal”, del accidente “in itinere”, o del “lugar y tiempo” de trabajo, el profesor Hierro intenta responder con adecuado uso de la jurisprudencia, poniendo de manifiesto que las dudas sobre la concurrencia de los elementos integradores del accidente de trabajo aumentan ante la enorme complejidad probatoria. Se dedica un especial espacio a riesgos físicos, químicos y biológicos relacionados con las radiaciones electromagnéticas; a los tóxicos derivados de la nanotecnología, presente en sectores como la información y la comunicación, los cosméticos o las tecnologías alimentarias; y a los psicosociales, con fórmulas renovadas por el empleo de determinadas herramientas (ciberacoso, tecnoestrés...). En fin, se pone de manifiesto cómo las dificultades técnico-jurídicas para atender las distintas contingencias aumentan con el uso de herramientas tecnológicas y nuevos modelos organizacionales que difuminan las fronteras entre el ámbito personal y profesional.

En segundo lugar, se reflexiona sobre el trabajo a tiempo parcial, ascendido al “estrellato” laboral (en palabras del profesor Valdés- Dal Ré) por la proliferación de encomiendas de microtarefas, y sus consecuencias en la protección social, aminorada y, por tanto, necesitada de la adecuación oportuna, sobre todo en lo que se refiere a protección por desempleo, jubilación e incapacidad permanente. El ponente hace propuestas al respecto, como la de extrapolar la regulación específica del sector agrario a quienes trabajan a tiempo parcial para que complementen a su cargo la carrera de aseguramiento, descartando el convenio especial con la Seguridad Social; así como la del RD 950/2018, planteándose que quizá es el momento de buscar una alternativa al coeficiente de parcialidad. Y de manera que reconozca osada, proponiendo eliminar los períodos de carencia, genéricos o específicos, para lucrar prestaciones vitalicias, modulando, eso sí, las cuantías en función del tiempo cotizado. Contrario se manifiesta, sin embargo, respecto a las propuestas de exclusión del sistema de las actividades a tiempo parcial de muy corta duración o marginales, al incrementar esta opción la economía informal.

En tercer lugar se aborda la polémica cuestión de la calificación del trabajo en plataformas y su encuadramiento en el sistema de Seguridad Social. Partiendo de los pronunciamientos jurisprudenciales y legales, que los integran, el profesor Hierro concluye que los problemas derivados del incremento del trabajo autónomo están lejos de solucionarse y que el principal reto es encuadrar adecuadamente a estas personas en el sistema: “fórmulas flexibles para trabajos flexibles”, siguiendo un esquema parejo al del trabajo por cuenta ajena. No parece ya adecuado el requisito de “habitualidad” exigido para la inclusión en el régimen especial, ni la prohibición de inclusión/exclusión

en el mismo cuantas veces sea preciso, así como que la cotización no atienda a los ingresos reales, criticando el ponente la insuficiencia de la propuesta del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones al respecto, y alineándose con propuestas como las que apuntan hacia una única afiliación, una única cotización y una única prestación, vinculada a las cotizaciones efectuadas.

Todavía en el mismo apartado IV se hace un apunte, con el apoyo jurisprudencial correspondiente, sobre la conflictiva imputación de responsabilidades en casos de pluriempleo y pluriactividad.

Finalmente, el apartado V se dedica a la delicada cuestión planteada para quienes se instalan en la inactividad laboral del mercado digital. Una protección por desempleo no pensada para ellos sino para periodos de desocupación entre periodos de empleo largos y para los que se defiende un adecuado encaje de los actuales subsidios por desempleo en la prestación del ingreso mínimo vital, donde deben confluír el conjunto de las prestaciones no contributivas. Dificil situación, también, la de quienes son expulsados del mercado, en particular, del sector bancario, con cierta edad, en parte resuelta en el art.51.9 LET.

A modo de Epílogo, el profesor Hierro concluye que el carácter dinámico y flexible que se preconiza del sistema de Seguridad Social ha de actualizarse con importantes reformas en su estructura y alejándose de concepciones clásicas de primacía del principio contributivo.

\*\*\*

La Ponencia del Tercer Panel, a cargo de la Profesora D<sup>a</sup> Yolanda Valdeolivas García, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid, lleva por título “Derechos de información, transparencia y digitalización”. Dejando constancia de que son las relaciones productivas y laborales las que en mayor medida ponen a prueba las profundas transiciones derivadas de la implantación tecnológica y digital, se comienza desgranando sus principales consecuencias sobre el fundamento y función propios del Derecho del Trabajo: problemas para la identificación de los sujetos de la relación laboral, innovación de condiciones de trabajo principales como el tiempo y lugar de trabajo, afectación a derechos de las personas trabajadoras, riesgos de exclusión, desigualdad y desprotección. Frente a ello, una nueva regulación necesaria, ajustada a una economía globalizada, con distinta valoración social del trabajo y de la protección social, será necesaria, pero deberá ser cuidadosa con los principios propios del Estado Social para eludir o superar muchas de las reglas al solo servicio de la lógica económica. La autora critica, por limitadas, las reformas parciales y fragmentadas operadas a través de normas, como la Ley 12/2021, la Ley 10/2021, el RD-Ley 32/2021, y los RRDD 901 y 902/2020, en lo que califica como penetración “contingente y aluvional” de contenidos digitales en el ordenamiento laboral a través de normas específicamente laborales; reconociendo que es la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos (LOPD) la que de forma más sistemática regula concretos derechos digitales de contenido laboral, bien que

basten como suficientes la dignidad, la intimidad y otros derechos personales como fuentes de protección.

A continuación se abordan los derechos laborales reconocidos en la LO-PDP, norma que, cumpliendo el mandato europeo de garantizar la posición del trabajador en un entorno digitalizado, acaba por priorizar los poderes empresariales en su detrimento, esto es, situando en primer plano la utilización de recursos digitales en la empresa como facultad empresarial y sólo de forma refleja los derechos laborales; sin que, como hubiera sido deseable, haya ordenado la inclusión en el ET de contenidos que son más propios de figurar en dicha norma. A partir de ahí, la profesora Valdeolivas anuncia el abordaje de los derechos laborales ante el fenómeno digital en el que las personas trabajadoras se van a beneficiar de un doble estatus protector: como persona interesada que cede temporalmente sus datos y como sujeto titular de derechos de contenido laboral en un entorno digitalizado, controlado y dirigido por el empleador, receptor de los datos. El estudio de la protección de datos personales del trabajador en la empresa da paso al análisis del uso de los dispositivos digitales proporcionados por la empresa, del derecho a la desconexión digital y a la grabación de imágenes y sonidos de geolocalización. Se trata de derechos de tan novedoso tratamiento, no solo por la modernidad de la norma que los regula, sino por su actualísima irrupción en el ordenamiento jurídico-laboral, que resulta complicado, para quien pretende presentar esta ponencia, hacerlo sin extenderse en demasía por miedo a no destacar lo realmente significativo, por lo que la remisión a lo que la propia ponente expone a modo de conclusiones es lo más adecuado. Antes, he de destacar la importancia que se otorga a la remisión legal de habilitación al convenio colectivo para el establecimiento de garantías adicionales en materia de tratamiento de datos y protección de derechos digitales. Efectivamente, concluye la profesora Valedolivas, es la dimensión del respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores la que reclama una posición más proactiva legal y convencional, al haberse articulado los límites a la capacidad empresarial de uso de la información obtenida de medios digitales, básicamente a través de “débiles” derechos de información y de consentimiento informado, bajo controles colectivos “secundarios” y/o “subsidiarios”. Apuesta, por tanto, la ponente, por un modelo de gobernanza colectiva de la digitalización en las empresas, más que nada con base en la creciente potencialidad de injerencias injustificadas y ataques a los derechos de los trabajadores, que permita incorporar medidas preventivas y anticipatorias de actuaciones desviadas, entre ellas Planes de Digitalización que podrían incorporarse al art.85.2 ET como contenido obligatorio del convenio colectivo. Así, culmina este sugerente trabajo, podría generarse un marco más garantista y transparente, a la vez que proclive a la expansión sin recelos de una realidad imparale.

\*\*\*

La interlocución programada de esta ponencia, la titula su encargado, D. Adrián Todolí Signes, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, “Control tecnológico: una propues-

ta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad conforme a la normativa europea de protección de datos”. El primer epígrafe, “Insatisfacción generalizada”, indica que a su autor no le complace la incorporación a la ley de criterios jurisprudenciales que han ido admitiendo progresivamente la licitud de todo tipo de medios tecnológicos de control en los centros de trabajo. La inmediata lectura sugerida por esta premisa nos desvela no solo que la norma española es contraria al Reglamento europeo de protección de datos conforme a los argumentos que se exponen, sino también que el ordenamiento español adolece de falta de especificidad regulatoria de la protección de datos en materia laboral. Continúa la interlocución con premisas igualmente sugerentes, “De pillar a los ‘tramposos’ a proteger los derechos de las personas”, en donde se destacan la intimidación y la privacidad como principales límites al control empresarial, pero no solo, también la reducción de la autonomía del trabajador o el incremento de la intensidad laboral y los problemas de salud mental derivados, la discriminación indirecta que resulta del mayor control sobre específicos colectivos, en fin, el aumento del desequilibrio contractual de las partes de la relación laboral que sistemas, cada vez más sofisticados de control, provoca.

A partir de aquí, el profesor Todolí se detiene en analizar el valor constitucional que la protección de datos merece, desconocida en demasiadas ocasiones por los tribunales laborales cuando tienen que calificar como lícita la utilización de una prueba obtenida a través de este tipo de medios, videovigilancia de manera principal, a los efectos de despido. El autor se detiene en discutir los argumentos judiciales y doctrinales que respaldan dicha perspectiva y culmina su exposición con la necesaria adaptación del test de constitucionalidad a la ponderación decidida por el legislador. Dada la imposibilidad de exponer en breve tiempo su argumentario, para lo que recomiendo su lectura, termino esta presentación del trabajo del profesor Todolí con lo que, sin duda, como bien expone, es de importancia vital, por un lado, el ineludible papel que ha de jugar la negociación colectiva en materia de control tecnológico, así como la necesaria especificidad laboral que merece la normativa de protección de datos.

\*\*\*

La ponencia del Cuarto Panel, a cargo del Profesor D. Jesús R. Mercader Uguina, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid, titulada “La gestión laboral a través de algoritmos”, da el paso definitivo para instalarnos, siquiera sea intelectualmente, en un mundo que ya no es ciencia ficción, el de los algoritmos y la inteligencia artificial (IA) como nueva tecnología al servicio de la toma de decisiones en el ámbito laboral, en manos de la cual el empresario está dispuesto a dejar buena parte de su autonomía organizativa. Después de situarnos en el principio del viaje hacia el Derecho Digital del trabajo, el profesor Mercader intenta cambiarnos la mirada hacia el sistema jurídico o, mejor nos dice, al sistema de fuentes. La clásica “generalidad” según la cual la ley establece reglas generales y abstractas aplicables a cualquier supuesto, ha puesto

de manifiesto que se pueden producir errores de regulación y desigualdades, de tal manera que la idea de “granularidad” (que no es nueva, pues leyes y jurisprudencia se generan, sin duda, a golpe de las circunstancias del caso) puede contribuir, a través de los sistemas de IA, a dar respuestas a “realidades normativas borrosas”. A partir de aquí surge, en quien tiene el encargo de escribir estas líneas, cierta prevención respecto a la correcta interpretación de este trabajo, derivada sin duda alguna del desconocimiento de estos temas, por lo que, de la misma manera que para los casos anteriores, lo mejor es remitir al interesado lector al detenido repaso de la concreta ponencia si es que quiere ilustrarse debidamente sobre el particular.

Los algoritmos, nos dice el ponente, son elemento esencial de muchas empresas y los problemas de su uso en el ámbito laboral, en donde se han tanteado ya regulaciones que pongan límite a su desarrollo, plantean la importante cuestión de si las reglas de imputación de responsabilidades en materia de protección de derechos de los trabajadores se proyectan también aquí.

La gestión del empleo a través de algoritmos se aborda, en el apartado IV, respecto de la selección de trabajadores, la dirección de la empresa, el control de la prestación de trabajo, y un supuesto poder para despedir.

En cuanto al uso de los algoritmos para seleccionar al personal, se estudian los límites impuestos por el Reglamento europeo de Protección de Datos (RGPD) y sus significativas, aunque no tan amplias como pudiera parecer, excepciones. Son ya una realidad la discriminación, en especial la de género, en las primeras implementaciones de estos sistemas, pero advierte el profesor Mercader, que tales resultados no se evitan simplemente eliminando de los algoritmos los atributos especialmente protegidos, en la medida en que otros indicadores (lugar de residencia, código postal, comparación con trabajadores actuales, etc.) también podrán conducir a la discriminación. Son riesgos que pretenden tutelarse con la Propuesta de Reglamento europeo sobre la Ley de Inteligencia Artificial.

El recurso a algoritmos como instrumento de ordenación y gestión de los poderes empresariales tiene especial mercado en las plataformas “*gig*”, en las que el sistema informático asigna los servicios y las tarifas, modifica precios durante los picos de demanda y evalúa el rendimiento en función del grado de aceptación del servicio; se cita como ejemplo de influencia de este tipo de gestión en el propio concepto de trabajador, la actual DA 23<sup>a</sup> ET, así como la Directiva 2019/1152 o la Propuesta de Directiva sobre el trabajo en plataformas. Más allá de las economías de plataforma, el uso de algoritmos está llamado a instalarse en la gestión de todo tipo de empresas, en donde habrá que estar atentos a las predicciones sesgadas, también en la evaluación del desempeño, necesitada de tutela reforzada según el futuro Reglamento sobre la Ley de IA.

La realidad resultante del control de la prestación de trabajo a través de geolocalización, controles biométricos, informáticos, de correos, de navegación, etc., lleva al profesor Mercader a hablar del “capitalismo de la vigilan-

cia”. Nos explica cómo el RGPD y la LOPD, así como el futuro Reglamento sobre la Ley de IA, introducen medidas de salvaguarda de la dignidad y de los derechos fundamentales en este campo. Ideas de “visión panóptica” de la relación de trabajo y de “feudalismo virtual” que tienen que ser contenidas con regulaciones, como la francesa de 2019, en donde se exigen medidas de garantía a los responsables de la gestión de datos así como definición clara de políticas de cifrado y gestión de claves, por ejemplo. Hay referencias, también, al papel que está llamado a tener el algoritmo en el trabajo a distancia, precisamente para evitar soluciones excesivamente invasivas como el control computerizado o el software “*in accounting*”; o en el terreno de las amenazas internas (*Insider Threat*) que entran de lleno en las situaciones de alto riesgo identificadas por el futuro Reglamento sobre la Ley de IA. En fin, el ponente afirma que no todo es negativo (“muerte de la privacidad”, “trabajador transparente”), que el algoritmo puede ayudar en algunos terrenos como la prevención de riesgos o la inspección laboral de incumplimientos.

A la pregunta ¿pueden despedir los algoritmos?, se contesta con ejemplos de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo ya resueltos por el TS. A la de ¿calcularán las indemnizaciones?, con la consideración de alto riesgo de los sistemas utilizados en la resolución o rescisión de los contratos por parte de la Propuesta de Reglamento europeo.

En un V apartado se aborda el sistema de garantías (presentes y futuras) de la gestión laboral algorítmica, profundizando el ponente en asuntos como el principio de transparencia (individual y colectiva) y la garantía de explicabilidad algorítmica; el principio de gobernanza de los datos; el de aproximación basada en el alto riesgo; y el de humano al mando. Es difícil seleccionar lo que resulta más destacable de las complejas e interesantes páginas dedicadas precisamente al asunto que compete a las garantías que puedan establecerse frente a estos sistemas, en definitiva, a “posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales”. Es por ello que remito a la lectura detenida de tan importante cuestión.

Un penúltimo apartado VI se destina a la vigilancia de la gestión empresarial, al lugar que ocupará la Administración laboral algorítmica; preguntándose el último epígrafe VII ¿nos sustituirán los algoritmos? He de terminar ya esta presentación, pero la inquietante pregunta final planteada por el profesor Mercader, cuyo nivel de conocimiento en estos temas es incomparablemente mayor que el que yo pueda tener, se responde con una tríada de tareas que neutralizarían todos los riesgos expuestos porque dependen de la decisión humana: “dónde, cómo y cuándo” utilizar los algoritmos. Tranquilizadora idea que nos permite cambiar la mirada hacia un futuro del trabajo que se presenta un tanto apocalíptico.

\*\*\*

La interlocución de esta ponencia, corresponde a D<sup>a</sup> Anna Ginès i Fabrellas, Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad Ramón Llull, Esade, que la titula “La gestión algorítmica del trabajo: nuevos impactos y retos

jurídicos, tecnológicos y éticos”. Nos introduce de nuevo en la utilización de la tecnología inteligente en todo tipo de decisiones empresariales, destacando el ámbito de la selección y contratación de personas, con la elaboración de perfiles; y de la gestión del trabajo, incluido, aunque menos, el despido. Sobre el particular, la autora certifica los beneficios empresariales, en rapidez y eficacia y, en consecuencia, en productividad y competitividad, pero advierte de los desafíos y riesgos asociados, de nuevo el impacto sobre los derechos fundamentales, básicamente privacidad, protección de datos y no discriminación.

El grueso de su contribución, en materia de gestión algorítmica del trabajo, se destina al incremento de los controles y a su impacto sobre los derechos de las personas trabajadoras (intimidad y protección de datos), a la discriminación que sesgos y estereotipos de género y raciales, presentes en los sistemas de IA, genera; así como a nuevas causas discriminatorias emergentes como la clase, la renta económica o la interseccionalidad. Continúa con la intensificación del trabajo, y sus efectos sobre la seguridad y salud, que una utilización interesada de la IA provoca, lejos de mejorarla como potencialmente podría. También son éticos algunos de los retos que plantea el uso de la IA, nos dice la profesora Ginès, “el debate ético debe abordar el espacio del uso de esta tecnología en el ámbito laboral”.

La regulación del uso de algoritmos para la elaboración de perfiles y decisiones automatizadas se encuentra regulado en el Reglamento General de Protección de Datos, pero su aplicación en el ámbito laboral plantea todavía muchas dudas. Se prohíben con carácter general las decisiones íntegramente automatizadas, pero son tres las excepciones, y existen otras restricciones en el articulado de la norma que se explican a continuación con todo detalle, con las dudas derivadas del análisis normativo. Se ha de garantizar la transparencia, información y protección de datos personales, exige el Reglamento, en la toma de decisiones automatizadas, y la autora expone las incógnitas y certezas de la cuestión. Finaliza la profesora Ginès analizando los retos jurídicos tecnológicos y éticos para garantizar una inteligencia artificial ética y justa.

\*\*\*

Termino esta presentación con una breve reseña del broche que pone el Profesor Martínez Girón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, en su conferencia de clausura de este XXXII Congreso, titulada “Sobre la brecha digital generacional de la clase media española. Un análisis perspectivístico de Derecho comparado, relativo a un colectivo gigante de contribuyentes en riesgo de exclusión social”. Si algo quisiera destacar de este trabajo es la amena lectura que permite el tono, siempre desenfadado y cercano, de su autor. Después de exponer lo que él considera más llamativo de la LOPD, esto es, el “derecho de acceso universal a internet” de su artículo 81, y el objetivo de procurar “la superación de la brecha generacional” de su apartado 4, en relación con el riesgo de exclusión social que dicha brecha genera (art.97), concluye no haber encontrado en España ninguna acción ni medida destinada a tales fines.

Se adentra entonces en la perspectiva francesa, con su “Circular” sobre “Puesta en práctica del componente ‘inclusión digital’ del plan de recuperación”, y su misión de formar a 13 millones de ciudadanos franceses, en riesgo de exclusión social, para que dejen de ser dependientes digitales. En la perspectiva norteamericana que realiza a continuación, afirma que ya es realidad lo que pretende la Circular francesa, advirtiendo, sin embargo, de los peligros de ciberdelincuencia frente a personas mayores digitalizadas. Para ello, nos cuenta, una ley de Trump de 2017, establece la obligación del Fiscal General de presentar informe anual al Congreso sobre la aplicación de la ley. Finalmente, como colofón, vuelve a la realidad española para entablar un tácito diálogo con la Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital, preocupado por un asunto apremiante: “Nuestros mayores contribuyentes al Fisco y no digitalizados no están recibiendo del Estado español civilización. No digo que reciban barbarie. Pero lo cierto es que el sálvese quien pueda, que actualmente padecen, está mucho más cerca de la barbarie que de la civilización, sea o no civilización francesa”.

\*\*\*

La recomendación de atenta lectura de todas y cada una de las contribuciones aquí presentadas y el agradecimiento sincero a quienes las han elaborado y defendido, se completa ahora con el dedicado al Ministerio de Trabajo y Economía Social por su inestimable patrocinio y por hacer posible, con la edición de este libro, así como del libro electrónico de comunicaciones, dejar constancia para el futuro del apreciable esfuerzo y valiosa contribución a nuestra parcela del conocimiento jurídico realizados por nuestras y nuestros asociados.

GLORIA P. ROJAS RIVERO

*Vicepresidenta de Investigación de la Asociación Española de  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

EL DERECHO DEL TRABAJO Y SU REFORMA  
EN EL CONTEXTO POST COVID

CARMEN VIQUEIRA PÉREZ  
*Catedrática de Derecho del Trabajo*  
Universidad de Alicante

## **SUMARIO**

1. EL NUEVO CONTEXTO. 2. EL FUTURO DEL EMPLEO. 2.1. Los imprevisibles efectos de la automatización. 2.2. Nuevas herramientas para un contexto distinto. 2.3. Los efectos colaterales. 3. LOS CAMBIOS EN LA FISIONOMÍA DE LA RELACIÓN. 3.1. Nuevas empresas y nuevos trabajadores. 3.2. Flexibilidad del tiempo de trabajo. 3.3. La “virtualización” de la prestación de trabajo y sus derivadas. 3.4. La flexibilidad interna como alternativa a la extinción. 4. EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO: LA CRISIS COMO OPORTUNIDAD.

## 1. EL NUEVO CONTEXTO

Aludir a la necesidad de revisar o “modernizar” la regulación laboral (el Derecho del Trabajo) es una suerte de mantra que cíclicamente emerge al abrigo de los desajustes que por distintos motivos y también con distinta intensidad manifiesta el mercado de trabajo (desempleo, reordenación de ciertos sectores). Ha de reconocerse que el mantra es eficaz porque la experiencia nos demuestra que el ET (norma laboral básica) viene sufriendo –grosso modo– una reforma por año; un ritmo reformador que dota a la norma de una falta de estabilidad nada deseable y también de un cierto tensionamiento interno, inevitable fruto de los dispares signos que alientan cada reforma.

De modo reciente, en los últimos años, se viene invocando insistentemente la necesidad de cambio ante el advenimiento implacable de las llamadas nuevas tecnologías y su impacto en el mercado de trabajo y en la relación de trabajo. No sin razón porque es innegable que el contexto en el que operan hoy las relaciones laborales viene determinado por el impacto de la digitalización; un fenómeno que ha exhibido una inédita fuerza expansiva si se compara con fenómenos de carga innovadora similar habidos en el pasado y que, además, opera en una realidad atravesada por otros importantes factores de cambio como la transformación energética, el cambio demográfico o la globalización que han desplegado una también inédita eficacia transformadora.

En este panorama “transicional” irrumpe la pandemia que, con su carga urgente y trágica, al tiempo que alimenta exponencialmente crecimiento de la denominada revolución tecnológica deja su propia huella en el empleo, en la forma de organizar y prestar el trabajo y también, claro está, en el marco jurídico que ordena las relaciones laborales que, desde marzo de 2020, se somete a un incesante reguero de nuevas normas. La perentoriedad que imprime la pandemia ha obligado, como es natural, a posponer algunas de las reformas identificadas como necesarias en momentos anteriores y, en paralelo, ha puesto en primer plano otras cuestiones nuevas que, inevitablemente, habrán de ser consideradas al establecer el orden de prioridades y urgencias a la hora de abordar ciertas reformas.

No hace falta decir que el Derecho del Trabajo no ha permanecido ajeno a los cambios que la digitalización, la globalización y la pandemia han

generado y, de hecho, a ellos se ha ido adaptando como buenamente ha podido. Pero el futuro no puede satisfacerse con una ordenación más o menos afortunada de los cambios que, de modo parcial y generalmente aluvional, han ido remodelando sus postulados, porque el Derecho del Trabajo no es, sin más, el resultado de su adaptación a estos cambios, sino el aliento que los sostiene, la “manifestación de la voluntad social y política que los gobierna”<sup>1</sup>.

Tras la pandemia, el Derecho del Trabajo no puede ser el de antes. La crisis sanitaria ha servido para alentar un fértil debate crítico acerca de la necesidad de reformar el Derecho del Trabajo y del sentido que esta reforma haya de tener. Es un sentir común que el Derecho del Trabajo pre-pandemia no estaba preparado para afrontar una crisis “normal” de cierta relevancia ni para asumir las transformaciones estructurales exigidas por la transición digital, y también hay cierto consenso al considerar que la extraordinaria situación que desencadenó la emergencia sanitaria no sólo puso de manifiesto la contradicción de “llamar al Estado social en tiempo de crisis y negarlo en tiempos de recuperación y bonanza”<sup>2</sup>, sino que demostró que era posible iniciar un cambio de rumbo que –en abierto contraste con el abordaje de la crisis de 2008– otorgase a la regulación del trabajo y del empleo el lugar central que los significa como bien jurídico protegible.

Hasta qué punto esta valiosa herencia que nos deja la regulación de emergencia está llamada a permanecer en el futuro es una cuestión aún en el aire. Prima facie, el sentido que haya de alumbrar el Derecho del Trabajo que está por venir lo desvela las líneas maestras que sostienen los programas que ordenan el contexto de la recuperación, esto es, en el Programa Nacional de reformas del Reino de España<sup>3</sup>, el Informe España 2050<sup>4</sup> y, muy significativamente, en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia<sup>5</sup>.

Al abrigo de estos planes anida una ocasión especialmente propicia para impulsar un modelo de regulación sustentado en el valor constitucional del trabajo. Por eso, aunque uno y otro documento muestran orientaciones refor-

<sup>1</sup> CASAS BAAMONDE “El Derecho del trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia” en Derecho de las Relaciones Laborales 11/2020, pág.1413

<sup>2</sup> CASAS BAAMONDE “El derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19. ¿Y después?” (Discurso de recepción como académica de número) Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2021, pág.274.

<sup>3</sup> Remitido a la Comisión Europea el 30 de abril de 2021

<https://www.hacienda.gob.es/CDI/ProgramaNacionaldeReformas/PNR2021.pdf>

<sup>4</sup> “Fundamentos y propuestas para una estrategia a largo plazo” Ministerio de Presidencia

<sup>5</sup> Hecho público el 27 de abril de 2021; obtuvo la aprobación de la Comisión Europea en la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo de 22 de junio de 2021. El Plan (con un soporte de más de 140 mil millones de euros de inversión pública hasta 2026) se estructura en cuatro “ejes”, diez “palancas” y treinta “componentes”, y ubica las reformas laborales en la “política palanca VIII” –“nueva economía de los cuidados y políticas de empleo”, en concreto en su “componente 23”: “nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-7053>

madoras idénticas (los nuevos ERTE, la digitalización del SEPE, el fomento de las políticas activas de empleo, la reducción de dualidad del mercado de trabajo, la modernización de la negociación colectiva, el impulso de la economía social...<sup>6</sup>) esta coincidencia no debe conducir a la conclusión de que lo propuesto sea lo único importante porque, más allá de las reformas que estos objetivos puedan impulsar, el sistema normativo precisa de una revisión general para rearmar constitucionalmente el modelo y para dotarle de la fortaleza estructural perdida tras las incontables reformas de distinto signo sufridas a lo largo de 40 años. Ello es tanto como decir que las reformas que precisa el Derecho del Trabajo no son sólo aquellas que apuntan los programas de reforma sino también aquellas que la experiencia proporcionada por la crisis de 2008 y la emergencia sanitaria han venido a poner en primer plano y, naturalmente, aquellas otras que devienen del contexto de transformación digital en el que estamos inmersos.

## 2. EL FUTURO DEL EMPLEO

### 2.1. Los imprevisibles efectos de la automatización

Ya en la década de los 80 (en paralelo a la aparición del ET) se analizaba el impacto de la tecnología en las relaciones laborales y desde entonces se advertía que la aparición de aquellas —en esos años— “nuevas” tecnologías derivarían necesariamente en la aparición de nuevos modelos organizativos en la empresa que inevitablemente habrían de tener repercusión en la norma laboral (en el marco regulador)<sup>7</sup>. Aunque existe cierto consenso en torno a la idea de que el alcance de las embrionarias innovaciones tecnológicas de entonces y la proyección que tienen las que ahora nos rodean son radicalmente distintos<sup>8</sup>, lo cierto es que, casi 40 años después, nuevamente resucita el debate (si alguna vez dejó de estar vivo) acerca de los efectos que haya de tener el impacto tecnológico en el empleo y en el marco regulador de las relaciones

---

<sup>6</sup> Las reformas que han de acometerse se formulan sin ninguna precisión acerca de su contenido e instrumentación y se refieren a muy diversas materias sin aparente hilo conductor (trabajo a distancia; medidas para eliminar la brecha de género; trabajo de repartidores en plataformas; simplificación de la contratación temporal; modernización de políticas activas de empleo; flexibilidad interna; recualificación de trabajadores en transición; modernización de la negociación colectiva y de la contratación y subcontratación; mejora de la protección asistencial por desempleo, digitalización del SEPE) en lo que muy elocuentemente ha sido calificado como “*lluvia de ideas*” (CABEZA PEREIRO).

<sup>7</sup> Son de cita obligada los estudios de PEREZ DE LOS COBOS (“*Nuevas tecnologías y relación de trabajo*”, 1990, Tirant Lo Blanch), DAUBLER, W (“*Nuove tecnologie: un nuovo diritto del lavoro?*”, *Giornale di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1985) y ZANELLI (“*Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*” Giuffrè, 1985)

<sup>8</sup> Es un lugar común identificar el intenso y veloz cambio tecnológico actual como “*cuarta revolución industrial*”, aunque la continuidad del proceso y su permanencia case mal con un término que remite a la idea de un cambio brusco, como señala, entre otros, MERCADER UGUINA (“El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica” Tirant Lo Blanch, 2017, pág.24).

laborales; de modo que, si bien que en condición de fija discontinua, la renovación tecnológica se convierte –junto con la crisis– en otra compañera de viaje del DT<sup>9</sup>. La digitalización es hoy el escenario en el que opera el Derecho del Trabajo.

En un primer acercamiento, la cuestión que inicialmente coloca sobre el tapete el cambio que arrostra la irrupción de un nuevo contexto tecnológico es su eventual potencialidad destructiva de empleo, idea que remite al asunto de si el futuro permite mantener la mirada puesta en el pleno empleo (que es, tendencialmente, el horizonte conocido del modelo industrial) o si, por el contrario, el tiempo que viene apunta al “fin del trabajo”<sup>10</sup>, a un modelo incapaz de proporcionar empleo a la generalidad de los ciudadanos.

Los efectos de la automatización sobre el empleo han sido generalmente vistos con preocupación y de esta mirada falta de confianza no podía escapar la informatización (digitalización) que envuelve el mundo del trabajo en las últimas décadas. Aunque las previsiones acerca de la dimensión que pueda tener la destrucción de empleo derivada de la digitalización son muy dispares y junto a aquellas que ofrecen resultados alarmantes hasta el desasosiego pueden encontrarse otras que arrojan cifras mucho más moderadas<sup>11</sup>, es lo cierto que optimistas y pesimistas coinciden al considerar que este intenso cambio tecnológico se saldrá con un relevante coste de empleo, incluso en el caso de que el desarrollo tecnológico se traduzca a medio plazo en nuevas oportunidades de empleo y el ajuste resulte ser, por tanto, temporal (que es el mejor de los escenarios).

## 2.2. Nuevas herramientas para un contexto distinto

Afrontar una crisis de empleo no es precisamente un reto desconocido para un marco de relaciones laborales ya curtido en esa batalla y que cuenta con herramientas para manejarse ante un ajuste de empleo sin necesidad de “repensar” su esencia (principios, categorías, instituciones)<sup>12</sup> pero, con toda probabilidad, sí deberá ser nueva la manera de abordarla porque el ajuste se desenvuelve en un panorama distinto, en el que las tradicionales medidas paliativas (cobertura frente al desempleo en sus diversas variantes) resultarán insuficientes. El contexto digital hará desaparecer buena parte de los trabajos hasta ahora desarrollados por personas (los manuales vinculados a la fabricación), mutará el modo en que algunos otros vayan a prestarse (tec-

<sup>9</sup> Afortunada expresión de PALOMEQUE (“*Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*” Revista de Política Social 143; 1984).

<sup>10</sup> Conocido título de RIFKIN (“*El fin del trabajo*”; Paidós, 1996).

<sup>11</sup> Un excelente análisis de este complejo panorama lo ofrece FERNANDEZ DOMINGUEZ “Automatización y empleo: la paradoja de Polanyi revisitada” en Revista crítica de Relaciones de Trabajo –Laborum– 1/2001.

<sup>12</sup> GOERLICH PESET “¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo” en Gazeta Sindical 17/2016.

nológicamente en el futuro, como dirección de ventas o desarrollo de fuerza de ventas), y alentará la aparición de otros nuevos (como ingeniería de robótica, especialista en ciberseguridad, control de tráfico con drones, diseño de impresión 3D)<sup>13</sup>, de modo que la sustitución de los viejos empleos por los nuevos empleos se aparta de las pautas conocidas y exige una estrategia de transición que sólo puede llevarse a cabo implementando políticas activas de empleo adecuadas a las nuevas necesidades, por un lado, e intensificando la formación del trabajador<sup>14</sup>, por otro; ámbitos ambos en el que el margen de mejora es amplio.

De la importancia de las políticas activas de empleo y de la necesidad de darles un nuevo enfoque para afrontar la transición de los viejos a los nuevos empleos parece ser consciente el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que anuncia la “*modernización de las políticas activas de empleo*” cuyas líneas maestras se plasman en el RD 1069/2021<sup>15</sup> que aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 (en adelante EEAAE).

La necesidad de “modernizar” las políticas activas de empleo se explica fácilmente desde los desalentadores resultados que hasta el momento han ofrecido los servicios públicos de empleo en su función de activar el empleo en un mercado que, tradicionalmente, duplica la tasa media de desempleo de la UE tanto en épocas de crisis como de bonanza<sup>16</sup>. Por eso, la EEAAE enuncia como objetivo prioritario lograr la eficacia de las políticas activas de empleo y fortalecer los mecanismos de prospección y orientación (además, naturalmente, de dotar a las políticas activas de empleo de una mejor financiación). Poder ofrecer unas políticas activas de empleo eficaces, cuando menos, parece que exigirá una auténtica inmersión digital del Sistema Nacional de Empleo (traducida en el manejo del Big Data y la creación de algoritmos inclusivos) y una mejor dotación de medios a los servicios públicos de empleo que permita el uso de las nuevas herramientas tecnológicas para detectar las necesidades de las empresas y procurar una más eficaz intermediación.

Ello implica intensificar la colaboración con las empresas, reforzar la formación de los orientadores laborales en materias críticas –como la identificación y eliminación de sesgos de género–, digitalizar la relación con los usuarios, y, por supuesto, establecer una financiación (en términos PIB) equiparable a la de los países de nuestro entorno y acorde con el hecho de

---

<sup>13</sup> Ejemplos extraídos de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, pág. 43. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2021/12/04/1069>

<sup>14</sup> Identificados por DEL REY GUANTER como elementos en los que descansaría una “*implantación socialmente responsable*” de las nuevas tecnologías (“El ET ante el impacto de las tecnologías disruptivas” en “El Estatuto de los Trabajadores cuarenta años después”, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pág. 118)

<sup>15</sup> De 4 de diciembre 2021 (BOE del 7 de diciembre)

<sup>16</sup> Así, en 2012, el momento más crudo de la crisis de 2008, la tasa española se situaba en 25,77% en tanto que la europea no alcanzaba el 12%. La misma relación se observa en la actualidad, cuando la tasa española es de las más bajas (13,33% en el cuarto trimestre de 2021) y aún así, dobla la media europea (6,4 en el conjunto de la UE).

que la tasa de paro española es el doble de la media europea. En otro plano, la colaboración público-privada, una nueva articulación de sus agentes que permita incorporar una verdadera dimensión local de las políticas de empleo (un ámbito en el que las experiencias de intermediación y activación resultan particularmente eficaces)<sup>17</sup>, y un distinto diseño del sistema de financiación de las políticas activas de empleo, son cuestiones centrales para su adecuado funcionamiento.

También son constantes en los Planes de reforma las referencias a la “*formación para el empleo*” que, más allá de las acciones que puedan englobarse en las políticas activas de empleo y en el ámbito de la formación programada en la empresa, gira en torno a los derechos de formación profesional previstos en el ET que resultan de todo punto insuficientes para configurar la garantía de formación constante (o derecho de formación permanente dentro de la relación de trabajo) a que hace referencia el Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>18</sup>.

En efecto, en un escenario en el que la única certeza es el cambio la formación continua de los trabajadores es una prioridad para su empleabilidad dinámica. La transformación del mercado de trabajo demanda, cada vez con más fuerza, la formación de las personas trabajadoras, de modo que la necesidad de formación constante –aunque no es, desde luego, una cuestión nueva– es una cuestión que adquiere una trascendencia nueva en el escenario que la digitalización dibuja porque la formación es un elemento determinante para las opciones de acceder al empleo y para mantener su permanencia en él<sup>19</sup>.

El proceso de transición demanda nuevas capacitaciones profesionales y una cierta versatilidad (polivalencia) funcional del trabajador que necesariamente exigirán una constante formación de las personas trabajadoras que no parece posible cubrir mínimamente con las herramientas que, hoy por hoy, se ofrecen al trabajador; por eso, aunque los planes de reforma no exigen expresamente la revisión de las distintas fórmulas que –para diferentes contextos– articulan los derechos de formación profesional del trabajador, resultará inevitable llevar a cabo esa revisión.

Nuestra normativa nunca ha dedicado especial interés en la formación profesional del trabajador y, aunque la reforma de 2012 introdujo en el texto del ET un derecho a la formación que formalmente visibilizaba un pretendido interés por la formación del trabajador, lo cierto es que aquel derecho (art. 23

---

<sup>17</sup> Detenidamente sobre ello, CABEZA PEREIRO “Los retos del Derecho del Trabajo ante la salida de la crisis” en Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social 149/2021 (pp. 265 y ss). En esta línea de actuación se inscribe el artículo 7 del Anteproyecto de Ley de Empleo (en redacción de diciembre de 2021).

<sup>18</sup> Proclamado en la Cumbre Social en favor del empleo justo y el crecimiento, 17 noviembre 2017.

<sup>19</sup> Detenidamente, VALVERDE ASENCIO “Nuevas capacitaciones profesionales para la mejora de la empleabilidad en el proceso de digitalización: un debate necesario sobre la formación y las políticas activas de empleo” en temas laborales 148/2019, pág. 137-160; y MELLA MENDEZ “La empresa como entidad formadora de los trabajadores, especialmente en competencias digitales” en RGDTSS 56/2020.

ET) está muy lejos de ser suficiente y no apunta a un mayor reconocimiento del derecho a la “*formación profesional en el trabajo*” que proclama el art. 4.2.a ET<sup>20</sup>. Realmente, no se reconoce al trabajador un derecho a recibir formación sino a disfrutar, con ese fin, un permiso retribuido sólo al alcance de quienes cuenten con un año de antigüedad en la empresa (lo que excluye a los trabajadores menos experimentados), que resulta acumulable por periodos de 5 años (desterrando toda idea de continuidad), y que ampara únicamente la formación vinculada con la actividad desarrollada en la empresa, excluyendo, por tanto, la posibilidad de que el trabajador pueda utilizar la formación para potenciar su polivalencia y ampliar su horizonte profesional.

Esta palmaria insuficiencia en el contexto de cambio sostenido que impulsa la transformación digital puede tener efectos devastadores y, por eso, más allá del papel que pueda jugar la negociación colectiva (que no es, de momento, especialmente relevante), es preciso implementar herramientas efectivas para garantizar el derecho a la formación permanente en el seno de la relación laboral.

La ausencia de mecanismos efectivos de cara a la formación profesional del trabajador hace especialmente relevante la puntual obligación formativa que atañe a la empresa para afrontar las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo (art. 52.b ET), que tampoco ofrece el mejor perfil para garantizar el derecho del trabajador a obtener la formación necesaria para adaptarse a las modificaciones y orillar el despido, porque la norma no establece un estándar mínimo para esta formación que, a tenor de la letra del precepto, no ha de cumplir más requisito que el de ser previa a la introducción de la modificación. La deficiencia con la que se define el este puntual derecho a la formación resulta especialmente preocupante si se tiene en cuenta que es de prever que la introducción de “modificaciones técnicas” en el puesto de trabajo va a constituirse en una constante.

Frente a esta debilidad del derecho a la formación profesional del trabajador a lo largo de su relación laboral, alivia comprobar que el aspecto “*aspecto formativo*” que ha de acompañar las medidas de ajuste temporal de empleo en la empresa (reducción de jornada y suspensión contractual) ha merecido atención en la reciente reforma laboral (RDL 32/2021) que reconoce en favor de las empresas que desarrollen acciones formativas para los afectados por el ERTE un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada<sup>21</sup>. Aunque, sin desdeñar el alcance de esta medida que coadyuva a la empleabilidad de los trabajadores afectados por el ERTE, no ha de perderse de

---

<sup>20</sup> Además de no encerrar un verdadero derecho a la formación, tampoco este permiso con finalidad formativa constituyó un signo de “puesta en valor” de la formación profesional del trabajador porque, en aquella reforma, el perjuicio en la formación profesional del trabajador dejó de ser un dato relevante de cara a la extinción del contrato de trabajo ex art. 50 ET.

<sup>21</sup> Sobre la deficiencia del elemento formativo en los ERTES de la crisis de 2008, VIQUEIRA PEREZ “Regulación temporal de empleo y protección por desempleo” Cuadernos del Mercado de Trabajo 7/2011, pág. 139

vista que esta formación opera cuando en la relación emerge el plano patológico, no en un escenario de normalidad que es el contexto en el que “naturalmente” ha de desarrollarse un verdadero programa de formación profesional.

### 2.3. Los efectos colaterales

Todo apunta a que el avance tecnológico no garantiza el avance social y a que el crecimiento económico ligado al desarrollo tecnológico no se manifiesta necesariamente en una mejora general sino que tiende a traducirse en una polarización del empleo y un aumento de la desigualdad<sup>22</sup> que, además, la crisis sanitaria ha contribuido a ahondar.

En efecto, la tecnología ha demostrado ser un potente motor de segmentación que opera polarizando fuertemente el mercado, de modo que, frente a estratos superiores de empleos creativos generalmente bien retribuidos y en los que el trabajador ostenta cierto margen de maniobra en orden a la determinación de sus condiciones de trabajo (entre las que cada vez se valora más la disponibilidad del tiempo de trabajo), los trabajos exentos de ese elemento creativo integran un estrato inferior de empleos sin cualificación y condiciones de trabajo sensiblemente inferiores. Resultado de esta polarización es la desaparición de la “clase media laboral” que acaba inserta en uno de los dos polos de la ecuación y suelen también relacionarse con esta realidad el fenómeno de la “*Gran Dimisión*”<sup>23</sup> (el abandono masivo de puestos de trabajo experimentado a partir de 2021 especialmente en EEUU) que encontraría una de sus causas en el estancamiento de los salarios reales a pesar del aumento del coste de la vida, y la aparición de los “*nómadas laborales*” (personas que no logran un trabajo que les permita establecerse y desarrollar un mínimo proyecto vital) estos sí claramente vinculados a la imposibilidad de obtener un trabajo con salario que les permita vivir<sup>24</sup>.

También ha demostrado la tecnología ser un potente motor de discriminación que impacta severamente en las personas mayores, los discapacitados y las mujeres<sup>25</sup>. Edad, discapacidad y sexo son tres variables particularmente vinculadas a la brecha digital, a una desigualdad en el acceso, uso o impacto de las TICs que, inevitablemente, se proyecta en una desigualdad en el acceso al empleo y produce también un agravamiento exponencial de las “*otras brechas*” que sufren estos colectivos (intensificadas además a consecuencia de la crisis sanitaria, como muestra el retroceso intenso y generalizado que ha sufrido la igualdad de género). De ahí la necesidad de alcanzar la “*equi-*

---

<sup>22</sup> CAMPBELL “¿Puede atajarse la desigualdad en el ámbito de la tecnología digital?” en Revista Internacional del Trabajo 120, 2/2001)

<sup>23</sup> Se identifica “Great Resignation” con una tendencia económica en la que los trabajadores abandonan voluntariamente de sus puestos de trabajo en masa, sobre todo a partir de principios de 2021 y principalmente en los Estados Unidos.

<sup>24</sup> BRUDER JESSICA “País nómada Supervivientes del siglo XXI” (Capitán Swing Libros) 2020

<sup>25</sup> Sobre ello, OLARTE ENCABO “Brecha digital, pobreza y exclusión social” (Temas Laborales 138/2017)

*dad digital*”, cuya consecución necesariamente pasa por considerar que la alfabetización y la formación continua en materia digital constituyen una obligación del poder público para promover condiciones de igualdad real y efectiva (9.2 CE)<sup>26</sup>; una formación que, por lo demás, entronca en el derecho de aprendizaje permanente que alienta la OIT para facilitar la adaptación y renovación de competencias, especialmente tecnológicas y digitales<sup>27</sup>.

Resulta inevitable, por otro lado, el aumento del desempleo estructural que también impactará de modo preferente en determinados colectivos. En efecto, la transformación digital está detrás de cierto índice de desempleo estructural que afecta especialmente a trabajadores de edad madura que verán extinguido su contrato porque, llegado el momento, sus costes de adaptabilidad son más altos que los de un trabajador más joven y –pese a su experiencia– no son percibidos por la empresa como una inversión.

La pérdida del empleo derivada de la obsolescencia profesional que impacta en una persona trabajadora de edad madura no tiene buen pronóstico; la situación de desempleo puede fácilmente traducirse en persistente y –en este contexto de transformación constante– este tipo de desempleado tiene serias dificultades para acceder a un nuevo empleo y grandes posibilidades de engrosar las filas del colectivo de los “*permanentes inempleables*”, elocuente expresión con la que se alude a las personas formadas sin posibilidad real de acceder a un empleo. Todas las voces coinciden en la necesidad de mejora y reordenación del sistema de protección por desempleo para dar adecuada respuesta al aumento del desempleo estructural pero, con toda probabilidad, para hacer frente a los efectos especialmente nocivos que el paro estructural despliega con respecto al colectivo de los trabajadores maduros, es también necesario establecer medidas de protección específica que actúen preventivamente, como sería atribuir al trabajador maduro la titularidad del derecho de opción ante la declaración de improcedencia de la extinción.

La obsolescencia formativa como causa real de crecimiento del desempleo estructural, por otro lado, convierte en asunto urgente una cuestión que en los últimos años era ya un asunto importante: la necesidad de ordenar la cobertura frente a la situación de necesidad que deviene de la pérdida del empleo, lo que implica revisar la protección por desempleo en sus distintos niveles y modalidades, y armonizarla con la protección otorgada por otras vías, muy especialmente por lo que hace al engarce del nivel asistencial de la protección con la Renta Activa de Inserción, el Ingreso Mínimo Vital y los salarios sociales de la CCAA. El carácter desordenado y aluvional de la normativa que da cauce a estas medidas protectoras ha fructificado en un terreno plagado de solapamientos y lagunas que requiere una revisión con urgencia.

---

<sup>26</sup> En este sentido CABEZA PEREIRO “La digitalización como factor de fractura en el mercado de trabajo” (Temas Laborales 155/2020)

<sup>27</sup> La OIT en la “Declaración” de su centenario alentó a desarrollar el enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas mediante el establecimiento de sistemas de aprendizaje permanente.

Con todo, no bastará rearmar la cobertura por desempleo para hacer frente a las situaciones de desamparo derivadas del efecto excluyente del avance tecnológico que, en sociedades que ofrecen una amplia esperanza de vida (como la española), pueden ser muy prolongadas en el tiempo y de cobertura muy costosa. Será preciso reordenar todo el sistema y, muy especialmente, será necesario establecer sistemas sólidos de amplio espectro que presten protección a la ciudadanía en general (como el Ingreso Mínimo Vital y la muy necesaria atención a la dependencia) con independencia de su relación con el trabajo en cualquiera de sus formas.

### 3. LOS CAMBIOS EN LA FISIONOMIA DE LA RELACIÓN

Un contexto de cambio no es algo desconocido para el Derecho del Trabajo cuya existencia –deudora también de un cambio– no sólo nunca ha sido ajena a los “sobresaltos políticos o económicos”<sup>28</sup> sino que, en buena medida, su esencia es, precisamente, la huella de esos cambios. Lo nuevo ahora, si acaso, es que la tecnología y la llamada revolución digital son factores de cambio que evolucionan con grandísima rapidez incidiendo de modo tan veloz como imparable en la conformación de la realidad social y, por ello, en el modo en que se articula la prestación de trabajo. Los que inciden más profundamente en la fisionomía clásica de la relación son los experimentados en la identificación tradicional de los actores de la relación, los que afectan al tiempo de trabajo y a la “virtualización” de la prestación; y los que afectan a los mecanismos de flexibilidad interna.

#### 3.1. Nuevas empresas y nuevos trabajadores

Al abrigo de la incorporación de la tecnología proliferan nuevas formas de prestación de servicios de difícil definición jurídica y, en este sentido, es casi un lugar común afirmar que la automatización de los procesos productivos pone a prueba los contornos del Derecho del Trabajo porque difumina el modelo clásico de empresa –que deja de ser el elemento que aglutina y controla todas las fases del proceso productivo– y genera también un –si así puede decirse– nuevo tipo de trabajador que tampoco se ajusta enteramente a la figura del trabajador “clásico”<sup>29</sup>.

El modelo tradicional de estructura organizativa, el que pivota sobre el control de la totalidad del ciclo productivo, la autonomía de cada empresa y la gestión jerarquizada, ha cedido su lugar –en un tiempo extraordinariamente breve– en favor de una estructura que descansa en la fragmentación y dispersión del ciclo productivo, la interrelación empresarial y la gestión

<sup>28</sup> DE LA VILLA GIL “El Derecho del Trabajo a mis 80 años” (Ramón Areces, Madrid 2015) pp.115.

<sup>29</sup> VEGA RUIZ “Los nuevos paradigmas de la relación de trabajo: el dilema humanización, flexibilidad y producción” en “El futuro del trabajo que queremos” Madrid, ministerio de Empleo y Seguridad Social 2017; pág. 2

flexible<sup>30</sup>. Pierde terreno el modelo que propende a aglutinar el proceso productivo y adquiere creciente protagonismo el recurso a la descentralización: como la tecnología permite acceder a la información relevante para controlar la totalidad del proceso productivo (investigación, diseño, comercialización) su desarrollo se fragmenta y lleva a cabo de modo disperso por una red exponencial de colaboraciones (pequeñas empresas o autónomos proveedores de bienes o suministradoras de servicios)<sup>31</sup>. Esta fragmentación del proceso productivo ha venido acompañada, además, de una puesta en valor de los activos intangibles de la empresa, de una “desmaterialización” en base a la que se afirma que la empresa deviene “evanescente”<sup>32</sup>, “inmaterial” o “ingrávida”<sup>33</sup>.

En paralelo, tampoco el régimen en el que se desenvuelve la prestación en este nuevo tipo de empresa encaja fácilmente en el molde tradicional de la relación de trabajo y muestra a un trabajador que –lejos del paradigma del trabajador fordista– puede cumplir con su programa contractual fuera de las coordenadas de lugar y/o tiempo de trabajo que son los elementos que clásicamente delimitan el territorio de la subordinación; un elemento que ahora cambia su fisonomía y alumbró indicios de dependencia distintos.

La prestación de trabajo a través de plataformas digitales es la manifestación más llamativa de estos fenómenos por cuanto muestra aquella intangibilidad, el carácter microfragmentado de la actividad, el margen de autoorganización en la prestación del servicio y esas nuevas manifestaciones de la dependencia; y es, por ello, un buen ejemplo de los problemas de catalogación jurídica a los que se aludió. Pese a que, como se sabe, que la plataforma, arrogándose el papel de mero intermediario, niega dedicarse a prestar el servicio recibido por el consumidor final y, por ende, su condición de empresario la jurisprudencia primero (TS 2924/2020)<sup>34</sup> y la ley después (RDL 9/2021)<sup>35</sup> han afirmado el carácter laboral de la relación en el ámbito de las plataformas de reparto; y en ese registro se mueve también la propuesta de Directiva Eu-

---

<sup>30</sup> VALDES DAL-RE “Nuevas formas de organización de la empresa, globalización y RL” en “RL, organización de la empresa y globalización” Cinca 2010, pág. 19

<sup>31</sup> Idea tempranamente advertida por CRUZ VILLALON “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales” en AAVV “El empleador en el Derecho del Trabajo” Madrid, Técnos, 1999, pp. 36 y ss. Detenidamente ALVAREZ ALONSO “El ordenamiento laboral ante los desafíos de la fragmentación empresarial y la atomización del trabajo”, en Trabajo y Derecho, 38/2018.

<sup>32</sup> CRUZ VILLALON “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía” Temas Laborales 138/2017, pág. 38

<sup>33</sup> DE LA PUEBLA PINILLA “La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: aspectos laborales” Aranzadi, Pamplona, 2005. MERCADER UGUINA “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico” en Trabajo y Derecho 63/2020, pág. 6

<sup>34</sup> De 25 de septiembre de 2020, que lleva a cabo un extraordinario y muy didáctico ejercicio de “levantamiento del velo” –en esta ocasión tecnológico–.

<sup>35</sup> Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

ropea sobre el trabajo en plataformas digitales que –siguiendo la técnica de la legislación española– despliega sobre este tipo de prestación de servicios una suerte de presunción de laboralidad “invertida” que opera en torno a la condición de empleador<sup>36</sup>.

Ello, claro está, no obsta para que el debate acerca de la catalogación de este tipo de relaciones de prestación de servicios siga abierta (dentro y fuera de nuestras fronteras) porque son muchas las fórmulas de prestación de servicios que caben al abrigo de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y algunas de ellas presentan grados de autonomía, coordinación y participación que obligan a preguntarse hasta qué punto desaparece el sustrato tradicional del contrato de trabajo –el conflicto de intereses entre capital y trabajo– cuando emerge un rasgo asociativo o colaborativo<sup>37</sup>.

La cuestión ha provocado, como es lógico, una inquietud en la doctrina laboralista muy similar a la que alentó el avance tecnológico a finales del siglo pasado dando paso a una interesante reflexión acerca de la capacidad del elemento de la subordinación para delimitar la relación de trabajo y en torno a la conveniencia de diversificar la tutela proporcionada por el Derecho del Trabajo<sup>38</sup>. Aquel debate se reproduce ahora y fructifica en una triple dirección que –de modo muy elemental– distingue entre quienes alientan la idea de que debe mantenerse la naturaleza laboral de la relación en los casos en los que el “levantamiento del velo tecnológico” permita desterrar la apariencia de no laboralidad que suele revestir estas relaciones; quienes entienden que, pese a la laboralidad que pueda apreciarse, las peculiaridades de estas relaciones aconsejan dotarlas de un tratamiento específico (que alentaría el advenimiento de una relación especial); y, en fin, quienes abogan en favor de fomentar la libertad de las partes a la hora de establecer una prestación de servicios con fórmulas novedosas que, con independencia de su calificación jurídica, deben

---

<sup>36</sup> Aunque con limitaciones porque la presunción opera en relación a la posición de empleador de la plataforma y en base a una lista cerrada de cinco indicios, lo que limita su efectividad (acceso a su texto en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_21\\_6605](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_6605)). Un comentario de urgencia puede verse en TODOLÍ SIGNES “Propuesta de Directiva Europea sobre el trabajo en plataformas digitales. Comentario breve”, <https://adriantodoli.com/2021/12/09/propuesta-de-directiva-europea-sobre-el-trabajo-en-plataformas-digitales-comentario-breve/>; y en ROJO TORRECILLA “El trabajo en plataformas digitales. Análisis de la propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea el 9 de diciembre y de los textos conexos. La importancia de la “primacía de los hechos” y del control humano de la gestión algorítmica”, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2021/12/el-trabajo-en-plataformas-digitales.html>. Una interesante reflexión acerca de las limitaciones de la presunción que establece el RDL 9/2021 la ofrece SANGUINETTI RAYMOND en “La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad” (<https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2021/05/15/la-presuncion-de-laboralidad-de-los-riders-o-como-se-consiguio-la-cuadratura-del-circulo-de-la-laboralidad/>).

<sup>37</sup> Sobre ello RODRIGUEZ FERNANDEZ “Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital” contribución a la Conferencia Nacional OIT “*El futuro del trabajo que queremos*”, Madrid 2017

<sup>38</sup> GARCIA RUBIO “*El empleo y la relación laboral en el nuevo horizonte tecnológico: una visión transversal sobre los efectos de la digitalización*” en *Teoría y Derecho* 23/2028, pág. 57; y PEREZ DE LOS COBOS “*Nuevas tecnologías y relación de trabajo*”, 1990, Tirant Lo Blanch, pág. 36 y ss.

disfrutar de la protección social (y, en algunas materias, contractual) propia de los trabajadores por cuenta ajena<sup>39</sup>.

El deslumbramiento que produce la novedad tecnológica puede inducir a mantener la obsolescencia del Derecho del Trabajo y su carácter inservible para regular el marco jurídico que deviene de la digitalización en las relaciones laborales<sup>40</sup>. De algún modo damos por bueno que, “como todo es nuevo, diferente, inexorable, estamos huérfanos de herramientas para afrontar este proceso”<sup>41</sup>, pero esa especie de limbo legal no existe porque las notas caracterizadoras del contrato de trabajo –muy en especial la subordinación– conservan su operatividad con respecto a estas nuevas formas de prestar trabajo, si bien que adaptando los indicios que sirven a su exteriorización y situando la clave de la calificación en el alcance del poder de dirección durante la realización del servicio (y de los tiempos de puesta a disposición) para desvelar la inserción en el círculo rector y organizativo de la empresa (sea cual fuere su fisionomía). Conviene tener en cuenta, además, que la jurisprudencia viene sosteniendo una interpretación flexibilizadora que abunda en esta idea al mantener que la presencia de factores como la facultad de aceptar o rechazar encargos o el hecho de aportar medios de producción propios no resultan ser impedimentos para apreciar la laboralidad del vínculo<sup>42</sup>.

Esta cuestión remite a un asunto de mucho más largo alcance que enlaza con el conocido debate acerca de los cauces por los que haya de discurrir la adecuación del Derecho del Trabajo al mundo del trabajo que viene, porque la transformación en las formas de prestar trabajo obligará a plantearse si el Derecho del Trabajo debe redefinir (o no) su ámbito para extender su función protectora a otras formas de trabajo no caracterizadas por la subordinación; a formas de trabajo radicalmente diversas de las alentaron su nacimiento; si cabe, en fin, “un Derecho del Trabajo sin empleador, sin empresa y sin derechos colectivos”<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Sobre ello, plasmando estas distintas perspectivas, RODRIGUEZ FERNANDEZ “*Humanos y robots: empleos y condiciones de trabajo en la era tecnológica*” 2020, Bomarzo; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO “*El trabajo 3.0 y la regulación laboral: un enfoque creativo en su tratamiento legal*” (2016) <https://grupo.us.es/iwpr/2016/09/07/el-trabajo-3-0-y-la-regulacion-laboral-por-un-enfoque-creativo-en-su-tratamiento-legal/>; MERCADER UGUINA “El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica” (2017) Tirant Lo Blanch, y “*El nuevo modelo de trabajo autónomo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales*” Diario La Ley, 9, Julio 2017; TODOLÍ SIGNES “*El trabajo en la era de la economía colaborativa*” Tirant Lo Blanch 2017.

<sup>40</sup> TRILLO PÁRRAGA “*Trabajo decente y economía digitalizada*” en “*El futuro del trabajo que queremos*” Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017 –pág. 92

<sup>41</sup> BAJO GARCIA “*Propuestas para una gestión socialmente responsable por las empresas del impacto de las transformaciones tecnológicas*” en AAVV: “*Tecnología y Trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y de protección social*” –Thompson Reuters Aranzadi– 2021, pág. 230

<sup>42</sup> Sobre ello, GARCIA RUBIO “*El empleo y la relación laboral en el nuevo horizonte tecnológico: una visión transversal sobre los efectos de la digitalización*” en Teoría y Derecho 23/2028, pág. 59

<sup>43</sup> CASAS BAAMONDE “*Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19 ¿y después?*” Discurso de recepción como académica de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, (Cinca) 2021, pág. 289

### 3.2. Flexibilidad del tiempo de trabajo

El tiempo de trabajo es el elemento vertebrador de la relación laboral, la materia en que se muestra, desde su origen, el conflicto que la relación encierra y al que da cauce; si bien que, si en el origen la tensión se centraba en el quantum del tiempo de trabajo, hoy, el punto de fricción se sitúa en su gestión, en el poder de disposición sobre su distribución.

Desde los años 90 nuestra regulación alberga dosis crecientes de flexibilidad que, aunque conviven con mecanismos de protección de implantación reciente (registro de jornada, derecho de desconexión), ofrecen como saldo una pérdida de control del tiempo personal que, culturalmente, se ha asumido de modo pacífico ya como consecuencia inevitable de los cambios que experimenta el sistema productivo ya como sacrificio necesario para mantener el empleo en el contexto de las crisis económicas<sup>44</sup>. Aunque la asunción de esta premisa no opera de modo neutral (porque la suficiencia del tiempo de trabajo y su flexibilidad son elementos esenciales para la contención de la precariedad y la garantía de un trabajo decente), la búsqueda de una combinación más equilibrada de intereses en la disposición del tiempo de trabajo parece no preocupar a los planes de reforma que no contemplan la necesidad de revisar el panorama existente (ni siquiera en sus aspectos más lesivos) sino que en ellos sólo se alude a un mecanismo de *“ajuste del tiempo de trabajo ante caídas de la demanda cíclicas y extraordinarias”* que no guarda relación alguna con la necesidad de equilibrar el poder de disposición del tiempo de trabajo.

Es posible que ello se deba a que las reformas anunciadas son muy deudoras de las cuestiones más abiertamente evidenciadas por la crisis sanitaria que, en esta materia, lejos de poner en primer plano la necesidad de limitar el poder de disposición empresarial del tiempo de trabajo, ha reabierto el debate acerca de la reducción del tiempo de trabajo al hilo –fundamentalmente– de un replanteamiento de la calidad de vida y en beneficio de la sostenibilidad ecológica. En este registro se inscribe el Plan de la semana laboral de cuatro días; un proyecto piloto que, con ayuda de los fondos europeos y sobre la base de un acuerdo de empresa, alienta la puesta en marcha de una semana de 32 horas de trabajo con la mirada puesta en el éxito que la iniciativa ha cosechado en Islandia<sup>45</sup>. Más allá de su valor simbólico, el Plan es de reducido espectro y no puede seriamente ser entendido como una apuesta decidida en la senda de la reducción del tiempo de trabajo.

No hace falta decir que la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo (y, por tanto, la imposibilidad de su certeza) impide una adecuada sincronización entre tiempo de trabajo y tiempo personal y coloca al trabajador en una situación

---

<sup>44</sup> CAIRÓS BARRETO “Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital” Bomarzo, 2021, pág.199, con cita de BALLESTER PASTOR “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo” RDS 62/2013, pág. 54

<sup>45</sup> Detenidamente, ALVAREZ DE LA ROSA “Tiempo de trabajo y productividad: la jornada semanal de cuatro días” Trabajo y Derecho 13/2021.

de acentuada sujeción a los eventuales requerimientos de la empresa. Es común afirmar que la digitalización favorece este fenómeno porque, al resultar posible trabajar en cualquier momento del día y en cualquier día del año, las normas relativas al horario pierden su capacidad de tutelar con eficacia los derechos del trabajador<sup>46</sup>, y, por ende, es también frecuente identificar la flexibilidad (o la mayor flexibilidad) del tiempo de trabajo con la prestación de trabajo ligada a la digitalización, aunque lo cierto es que la regulación del tiempo de trabajo prevista con carácter general para el trabajo típico ya es en exceso flexible.

En efecto, aunque la total flexibilización del tiempo de trabajo (el trabajo a llamada) no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, la conjunción de las medidas existentes pueden colocar al trabajador en una situación muy próxima a aquella realidad: la anualización del cómputo de la jornada, las amplias posibilidades de distribución irregular, la ausencia de un tope máximo semanal, la compensación de las horas extraordinarias por descanso, o el trabajo en determinados días de la semana o en determinadas franjas horarias, multiplican el poder de disposición empresarial del tiempo de trabajo<sup>47</sup>, introduciendo un factor de imprevisibilidad en su determinación que es indiscutible fuente de precariedad<sup>48</sup>.

Este poder de disposición se agudiza sobremanera en el contrato a tiempo parcial porque, a la pobreza de horas, se suma una flexibilidad intensificada por el amplio margen que, para la empresa, ofrecen las horas complementarias (pactadas y adicionales) resultando de ello una relación con jornadas apenas previsible (y, frecuentemente, salarios insuficientes). No hace falta decir que, para quien trabaja a tiempo parcial, la certeza acerca de la duración y distribución de la jornada es esencial porque –cuando menos en teoría– la parcialidad sirve a la necesidad de compatibilizar el trabajo con otras actividades (laborales, de conciliación y cuidado, formativas) y, por eso, resulta particularmente grave que la norma articule una regulación tan claramente escorada en favor de los intereses de la empresa y tan deliberadamente desentendida de los efectos nocivos que ello arrostra a la persona trabajadora. Desde una perspectiva más amplia, este desequilibrio es, además, una de las razones que explican la brecha de empleo en perjuicio de las mujeres que son –abrumadoramente– el colectivo que da cuerpo a este tipo de contrato (el 64,79%<sup>49</sup>).

---

<sup>46</sup> MONTROYA MEDINA “Nuevas relaciones de trabajo, disrupción tecnológica y su impacto en las condiciones de trabajo y empleo” *Revista de Treball, economia i societat* 92/2019, pág. 17.

<sup>47</sup> Como señala BASTERRA HERNÁNDEZ, anudadas todas las medidas de flexibilidad que contiene el ET se alcanzaría una suerte de “jornada semanal extrema” en la que el trabajador prestaría sus servicios durante once días consecutivos, a razón de doce horas diarias de trabajo, seguidos de tres días de descanso, lo que se traduce en la realización de ochenta y cuatro horas de trabajo en un ciclo de siete días, a las que habrían de sumarse otras cuarenta y ocho horas prestadas en los cuatro primeros días de la semana sucesiva (“El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español” DL 116/2019).

<sup>48</sup> CAIRÓS BARRETO “Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital” *Bommarzo*, 2021, pág.63; YSAS MOLINERO “La precariedad en el empleo en España: apuntes sobre sus principales condicionantes jurídicos” *Documentación Laboral* 122/2021

<sup>49</sup> “2021. Informe del mercado de trabajo de las mujeres” SEPE

Este panorama no encuentra adecuada compensación en el derecho de adaptación del tiempo de trabajo contenido en el art. 34.8 ET pese a que, en su versión vigente (RDL 6/2019), el precepto reconoce el trabajador un derecho a la adaptación de jornada de contenido más ambicioso que el regulado en su versión original. Más ambicioso porque a su abrigo la persona trabajadora puede adaptar su jornada de maneras muy variadas; más ambicioso, también, porque el derecho de adaptación –aunque ubicado como integrante del régimen jurídico de la jornada– desborda la posibilidad de flexibilizar la jornada para alcanzar también la posibilidad de adaptar el modo en que la prestación se lleva a cabo (trabajo a distancia); y más ambicioso, en fin, porque la nueva dicción –más garantista que la anterior– compele a la empresa a acoger el régimen de ejercicio propuesto por el trabajador o, en su defecto, a ofrecer alternativas que permitan el disfrute del derecho, admitiendo la negativa de la empresa sólo en última instancia y sólo cuando pueda legitimar su oposición en la existencia de una “razón objetiva” suficiente.

No obstante todo ello, aunque este derecho de adaptación es una herramienta que pone en manos de quien trabaja cierta soberanía sobre su tiempo, como elemento de contrapeso del poder empresarial de gestión del tiempo de trabajo, el derecho es limitado. De entrada, porque la posibilidad de adaptar el tiempo de trabajo únicamente opera para cumplir el objetivo de conciliar la vida laboral y familiar, dejando fuera de su radio de acción la posibilidad de adaptar la jornada en favor de la vida “personal” cuyo acompasamiento con el tiempo de trabajo queda en manos de la negociación colectiva. Y, por otro lado, porque los amplios términos en los que se formula el derecho de adaptación propicia un abanico interpretativo que no siempre se traduce en un entendimiento correcto de los derechos de conciliación ni en la práctica aplicativa de la empresa ni en la doctrina judicial que muestra posiciones dispares en cuestiones de tanta importancia que (habida cuenta de la dificultad para que se produzca unificación de doctrina en esta materia) justificarían una intervención normativa para su clarificación (así, no estaría de más, por ejemplo, determinar que la “necesidad de conciliación” se identifica con la necesidad de conciliación “propia” –del titular del derecho– y no exige demostrar la imposibilidad de que concilie la pareja –o incluso otro familiar o un cuidador–). Estas limitaciones hacen observar con creciente interés experiencias como la implantada recientemente en Bélgica que, sin necesidad de alegar necesidades de conciliación, permite distribuir la jornada semanal a interés del trabajador (sin reducción del tiempo de trabajo) siempre que la distribución se mantenga por periodos de 6 meses.

Más allá de la necesidad de establecer un nuevo punto de equilibrio en la gestión del tiempo de trabajo que devuelva cierto protagonismo al trabajador, la gran cuestión pendiente en materia de flexibilidad del tiempo de trabajo enlaza con una concepción de los derechos de conciliación que no arrostre discriminación de género. Aunque los derechos de conciliación establecidos en el ET cumplen los estándares impuestos por la Directiva 2019/1158, resulta evidente que ha de abordarse una reflexión acerca de cómo enderezar el escoramiento

del disfrute que evidencian algunos derechos de conciliación y acerca de cómo minimizar la huella que deja en el trabajo femenino. El hecho de que en 2021 el 85,31% de las personas trabajadoras que disfrutaron de una excedencia por cuidado de hijos y familiares sean mujeres es un elocuente ejemplo de cómo determinados derechos de conciliación experimentan un ejercicio abrumadoramente feminizado (como sucede también con la reducción de jornada por guarda legal) y evidencian la necesidad de corregir esta realidad que lastra la carrera profesional (y su proyección en la protección social) con un sesgo tan claro. Sustituir estos derechos (muy extensos en el tiempo y que no generan derecho a percibir salario o rentas sustitutivas de éste) por otros más flexibles, susceptibles de ser administrados con cierta agilidad por el trabajador y que permitan atender la conciliación desde la corresponsabilidad es, sin duda posible; y ha de hacerse.

Con todo, la descompensada huella que el ejercicio de los derechos de conciliación deja en el empleo femenino no creo que pueda seriamente mitigarse –cuando menos en el corto plazo– sin socializar la labor de cuidado, sin que el poder público asuma de modo suficiente y adecuado la atención de menores, dependientes y mayores (no sólo por este motivo, pero también por este motivo, es urgente poner remedio al clamoroso fracaso del Sistema de Atención a la Dependencia).

### **3.3. La “virtualización” de la prestación de trabajo y sus derivadas**

Unánimemente se había advertido de que la “virtualización” del trabajo traería consigo una intensa demanda de flexibilidad en su organización que se traduciría en una preferencia por el teletrabajo, el trabajo móvil basado en las TIC y el trabajo con horario flexible, fórmulas que sirven eficazmente tanto para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral como para mejorar la potencialidad competitiva y productiva de la empresa. Lo que tal vez no se había previsto (o medido adecuadamente) es la intensa huella que, en elementos tan vitalmente ligados a la laboralidad como el tiempo y el lugar de trabajo, habría de tener la expansión de la prestación de trabajo así modalizada y cómo esta mayor flexibilidad en los parámetros de tiempo y lugar de trabajo se traduciría en una intensificación de las posibilidades de control de la empresa y, por ende, de su poder real.

En efecto, el hecho de que la innovación tecnológica permita prestar trabajo en cualquier lugar y en cualquier tiempo es un factor que juega en favor de las posibilidades de autoorganización del trabajador otorgándole cierta “soberanía” (control, posibilidad de gestión) sobre el desarrollo de su trabajo, pero, simultáneamente, la tecnología permite a la empresa intensificar su control sobre el trabajador –acentuar la posición de subordinación– con una capacidad invasiva desconocida en el pasado. Ello es así no sólo porque la empresa dispone de herramientas que posibilitan el seguimiento puntual, constante (e implacable) de la actividad del trabajador (tanto para los empleos

que gozan de flexibilidad en el parámetro espacio/tiempo como para aquellos otros que carecen de ella) sino porque, además, la posibilidad de procesar, almacenar y transmitir datos incrementa el control empresarial. Desde esta perspectiva, se ha afirmado, con razón, que las innovaciones tecnológicas de los sistemas de información y comunicación –que posibilitan un tratamiento de datos cada vez más fácil y menos evidente– implican un “*plus de peligrosidad*” para el derecho a la intimidad de la persona que trabaja<sup>50</sup>.

La potencialidad invasiva de estas herramientas interpela directamente a los límites que deban observarse en su utilización para garantizar el respeto al derecho a la intimidad de la persona trabajadora ante el uso de medios digitales por parte del empleador, un terreno en el que el Derecho del Trabajo –y su finalidad tuitiva de los derechos del trabajador– cruza su camino con el denominado Derecho Digital<sup>51</sup> –volcado en promover el uso de la tecnología; y sale perdedor. En efecto, más allá del reconocimiento formal del derecho a la intimidad informática que recoge el art. 20 bis ET, la inclusión en la LO 8/2018 –LPDPGDD– de una regulación tan materialmente laboral como es la garantía de los derechos de los trabajadores es indicativa de que, para el legislador, en aquella pugna es prevalente la perspectiva “digital”, la finalidad de promoción del uso de la tecnología en la empresa, en detrimento de la tutela de la dignidad del trabajador y su derecho a la intimidad que constituirían el centro de una regulación laboral. La lectura de los preceptos “laborales” de la LPDPGDD evidencia que ello es así, que la atención de la norma se centra en la efectividad de la medida no en su impacto en la privacidad del trabajador; que la norma, en fin, es más habilitante para el empleador que garantista para el trabajador.

Aunque el lugar de regulación no obsta, claro está, a su naturaleza laboral, a la competencia del orden jurisdiccional social en su tutela y a la pervivencia de las aportaciones que la doctrina judicial y científica han ofrecido respecto del alcance de estos derechos y sus límites, su ubicación extramuros de la norma laboral, además de fructificar en algunas contradicciones e incoherencias notables<sup>52</sup>, tiene un peso simbólico importante porque deja

---

<sup>50</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER “*Derechos fundamentales y derecho del trabajo en el contexto de la economía digital*” en DRL 10/2020, pág. 1235)

<sup>51</sup> Mantiene RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO que la confluencia de uno y otro debiera arrojar como resultado el advenimiento de un “Derecho del Trabajo digital”, una rama del Derecho del Trabajo que aunaría el “alma” tuitiva que le es propia al “alma” alentadora de la digitalización que caracterizaría al derecho digital (RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO y TODOLÍ SIGNES “*Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*”, Aranzadi 2021).

<sup>52</sup> Quizá el más llamativo se encuentra en el art. 90 LPDPGDD que contiene una suerte de “delegación legislativa” autorizante de la intervención del convenio colectivo del todo improcedente teniendo en cuenta que la negociación colectiva puede ocupar todo el espacio que no ocupe la norma imperativa y que, en cualquier caso, la delimitación del papel de la autonomía colectiva es materia propia del ET. Constituye un ejemplo de libro de lo que DESDENTADO llama “*normas replicantes*”, expresión con la que identifica las normas que recogen lo ya establecido en otra parte (“*La legislación como propaganda*”, Diario La Ley, nº 7090, Sección Columna, 12 de enero de 2009, Ref. D-10, Editorial La Ley).

al ET (a la norma laboral básica) al margen de una de las materias que –por encontrarse íntimamente imbricada con sus derechos fundamentales del trabajador– debería formar parte de uno de los pilares básicos. De algún modo este modelo remite a la idea del centrifugado: a un extremo, la norma supranacional (Reglamento UE 2016/679), al otro, la norma especial (LO 8/2018), y el vacío central lo ocupa el ET, carente de verdadero poder regulador. Inicialmente, el carácter orgánico que exige la regulación de esta materia impide residenciarla en el ET pero, de futuro, nada impediría flexibilizar su naturaleza normativa permitiendo que abarque regulaciones propias de ley ordinaria junto a otras sometidas a reserva de ley orgánica (como sucede con otras normas, sin ir más lejos con la LPDPGDD)<sup>53</sup>. Esta articulación bifronte, que permitiría superar una descomposición artificial de materias y contenidos, habrá de ser –a mi juicio– la que sostenga el futuro ET (el ET del siglo XXI).

También ha sido “externalizada” la regulación del teletrabajo, un modo de prestación llamado a ocupar un lugar prevalente en el futuro, que ha sido objeto de una reciente regulación (muy deficitaria y cuestionable) que se plasma extramuros de ET, en una norma especial-como los derechos digitales, pero más radicalmente<sup>54</sup>-. Dejando al margen el efecto mediático que puede tener promulgar una norma monográfica sobre una cuestión candente, es pacífica la idea de que no existe razón que justifique el tratamiento del teletrabajo (más exactamente, de cierto tipo de teletrabajo) en una norma especial<sup>55</sup>, al margen del cuerpo normativo laboral básico que conforma el ET<sup>56</sup>. El efecto disgregador que la norma especial cumple ya es en sí mismo nocivo y alimenta una suerte de “*polisistema normativo*” que amenaza el valor del ET como “*derecho general común del derecho asalariado*”, pero además, colabora eficazmente en detrimento de la seguridad jurídica.

En efecto, ello es así porque esta desafortunada “externalización” del teletrabajo no opera reformando el tratamiento –digamos– general contenido hasta entonces en el ET (art.13) sino que directamente lo sustituye; de tal modo que la norma central (el ET) queda desasistida para afrontar otras for-

---

<sup>53</sup> Baraja también esta idea CABEZA PEREIRO “*Los retos del Derecho del Trabajo ante la salida de la crisis*” en Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, 149/2021, pág.271

<sup>54</sup> Porque en el art. 20 bis ET el reenvío a la legislación especial viene precedido del reconocimiento de los derechos de los trabajadores “*a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de video vigilancia y geolocalización*”.

<sup>55</sup> RDL 28/2020 y posteriormente Ley 10/2021. La norma es pretendidamente urgente, aunque es sorprendente que la regulación haya transitado el camino de la urgencia porque no había ninguna razón para ello dado que lo verdaderamente urgente entonces era ordenar el teletrabajo COVID –huérfano de regulación y semillero de litigios-; y, además, porque su entrada en escena no fue inmediata ya que –según los casos– su aplicación podía demorarse entre uno y tres años, plazo a todas luces incompatible con cualquier idea de perentoriedad.

<sup>56</sup> Por todos, con especial contundencia, CASAS BAAMONDE “*El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia*” en DRL 11/2020, pág. 1417

mas de trabajar en remoto (híbridas, itinerantes, teletrabajo no regular) tan propias y tan esenciales en los modelos de organización productiva que dicta la tecnología, creando una situación de vacío nada recomendable (aunque el vacío no impida que la cobertura del ET alcance al trabajo remoto extra muros del teletrabajo regular objeto de la norma especial).

En otro registro, conviene tener en cuenta que la extendida idea de que la flexibilidad que el teletrabajo ofrece opera en beneficio de la conciliación de la vida laboral y familiar ha de manejarse con extrema cautela para que esta “asociación diabólica” no produzca efectos devastadores desde una perspectiva de género<sup>57</sup>. No hace falta agotar los argumentos para percibir que esa idea no puede sino fructificar en el afianzamiento de los nocivos prototipos culturales que devuelven a las mujeres al trabajo en el hogar, lo que, por un lado, puede dar lugar a una nueva segregación horizontal que situaría mayoritariamente a los varones en los trabajos presenciales y a las mujeres en los trabajos a distancia; y, por otro lado, es el perfecto caldo de cultivo para propiciar que las mujeres aumenten (o cuando menos afiancen) su protagonismo como responsables de las tareas de cuidado. Destruir el estereotipo que asocia el trabajo a distancia con mujeres y cuidados es tan difícil como necesario, y exige una tarea constante de fomento de la corresponsabilidad y de implantación de medidas de acción positiva inversa<sup>58</sup>; un terreno complejo en el que la negociación colectiva tiene mucho que decir.

Finalmente, en un plano más general y aún a riesgo de señalar lo obvio, conviene tener en cuenta el relevante papel que la responsabilidad social puede desplegar a la hora de ordenar el uso de la tecnología en la empresa. Aunque la tecnología es un medio de producción que pertenece a la empresa y está al servicio de sus intereses, una gestión responsable de la tecnología puede permitir que los representantes de los trabajadores (y los propios trabajadores) puedan acceder a los datos que ordenan y controlan la actividad laboral para utilizarlos en defensa de sus intereses; de modo que la tecnología pueda servir al control del cumplimiento de las obligaciones que incumben a las dos partes, operar en beneficio de las dos partes y producir una expansión igualitaria de sus beneficios (desplegando un efecto “democratizador”<sup>59</sup>).

---

<sup>57</sup> RAMOS QUINTANA “*Bases jurídicas para un trabajo a distancia digno: innovaciones tecnológicas y entornos de trabajo digital como trasfondo de la nueva legislación común*” en Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, 149/2021, pág. 159-160.

<sup>58</sup> FERNANDEZ PROL “Teletrabajo en clave de género ¿herramienta de corresponsabilidad o foco de segregación? En AAVV “El futuro del trabajo: Cien años de la OIT”. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019. Más recientemente, SERRANO ARGÜESO “Conciliación corresponsable y trabajo digital e inteligente: no es fácil, pero es posible” en AAVV: “*Tecnología y Trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y de protección social*” –Thompson Reuters Aranzadi– 2021, pág. 125

<sup>59</sup> BAJO GARCIA “*Propuestas para una gestión socialmente responsable por las empresas del impacto de las transformaciones tecnológicas*” en AAVV: “*Tecnología y Trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y de protección social*” –Thompson Reuters Aranzadi– 2021, pág. 272.

### 3.4. La flexibilidad interna como alternativa a la extinción

En un contexto “transicional” como el que origina la innovación tecnológica (intenso y duradero en el tiempo), las herramientas que permiten a la empresa la adaptar las condiciones de trabajo y la dimensión de la plantilla a los nuevos requerimientos, son de fundamental importancia. No sorprende, por eso, que los planes de reforma contemplen el establecimiento de un “*mecanismo permanente de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y recualificación de trabajadores en transición*” que se ha traducido ya en un perfeccionamiento de la figura del ERTE en el reciente RDL 32/2021<sup>60</sup>. El protagonismo alcanzado por los ERTES durante la pandemia y los buenos resultados ofrecidos respecto del mantenimiento del empleo son las razones que explican que a los planes de reforma interese solo el ERTE, pero este prioritario interés no puede eclipsar la necesidad de revisar también las medidas extintivas y modificativas que completan el sistema para evitar que la articulación de las medidas adaptativas (modificativas, suspensivas y extintivas) presenten puntos de fricción importantes.

Este desajuste se aprecia fácilmente con respecto a la inclusión de mecanismos que coadyuven al mantenimiento del empleo del trabajador afectado, cuya presencia se potencia en los ERTES, se descuida en los ERES y tiene un debilísimo reflejo en las modificaciones (en la puntual obligación formativa que atañe a la empresa). En efecto, transformación de un ERTE tradicional (herramienta de flexibilidad interna) en ese mecanismo que colabore a la “*estabilidad en el empleo*” y la “*recualificación de trabajadores en transición*” pasa por dotarle de un elemento formativo; que es lo que hace el RDL 32/2021. Así, el objeto típico de la suspensión contractual y la reducción de jornada por causas empresariales se identifica con el mantenimiento del contrato de trabajo y para sumar a esa finalidad la más amplia del mantenimiento del empleo es preciso incorporar al ERTE mecanismos que coadyuven a la reubicación del trabajador si la continuidad del contrato no se logra. Facilitar formación de los trabajadores afectados es una medida fundamental para conjurar el riesgo de que el ERTE se convierta para el trabajador en la antesala de la pérdida del empleo, al procurarle el sustrato formativo necesario para mantener el empleo ya sea en la propia empresa –si esta necesita una nueva orientación en su organización productiva– ya sea en otra distinta –si la empresa, finalmente, no remonta la causa que le llevó al ERTE–. Desde esa perspectiva, puede decirse que el ERTE es ahora un mecanismo que ofrece al trabajador más garantías, en la medida en que no se dirige sólo a la conservación de su contrato sino, también, a la conservación de sus posibilidades de empleo.

Esta ampliación del objeto del ERTE manifiesta una línea de tendencia en el entendimiento de los mecanismos de flexibilidad que, como era de prever, genera cierto déficit de coherencia interna en el conjunto de medidas de ordenación por causas empresariales (esto es, en relación con los expedientes extintivos y con la modificación sustancial de condiciones de trabajo).

---

<sup>60</sup> Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre (BOE del 30) de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

En primer término, esta coherencia remite a la articulación de los expedientes de regulación temporal con los expedientes extintivos: si de lo que se trata es de que el procedimiento de ajuste sirva para transitar hacia otro empleo (incorporando una suerte de “*outplacement preventivo*”), la mirada ha de fijarse, especialmente, en los aspectos relativos a esta transición. En los ERTE ello se articula con esa faceta formativa que acaba de verse, y, en los ERE ese apoyo a la transición y a la recualificación, básicamente, se identifica con las medidas de acompañamiento<sup>61</sup>, que nunca han merecido suficiente interés y deben ser potenciadas. Por eso, para potenciar en los ERE esa línea que fomenta la empleabilidad del trabajador afectado, lo primero que habría que considerar es que el plan de recolocación externa dejara de ser privativo de los ERES de cierta dimensión (50 trabajadores) y acompañara a todo despido por causas empresariales sea cual fuere su dimensión –individuales, plurales y colectivos–; habida cuenta de que la situación del trabajador despedido con respecto a su empleabilidad es la misma con independencia de la vía extintiva utilizada por la empresa (despido colectivo o despido objetivo) no procede reconocer a unos el derecho que a otros se niega. La “universalización” del plan de colocación implicará, inevitablemente, una importante inversión pública porque el peso económico de estas medidas es previsible no pueda ser soportado por gran parte de las pequeñas empresas que dan cuerpo a nuestro tejido industrial; y, en otro orden de consideraciones, aconseja no descuidar la formación y concienciación de los agentes negociadores cuya preparación deviene crucial para definir con acierto los perfiles del plan y para formular propuestas y medidas adicionales (muy especialmente ello es así teniendo en cuenta que no existe definición legal de lo que el plan deba contener).

En otro registro, se aprecia también un cierto desorden con respecto al carácter negociado de la medida. El ERTE lleva en los genes (desde siempre) un interesamiento del plano colectivo que no siempre está presente ni en el despido por causas empresariales ni en la modificación sustancial de condiciones de trabajo, en los que el carácter negociado sólo emerge cuando se supera determinado umbral de trabajadores afectados. Al margen de que no resulta razonable que, ante la concurrencia de causas empresariales, la suspensión del contrato de un trabajador exija sustanciar un periodo de consultas y, sin embargo, pueda proceder la empresa al despido o dejar sin efecto lo establecido en un acuerdo colectivo informal sin más requisito que notificar la medida por escrito con cierta fundamentación y preaviso, no hay que despreciar la vis atractiva que la sencillez del procedimiento (y la ausencia de control colectivo) puede tener a la hora de decidir la medida a adoptar, lo que, en el panorama actual, puede traducirse en un deslizamiento hacia el despido. A mi juicio, para introducir una mínima coherencia, habría que incluir la instancia colectiva en todo despido y en toda modificación que afecte a los instrumentos colectivamente acordados.

---

<sup>61</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuración de empresas” en “Reestructuraciones empresariales” Congreso anual AEDTSS, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2021, pág. 305 y ss.

En otro plano y al amparo de la creciente importancia de los mecanismos no extintivos, resulta inevitable preguntarse si no sería razonable reflejar esa preferencia subordinando la procedencia de la medida extintiva a la ineficacia de las medidas no extintivas. El debate acerca del lugar que deba ocupar la extinción en el contexto de las medidas de ajuste viene de lejos y no hace falta recordar que, aunque una mejor tutela del derecho al trabajo induce a pensar que lo razonable sería que las herramientas de flexibilidad se utilizasen de un modo ordenado y la empresa sólo pudiera acudir a la extinción en el caso de que le resultara imposible afrontar eficazmente su situación implementando medidas adaptativas<sup>62</sup>, es claro que —en el marco normativo actual— nada permite mantener que la empresa, antes de acudir al despido, deba agotar las medidas de flexibilidad interna, aunque estas resulten factibles, eficaces y suficientes de cara a superar la situación a la que deba hacer frente.

Sin embargo, existe ahora algún elemento diferencial que merece ser tenido en cuenta a la hora de tomar posición. Por una parte, la indubitada apuesta por un mecanismo no extintivo (establecido también como herramienta preferente para hacer frente a futuras situaciones de crisis sistémica —sistema RED—) apunta a una línea de tendencia claramente volcada en la conservación del contrato y, por ende, e implícitamente, en relegar la posibilidad de extinción a un papel secundario. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que ya la legislación de emergencia incluyó un ensayo en este sentido a través de la muy publicitada “*prohibición de despedir*” (art. 2 RDL 9/2020<sup>63</sup>); de modo que la opción de establecer el despido como “última ratio” no solo resultaría acorde con la filosofía que inspira la actual regulación, sino que vendría entroncar con una idea ya implementada (si bien que en un contexto excepcional y limitada temporalmente). La cuestión es buscar el modo de implementar con éxito esa preferencia por las medidas no extintivas y la subsidiariedad del despido y, claro está, qué efectos anudar a los despidos que incumplan la previsión limitativa. Sea cual fuere la fórmula que pueda emplearse para articular la preferencia, es aconsejable aprender de los errores e indicar claramente la calificación que haya de corresponder al despido, evitando seguir el camino empleado por el RDL 9/2020 que —por no destruir la mediática expectativa de que los despidos que incumplieran aquella limitación resultaran ser nulos— no indica cual debe ser la calificación que merecen (a mi juicio, improcedentes<sup>64</sup>) dando lugar a un debate que todavía hoy proporciona una buena dosis de inseguridad jurídica en un contexto especialmente necesitado de certeza.

---

<sup>62</sup> En tanto que armoniza la tutela del trabajo y la libertad de empresa y equilibra el conflicto latente entre las razones del mercado y los valores del trabajo como señalan RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER; VALDES DAL-RE y CASAS BAAMONDE en “Derecho de las relaciones laborales y constitución” en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11 (2018) pág. 1170

<sup>63</sup> “*La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido*”.

<sup>64</sup> Detenidamente, VIQUEIRA PEREZ “Acerca de la calificación del despido que vulnera la pretendida “prohibición de despedir”, en *RJL (BOE) 9/2020*

[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-0000001086](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-0000001086)

#### 4. EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO LA CRISIS COMO OPORTUNIDAD

El proceso de transformación económica y social que provoca la confluencia de factores de cambio tan potentes como la digitalización, la globalización y la experiencia la pandemia impactan en el mundo del trabajo evidenciando la insuficiencia de la regulación laboral –muy especialmente del ET, su elemento central– para dar cauce a la aparición de una nueva realidad (de esta nueva realidad), a la que ya no sirve el molde diseñado para un trabajo heredero del fordismo.

Aunque el ET se ha ido adaptando como buenamente ha podido a los cambios generados por la digitalización, la globalización y la pandemia, el futuro no puede satisfacerse con una norma que adolece hoy de la necesaria coherencia interna y que, con toda probabilidad, tampoco cumple cabalmente con el papel que constitucionalmente tiene asignado. En efecto, el incesante trabajo de “*parqueo*” legislativo al que se ha visto sometido el ET ha operado en detrimento de su coherencia y de su fortaleza estructural, afectadas por la tensión interna que generan los distintos signos que sostienen cada reforma. Pero también esta llovizna constante de reformas ha afectado a su papel constitucional porque el ET ha sufrido un cierto “desguazamiento” que, por un lado, le priva de su naturaleza de norma central en cuestiones trascendentes (como muestra de modo palmario el tratamiento de un asunto tan crucial en el panorama digital como la ordenación del teletrabajo, cuya regulación –como se sabe– se extirpa del ET para llevarla a una norma especial carente de toda justificación –RDL 28/2020; Ley10/2021–); y, por otro, le excluye del tratamiento de los derechos fundamentales de los trabajadores en la relación laboral, muy especialmente –pero no solo– aquellos que lindan con la prestación de trabajo en un entorno digital.

Por eso, para alumbrar la regulación que exige este nuevo mundo del trabajo, es necesario construir un modelo regulatorio sólido para el que, lejos de resultar suficiente implementar las reformas puntuales propuestas al amparo de los planes de recuperación (significativamente Next Generation), será necesario revisar el modelo en general y, muy en particular, el Estatuto de los Trabajadores con la mirada puesta en devolverle su carácter de norma central, epicéntrica (perdido con la “externalización” regulatoria de los derechos digitales y el teletrabajo), y con el objetivo de “impregnar” su contenido de los derechos fundamentales<sup>65</sup>. Como todas las reformas de calado, esta nos proporcionará la oportunidad de elegir el Derecho del Trabajo que queremos; de redefinir el punto de equilibrio del sistema.

A este respecto, conviene no olvidar que la tarea de abordar un escenario de transformación (de crisis) no obliga a abrazar un modelo escorado a

---

<sup>65</sup> Como ya apuntara la conclusión 5 del informe del Grupo FIDE “Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del Grupo FIDE sobre una nueva ordenación consensuada del trabajo y de las relaciones laborales”, que puede consultarse en DRL 11/2016

la protección del mercado en detrimento de la protección de quien trabaja porque –como explica DE LA VILLA– no existe un Derecho del Trabajo de la prosperidad y un Derecho del Trabajo de la Crisis (volcado en el mercado, depauperado, de protección ínfima) sino una opción política acerca de cómo distribuir beneficios y sacrificios<sup>66</sup>. En este sentido, el armazón normativo dictado al amparo de la crisis de 2008 nos proporciona un ejemplo cercano del precio que se paga –en términos de desempleo y precariedad– cuando se opta por una regulación que contempla el trabajo como un fenómeno que se inserta en el mercado operando como un instrumento que obedece al crecimiento económico y la competitividad<sup>67</sup>, y, desde lo que esta experiencia nos enseña, es preciso tratar de conducir el proceso de transformación que atravesamos desde el reconocimiento del valor del trabajo como bien jurídico protegible, estableciendo una distinta distribución de beneficios y sacrificios que fructifique en un sólido modelo de Derecho del Trabajo centrado en la protección de quien trabaja. Esta es la perspectiva a la que apunta el abordaje crisis que origina la pandemia (no sólo en nuestro país) que parece anunciar, en efecto, un cambio de rumbo en la regulación laboral en sentido amplio.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALVAREZ ALONSO, “*El ordenamiento laboral ante los desafíos de la fragmentación empresarial y la atomización del trabajo*”, Trabajo y Derecho, 38/2018.
- ALVAREZ DE LA ROSA, “*Tiempo de trabajo y productividad: la jornada semanal de cuatro días*” Trabajo y Derecho 13/2021.
- BAJO GARCIA, “*Propuestas para una gestión socialmente responsable por las empresas del impacto de las transformaciones tecnológicas*” en AAVV: “*Tecnología y Trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y de protección social*” –Thompson Reuters Aranzadi– 2021.
- BALLESTER PASTOR, “*La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo*” RDS 62/2013.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, “*El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español*” Documentación Laboral 116/2019.
- BRUDER JESSICA, “*País nómada (Supervivientes del siglo XXI)*” (Capitán Swing Libros) 2020.
- CABEZA PEREIRO, “*La digitalización como factor de fractura en el mercado de trabajo*” Temas Laborales 155/2020.
- CABEZA PEREIRO, “*Los retos del Derecho del Trabajo ante la salida de la crisis*” en Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, 149/2021.

---

<sup>66</sup> DE LA VILLA GIL “El Derecho del Trabajo a mis 80 años” (Editorial Universitaria Ramón Areces) Madrid, 2015, pág 115

<sup>67</sup> CASAS BAHAMONDE “Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19 ¿y después?” Discurso de recepción como académica de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, (Cinca) 2021, pag. 289

- CAIRÓS BARRETO, “Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital” Bomarzo, 2021.
- CAMPBELL, “¿Puede atajarse la desigualdad en el ámbito de la tecnología digital?” en Revista internacional del trabajo 120, 2/2001.
- CASAS BAAMONDE, “El Derecho del trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia” en Derecho de las Relaciones Laborales 11/2020.
- CASAS BAAMONDE, “Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19 ¿y después?” Discurso de recepción como académica de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, (Cinca) 2021.
- DESENTADO BONETE, “La legislación como propaganda”, Diario La Ley, nº 7090, Sección Columna, 12 de enero de 2009, Editorial La Ley.
- CRUZ VILLALON, “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales” en AAVV “El empleador en el Derecho del Trabajo” Madrid, Tecnos, 1999.
- CRUZ VILLALON, “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía” Temas Laborales 138/2017.
- DÄUBLER, W., “Nuove tecnologie: un nuovo diritto del lavoro?”, Giornale de Diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1985.
- DE LA PUEBLA PINILLA, “La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: aspectos laborales” Aranzadi, Pamplona, 2005.
- DE LA VILLA GIL, “El Derecho del Trabajo a mis 80 años” Ramón Areces, Madrid 2015.
- DEL REY GUANTER, “El ET ante el impacto de las tecnologías disruptivas” en “El Estatuto de los Trabajadores cuarenta años después”, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020.
- FERNANDEZ DOMINGUEZ, “Automatización y empleo: la paradoja de Polanyi revisitada” en Revista crítica de Relaciones de Trabajo –Laborum– 1/2021.
- FERNANDEZ PROL, “Teletrabajo en clave de género ¿herramienta de corresponsabilidad o foco de segregación?” En AAVV “El futuro del trabajo: Cien años de la OIT”. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.
- GARCIA RUBIO, “El empleo y la relación laboral en el nuevo horizonte tecnológico: una visión transversal sobre los efectos de la digitalización” en Teoría y Derecho 23/2018.
- GOERLICH PESET, “¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo” en Gazeta Sindical 17/2016.
- MELLA MENDEZ, “La empresa como entidad formadora de los trabajadores, especialmente en competencias digitales” en RGDTS 56/2020.
- MERCADER UGUINA, “El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica” Tirant Lo Blanch, 2017.
- MERCADER UGUINA, “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico” en Trabajo y Derecho 63/2020.
- MERCADER UGUINA, “El nuevo modelo de trabajo autónomo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales” Diario La Ley, 9, Julio 2017.
- MONTOYA MEDINA, “Nuevas relaciones de trabajo, disrupción tecnológica y su impacto en las condiciones de trabajo y empleo” Revista de Treball, economia i societat 92/2019.

- OLARTE ENCABO, “Brecha digital, pobreza y exclusión social” *Temas laborales* 138/2017.
- PALOMEQUE LOPEZ, “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica” *Revista de Política Social* 143/1984.
- PEREZ DE LOS COBOS, “Nuevas tecnologías y relación de trabajo”, Tirant Lo Blanch, 1990.
- RAMOS QUINTANA, “Bases jurídicas para un trabajo a distancia digno: innovaciones tecnológicas y entornos de trabajo digital como trasfondo de la nueva legislación común” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 149/2021.
- RIFKIN, “*El fin del trabajo*”; Paidós, 1996.
- RODRIGUEZ FERNANDEZ, “Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital” contribución a la Conferencia Nacional OIT “*El futuro del trabajo que queremos*”, Madrid, 2017.
- RODRIGUEZ FERNANDEZ, “*Humanos y robots: empleos y condiciones de trabajo en la era tecnológica*”, Bomarzo, 2020.
- RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER; VALDES DAL-RE y CASAS BAHAMONDE, en “*Derecho de las relaciones laborales y constitución*” en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11/2018.
- RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “*Derechos fundamentales y derecho del trabajo en el contexto de la economía digital*” en *Derecho de las Relaciones Laborales* 10/2020.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO y TODOLÍ SIGNES, “*Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*”, Aranzadi 2021.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, “*El trabajo 3.0 y la regulación laboral: un enfoque creativo en su tratamiento legal*” (2016) <https://grupo.us.es/iwpr/2016/09/07/el-trabajo-3-0-y-la-regulacion-laboral-por-un-enfoque-creativo-en-su-tratamiento-legal/>
- SANGUINETTI RAYMOND, en “*La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad*” (<https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2021/05/15/la-presuncion-de-laboralidad-de-los-riders-o-como-se-consiguio-la-cuadratura-del-circulo-de-la-laboralidad/>).
- SERRANO ARGÜESO, “*Conciliación corresponsable y trabajo digital e inteligente: no es fácil, pero es posible*” en AAVV: “*Tecnología y Trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y de protección social*” –Thompson Reuters Aranzadi– 2021.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, “*Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuración de empresas*” en “*Reestructuraciones empresariales*” Congreso anual AEDTSS, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2021.
- TODOLÍ SIGNES, “*Propuesta de Directiva Europea sobre el trabajo en plataformas digitales. Comentario breve*”, <https://adriantodoli.com/2021/12/09/propuesta-de-directiva-europea-sobre-el-trabajo-en-plataformas-digitales-comentario-breve/>
- TODOLÍ SIGNES, “*El trabajo en la era de la economía colaborativa*” Tirant Lo Blanch 2017.
- TRILLO PÁRRAGA, “*Trabajo decente y economía digitalizada*” en “*El futuro del trabajo que queremos*” Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017.

- VALVERDE ASENCIO, “*Nuevas capacitaciones profesionales para la mejora de la empleabilidad en el proceso de digitalización: un debate necesario sobre la formación y las políticas activas de empleo*” en *Temas Laborales* 148/2019.
- VALDES DAL-RE, “*Nuevas formas de organización de la empresa, globalización y relaciones laborales*” en “*RL, organización de la empresa y globalización*” Cincia 2010.
- VEGA RUIZ, “*Los nuevos paradigmas de la relación de trabajo: el dilema humanización, flexibilidad y producción*” en “*El futuro del trabajo que queremos*” Madrid, ministerio de Empleo y Seguridad Social 2017.
- VIQUEIRA PEREZ, “*Regulación temporal de empleo y protección por desempleo*” *Cuadernos del Mercado de Trabajo* 7/2011.
- VIQUEIRA PEREZ, “*Acerca de la calificación del despido que vulnera la pretendida “prohibición de despedir”*”, en *RJL (BOE)* 9/2020  
[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001086](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001086)
- YSAS MOLINERO, “*La precariedad en el empleo en España: apuntes sobre sus principales condicionantes jurídicos*” *Documentación Laboral* 122/2021.
- ZANELLI, “*Impresa, lavoro e innovacione tecnologica*” Giuffrè, 1985.

ACCESO AL EMPLEO, FORMACIÓN Y CONTRATACIÓN  
EN EL CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

## **SUMARIO**

I. PRESENTACIÓN. 2. EL MERCADO DE TRABAJO EN LA ECONOMÍA DIGITAL. 3. DIGITALIZACIÓN Y ACCESO AL EMPLEO. 3.1.– El demandante de empleo en el mercado de trabajo digital. 3.2. Los empleadores en el mercado de trabajo digital. 3.3. Los servicios públicos de empleo. 3.4. Otros proveedores de servicios relacionados con el empleo. 4. DIGITALIZACIÓN Y FORMACIÓN. 5. DIGITALIZACIÓN Y CONTRATACIÓN. 6. EL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL. 7. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

*“La digitalización permite servicios innovadores, nuevos modelos de negocio y nuevas formas de organización del trabajo. La digitalización, estimulada por grandes cantidades de datos y tecnologías potentes como la inteligencia artificial (IA), está conectando el mundo, impulsando la cooperación internacional y racionalizando el funcionamiento de las organizaciones y la gestión de los trabajadores (...) Junto con estas oportunidades, la transformación digital también plantea desafíos.”*

***COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Mejores condiciones de trabajo para una Europa social más fuerte: aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo”***

## 1. PRESENTACIÓN<sup>1</sup>

EUROFOUND define la digitalización como la integración progresiva de las tecnologías digitales y de los datos digitalizados en la economía y en la sociedad. En esta ponencia estudiaré el impacto de este fenómeno en tres momentos del desarrollo de la relación laboral, los que le dan nombre: acceso al empleo, formación y contratación (EUROFOUND, 2021).

Estos tres elementos tienen en común el producirse en momentos iniciales de esta relación, aunque la formación lo hace también a lo largo del desarrollo de ésta. Todas tienen que ver con la política de empleo, así como el hecho de desarrollarse, en muchos casos, en el seno del mercado de trabajo, más que en el contexto de una relación laboral. Nos movemos, pues, en el ámbito del Derecho del Empleo. Y de la misma manera que se está construyendo un Derecho Digital del Trabajo podemos sostener que lo está haciendo el Derecho del Empleo Digital, que englobaría las reglas que gobiernan el funcionamiento del mercado de trabajo en fases avanzadas de

---

<sup>1</sup> Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322. Esta ponencia es un resultado científico del proyecto de investigación FEDER18-1264479 “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social”.

su proceso de digitalización, y el estatuto jurídico de los sujetos que operan en éste.

Con la excepción de la contratación, que siempre ha sido un tema *ma-yúsculo*, se trata de cuestiones tradicionalmente menores para la doctrina *iuslaboralista*. Hoy el Derecho del Empleo ha visto reconocido su estatus académico y científico, sin duda, pero es llamativo cómo en los debates sobre la digitalización esta materia siempre ha quedado un poco en segundo plano, oscurecida por otras más visibles.

El objetivo de esta ponencia es poner de manifiesto la relevancia de este fenómeno para la regulación legal del mercado de trabajo, identificando las carencias de ésta y señalando los cambios normativos que exige, a la vez que contribuir a la construcción de derechos digitales específicos de estas fases de la relación laboral.

## 2. EL MERCADO DE TRABAJO EN LA ECONOMÍA DIGITAL

Los tres aspectos que voy a analizar tienen en común su relación con el mercado de trabajo, como se ha dicho. Resulta oportuno por ello partir del impacto de la digitalización en este mercado (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, 2021).

El impacto más claro es el que se produce en los perfiles profesionales demandados, que cambian radicalmente respecto de las tradicionales, con consecuencias en las necesidades formativas y en las expectativas profesionales de los trabajadores, pero también en las políticas de contratación y retención de las empresas. Cambian también los ritmos de actualización de las competencias profesionales, a medida que se acelera el paso de los cambios tecnológicos. Los riesgos de obsolescencia, de déficits formativos sobrevenidos y de expulsión se incrementan.

Se ha generado una verdadera brecha digital, cuyos efectos se notan en todos los campos pero que son especialmente visibles en el mercado de trabajo (CABEZA PEREIRO, 2020). Este fenómeno tiene consecuencias muy graves, que además se retroalimentan con otros factores de segmentación en este mercado, produciendo desigualdad, exclusión, desequilibrios, desajustes y desencuadramientos.

En el mercado del trabajo digital existe un alto nivel de segregación entre los distintos colectivos, producida tanto por la brecha digital como por la obsolescencia de perfiles y competencias profesionales. Las diferencias en cuanto a expectativas, oportunidades y condiciones laborales se han incrementado progresivamente, contribuyendo a incrementar la desigualdad que hoy caracteriza a nuestras sociedades.

La segregación nos apunta a otro fenómeno ciertamente original, el del empoderamiento de algunos trabajadores, el poder de negociación que han adqui-

ruido frente a potenciales empleadores. Esta realidad, limitada todavía a ciertos colectivos, es seguramente el cambio más importante en la transición digital, y altera muchas de las asunciones de partida sobre las que se han construido las políticas de empleo hasta la fecha. Este cambio en el equilibrio de poderes, unida a elementos culturales, explica en gran medida la forma de relacionarse con las empresas en esta tercera década del siglo, y da sentido a fenómenos como la elevada rotación o incluso el abandono la actividad laboral.

Al margen de estas tendencias generales, hay algunos factores particulares a estas alturas del siglo XXI que conviene igualmente tener en cuenta para poder valorar adecuadamente las instituciones jurídicas que se analizan en esta ponencia.

La primera es que nos encontramos en mitad de un proceso de transición. Una transición global, con mayúsculas si se quiere, que es el tránsito hacia un nuevo modelo económico. Se habla, así, de la transición hacia una economía verde y digital, que supondrá un modelo económico en gran medida alternativo al actual. Esto generará importantes y complicados trasvases de personas entre sectores económicos, con las consiguientes demandas de formación, asesoramiento y apoyo.

Esta transición se va a ver acompañada de procesos de transformación digital en las empresas, mediante un uso más intenso y estratégico de la tecnología. Esto generará presión sobre sus plantillas, exigiéndoles nuevas cualificaciones y competencias profesionales, a un nivel micro. Puede provocar rotación, voluntaria o involuntaria; y demanda de servicios en el mercado de trabajo.

Por otra parte, en el mercado de trabajo digital el comportamiento de los trabajadores es también diferente, con modelos de carrera profesional distintos a los tradicionales. Se produce aquí una tendencia que es el resultado de múltiples factores, siendo el componente tecnológico y organizativo sólo uno de ellos. Muchos profesionales contemplan una trayectoria profesional en una pluralidad de empresas. La promoción profesional, el desarrollo personal y la adquisición de nuevas competencias se vinculan muchas veces con un cambio de empleador. También son “transiciones”, aunque en un sentido completamente diferente; micro o con minúsculas, frente a la macrotransición antes señalada. Las personas mantienen una relación dinámica con el mercado de trabajo, ante las nuevas oportunidades de encontrar ocupación. Su demanda de servicios de apoyo a estas transiciones se multiplica, como consecuencia de ello.

Podemos señalar también, para terminar, como un fenómeno emergente el de la “gran renuncia”, el abandono masivo de empleos hasta el punto de que las empresas no pueden cubrir sus vacantes. Este fenómeno está obligando a las empresas a cambiar sus pautas de contratación, y tiene relación con los procesos de digitalización. Por ejemplo, las oportunidades que las plataformas ofrecen para mantener una relación diferente con el empleo, más discontinua y gestionada por el propio profesional, que puede acceder a ocupaciones cuando lo necesita o le conviene, para desactivarse laboralmente cuando

le interesa; o la disponibilidad de formas de trabajo remoto, que amplían las posibilidades de organizaciones de la vida personal y profesional no convencionales hasta ahora. La alta demanda de ciertos perfiles tecnológicos facilita el abandono del trabajo asalariado, en la medida en que se tienen garantías de poder encontrar uno nuevo si se quiere volver.

Los mismos cambios tecnológicos son un factor que lleva a los trabajadores a abandonar sus empleos. Esto es lo que ha ocurrido en Estados Unidos con el teletrabajo durante la pandemia, al haber personas que no han estado dispuestos a regresar a sus puestos presenciales. Además, algún estudio reciente ha señalado que entre los factores que llevan a las personas a abandonar sus puestos de trabajo se encuentran un excesivo ritmo de cambio tecnológico en la empresa, que genera tensiones e incomodidad en el puesto, haciéndolo menos atractivo y fomentando la búsqueda de alternativas.

Todos estos fenómenos coadyuvan a producir un mismo efecto, un notable incremento en la movilidad de las personas. Tenemos un mercado mucho más dinámico, transicional, con el que los ciudadanos se relacionan de otra manera, continuamente a lo largo de la vida laboral. Transiciones, empoderamiento y segregación serían, así, las notas que mejor lo caracterizarían.

### 3. DIGITALIZACIÓN Y ACCESO AL EMPLEO

Entendiendo la digitalización en el sentido amplio antes indicado, es posible identificar múltiples planos en los que ésta está afectando al acceso al empleo y a su regulación (MERCADER UGUINA, 2020). Éste se configura como un proceso, con distintas modalidades, en el que surgen diversas necesidades a las que una pluralidad de sujetos da respuesta. Ya era una actividad complicada antes de la digitalización; ésta no ha hecho sino incrementar este carácter.

Es éste un campo, además, cuya regulación es relativamente reciente, al menos en comparación con otros, dado que los elementos centrales del modelo actual se cerraron en el período de reformas de 2010-2013. Cabría esperar, por ello, que el marco normativo fuera adecuado, eficiente y sin muchos problemas de obsolescencia normativa. Veremos que, sin embargo, esto no es así.

#### 3.1. El demandante de empleo en el mercado de trabajo digital

El demandante de empleo es el actor protagonista en el mercado de trabajo, y la regulación de éste se centra fundamentalmente en la satisfacción de sus necesidades y en su tutela durante sus transiciones laborales. Pero hay que partir de un dato, la enorme diversidad de situaciones en las que se encuentran las personas que transitan por éste, como consecuencia del distinto impacto que la digitalización produce según perfiles profesionales, empleadores, edades o localización. La segregación de la población activa tiene que ver no sólo con las expectativas de empleo, sino también con la disponibili-

dad de las competencias digitales necesarias para gestionar con éxito las transiciones profesionales, en un entorno donde los canales de acceso al empleo están altamente tecnificados. La brecha digital limita las expectativas, pero también los mecanismos de búsqueda de ocupación; carecer de alguno de éstos supone un verdadero hándicap.

Se ha acuñado la expresión “workmads” para denominar a un colectivo de personas que, aprovechando sus perfiles profesionales altamente demandados y las posibilidades abiertas para el trabajo remoto, cambian continuamente de empleador, de sector o incluso de profesión, de manera voluntaria. Aunque estos nómadas, que en muchos casos son nómadas digitales, sólo son una minoría de la población activa su comportamiento apunta a tendencias venideras.

Suelen coincidir en estas personas los dos elementos que aseguran el éxito en las transiciones profesionales, un perfil demandado y unas competencias para encontrar las oportunidades laborales. A pesar de tener una mayor rotación laboral son capaces de autogestionar su paso por el mercado de trabajo, del que hacen un uso estratégico para diseñar carreras profesionales de calidad. Sus necesidades en este campo se cubren con determinados canales digitales, cuando no son directamente contactados por head hunters. No son, por ello, usuarios de los proveedores de servicios tradicionales, especialmente de los públicos. Son los otros, las personas perjudicadas por la digitalización, las que tienen que recurrir a todos los instrumentos disponibles para encontrar empleo. Esto genera una nueva segregación, concentrando a estos colectivos desfavorecidos en cuanto a las oportunidades en los proveedores públicos; mientras que los privados, más utilizados por los empleadores potenciales, se dirigen a las personas con mejores expectativas de ocupación.

Éste es un escenario que en gran medida ya es real, y que incluso se racionaliza como una manera de ser más eficiente en el apoyo público a los desempleados. Pero que no se puede aceptar acríticamente como algo inevitable, dado lo grave de sus consecuencias: estigmatización de las personas que acuden a los servicios públicos de empleo (en adelante SPE); pérdida de control sobre el mercado por parte de éstos; privatización del apoyo a la búsqueda de empleo... Los SPE no pueden ser unos proveedores de nichos del mercado, por más que tengan que especializarse en éstos; su actuación debe ser global, actuando sobre el conjunto de las operaciones que se producen en éste.

Un comportamiento transicional limitado a una misma profesión y sector tiene sus consecuencias jurídico-laborales. Una persona va a haber estado vinculado con una pluralidad de empleadoras, a veces varias veces con la misma; esto proporciona relevancia a la relación con éstas, como exempleado que ha obtenido una formación costosa y accedido a unos conocimientos técnicos relevantes. Esto generará nuevos riesgos y regulaciones, vinculados con la permanencia, la no competencia y la confidencialidad, además de la identificación de nuevos incumplimientos legales, como competencia desleal

(artículo 13 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal) o violación de secretos empresariales (artículo 3 Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales).

Se está produciendo también la generalización de unos particulares esquemas de acceso al empleo, que no se produce ya mediante la contratación directa del trabajador. Hace ya tiempo que se denuncia una práctica de integración progresiva en las empresas, en la que el acceso al empleo indefinido se convierte en la etapa final de un proceso iniciado por la contratación temporal, a veces vía empresa de trabajo temporal (en adelante ETT). Pues bien, cada vez es más común que se añadan nuevas etapas previas, bien articuladas como prestaciones no retribuidas (prácticas generalmente, a veces voluntariado), bien pagadas mediante becas. Estas formas de acceso no laborales se producen sobre todo en puestos de cualificación media y alta, incluso en sectores de alta tecnología, ya que en estos se requiere una formación superior que es la que en muchos casos permite acudir a becas y a prácticas.

La búsqueda digital de empleo utiliza otros canales, como las redes sociales y los portales de empleo, alejándose de los tradicionales; éstos, especialmente las agencias privadas de colocación (APC) y los SPE, han tenido que adaptarse estando presentes en estos canales, que han dejado de ser alternativos o rompedores para ser, en la actualidad, las formas normalizadas de encontrarse oferta y demanda. La forma de acceder a estos canales es multicanal, incluyendo portales y apps. Esto facilita la accesibilidad continua, una disposición inmediata de la información y la capacidad de reaccionar inmediatamente a las ofertas.

La búsqueda de empleo por canales tecnológico se convierte en la construcción de una identidad digital, o de un “candidato digital” (LÁZARO SÁNCHEZ, 2018) una tarea compleja en la que se puede producir de nuevo un fenómeno de segregación, ya que el éxito en esta tarea depende directamente de las competencias digitales de las que se disponga. De la misma manera, la reputación digital se convierte en el factor determinante, junto con la formación, del éxito en la búsqueda de empleo (CALVO GALLEGO, 2020; FERNÁNDEZ GARCÍA, 2018; PAZOS PÉREZ, 2020), lo que supone un riesgo para las personas en la medida en que una parte importante de su construcción escapa de su control, además de exigir unas competencias que no todos tienen.

En conclusión: en el mercado digital las personas disponen de más instrumentos, y mayor capacidad de autogestión, pero a la vez tienen nuevas necesidades; y tienen también el derecho a que éstas se satisfagan, de acuerdo con el artículo 29 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Se pueden identificar algunos derechos en este campo, como el de disponer de las competencias digitales necesarias para la búsqueda de empleo, la accesibilidad, la protección de los datos personales generados durante los procesos de colocación, la calidad y veracidad de las ofertas que circulen por los distintos canales, el control de la identidad digital, la no discriminación

algorítmica... La obligación de darles respuesta corresponde a los poderes públicos, que deben hacer lo posible para asegurar lo que en el ámbito de la Unión Europea se ha calificado como “economía digital inclusiva”.

### **3.2. Los empleadores en el mercado de trabajo digital**

La digitalización afecta también a los empleadores, cuya situación en el mercado varía a medida que cambia la oferta de mano de obra, se modifican sus necesidades de personal y se digitalizan ellos mismos como organizaciones. Cambia la relación de la empresa digitalizada con el ordenamiento jurídico, adoptando formas, estructuras y procesos que les permiten diseñarse un marco de obligaciones legales adaptado a su modelo de negocio, a través de la localización estratégica y la *regulatory arbitration*. Se incrementa también su capacidad de adaptación, adoptando un modelo de “empresa líquida”. Y en algunos sectores generan situaciones monopolísticas que les garantizan un poder de mercado y una capacidad de autorregulación efectiva sin precedentes.

Ante la rotación y el abandono laboral la “retención del talento” se convierte en una prioridad, cuya puesta en práctica exige cambios en las políticas de recursos humanos. Para poder obtener los recursos que se requieren hay que optimizar el acceso al colectivo de potenciales candidatos, y diseñar ofertas que resulten atractivas. Esto se consigue no sólo con los parámetros tradicionales (retribución, condiciones de trabajo, opciones de carrera profesional), sino otros nuevos (imagen corporativa, responsabilidad social, conciliación, clima laboral), incluyendo las expectativas de actualización profesional. No basta con que una oferta se atractiva, debe serlo la propia entidad empleadora.

Las empresas ya no contratan para cubrir puestos vacantes, sino para asegurar un ingreso continuo de personas cualificadas, diseñando procesos de selección abiertos y continuados, accesibles desde las páginas web corporativas como un contenido imprescindible de éstas. Se da la circunstancia de que muchos empleadores privados están diseñando procesos de incorporación que cada vez se parecen más a los que tradicionalmente se han asociado con el sector público: publicidad, igualdad de oportunidades, pluralidad de fases, objetivización de las pruebas...

La cosecha continua de datos genera deberes precisos de acuerdo con la legislación de protección de éstos. Cada vez se perfila más la figura de un nuevo sujeto del Derecho del Empleo, el pre-empleado o candidato a un puesto de trabajo, que ha dado ya los primeros pasos hacia una posible incorporación a la empresa. También ganan importancia cuestiones como la exigibilidad jurídica de las ofertas de empleo o la veracidad de los datos aportados por las dos partes.

La digitalización ha alcanzado con fuerza a los procesos de selección, hablándose ya de un “reclutamiento tecnológico” (ALAMEDA CASTILLO, 2021). Esto responde no sólo a cuestiones de eficacia o economía, sino tam-

bién para adaptarse a los perfiles de las nuevas generaciones de demandantes de empleo, facilitando el acceso a éstas. Muchos son los instrumentos digitales que se utilizan en esta tarea, aunque hay dos de éstos merecen una atención particular: la utilización de las redes sociales y el uso de los algoritmos en los procesos de búsqueda de empleo.

Comenzando con las redes sociales, éstas son utilizadas por las empresas como una forma de comunicar con potenciales candidatos para cubrir sus vacantes; pero también como forma de obtener información sobre las personas que ya han contactado con la empresa para interesarse por las oportunidades profesionales. El rastreo de las redes es una práctica común en estos procesos de acceso (ADECCO INSTITUTE, 2019; INSTITUTO CUATRECASAS, 2017). Se ha planteado la licitud de estas prácticas, desde el punto de vista del derecho a la intimidad, la protección de datos y la buena fe. Puede existir una causa legítima para este tratamiento, pero sólo será completamente legal si cumple con las exigencias legales en cuanto a la información a los candidatos, el alcance de los datos obtenidos y el tratamiento de éstos (GOÑI SEIN, 2018).

La AEPD considera que la indagación en los perfiles de redes sociales de las personas candidatas a un empleo sólo se justifica si están relacionados con fines profesionales. Además, el tratamiento de los datos obtenidos por esta vía únicamente será posible cuando se demuestre que dicho tratamiento es necesario y pertinente para desempeñar el trabajo. La persona afectada tiene derecho a ser informada sobre ese tratamiento en todo caso (AEPD, 2021; en el mismo sentido el Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo del Grupo de Trabajo del artículo 29).

Estos canales digitales operan en todas direcciones: al igual que conforman la reputación del trabajador lo hacen también para los sujetos que los emplean. Para perfiles profesionales escasos resulta importante conocer qué tipo de empleador quiere reclutarlos. Una empresa con mala reputación puede tener dificultades para cubrir sus vacantes, y esto supone una importante desventaja competitiva.

El problema del “empleo descontento” es una realidad para muchas empresas, especialmente en entornos de alta presión como pueden serlo las digitalizadas. Éstas, todas en realidad, tienen que estar atentas a la imagen que se genera de ella, lo que obliga a una gestión de perfiles. Se plantea aquí una nueva variante, la de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales para personas que trabajan, un asunto clásico para el que se dispone de abundante material jurisprudencial y doctrinal, y cuyo marco normativo está más o menos claro. Podemos encontrar aquí, de alguna manera, otra manifestación del empoderamiento de las personas que trabajan en la economía digital.

En relación con los algoritmos la situación es parecida: una práctica generalizada, de la que se conocen los riesgos pero para la que se disponen de pocos instrumentos que garantice un uso adecuado. El mayor riesgo es la “discriminación algorítmica”, que las fórmulas se construyan sesgadas, o generen sesgos en su aplicación práctica, en perjuicio de ciertos colectivos (FERNANDEZ

GARCÍA, 2020; SÁEZ LARA, 2020). La IA aparece cada vez más como un tercer sujeto en las relaciones laborales, que aunque no es ajena al empleador actúa con autonomía frente a él (VALVERDE ASENCIO, 2020). La identificación de responsabilidades puede diluirse, tanto por la idea de que no se participa en la decisión porque ésta es automática, como por la pretendida objetividad de la decisión automatizada, y por la dificultad de asignar responsabilidades entre el diseñador de la herramienta y la entidad que la aplica.

La AEPD admite su utilización de estas herramientas con salvaguardas: que se prevea algún mecanismo de intervención humana significativa si la persona afectada así lo solicita; que exista algún cauce para que esta persona exprese su opinión e impugne la decisión; que se garantice el derecho a recibir una explicación de la decisión tomada después; y que se realice una evaluación de impacto en el diseño e implementación del algoritmo (AEPD, 2021).

La Declaración Europea de Derechos Digitales y Principios para la Década Digital (European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade, COM(2022) 28 final), recoge derechos para las personas en relación con estos mecanismos: garantizar la transparencia sobre el uso de algoritmos e inteligencia artificial, y que las personas estén empoderadas e informadas cuando interactúen con ellos; garantizar que los sistemas algorítmicos se basen en conjuntos de datos adecuados para evitar la discriminación ilegal y permitir la supervisión humana de los resultados que afectan a las personas; garantizar que las tecnologías, como los algoritmos y la inteligencia artificial, no se utilicen para predeterminar las decisiones de las personas, entre otros, en materia de empleo; establecer salvaguardias para garantizar que la inteligencia artificial y los sistemas digitales sean seguros y se utilicen respetando plenamente los derechos fundamentales de las personas.

Algunos desarrollos han completado el marco general, establecido en el artículo 22 Reglamento General de Protección de Datos, adaptándolo para la gestión algorítmica de las relaciones laborales, específicamente en los procesos de selección. La Carta de Derechos Digitales de la Ciudadanía ha establecido que *“en los entornos digitales y el teletrabajo las personas trabajadoras del sector público o privado tienen derecho con arreglo a la normativa vigente, a (...) la garantía de sus derechos frente al uso por la entidad empleadora de procedimientos de analítica de datos, inteligencia artificial y, en particular, los previstos en la legislación respecto del empleo de decisiones automatizadas en los procesos de selección de personal”*. La reciente modificación del TRLET por el RDL 9/2021 (conocido como “Ley Rider”) ha generado auténticos derechos y obligaciones en esta materia. Cuando el artículo 64.4.d) TRLET reconoce el derecho de los representantes de la plantilla a *“ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial”*, se dice expresamente que se hará cuando éstos *“afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en (...) el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”*. Es claro que las decisiones adoptadas en los procesos de selección con el apoyo de estas tecnologías caen dentro del deber de in-

formación que establece este precepto estatutario (TODOLÍ SIGNES, 2020; GÓMEZ GORDILLO, 2020). Resulta llamativa la coincidencia en señalar cómo uno de los ámbitos en los que los algoritmos deben ser controlados a los procesos de selección.

Esta visión es compartida por la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (COM/2021/206 final), la conocida como “Ley De Inteligencia Artificial”, en cuyos considerandos se afirma que “*deben considerarse de alto riesgo los sistemas de IA que se utilizan (...) para la contratación y la selección de personal*”, puesto que “*dichos sistemas pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo contra las mujeres, ciertos grupos de edad, personas con discapacidad o personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación*”. En su Anexo III se enumeran los “sistemas de IA de alto riesgo” previstos en el apartado 2º de su artículo 6, entre los que se incluyen los destinados a utilizarse “*para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas*”. Esta calificación como sistema de alto riesgo impone un paquete de obligaciones a los proveedores y usuarios de la herramienta algorítmica: entre otras cosas, la exigencia de una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente; un sistema de gestión de riesgos; prácticas adecuadas de gobernanza y gestión de datos; elaboración de documentación técnica; capacidades de registro; transparencia y comunicación de información a los usuarios; vigilancia humana; y obligaciones de precisión, solidez y ciberseguridad.

En el caso particular de los trabajadores de plataforma, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales (COM(2021) 762 final 2021/0414) incluye derechos específicos para las personas sujetas a la gestión algorítmica propia de estas empresas, a saber: derecho a ser informadas sobre los sistemas automatizados de seguimiento y toma de decisiones que utilizan y sobre cómo estos afectan a sus condiciones de trabajo, así como sobre los aspectos que determinan o sustentan las decisiones más significativas; protección de los datos personales, prohibiendo a las plataformas recoger los que no estén directamente relacionados con el trabajo realizado; garantía del seguimiento humano, mediante la supervisión y evaluación del impacto de las decisiones en aspectos relativos a las condiciones de trabajo, como la remuneración o el tiempo de trabajo; y el derecho a impugnar las decisiones automatizadas, garantizando el acceso a un contacto humano para tratar las decisiones que les afecten de manera significativa.

Son frecuentes las pruebas automatizadas en los procesos de selección, tanto tests como entrevistas con robots o resolución de problemas; así como la gamificación de estas pruebas, mediante videojuegos en los que los candidatos toman decisiones de las que se deduce información para basar una

decisión de contratación. Algunas de estas pruebas son en realidad interfaces que ocultan un algoritmo que es el que realmente toma la decisión, algo de lo que los candidatos deberían estar perfectamente informados. La posibilidad de generar perfiles a través de estas pruebas nos lleva de nuevo a la aplicación de la normativa de protección de datos.

La digitalización de la selección realza la importancia de determinados derechos de nueva generación, como el derecho al olvido de los artículos 93 y 94 LOPDGDD y a la rectificación de los contenidos en Internet. El riesgo es ahora la sobreexposición y la falta de control sobre la información que se publica y se mantiene en la red. La importancia de la identidad digital se pone una vez más de manifiesto, y recae sobre los candidatos la responsabilidad de controlar, en lo que puedan, la información disponible.

Esta realidad potencia la relevancia del derecho a la protección de datos personales, hasta el punto de hacer de los procesos de selección uno de los supuestos en los que se generan más riesgos (CRUZ VILLALÓN, 2019). Ya el convenio 181 de la OIT sobre agencias privadas de colocación declaró de manera pionera en 1997 en su artículo 6 que el tratamiento de los datos personales de los trabajadores por las agencias de empleo privadas debía limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional, y efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores. Hoy el marco regulatorio de este derecho proporciona instrumentos adecuados, pero necesitados quizás de un ajuste para las especificidades del mercado de trabajo digital.

Los empleadores son igualmente usuarios de los SPE, cambiando también sus demandas como consecuencia de la mayor complicación de la búsqueda de empleados potenciales, tensionada por la falta de candidaturas y por la tecnificación de los procesos de búsqueda. Se produce la misma paradoja de que a la vez que se incrementa la capacidad de autogestión por los empleadores lo hace la necesidad de mecanismos de apoyo, que pueden ser tanto públicos como privados.

Para terminar resulta oportuna una reflexión sobre los cambios que se plantean en los procedimientos de acceso al empleo público. Existe un debate sobre la adecuación de los mecanismos y pruebas tradicionales para los nuevos perfiles de la administración, que ha llevado a plantear su sustitución. Si ello es así es seguro que veremos que los instrumentos digitales comiencen a utilizarse también, que deberán adaptarse para garantizar los principios de acceso al empleo público. Esto no parece a primera vista difícil, dado que estos mecanismos se suponen objetivos e igualitarios. Más complicado parece garantizar la transparencia que se exige a estos procedimientos, ante la opacidad de los algoritmos en muchas ocasiones. En realidad, no puede esperarse que un traslado de modelos de la práctica privada a la pública no genere problemas; un ejemplo sería la utilización de las redes sociales para disponer de un perfil personal de un candidato, algo relevante para un empleador privado pero que debe ser absolutamente indiferente para uno público, centrado en el

mérito y la capacidad. Resulta en todo caso paradójico que mientras que los grandes empleadores privados adoptan modelos de acceso que se acercan a lo que se asocia al empleo público, en éste se esté buscando alejarse de sus formas tradicionales.

Directamente vinculado con el acceso al empleo público es la previsión recogida en el apartado 4º del artículo 83 LOPDGDD, según el cual *“las Administraciones Públicas incorporarán a los temarios de las pruebas de acceso a los cuerpos superiores y a aquéllos en que habitualmente se desempeñen funciones que impliquen el acceso a datos personales materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y en particular el de protección de datos”*. La disponibilidad de competencias digitales se va a convertir en un elemento relevante para acceder al sector público.

### 3.3. Los servicios públicos de empleo

Adaptarse a los cambios en el mercado es responsabilidad de los SPE, que deben dar respuesta a las necesidades de cuantos operan en éste, además de adaptarse a las particularidades de cada colectivo. La digitalización no ha reducido su protagonismo, en este mercado; lo que se ha transformado es su forma de actuar.

En primer lugar, se altera el peso que debe darse a los distintos servicios que se ofrecen, hoy recogidos en el Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo como cuatro grandes líneas: orientación profesional; colocación y de asesoramiento a empresas; formación y cualificación para el empleo; y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento.

La digitalización facilita la autogestión del proceso y el contacto entre oferta y demanda, sin necesidad de intermediarios, con lo que la demanda de colocación, la función original de los SPE, se redimensiona. Se incrementa, por el contrario, la necesidad de asesoramiento en las transiciones, pues éstas son más frecuentes y en un entorno más complejo. Esto implica orientación, pero también formación para poder desempeñarse adecuadamente en una búsqueda de empleo digitalizada, incluyendo competencias digitales, marca personal, construcción de perfiles en las redes, etc. El apoyo debe ser más cercano y personalizado. Hay que proporcionar, además, la formación requerida por el mercado, para lo que se debe disponer de una visión anticipada de las necesidades.

Hay que impedir la circulación de “ofertas inapropiadas” que se publican sin cumplir unos estándares mínimos de calidad y legalidad; y de ofertas fraudulentas, que no responden a una posibilidad de empleo real sino que buscan obtener un beneficio económico. Éstas han surgido ayudadas por la existencia de canales de difusión privados y no controlados que les han permitido aflojar y propagarse. La “depuración” del mercado que se requiere no es sólo de los actores, como era tradicional, sino sobre todo de lo que se publicita. La

respuesta que se le dado a este problema ha sido principalmente facilitar la denuncia por los usuarios que las conocen, lo que es insuficiente. Queda claro que la función de control del mercado de los SPE debe potenciarse, especialmente cuando los operadores privados se multiplican sin que se garantice la transparencia de las ofertas que manejan.

La Unión Europea ha asumido un liderazgo en este proceso de adaptación. Así, en la Conferencia de alto nivel “El futuro del trabajo”, organizada por la Comisión Europea en abril de 2019, se puso de manifiesto la necesidad de una “economía digital inclusiva”. Esto supone que *“las personas que se enfrentan a la pérdida del puesto de trabajo o a una transición necesitan un apoyo amplio, basado en la mejora de las capacidades y el reciclaje profesional”*, lo que incluye, entre otros aspectos *“el acceso a los servicios de empleo”*. Como consecuencia de ello, se señala la necesidad de una inversión adecuada y de mejores políticas activas del mercado de trabajo, que deben ser *“aplicadas por unas administraciones públicas de alta calidad que ofrezcan eficazmente los servicios que nuestros ciudadanos y sociedades necesitan”*. Esto implica *“mejorar la implicación y el trabajo conjunto de los servicios de empleo, los proveedores de capacidades, los servicios sociales y las empresas”*, con el objetivo de que *“nadie debe quedarse atrás”*.

El Grupo de Alto Nivel sobre el Impacto de la Transformación Digital en los Mercados de Trabajo de la Unión incluyó entre sus recomendaciones potenciar la orientación profesional y apoyar a los intermediarios en el mercado de trabajo. Se plantea una intervención regulatoria unioneuropea, para establecer estándares comunes de calidad para la formación de los profesionales en orientación, especialmente en lo relativo a competencias digitales (COMISIÓN EUROPEA, 2021).

En segundo lugar, los SPE deben digitalizarse también, como organizaciones prestadoras de servicios, aprovechándose de los avances tecnológicos tanto para mejorar como su eficiencia como para adaptarse a los comportamientos de sus usuarios (VALLECILLO GÁMEZ, R., 2021). En España un nivel básico de digitalización se estableció relativamente rápido, y así los SPE autonómicos y el propio INEM se ubicaron pronto en la red. El modelo de Portal Único de Empleo se diseñó asegurando esta presencia on-line. El actual portal Empléate supone en este sentido un notable avance en cuanto a la prestación de servicios a la ciudadanía.

Pero digitalización es mucho más que tener un portal en la red. Hace falta una estrategia digital, entendiendo por tal la aplicación de información y tecnología para proporcionar valor a los demandantes de empleo, empleadores y otros stakeholders tal como se definen en la misión del SEPE y en el contexto de su visión (EUROPEAN NETWORK OF PUBLIC EMPLOYMENT SERVICES, 2019). Y hay que aprovechar el volumen de datos que se genera, mediante técnicas de big data y analítica avanzada, lo que incluye inteligencia artificial, machine learning y deep learning (EUROPEAN NETWORK OF PUBLIC EMPLOYMENT SERVICES, 2019b).

Un ejemplo es la aplicación de técnicas de perfilado estadístico, que tratan de obtener un diagnóstico individualizado sobre las perspectivas futuras de empleo a partir del cual segmentar a los demandantes de empleo en grupos homogéneos (REBOLLO-SANZ, 2017). Hay otros mecanismos vinculados con la gestión del dato, la selección algorítmica, la portabilidad o la administración electrónica que deben ser también implementados.

Frente a esto, la realidad es que en los últimos años se han puesto de manifiesto las debilidades digitales de los SPE, cuando, de un lado, fueron incapaces de responder adecuadamente al incremento en la demanda de sus servicios provocado por la emergencia COVID; y de otro, experimentaron dificultades cuando tuvieron que imponer el teletrabajo a sus empleados. El mismo SEPES fue víctima de un sabotaje informático que lo dejó inoperativo, poniendo de manifiesto sus vulnerabilidades.

Es claro que queda mucho por hacer en este proceso, y el Gobierno ha destinado recursos importantes para acelerarlo. En este sentido el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021 –2025 incluye entre sus proyectos de alto impacto en la digitalización del sector público (eje 2), una medida 12 dirigida a la “transformación digital en materia de Empleo”. Esta iniciativa tiene se plantea como objetivo mejorar los servicios públicos ofrecidos a los ciudadanos, ciudadanas y empresas en todos los ámbitos relacionados con el empleo a través de la transformación de los mismos desde una visión holística. Se prevén en concreto proyectos en cuatro áreas, que incluyen servicios públicos digitales de empleo, y estudios y gestión del dato. En estas áreas se prevén acciones como la mejora de los sistemas de información que dan soporte a las políticas de activación para el empleo, incluyendo el perfilado de la orientación para el empleo; la digitalización de todos aquellos servicios públicos que se prestan a personas y empresas; el desarrollo de aplicaciones móviles; la automatización inteligente de procesos; o la gestión del dato para una toma de decisiones más eficiente.

El ya famoso “Componente 23” del “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” (PRTR), dedicado a “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, afirma que “*la digitalización del SEPE será una importante reforma que contribuirá a la modernización y eficiencia de los servicios de empleo*”. Para ello se prevé como una de las reformas a adoptar, en concreto la nº 11.

Uno de los principios que inspira la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo para el periodo 2021-2024 es la personalización de los servicios dirigidos tanto a personas como a empresas, a través del acompañamiento a lo largo de todo el proceso; este acompañamiento personalizado, se afirma, “*debe complementarse con el proceso de digitalización de los servicios públicos de empleo, con la incorporación del Big Data y la Inteligencia Artificial*”. Dentro del Objetivo Estratégico 4, “Mejora de las capacidades de los servicios públicos de empleo”, se incluye un Objetivo Específico 2 dirigido a impulsar la transformación digital y la modernización de los SPE median-

te el desarrollo de procesos, recursos digitales de activación y mejora de la empleabilidad, más eficientes, seguros, fáciles de utilizar y de calidad. Las medidas propuestas incluyen impulsar la provisión, consolidación y profesionalización del personal de los servicios públicos de empleo; e impulsar la transformación digital de los servicios públicos de empleo para su rediseño, optimización y modernización.

Otros objetivos específicos apuntan en la misma dirección, como el 4, destinado a fortalecer el Sistema Nacional de Empleo a través de la interoperabilidad de los sistemas, la mejora de la calidad de sus datos, el intercambio de conocimiento en su seno y con otros organismos y entidades colaboradoras; o el 1, que busca diversificar los canales de prestación de los servicios del Sistema Nacional de Empleo, impulsando la accesibilidad a estos, lo que supone universalizar, garantizando los criterios de accesibilidad, la provisión de los servicios de la Cartera Común a través del uso de dispositivos móviles, extendiendo la tramitación electrónica en materia de empleo y flexibilizando su suministro mediante la utilización de la tecnología de videoconferencia, así como constituir el «expediente laboral personalizado único».

El Consejo de Ministros de 3 de diciembre de 2021 aprobó el Anteproyecto de Ley de Empleo, entre cuyas novedades se incluye la creación de una Oficina del Análisis del Empleo con diversas funciones. Lo interesante desde la perspectiva que nos ocupa es que se prevé que esta oficina integre en el sistema de manera real el análisis de datos a través de la inteligencia artificial y el tratamiento de Big Data. Mientras que el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo incluirá entre las cuestiones que integrará las referencias al tratamiento de datos o la toma de decisiones en base al análisis de datos y de las evidencias estadísticas (ROJO TORRECILLA, 2022).

La apuesta por la tecnología es, pues, clara. En esta tarea se cuenta con el apoyo de la Red Europea de Servicios Públicos de Empleo (PES Network), creada en 2012, en cuyo seno se ha creado un nuevo Grupo de Trabajo (Working Group, PES 4.0) que trabajará para definir las prioridades comunes y dirigir la cooperación respecto de la digitalización de la actividad de estos organismos.

Paradójicamente ya están apareciendo algunas voces que denuncian las dificultades que enfrentan las personas con escasa formación digital o medios electrónicos propios para relacionarse con los SPE. La posibilidad de una brecha digital también en el acceso a los servicios de empleo es una realidad de la que hay que ser conscientes (EUROPEAN NETWORK OF PUBLIC EMPLOYMENT SERVICES, 2020).

### **3.4. Otros proveedores de servicios relacionados con el empleo**

Los sujetos que prestan servicios en el mercado de trabajo digital se han multiplicado, por la aparición de nuevos servicios y canales de prestación, y

por la ausencia de barreras importantes de entrada, por falta de regulación o por inaplicación de la existente.

La generalización de estos operadores se produce cuando nuestro Derecho acababa de dar una nueva fase, pasando del modelo de la Ley de Empleo original a otro en el que se facilitaba la actividad económica en el mercado de trabajo, admitiendo la colocación lucrativa, permitiendo a las ETT prestar varios servicios y estableciendo mecanismos de colaboración público-privado.

Los operadores tradicionales, APC y ETT, se han adaptado, habiendo experimentado su transformación digital hace ya tiempo. El canal en el que operan no altera su régimen jurídico, y éste dispone de mecanismos de control bastante operativos y consolidados, por lo que su actividad no está planteando problemas. El hecho de que no se hayan visto afectados, más que en aspectos puntuales, por el proceso de reformas que está experimentando el Derecho del Trabajo en España confirma esta valoración.

Entre los actores más digitalizados están los portales de empleo, relativamente pioneros desde este punto de vista, y que durante años rechazaron su sometimiento a los requisitos legales de las APC. En la actualidad el artículo 3.1 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, dispone que “*deberán solicitar autorización las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos*”, siendo el SEPE el competente a estos efectos. Estos sujetos se han integrado, por lo general, en las asociaciones patronales del sector, aceptando su condición de APC electrónicas y adaptándose a sus códigos éticos.

Junto a éstos encontramos las APPS de búsqueda de empleo, que se han generalizado (FERNÁNDEZ GARCÍA, 2018), mientras también están prestando estos servicios algunas redes sociales, especialmente las más orientadas hacia profesionales (LÁZARO SÁNCHEZ, 2018; AGUILAR DEL CASTILLO, 2018).

Una figura poco conocida es la de las empresas que contratan personal para suministrarlo a empresas virtuales, que carecen de sede física. Al operar éstas de manera remota con personal de todo el mundo, han surgido proveedores de mano de obra “en mano”, para evitar la complejidad de la contratación directa transnacional. No son plataformas de crowdworking, sino verdaderas empleadoras formales, que celebran los contratos mediante sus filiales en cada Estado, para que después estas personas desarrollen su actividad por cuenta de la empresa virtual, que sería su empleador material, prestando así unos servicios que deberían adaptarse al marco regulador de las ETT.

No me corresponde a mí hablar del trabajo en plataformas, del que se ocupa otra ponencia. Baste indicar aquí que las plataformas de trabajo son un mecanismo de acceso al empleo de primer orden, adoptando funciones no sólo de canal de acceso sino de conformación del trabajo a realizar, regulando efectivamente el mercado de los servicios que se prestan en su seno. Existen,

por otro lado, plataformas más orientadas hacia la identificación de empleados potenciales, “talent platforms”, que se acercan en sus funciones a los tradicionales portales de empleo, aunque con herramientas más modernas. Las plataformas de crowdworking, por su parte, operan como APC para la contratación de trabajo free-lance, generalmente de escasa dimensión.

Estos operadores privados plantean diversos problemas jurídicos. Uno es el de la garantía de los derechos de los usuarios de sus servicios, especialmente las personas trabajadoras: no discriminación, intimidad, dignidad, protección de datos, todos estos pueden verse afectados. Uno segundo es calificación de sus servicios a efectos de la exigencia de los requisitos para poder operar como APC o ETT, para lo que disponemos de unas definiciones legales poco adecuadas para la nueva realidad. El resultado es que existen dudas sobre la legalidad de la actuación de algunos de estos sujetos. Se plantea, en tercer lugar, la cuestión del carácter retribuido de los servicios que prestan a sus usuarios, que puede hacer dudar de su adecuación a Derecho. Y finalmente hay que señalar la responsabilidad respecto de las ofertas, demandas y contactos que se gestionan. El viejo debate entre ser un proveedor de servicios digitales o serlo también del servicio subyacente, que es el que encontramos en la calificación de los servicios de las plataformas de trabajo, se produce también en este ámbito. Identificadas estas cuestiones quizás sea éste, cuando se gestiona un anteproyecto de Ley de Empleo, un buen momento para plantear una regulación más adecuada para los proveedores digitales de servicios en el mercado de trabajo.

#### 4. DIGITALIZACIÓN Y FORMACIÓN

La formación ha sido un componente intrínseco a la relación de trabajo, y como tal ha estado presente continuamente en su regulación. Es ésta probablemente una de las áreas de más compleja ordenación, porque en ella convergen lógicas laborales y educativas con una pluralidad de sujetos y objetivos. Se desarrolla en fases prelaborales, pero también a lo largo de toda la relación de trabajo, incluso en sus fases finales, cuando se tiende a imponer a las empresas obligaciones formativas que faciliten la recolocación.

Otro factor de complejidad es la pluralidad de funciones que debe desarrollar. A nivel individual, debe garantizar la seguridad y salud en el puesto, y la calidad del desempeño, pero también asegurar el empleo (al mantener a la persona productiva en la empresa) y la empleabilidad (mediante la adquisición de competencias demandadas por el mercado). Las empresas logran con ella disponer de una fuerza de trabajo competente, mientras dan cumplimiento a otras obligaciones respecto de sus empleados. El Estado es a la vez proveedor de formación, regulador y diseñador de ésta, asegurando que las personas reciban en el mercado de trabajo y en las organizaciones productivas toda la que necesitan.

En general puede decirse que una de las consecuencias de la digitalización sobre el Derecho del Trabajo del siglo XXI ha sido la tendencia hacia

el reconocimiento progresivo de derechos digitales, y entre éstos es posible identificar algunos directamente relacionados con la formación. Uno primero es el derecho a la educación digital, regulado en el artículo 83 LOPDGDD, cuyo apartado 3º dispone que *“los planes de estudio de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado, garantizarán la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet”*.

En la ya citada propuesta de Declaración de Derechos Digitales y Principios para la Década Digital se afirma que toda persona tiene derecho a *“la educación, la formación y el aprendizaje permanente y debe poder adquirir todas las competencias digitales básicas y avanzadas”*, lo que supone, entre otros, el compromiso de *“dar a todos la posibilidad de adaptarse a los cambios que conlleva la digitalización del trabajo mediante la mejora y el reciclaje de las competencias”*. La Agenda Digital Europea, por su parte, habla de *“alfabetización”* y de *“capacitación”*.

Nos encontramos ante la obligación de garantizar a todas las personas que trabajan un mínimo de competencias que les permitan evitar una brecha digital que puede suponer la exclusión del mercado de trabajo. Para ello el Plan Nacional de Competencias Digitales se propone incrementar sustancialmente el nivel de competencias digitales básicas de los colectivos peor situados actualmente y a garantizar las competencias digitales avanzadas del alumnado al finalizar la educación secundaria; para lo que se diseña un programa de formación digital para la ciudadanía y un programa de digitalización y desarrollo de competencias digitales en educación. Se trata de un derecho dirigido hacia la integración de la ciudadanía, pero que tiene un componente defensivo si se quiere, de evitar la segregación por competencias digitales.

Otro de los derechos digitales vinculados a la formación es el *“derecho a la cualificación digital”*, reconocido en España en la Carta de los Derechos Digitales a las personas trabajadoras, ya se encuentren ocupadas o desempleadas, con la finalidad de la adquisición de las competencias digitales requeridas en el ámbito laboral para disponer de mayores y mejores oportunidades de empleo. También es recogido por la propuesta de Declaración de Derechos Digitales y Principios para la Década Digital, que supone *“dar a todos la posibilidad de adaptarse a los cambios que conlleva la digitalización del trabajo mediante la mejora y el reciclaje de las competencias”*. El programa España Digital 2025 señala que priorizará cerrar la brecha de competencias digitales entre personas empleadas y desempleadas para mitigar la cronificación de las situaciones de desempleo y permitir una recualificación continua a lo largo de toda la vida laboral. Para ello se diseña un Plan Nacional de Competencias Digitales, entre cuyos objetivos está formar a la fuerza laboral con los conocimientos digitales necesarios en sus puestos de trabajo y para la ocupabilidad futura, aumentando su productividad y fomentando además el trabajo a distancia. El plan incluye un programa de competencias digitales para empleados y desempleados; y un programa de especialistas en

tecnologías digitales básicas y avanzadas, como la analítica de datos, la Inteligencia Artificial o la ciberseguridad, entre otros.

Se trata de un derecho vinculado directamente a la empleabilidad y a evitar la obsolescencia profesional, y supone un nivel de instrucción más elevado que la mera alfabetización, ya que no se dirige a evitar la brecha sino a mejorar las expectativas en el mercado de trabajo. Exige actuaciones preventivas, personalización y una formación desligada de las competencias profesionales vinculadas al puesto de trabajo ocupado en cada momento, como una nueva vertiente de la formación profesional para el empleo. Tiene un componente defensivo (evitar la degradación del perfil profesional) pero también proactivo, facilitar cambios y progresos en la carrera del trabajador.

Existen, finalmente, derechos vinculados a la transformación digital. El Acuerdo Marco para la digitalización sigue este enfoque, y cuando *“alienta a los interlocutores sociales en los niveles que correspondan y a las empresas a introducir estrategias de transformación digital en un enfoque de asociación”*, establece que uno de los objetivos a lograr es el de *“fomentar las transiciones de empleo de los trabajadores en las empresas, y más ampliamente entre las empresas y los sectores, mediante una inversión en competencias que garantice la actualización de los conocimientos y la capacidad de empleo continuo de la mano de obra, así como de recuperación de las empresas”* (SEPÚLVEDA GÓMEZ, 2021). También lo hace la Carta de Derechos Digitales de la Ciudadanía, al afirmar que en los procesos de transformación digital las personas trabajadoras tienen derecho a una formación adecuada que permita su adaptación a las nuevas condiciones laborales (Apartado 4.XIX). En la misma línea la propuesta de Declaración de Derechos Digitales y Principios para la Década Digital de la Unión Europea se expresa el compromiso de *“dar a todos la posibilidad de adaptarse a los cambios que conlleva la digitalización del trabajo mediante la mejora y el reciclaje de las competencias”*. Este derecho a la formación para la transformación digital se completa con derechos de participación y de representación, para conformar el marco jurídico que para estas situaciones se debe establecer. A diferencia de los anteriores, que tienen un carácter genérico y permanente, éste es uno que se ejercita en supuestos concretos, en los que se produce un cambio organizativo y un proceso de digitalización de la entidad empleadora. El enfoque es más reactivo que proactivo cuando se hace a nivel de empresa; si se plantea a nivel sectorial, las tornas cambian.

Desde otra perspectiva, y en el ámbito concreto del trabajo a distancia, existe un derecho de los trabajadores remotos a acceder a la formación en igualdad de condiciones que los presenciales, reconocido en el artículo 9 de la Ley 10/2021, de 9 de julio como un componente del derecho a la carrera profesional que se garantiza al colectivo. Una formación que no sólo debe ser equivalente, sino adaptada para asegurar la participación y el seguimiento efectivo de las acciones formativas. Esta formación deberá suministrarse tanto al momento de formalizar el acuerdo de trabajo a distancia como *“cuando se produzcan cambios en los medios o tecnologías utilizadas”*, lo que nos conduce al antes citado derecho a la cualificación digital.

Al margen de estas menciones concretas de la Ley 10/2021 la realidad es que nuestra legislación laboral es muy pobre respecto de estos derechos digitales vinculados a la formación. Los que se reconocen son los tradicionales, con unos mismos instrumentos que pueden resultar insuficientes en este nuevo contexto. Por esto cualquier intervención que se pretenda en el marco normativo de la formación profesional deberá incluir un ajuste de su vertiente directamente laboral, con una adaptación del Estatuto de los Trabajadores.

Una atención particular debe prestarse al derecho a la formación preventiva, muy relevante en un contexto digitalizado. Los riesgos laborales han cambiado, para incluir también otros derivados del uso intensivo de la tecnología y de las formas de organización del trabajo que ello comporta: carga mental, tecnoestrés, síndrome de burn-out, conectividad continua, trabajo multitarea... Muchos son riesgos psicosociales, pero los hay también físicos, derivados de la interacción continua con pantallas y teclados. En general los riesgos son menos visibles que los tradicionales, y se ven además intensificados por cambios en los entornos laborales, como ocurre con el trabajo a distancia o el smart work, en los que el control empresarial se reduce y los límites al tiempo de trabajo pierden eficacia. Las personas deben estar preparadas, y es responsabilidad de quiénes les emplean proveer la oferta formativa adecuada para ello, asegurando que llega efectivamente a éstas. A la vez, la digitalización ofrece igualmente nuevos canales para proveer las acciones necesarias, incluyendo teleformación y realidad virtual, que a veces resultan más accesibles y económicos.

Además de los derechos digitales de los trabajadores puede sostenerse que existen otros para las empresas, que en este campo no son sólo titulares de obligaciones respecto de sus empleados, sino que también se les garantiza la atención a sus necesidades e intereses frente al proceso de digitalización. No se centra la atención exclusivamente en lo que precisan los empleados, sino también en lo que requieren sus empleadores: mano de obra formada en competencias y cualificaciones digitales, con capacidad de aprendizaje y adaptación. Así, el Plan Nacional de Competencias Digitales se fija como uno de sus objetivos “*atender la demanda de especialistas digitales generalistas y avanzados en la economía española*”. Como instrumento para llegar a ello se prevé poner en marcha un programa de especialistas en tecnologías digitales básicas y avanzadas, como la analítica de datos, la Inteligencia Artificial o la ciberseguridad, entre otros. El Componente 23 del PRTR señala como uno de los objetivos a alcanzar el de dar un impulso a las políticas activas de empleo, “*orientándolas a la capacitación de los trabajadores en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía*”. La empleabilidad no es la única finalidad, hay que considerar también la satisfacción de la demanda de mano de obra, cada vez más difícil de satisfacer.

Las consecuencias de estos derechos sobre el sistema de formación profesional son enormes. La demanda de sus servicios cambia en todas sus facetas: contenidos, formatos, objetivos, acreditación... La ciudadanía y las empresas harán un uso más intenso de estos servicios, a medida que se incrementa la

velocidad de la innovación tecnológica y de los procesos de transformación. El nuevo comportamiento del trabajador digital empoderado en el mercado, realizando transiciones profesionales continuas, tendrá el mismo efecto. Se requiere que estos formatos se adapten a las particularidades del trabajo en una economía digital. Utilizando los nuevos canales, pero también teniendo en cuenta la situación específica de los trabajadores remotos y otros colectivos.

A dar respuesta a estas necesidades se destina el Objetivo estratégico 4 de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 (Mejora de las capacidades de los servicios públicos de empleo), dentro del que se prevé un Objetivo Específico 3 (Planificar, actualizar y asegurar el acceso a la Formación Profesional para el Empleo, para fortalecer su prestación personalizada en base a las demandas del sistema productivo). Una de las medidas propuestas es implantar una nueva formación profesional para el empleo continua y versátil. Para esta nueva formación profesional para el empleo se prevén distintos componentes: convocatorias públicas de formación abiertas y plurianuales; así como plataformas públicas para la formación permanente, *“que regule la necesaria adaptación y transformación digital de las entidades que proveen la formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, cuya impartición (en modalidad «on line» y presencial, a través de aula virtual o en remoto) implemente tecnologías emergentes y que se organice en itinerarios formativos para la capacitación en competencias transversales, y relativas a la transformación productiva para incrementar las oportunidades de inserción profesional”*. También se prevé expresamente la incorporación de la dimensión digital en la formación, para lo que deberán realizarse los cambios normativos necesarios. De la misma manera se propone potenciar las capacidades del Observatorio de las Ocupaciones del SEPES, ampliando los recursos humanos y su capacidad tecnológica, para la prospección y detección de las necesidades formativas del sistema productivo.

Para la puesta en práctica de la Estrategia se anuncian reformas normativas, entre las que se incluye la de la formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, lo que afectará al texto refundido de la Ley de Empleo, a la Ley por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral; al Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla ésta; al Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual; y en general a las demás normas de desarrollo del Sistema de Formación Profesional para el empleo. El Componente 23 cuando prevé la modernización de las políticas activas de empleo, incluye, entre otras medidas, un Anteproyecto de la Ley de Empleo y un Proyecto de reforma de la Ley por la que se regula el Sistema de Formación Profesional en el trabajo. Se está trabajando igualmente con un Proyecto de Ley Orgánica de Ordenación e Integración de la Formación Profesional.

Todo un programa reformador, potenciando el caudal de cambios legislativos que nuestro Derecho está experimentando en los últimos años. Un cambio necesario, pero insuficiente si no se ve acompañado de una financiación

y una reestructuración adecuadas, y de un apoyo de la negociación colectiva para dotar de contenido a estos derechos formativos digitales.

## 5. DIGITALIZACIÓN Y CONTRATACIÓN

El tema de la contratación es más difícil de delimitar porque es un término polisémico. En el ámbito del Derecho del Trabajo puede referirse al tipo de contrato que se celebra, lo que lo convierte en una cuestión de calificación jurídica de los servicios; pero también al proceso de acceso a la empresa mediante la firma de un contrato de trabajo; o incluso a los contenidos que se le den a éste.

Comenzando con el aspecto de la calificación jurídica de las prestaciones de servicios, nos movemos en un área seriamente afectada por el impacto de las nuevas formas de trabajo altamente digitalizadas, que han puesto en duda muchos de los criterios utilizados hasta ahora para definir la laboralidad de una relación.

El trabajo digital se presta de una manera peculiar, conciliando espacios de mayor autodeterminación de la persona en aspectos esenciales de su ordenación, incluyendo el lugar y el tiempo de trabajo (Smart-work), la forma de realizar el servicio o incluso la posibilidad de rechazar las órdenes y encargos (plataformas), con otros de sometimiento extremo a la empresa, como las condiciones de prestación, el precio del trabajo o la sumisión a estándares de productividad y a las opiniones de clientes. La experticia técnica debilita el poder de dirección, que se reduce y se basa en la adecuación a estándares predeterminados. A la vez que el control del mercado que ejercitan los empleadores digitales en muchos casos incrementa el sometimiento de las personas a sus condiciones y algoritmos, haciéndoles operar bajo una marca ajena. Elementos antes excepcionales hoy pueden ser comunes, sin afectar a la verdadera naturaleza del trabajo que se presta.

La consecuencia es que el trabajador digital es una quimera en el sentido mitológico de la expresión: no es que no exista, sino que es una criatura conformada por partes de otras. Tiene la autonomía, para ciertas cosas, de un trabajador por cuenta propia; pero también una dependencia económica y un sometimiento a un poder directivo y sancionador propias de un asalariado. La realidad va más allá del debilitamiento de las notas tradicionales de laboralidad, o de la emergencia de formas intermedias, para llegar a un verdadero mestizaje.

Estos cambios organizativos coinciden con un nuevo perfil del trabajo autónomo, que se aleja de la tradición de las profesiones y de los oficios para englobar otras tareas más vinculadas históricamente con el empleo asalariado.

El resultado es una complejidad creciente para realizar esta calificación fundamental, generando no sólo incertidumbre e inseguridad sino también un proceso de exclusión de la legislación laboral de personas que trabajan en plataformas u otros entornos altamente tecnológicos, llegando a utilizarse la

tecnología precisamente como elemento facilitador de esta expulsión. Frente a este fenómeno se han propuesto nuevos indicios de laboralidad más adecuados a la realidad actual (MERCADER UGUINA, 2018; TODOLÍ SIGNES, 2017, OJEDA AVILÉS, 2021), en muchas ocasiones apoyados por los tribunales y la administración laboral. Pero el legislador laboral ha adoptado también decisiones directamente, optando por la calificación laboral en situaciones concretas al margen de los criterios genéricos, mediante presunciones, como se ha hecho en España con la Ley Rider.

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales (COM(2021) 762 final 2021/0414) sigue ambas líneas de actuación, de tal modo que por un lado incluye una lista de criterios para determinar si una plataforma digital ejerce control sobre una persona, lo que haría operar una presunción de laboralidad. Esta presunción, que se califica como “refutable” (en nuestra terminología sería *iuris tantum*), se activaría cuando se cumplieran al menos dos de estos criterios, que son: el establecimiento del nivel de retribuciones o la fijación de unos límites máximos; la supervisión de la ejecución del trabajo por medios electrónicos; la restricción de la libertad a la hora de elegir los horarios de trabajo o los períodos de ausencia, de aceptar o rechazar tareas o de recurrir a subcontratistas o sustitutos; el establecimiento de normas vinculantes específicas en relación con la apariencia, la conducta hacia el destinatario del servicio o la ejecución del trabajo; y la restricción de la posibilidad de construir una base de clientes o de trabajar para terceros. Aunque diseñados específicamente para plataformas, algunos de estos criterios pueden ser útiles también para otras modalidades de trabajo con altos niveles de digitalización.

Un segundo aspecto de la contratación en la que la digitalización puede tener consecuencias es en la propia formalización del contrato, en su redacción y registro. La digitalización de los servicios públicos de empleo ha llevado a que las relaciones entre éstos y sus usuarios se realicen por los canales propios de la administración electrónica, mediante la generación de un expediente digital para cada trabajador.

Se está planteando la posibilidad de utilizar contratos inteligentes (“smart contracts”) para la contratación de trabajadores (GAUTHIER, 2020; VILLALBA SÁNCHEZ, A., 2018). Estos contratos, derivados de los antiguos contratos electrónicos, se basan en la aplicación de la tecnología de blockchain y la Inteligencia Artificial para generar un conjunto de compromisos bilaterales que se iría modificando a lo largo de su duración de manera autónoma, sin necesidad de intervención de sus partes. A efectos prácticos el contenido de estos contratos se ajustaría en función del acacimiento de ciertos eventos fijados en el propio articulado, autoajustándose de manera continua. No se redactarían en lenguaje natural, sino que serían verdaderos programas informáticos en los que las partes incluirían los inputs de los que dependerían el reconocimiento de determinadas condiciones contractuales; estos inputs serían verificados, interpretados y ejecutados automáticamente por un algoritmo en caso de producirse (ROJAS, 2017).

Esto es algo que resulta especialmente interesante en una modalidad contractual como ésta, de duración y cuyo clausulado cambia continuamente al desarrollarse la carrera profesional en la empresa y renegociarse los convenios aplicables. El de trabajo es un contrato cuyo contenido material rara vez coincide con lo pactado inicialmente, y que tampoco suele ser actualizado mediante la inclusión de anexos como resultaría necesario. Por el contrario el modelo de smart contract permite asegurar la correspondencia entre el documento contractual y la realidad del trabajo desempeñado, de manera mecánica e inmediata.

Los inputs que podrían incluirse no sólo serían los pactados en el momento de su celebración, como los objetivos, sino también aquellos otros derivados del marco legal y convencional de referencia: incrementos salariales, ascensos, tiempo de trabajo, etc. Un mecanismo de este tipo debe estar perfectamente ajustado al ordenamiento laboral, ya que los cambios deben estar materialmente justificados, ser legítimos pero también posibles sin activar mecanismos legales como el del artículo 41 TRLET y sin generar deberes de información.

Un contenido contractual que debería actualizarse automáticamente es el de la modalidad del contrato, cuando opera la consolidación prevista en el artículo 15 .5 TRLET, puesto que se trata de un suceso cuyo acaecimiento resulta constatable por un dato objetivo, el tiempo transcurrido desde el momento de la contratación. En este sentido, un contrato inteligente sería una alternativa más eficiente al modelo de certificación que hoy recoge el apartado 9 de este mismo precepto estatutario, que exige una intervención del empleador o del SEP. Esta innovación chocaría no sólo con este mecanismo, sino que resultaría incompatible con la práctica generalizada en el empleo público, en el que se ha puesto siempre mucho énfasis en que la condición de indefinido no fijo debe acreditarse mediante un pronunciamiento judicial.

La utilización de contratos inteligentes, en cuanto suponen la utilización de un algoritmo, caería dentro del deber de información a los representantes de los trabajadores introducido por la Ley Rider.

En realidad, esta actualización automática de contenidos se produce ya internamente, en la gestión de las relaciones individuales de trabajo, por los programas de gestión que adaptan las nóminas a cambios en la antigüedad, en el convenio aplicable o en la normativa sobre cotización a la Seguridad Social. Un contrato inteligente supone avanzar más en esta tendencia a la automatización de determinadas modificaciones contractuales.

Finalmente, un tercer frente en el que se van a notar las consecuencias de la digitalización es en el contenido de los contratos que se firman. Este proceso está generando, como se indicó supra, cambios en los comportamientos de los trabajadores en su relación con el trabajo, especialmente de los más cualificados. A lo que se une que el contenido de la prestación se vincula cada vez más a la producción de resultados con un valor económico importante. Esto va a tener consecuencias jurídicas en esta fase, y hay una serie de cláusulas contractuales que se convierten en elementos comunes en los acuerdos con los trabajadores digitales: pactos de permanencia, generalmente vinculados a

la formación recibida; compromisos de respeto de un plazo mínimo de preaviso; pactos de no competencia postcontractual o de confidencialidad, etc. Lo mismo ocurre con los aspectos de propiedad intelectual y propiedad industrial del trabajo digital, que forman parte expresa del acuerdo para asegurar la adquisición por la empresa de lo generado por sus empleados.

El articulado debe recoger igualmente los derechos digitales de la parte trabajadora, como la desconexión digital, el tratamiento de datos generados durante la relación de trabajo, la utilización de equipos propiedad del trabajador (BYOD), las reglas de uso del material propiedad de la empresa, o el sometimiento a medidas de control empresarial (acceso a los equipos, geolocalización, cámaras, etc.). Para garantizar algunos de estos derechos la legislación impone derechos de información y/o de consentimiento, que pueden ejercitarse incluyéndolos en el texto del documento contractual.

Finalmente, hay que indicar las particularidades del teletrabajo, para el que la Ley 10/2021 exige la construcción de un marco convencional detallado que de acuerdo con su artículo 5 podrá formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior. Aunque se le denomine “acuerdo de trabajo a distancia” en realidad es un componente del contrato de la persona que trabaja a través de esta modalidad.

## 6. EL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL

El proceso de reformas laborales iniciado en la transición entre la segunda y la tercera década del siglo ha culminado en la aprobación del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

No eran ninguno de los temas de los que aquí se tratan objeto del diálogo social de 2021. Esto lo distingue de las reformas de la crisis financiera mundial, comenzadas en 2010, cuyo impacto en este campo fue muy importante. Puede decirse, de hecho, que fue en este momento cuando se produjo la transición a una nueva fase en la ordenación de la colocación en España, al abrirse la posibilidad de un mercado privado para los servicios relacionados con el empleo. Nada de esto ocurre con el RDL 31/2021. Y eso que las dos normas centrales del Derecho del Empleo, la Ley 14/1994 y la Ley de Empleo se han visto afectadas. La primera, en un aspecto que podemos considerar de organización interna, la posibilidad de contratar a su personal en misión como fijo discontinuo; y la segunda en una cuestión puntual y menor, introduciendo una nueva disposición adicional novena sobre contratos vinculados a programas de activación para el empleo.

A pesar de ello, un análisis más detallado de la norma sí que nos permite identificar elementos concretos en los que se produce esta reacción frente a la digitalización, en una norma que incluye en su título la transformación del mercado de trabajo. Ya en la Exposición de Motivos se señala que ésta es uno

de los elementos que conforma el contexto en el que opera el Derecho del Trabajo del siglo XXI: se dice, en efecto, que *“es imprescindible realizar la vertebración de un sistema de relaciones laborales equilibrado, en un contexto de intenso cambio, como consecuencia de la transición ecológica y la digitalización”*.

Un cambio normativo significativo es la nueva regulación del contrato formativo, que se ha diseñado como un instrumento no sólo menos precario sino también más efectivo para conseguir su finalidad de aprendizaje. En una economía digital este contrato será más y seguramente mejor utilizado, especialmente vinculado a los perfiles STEAM. En el artículo 11.2.j) TRLET se dispone que *“reglamentariamente se desarrollará el alcance de la formación correspondiente al contrato de formación para la obtención de prácticas profesionales, particularmente, en el caso de acciones formativas específicas dirigidas a la digitalización, la innovación o la sostenibilidad, incluyendo la posibilidad de microacreditaciones de los sistemas de formación profesional o universitaria”*, orientando los contenidos formativos en una dirección muy clara.

La novedad más directamente vinculada con los efectos de la digitalización es el Mecanismo RED del artículo 47bis TRLET, que se vincula en su modalidad sectorial a *“cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras”*, entre los que claramente están los procesos de transformación digital. Ya la Exposición de Motivos del RDL 32/2021 afirmaba que *“el intenso proceso de digitalización y cambio tecnológico exige disponer de instrumentos que acompañen la transición y recualificación de las personas trabajadoras en los sectores más afectados, con el fin de que puedan disponer de las capacidades necesarias para ocupar los puestos de trabajo de calidad que se crearán en el futuro, en sus empresas actuales o en otras empresas o ámbitos de actividad”*.

La nueva disposición adicional vigesimoquinta que se incorpora en el TRLET se ocupa de las acciones formativas en los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en los artículos 47 y 47 bis. En lo que a este trabajo interesa se señala que *“durante las reducciones de jornada de trabajo o suspensiones de contratos de trabajo a las que se refieren los artículos 47 y 47 bis, las empresas podrán desarrollar acciones formativas para cada una de las personas afectadas, que tendrán como objetivo la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras”*, añadiéndose que *“a través de estas acciones se priorizará el desarrollo de acciones formativas dirigidas a atender las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquellas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa”*.

También respecto de los contratos fijos discontinuos se quiere promover la recualificación profesional, cuando se atribuye a los convenios colectivos sectoriales la posibilidad de abrir una bolsa sectorial de empleo para los pe-

riodos de inactividad, cuyo objetivo es favorecer su contratación y su formación continua.

## 7. CONCLUSIONES

La digitalización afecta de manera sustancial al mercado de trabajo, y por ello también al marco normativo que lo regula, el Derecho del Empleo. En los tres aspectos de éste analizados en esta ponencia se detectan efectos importantes, en el contexto de una transición hacia una economía digitalizada y de transformación digital en las empresas, lo que demanda tanto una gestión de esta movilización por los SPE, como medidas innovadoras por parte del legislador laboral para asegurar la eficacia de los mecanismos de regulación y de control, con el objetivo de que la economía digital a la que se tiende sea una inclusiva y con derechos.

En un mercado muy segregado hay trabajadores que siguen comportamientos particulares, con una alta rotación entre empleos y sectores y una elevada capacidad de gestión de sus transiciones. Junto a ellos conviven otros colectivos que requieren un apoyo mucho más vigoroso para garantizar su empleabilidad y sus oportunidades profesionales. Los SPE afrontan el desafío de adaptarse a esta pluralidad de situaciones dando una respuesta adecuada a cada una. La formación es el factor fundamental para que las personas y las empresas logren sus fines respectivos, y debe incluir tanto la que asegure los perfiles profesionales necesitados, como la que permita una búsqueda de empleo eficiente en un mercado muy digitalizado.

Los actores del mercado de trabajo se interrelacionan a través de otros canales, que facilitan el intercambio de ofertas y demandas, pero también incrementan las posibilidades de vulneración de derechos y de huida del marco normativo aplicable. El papel de los SPE es el de digitalizarse, aprovechando la tecnología disponible; al mismo tiempo deben controlar los canales y a los proveedores de servicios, que se multiplican y diversifican; y garantizar los derechos de las personas en el mercado. Porque en el mercado de trabajo tecnificado surgen derechos digitales vinculados a la búsqueda de empleo y a la formación, que deben ser tutelados jurídicamente y dotados de un marco normativo adecuado.

La digitalización del Derecho del Empleo debe producirse a varios niveles: llevar la regulación al estado del arte tecnológico en cuanto a la búsqueda de empleo; utilizar la tecnología para incrementar la eficacia de los servicios que se prestan y hacerlos más accesibles a los usuarios; adaptar la cartera de servicios a las verdaderas necesidades de las personas que buscan ocupación; y desarrollar los derechos digitales para asegurar un disfrute real. Debe alcanzar también al momento de la contratación, actualizando de un lado los criterios que se utilizan en la calificación jurídica de los servicios profesionales; e introduciendo de otro los modelos contractuales para aprovechar al máximo el desarrollo tecnológico.

En la tercera década del siglo XXI coinciden en España varios procesos: la reforma de las políticas de ocupación, mediante una reforma de la Ley de Empleo; una modificación en profundidad de la formación profesional, incluyendo las piezas centrales de su régimen jurídico; y una digitalización tanto de las administraciones públicas como de la sociedad mediante la generalización de las competencias requeridas para ello. La interacción de estos procesos, que son en gran medida coherentes en cuanto a sus objetivos e instrumentos, debe llevar, como afirma la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo para el periodo 2021-2024, a una modernización de las políticas activas de empleo que haga de éstas una palanca de transformación productiva, que fortalezca la transición ecológica y la transformación digital, con el objetivo de acompañar “*las estrategias públicas dirigidas al cambio de modelo productivo, su modernización y digitalización*”.

## BIBLIOGRAFÍA

- THE ADECCO GROUP (2020), “*Informe INFOEMPLEO-ADECCO. Oferta y demanda de empleo 2019 en España*”, Madrid.
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2021), “*La protección de datos en las relaciones laborales*”, AEPD, Madrid.
- AGUILAR DEL CASTILLO, M.C. (2017), “Las redes profesionales y el empleo. Una realidad en espera”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO & HERNÁNDEZ BEJARANO, “*Economía Colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*”, Albacete, Bomarzo, pg.295.
- AGUILAR DEL CASTILLO, M.C. (2018), “Las pistas de la información digital. Ruta hacia una nueva intermediación laboral”, en TODOLÍ SIGNES & HERNÁNDEZ BEJARANO, “*Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y Mercado*”, Pamplona, Aranzadi.
- ALAMEDA CASTILLO, M. (2021), “Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo”, *Temas Laborales*, 159, 2021, pg.11.
- ÁLVAREZ CUESTA, H. (2020), “*El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*”, Pamplona, Aranzadi.
- CABEZA PEREIRO, J. (2020), “La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo”, *Temas Laborales*, nº 155
- CALVO GALLEGU, J. (2020), “Reputación digital y efectos sobre los trabajadores: redes sociales para contratación, usos y límites”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., & TODOLÍ SIGNES, A. (coords.) (2020), “*Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*”, Pamplona, Aranzadi.
- CASTELLANO BURGUILLO, E. (2017), “Plataformas de empleo y plataformas de trabajo. Aspectos fundamentales”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO & HERNÁNDEZ BEJARANO, “*Economía Colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*”, Albacete, Bomarzo, pg.223.
- COMISIÓN EUROPEA, “*Report of the high-level expert group on the impact of the digital transformation on EU labour markets*”, Bruselas, Comisión Europea, 2021.

- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Informe 1/2021, “*La digitalización de la economía*”, Madrid, Departamento de Publicaciones del Consejo Económico y Social.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2019), “*Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de la actuación del empleador*”, Albacete, Bomarzo.
- EUROFOUND (2021), “*The digital age: Implications of automation, digitisation and platforms for work and employment*”, Challenges and prospects in the EU series, Luxemburgo, Publications Office of the European Union.
- EUROPEAN NETWORK OF PUBLIC EMPLOYMENT SERVICES (2019), “*A starting guide on creating a digital strategy for PES: getting started with digital strategies*”, Bruselas, European Commission.
- EUROPEAN NETWORK OF PUBLIC EMPLOYMENT SERVICES (2019b), “*Digital technologies and advanced analytics in PES*”, Bruselas, European Commission.
- EUROPEAN NETWORK OF PUBLIC EMPLOYMENT SERVICES (2020), “*Dematerialisation of services in EU PES Assuring full access to the PES services for people with limited opportunities*”, Bruselas, European Commission.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2018), “Aplicaciones móviles para buscar empleo: aspectos jurídico—laborales”, en TODOLÍ SIGNES & HERNÁNDEZ BEJARANO, “*Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y Mercado*”, Pamplona, Aranzadi.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2020), “Trabajo, algoritmos y discriminación”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., & TODOLÍ SIGNES, A. (coords.) (2020), “*Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*”, Pamplona, Aranzadi.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2020). “La red LinkedIn a la luz del Convenio 181 OIT sobre agencias de empleo privadas”, *Documentación Laboral*, nº 119, pg. 125.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2021), “La intermediación laboral digital: estado de la cuestión”, en por MORENO I GENÉ & ROMERO BURILLO (coords.) (2021), “*Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo*”, Tirant Lo Blach, Valencia, pg.335.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A. & GUERRERO VIZUETE (2020), “¿Pagar por buscar empleo? La gratuidad en la intermediación laboral digital”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8, nº 1, pg. 72.
- GAUTHIER, G. (2020), “Contratos de trabajo inteligentes (“smart labour contracts”)”, en HERNÁNDEZ BEJARANO, E., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., & TODOLÍ SIGNES, A. (coords.), “*Cambiando la forma de trabajar y de vivir: de las plataformas a la economía colaborativa real*”, Valencia, Tirant Lo Blach, pg.277.
- INSTITUTO CUATRECASAS DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH (2017), “*Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos*”, Madrid, Wolters Kluwer.
- GARCÍA MUÑOZ & SALVADOR PÉREZ (2018), “El derecho a la formación laboral en nuevas tecnologías: una aproximación en el ordenamiento español”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 6, nº 1, pg.94.
- GOÑI SEIN, J.L., (2018), “*La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*”, Albacete, Bomarzo
- LÁZARO SÁNCHEZ, J.L. (2018), “Algunos aspectos jurídicos de los procesos de contratación en la economía colaborativa y el crowd-working”, en TODOLÍ SIGNES & HERNÁNDEZ BEJARANO, “*Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y Mercado*”, Pamplona, Aranzadi.

- MERCADER UGUINA, J. (2018). “La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad”, en TODOLÍ SIGNES & HERNÁNDEZ BEJARANO, “*Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y Mercado*”, Pamplona, Aranzadi.
- MERCADER UGUINA, J. (2020), “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico”, *Trabajo y derecho*, nº 63, 2020.
- OJEDA AVILÉS, A. (2021), “Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, nº 464, pg.23.
- PAZOS PÉREZ, A., (2020), “La reputación digital mediante algoritmos y los derechos fundamentales de los trabajadores”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., & TODOLÍ SIGNES, A. (coords.) (2020), “*Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*”, Pamplona, Aranzadi.
- PRECIADO DOMENECH, C.H. (2021), “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”, *Revista Jurisdicción Social*, junio, pg.5.
- REBOLLO-SANZ, Y. (2017), “*El Modelo de Perfilado Estadístico: una herramienta eficiente para caracterizar a los demandantes de empleo*”, FEDEA, Documento de Trabajo– 2017/01.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2019), “*Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*”, Pamplona, Aranzadi.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., & TODOLÍ SIGNES, A. (coords.) (2020), “*Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*”, Pamplona, Aranzadi.
- ROJAS, R. (2017), “Los Smart Contract o contratos inteligentes en el ámbito laboral”, <https://revistabyte.es/actualidad-it/smart-contract-contratos-inteligentes/>, visitado 10 de febrero de 2022.
- ROJO TORRECILLA, E. (2022). “Una política de empleo útil para el futuro del mundo del trabajo”, El Blog de Eduardo Rojo, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/una-politica-de-empleo-util-para-el.html>, visitado el 31 de enero de 2022
- SAEZ LARA, C. (2020), “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 232, 2020, págs. 83-126.
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. (2021), “El acuerdo marco europeo sobre digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada”, *Temas laborales*, nº 158, pg.213.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2017), “Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO & HERNÁNDEZ BEJARANO, “*Economía Colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*”, Albacete, Bomarzo, pg.223.
- VALLECILLO GÁMEZ, R. (2021), “La digitalización exprés de los servicios públicos de empleo: retos y desafíos desde una perspectiva comparada”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, nº 459, pg.145.
- VALVERDE ASENCIO, A.J. (2020), “*Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*”, Albacete, Bomarzo.
- VILLALBA SÁNCHEZ, A. (2018), “Hacia el “smart labour contract”: el papel de las nuevas tecnologías en el proceso de ejecución contractual”, en VILLALBA SÁNCHEZ & MELLA MÉNDEZ, “*La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*”, Wolters Kluwer, Collado Villalba, pg.277.

NUEVAS FORMAS DE EMPLEO DIGITAL:  
EL TRABAJO EN PLATAFORMAS. DIEZ PROPUESTAS  
PARA SU REGULACIÓN INTERNACIONAL

MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Castilla-La Mancha

## **SUMARIO**

1. CUÁNTOS Y QUIÉNES SON LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS. 2. OPCIONES SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS. 3. CONDICIONES DE TRABAJO Y ACCESO A LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS. 3.1. Condiciones diversas en función de la clase de plataforma. 3.2. Condiciones comunes con independencia de la clase de plataforma. 3.3. Valor y protección de los datos y dirección algorítmica. 3.4. La protección social de los trabajadores de plataformas. 4. DIEZ PROPUESTAS PARA UNA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. CUÁNTOS Y QUIÉNES SON LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS

Medir con precisión cuántos trabajadores de plataformas hay en el mundo, o incluso en cualquier país, es un reto considerable. La primera dificultad es que no existen apenas estadísticas oficiales al respecto. La OIT (2021a, 55) estima que su número oscila entre un 0,3 y un 22% de la población mundial adulta. Sin embargo, la OCDE los cifra entre un 1 y un 3% del total de trabajadores (OECD 2019a, 8).

Las personas que trabajan en plataformas no responden a un único arquetipo. Aunque la mayor parte de las investigaciones nos remiten al trabajo en plataformas de reparto o de transporte, lo cierto es que, dentro del colectivo, conviven múltiples perfiles. En relación con su dependencia económica de la plataforma, algunos estudios clasifican a estas personas como “profesionales” (la obtención de rentas depende del trabajo en la plataforma), “flexibles” (complementan rentas del trabajo a tiempo parcial con el trabajo en plataformas) y “pluriempleados” (buscan ingresos añadidos a los que ya obtienen en su trabajo a tiempo completo) (Cañigüeral 2021). Todas las estadísticas indican que la mayoría de las personas que trabajan en plataformas pertenecen a las dos últimas figuras, siendo una minoría los “profesionales” del trabajo en plataformas (Huws *et al.* 2017; Urzi Brancati *et al.* 2020; OIT 2021a).

Con todo, puede hacerse una síntesis de cuáles son sus principales características.

Por lo que se refiere al sector de actividad, los datos disponibles muestran que el sector más común es el de los particulares que ofrecen servicios de transporte. Ello es así, por ejemplo, en la UE, donde el 44% de las personas que ofrecieron servicios en plataformas lo hicieron en el sector del transporte, el 17% en el empleo doméstico (jardinería, reparaciones, cuidado de menores), el 14% en servicios profesionales (consultoría, programación) y el 10% en el de reparto de comida (Comisión Europea 2018). Lo mismo sucede en EEUU, donde el 62% de las personas que reciben ingresos de plataformas de trabajo o capital se dedican al transporte, mientras que únicamente el 6% realizan servicios diferentes (Farrell *et al.* 2019).

En relación con el sexo, el trabajo en plataformas tiene, como todo el trabajo pagado, un sesgo masculino. Algunos estudios estiman que 1 de cada 3 trabajadores de plataformas online son mujeres, mientras que, en los países en vías de desarrollo, la proporción es de 1 de cada 5 trabajadores son mujeres (Berg *et al.* 2018). En otros estudios se estima que 4 de cada 10 trabajadores en plataformas online son mujeres, mientras que menos del 10% de los trabajadores de plataformas *in situ* lo son (OIT 2021a).

A pesar de esta desproporción entre mujeres y varones en la economía de plataformas, es habitual expresar que el trabajo en plataformas permite el acceso al trabajo a personas que, de otra manera, lo tienen más difícil, entre ellas, las mujeres, por el hecho de que el trabajo en plataformas puede proporcionarles la posibilidad de trabajar desde su domicilio y organizar de forma más flexible los tiempos de trabajo, mejorando sus oportunidades de conciliación de la vida laboral con la familiar. Sin embargo, ello depende en gran medida de que las mujeres tengan acceso a las tecnologías digitales, algo que no sucede por igual en todos los países del mundo, y de que de alguna manera se quiebren los estereotipos de género existentes en relación con ciertas ocupaciones (Kasliwal 2020). De otro lado, concebir el trabajo en plataformas como una fórmula que facilita la conciliación de la vida laboral con la familiar, puede hacer que este trabajo contribuya a perpetuar los roles de género presentes en el mercado de trabajo y la sociedad (Bogliacino *et al.* 2019). Algunos estudios muestran cómo ello podría estar sucediendo: entre las personas que trabajan en plataformas online porque pueden hacerlo desde sus domicilios, el 13% son mujeres mientras que el 5% son varones; a su vez, 1 de cada 5 mujeres que prestan servicios mediante plataformas online tienen hijos menores de 5 años (Berg *et al.* 2018). La relación de ello con la conciliación parece evidente.

Respecto de la edad, las personas que trabajan en plataformas son más jóvenes que el conjunto de la población ocupada. En el espacio de la UE, la media de edad de todas las personas empleadas es de 42,4 años (OECD.stat), mientras que la de aquellas que trabajan en plataformas al menos una vez por mes es de 33,9 años (Urzi Brancati *et al.* 2020). De su lado, la edad media de los trabajadores del mundo es de 39,5 años (ILO.Stat), mientras que la de las personas que trabajan en plataformas online en el mundo es de 33,2 años (Berg *et al.* 2018). Otros estudios coinciden en situar por debajo de 35 años la media de edad de las personas que trabajan en plataformas, siendo más baja aún (31 años) la media de edad de aquellas que lo hacen en plataformas online (OIT 2021a). Es posible que este rasgo etario pueda deberse en alguna medida a un efecto composición, debido a que las personas que trabajan en plataformas lo hacen en sectores y ocupaciones en los que predominan trabajadores más jóvenes.

Por lo que se refiere al papel de la población migrante en la economía de plataforma, los estudios más recientes estiman que el 17% de las personas que trabajan en plataformas online poseen esta condición, aunque esta proporción es mayor en los países desarrollados (38%) que en los países en de-

sarrollo (3%). En las plataformas que proporcionan servicios de taxi y reparto las proporciones son más dispares. Mientras que únicamente un 1% de las personas que trabajan en las primeras son migrantes, la cifra alcanza el 15% en las plataformas de reparto (OIT 2021a). En este último sector, en algunos países de América Latina, la proporción de población migrante es mucho más elevada, sobre todo como consecuencia de la llegada a los mismos de población procedente de Venezuela, para los que el trabajo en plataformas representa en muchos casos su única fuente de ingresos y tiene como atractivo las escasas barreras de ingreso (OIT 2021b). En todo caso, dado que la OIT calcula que los migrantes representan un 4,9% del empleo mundial, parece que, en el ámbito de las plataformas, especialmente en aquellas online y de reparto, existe una sobrerrepresentación de esta población.

Por último, debe tenerse presente que la mayor parte de las veces el trabajo en plataformas constituye una fuente complementaria de rentas. En la UE, algunos estudios indican que, entre las personas que ofrecen servicios mediante plataformas, el 50% lo hace para obtener una fuente complementaria de rentas, en tanto un 10% lo hace para obtener su fuente principal de rentas (Comisión Europea 2018). Otros estudios van más allá y cifran en menos de un 10% el porcentaje de personas que tienen su principal fuente de rentas en el trabajo en plataformas en la UE (Huws *et al.* 2019) o, incluso, en un 1,4% el porcentaje de trabajadores que tienen el trabajo en plataformas como ocupación principal (Urzú Brancati *et al.* 2020). A escala global, es el 30% de las personas que trabajan en plataformas online el que obtienen de ellas su principal fuente de rentas (aunque el porcentaje llega hasta el 44% en los países en vías de desarrollo) (OIT 2021a).

## 2. OPCIONES SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS

Resulta conocido que las plataformas se presentan a sí mismas como intermediarias tecnológicas y no como empleadoras, de forma que las personas que prestan servicios mediante ellas suelen ser clasificadas como autónomos o no como trabajadores asalariados. La clasificación en una u otra categoría no es irrelevante a los efectos del conjunto de derechos laborales y el nivel de protección de que disfruten estas personas, más intensos en el caso de ser asalariados. Ello ha hecho que, en ocasiones, y a lo largo del mundo, las personas que trabajan en plataformas hayan cuestionado su clasificación como autónomos y pretendido ser clasificados como trabajadores asalariados. Lo que ha dado lugar i) a un importante número de resoluciones de los tribunales y ii) a un significativo número de iniciativas en relación con la clasificación de los trabajadores de plataformas.

Por lo que se refiere a las resoluciones judiciales, largamente glosadas en la literatura especializada, puede decirse que todavía no existe unanimidad respecto de la clasificación como trabajadores asalariados o autónomos de las personas que trabajan en plataformas. Más bien es a la inversa, existen

todavía discrepancias jurídicas sobre ello. Aunque sí parece que, con el andar del tiempo, aquellas que clasifican a estos trabajadores como asalariados empiezan a ser mayoría. En todo caso, los argumentos esgrimidos de uno y otro lado son los siguientes (Rodríguez Fernández 2019).

Aquellas resoluciones que afirman el carácter de trabajo autónomo de los trabajadores de plataformas se basan en: i) la posibilidad que tiene estos trabajadores de ser sustituidos supone que no se exige una prestación de carácter personal, que es la requerida para que exista un contrato de trabajo; ii) el trabajador de plataforma no trabaja en exclusiva para una de ellas, de forma que su actividad se asemeja más a la prestación de servicios para varios clientes propia de los autónomos; iii) el trabajador de plataforma goza de autonomía en la ejecución de su prestación, pues se conecta cuando lo desea a la plataforma y trabaja mediante ella cuanto y cuando lo desea, además de ser libre de aceptar o rechazar un servicio; y iv) el trabajador obtienen los beneficios que él desea, dado que de su voluntad en torno al tiempo que está conectado a la plataforma dependen también sus propias ganancias.

Del otro lado, aquellas resoluciones que afirman el carácter de trabajo asalariado de los trabajadores de plataformas subrayan: i) la geo-localización a que están sometidos estos trabajadores permite una trazabilidad y control total de la prestación de servicios que realizan para la plataforma, lo que es símbolo de su dependencia con respecto a ella; ii) la libertad de aceptar o rechazar los servicios no es tal si existe un sistema de puntuación y sanciones que permite entender que el trabajador está sometido al poder organizativo y sancionador de la plataforma (gestión algorítmica); y iii) el negocio que se pone en el mercado no es el del trabajador, sino el de la plataforma para la que presta servicios, pues es ella la que aparece como proveedora de los servicios ante el público, con la que contactan los consumidores y la que define la política de precios y la estrategia de mercado, siendo el trabajador una parte integrante de este engranaje empresarial.

Frente a ello, han aparecido básicamente cuatro opciones para la clasificación de los trabajadores de plataformas. La primera es la no intervención por parte del legislador, esto es, que no haya una regulación expresa del trabajo en plataformas y, por tanto, que la clasificación como trabajadores asalariados o autónomos y el correspondiente régimen jurídico-laboral aplicable quede al albur de las decisiones judiciales. Una solución posible, pero que puede generar una intensa inseguridad jurídica tanto para los trabajadores como para las plataformas, en la medida en que las reglas del juego varían en función de la perspectiva que adopten los órganos judiciales en cada caso en concreto.

Una segunda solución es crear figuras intermedias entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo, como puede ser la del worker en Reino Unido o la del trabajador autónomo económicamente dependiente de España. La idea de una figura intermedia está basada en la consideración de que el trabajo en plataformas puede no adaptarse a los rasgos propios del trabajo asalariado, tal como están regulados en la actualidad, ni a aquellos otros del trabajo autóno-

mo y que, por ello, es necesario contar con una regulación específica para esta clase de empleos. Es una solución posible, aunque debe considerarse que, de multiplicarse las figuras en que es posible encuadrar al trabajador, se multiplica también la inseguridad jurídica que puede existir a la hora de clasificarlo dentro de una u otra figura. Por otra parte, la creación de figuras intermedias, a las que se adjudica una intensidad de derechos laborales y de protección social también intermedia, puede producir un efecto huida desde la relación de trabajo asalariado hacia ellas (Rodríguez Fernández 2019).

Una tercera posibilidad es el fortalecimiento de la presunción de existencia del contrato de trabajo que está recogida en buena parte de los ordenamientos jurídico-laborales, con la finalidad de facilitar la declaración de los trabajadores de plataformas como trabajadores asalariados y adjudicarles, así, los derechos laborales y de protección social correspondientes a los mismos (Huws *et al.* 2017). Esta opción estaría en línea con la R198– Recomendación sobre la relación de trabajo 2006 (núm. 198) de la OIT (apartado 11, b). Finalmente, existe la alternativa de trascender la clasificación como trabajadores asalariados o autónomos a los efectos de adjudicarles derechos laborales y de protección social, lo que significa adjudicar tales derechos y el acceso a la protección social sin tener en cuenta si son trabajadores asalariados o autónomos (De Stefano 2016; Rodríguez Fernández 2019).

Algunas de estas opciones se han materializado en iniciativas legislativas. Hoy existen proyectos de ley sobre el trabajo en plataformas en varios países<sup>1</sup>, pero hay algunas fórmulas legales vigentes que conviene tener en consideración porque representan, a su vez, aproximaciones legislativas diferentes a la regulación del trabajo en plataformas. En primer lugar, la Ley del Estado de California AB5, de 18/09/2019<sup>2</sup>, que presume la existencia

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, en Argentina existe un Proyecto de Ley sobre el Estatuto del Trabajador de Plataformas Digitales Bajo Demanda (reseñado en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/---ro-lima/---ilo-buenos\\_aires/documents/publication/wcms\\_759896.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_759896.pdf)); en Chile, el 25/01/2022, el Congreso aprobó el proyecto de ley que modifica su Código de Trabajo para regular “el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios” (<https://senado.cl/senado/site/artic/20220126/pags/20220126202038.html>); en Australia, en junio de 2021, el Senado elaboró un informe sobre “trabajo bajo demanda en plataformas” que incluye recomendaciones para su regulación ([https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/committees/reportsen/024635/toc\\_pdf/Firstinterimreporton-demandplatformworkinAustralia.pdf;fileType=application%2Fpdf](https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/committees/reportsen/024635/toc_pdf/Firstinterimreporton-demandplatformworkinAustralia.pdf;fileType=application%2Fpdf)); en Canadá, donde el Gobierno anunció en marzo de 2021 una consulta sobre trabajo en plataformas y ha publicado un informe sobre su posible regulación (<https://www.canada.ca/en/employment-social-development/corporate/portfolio/labour/programs/labour-standards/consultation-right-to-disconnect-and-gig-work/background-gig-work.html>); o en Perú, donde, en agosto de 2021, se presentó en el Congreso de la República el proyecto de “ley que reconoce beneficios laborales a los trabajadores que realizan el servicio de reparto, mensajería y movilidad por medio de plataformas digitales” (PL 018/2021-CR).

<sup>2</sup> Disponible en [https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201920200AB5](https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5). Como es sabido, el 03/11/2020 se aprobó la Proposición 22 que vino a contrarrestar los efectos de la AB5. El texto de la P22 está disponible en <https://vig.cdn.sos.ca.gov/2020/general/pdf/topl-prop22.pdf>. Sin embargo, en agosto de 2021, esta norma fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo de California.

de un contrato de trabajo salvo que el empleador demuestre que no ejerce control alguno sobre el trabajador de plataforma, o que este regenta su propio negocio, o que la actividad desarrollada por el mismo está fuera de la actividad central a la que se dedica la plataforma (SEC. 5). En esta línea se halla también la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, aprobada en España<sup>3</sup>, donde se presume que las personas que trabajan para plataformas de reparto o distribución de productos de consumo o mercancías son trabajadores dependientes por estar sometidos a la dependencia implícita o indirecta de los algoritmos, aunque se permite la demostración en contrario por parte de la plataforma. En segundo término, la Ley italiana de 02/11/2019, n. 128<sup>4</sup>, que refuerza también la presunción de existencia de contrato de trabajo para los trabajadores de plataforma, pero no exige de que deba demostrarse que la prestación es organizada por la propia plataforma y, por tanto, que está presente la dependencia.

Ahora bien, esta Ley italiana añade una segunda opción. Aun considerando que el trabajador de plataforma sea un autónomo, garantiza la aplicación al mismo del convenio colectivo del sector de actividad. De no existir tal convenio colectivo, se establece un “nivel mínimo de tutela”, que consiste en reconocer al autónomo de la plataforma una serie de derechos, entre los que se halla el pago por parte de ella de un seguro de accidente de trabajo y de enfermedad profesional (art. 47-septies).

Una línea semejante es la que se encuentra en la Ley francesa n° 2016-1088 de 08/08/2016<sup>5</sup>, donde, con base en el concepto de “responsabilidad social” que tiene la plataforma respecto de aquellos que prestan servicios en ella, aun tratándose de trabajadores independientes o autónomos, la misma viene obligada a pagar las cuotas del seguro de accidente de trabajo que haya contratado el trabajador (art. L. 7342-2), además de reconocerse su derecho a la formación profesional y a pertenecer a un sindicato. Por otro lado, la Ley n° 2019-1428 de 24/12/2019<sup>6</sup>, basándose también en la “responsabilidad social”, ha previsto que los trabajadores independientes de plataformas de transporte y reparto posean una “carta” en la que la plataforma contemple “garantías de protección social complementarias” (L. 7342-9).

De su lado, el nuevo Código de Seguridad Social indio, aprobado en septiembre de 2020<sup>7</sup>, garantiza la protección social de los trabajadores de plataformas sin tener en consideración su clasificación como asalariados o autónomos, en particular el seguro de accidentes, la cobertura ante la muerte, la incapacidad o la jubilación y prestaciones sanitarias y por maternidad (Sección 114). Finalmente, en Corea del Sur, se ha aprobado una reforma del seguro de desempleo (diciembre 2020), según la cual los trabajadores de

<sup>3</sup> Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-15767>

<sup>4</sup> Disponible en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2019/11/02/257/sg/pdf>

<sup>5</sup> Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032983213/>

<sup>6</sup> Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039666574/>

<sup>7</sup> Disponible en <https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/16823/1/a2020-36.pdf>

plataforma tendrán acceso a este seguro y la plataforma deberá notificar el aseguramiento del trabajador y retener y abonar las cotizaciones correspondientes al mismo<sup>8</sup>. Como puede verse, las leyes italiana, francesa, india y surcoreana asignan derechos laborales y de protección social a los trabajadores de plataforma, aunque no sean trabajadores asalariados, circunstancia que las separa de la solución californiana o española.

En el ámbito supranacional pueden destacarse las iniciativas de la UE y de la OCDE. Aun sin referirse de manera explícita a ello, el Pilar Europeo de Derechos Sociales (2017) abrió la reflexión sobre la protección social del trabajo en plataformas al enunciar, en su Principio 12, que los trabajadores asalariados y los autónomos “tienen derecho a una protección social adecuada”. A partir de ahí se adoptaron dos instrumentos que guardan relación con la clasificación del trabajo en plataformas: i) la Directiva (UE) 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles; y ii) la Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia. En ambas normas se hace una llamada de atención a las consecuencias de una incorrecta clasificación de los trabajadores de plataformas (Rodríguez Fernández 2020). En la primera, porque puede ser causa de trabajo no declarado (Considerando 8); en la segunda, porque puede ser causa de falta de protección social (Considerando 17).

Después de ello, la UE puso en práctica una primera fase de consulta a los agentes sociales europeos sobre la posibilidad de que pudieran entablar negociaciones entre ellos y alcanzar un acuerdo para la regulación del trabajo en plataformas (febrero 2021). Declinada la invitación por parte de los agentes sociales, la UE puso en práctica una segunda fase de consulta a los efectos de ser ella misma la que procediera a la regulación de esta materia (junio 2021). Ello ha dado como resultado una propuesta de Directiva<sup>9</sup>, hecha pública en diciembre de 2021, donde i) se presumen la existencia del contrato de trabajo y ii) se invierte la carga de la prueba de modo que tenga que ser la plataforma la que demuestre que se trata de genuino trabajo autónomo (art. 4 y 5).

Finalmente, la OCDE ha elaborado una serie de recomendaciones para que los países miembros puedan abordar el trabajo en plataformas, entre ellas: i) asegurar la correcta clasificación de los trabajadores de plataformas; ii) reducir los incentivos para que las empresas puedan utilizar una incorrecta clasificación del trabajo en plataformas como forma de evitar el pago de impuestos y cotizaciones sociales; y iii) extender derechos laborales y el acceso a la protección social a los trabajadores que se encuentren en “zonas grises” entre el trabajo asalariado y autónomo (OECD 2019b).

---

<sup>8</sup> Disponible en [https://www.moel.go.kr/english/poli/poliNewsnews\\_view.jsp?idx=1587](https://www.moel.go.kr/english/poli/poliNewsnews_view.jsp?idx=1587)

<sup>9</sup> Véase <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&furtherNews=yes&newsId=10120>

### 3. CONDICIONES DE TRABAJO Y ACCESO A LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS

La diversidad del trabajo en plataforma online e *in situ* se refleja en las condiciones de trabajo. Sin embargo, hay también un haz de condiciones de trabajo que en mucha medida son comunes al trabajo en plataformas en cuanto género y, por tanto, comparten aquellas personas que trabajan en plataformas online con las que lo hacen en las que localizan la prestación del servicio.

#### 3.1. Condiciones diversas en función de la clase de plataforma

Páginas atrás se ha expresado que la mayoría de los trabajadores utilizan el trabajo en plataformas como fuente complementaria de rentas. Ello es así, pero hay diferencias en función de la clase de plataforma. Mientras dos tercios de los trabajadores de plataformas online están en tal situación (Berg *et al.* 2018), en las plataformas de transporte o reparto, las proporciones se invierten y llegan a ser mayoría (84% y 90%, respectivamente) aquellos que obtienen de la plataforma su principal fuente de rentas (OIT 2021a, 171).

Una segunda diferencia entre ambas clases de trabajo guarda relación con la cuantía de las rentas. De acuerdo con algunos estudios, los trabajadores de plataformas online perciben menores ingresos que los trabajadores comparables fuera de la plataforma (Cantarella y Strozzi 2019), mientras que los trabajadores de taxi o reparto perciben ingresos más altos que los trabajadores comparables (De Groen y Maselli 2016). Con todo, en materia de ingresos hay una diferencia esencial en relación con las plataformas online. En este tipo de plataformas pueden prestar servicios desde freelancers con alta cualificación y consideración sobre su desempeño hasta microworkers encargados de la realización de pequeñas tareas digitales con baja cualificación y consideración sobre su desempeño. Esta bipolaridad del trabajo en plataformas online (Rodríguez Fernández 2019) produce, a su vez, una polarización en relación con los ingresos que ambos perfiles obtienen de ellas, especialmente en países como India o Estados Unidos, donde los microworkers ganan un 64% y un 81% menos, respectivamente, que los trabajadores comparables (OIT 2021a, 169).

La tercera de las diferencias se produce con respecto al tiempo de trabajo. El trabajo en plataformas es presentado como una fórmula donde la soberanía sobre el tiempo de trabajo por parte del trabajador es factible. La idea que alimenta esta percepción es su autonomía para conectarse a la plataforma o no hacerlo, así como decidir el horario y el tiempo durante el cual está conectado. De otro lado, entre las condiciones de trabajo más valoradas por las personas que trabajan en plataformas está esta misma autonomía (Huws *et al.* 2017; Berg *et al.* 2018). El tiempo de trabajo y su distribución son, así, al

menos en principio, una libre elección del trabajador. Pues bien, las personas que prestan servicios en plataformas online lo hacen una media de 27 horas a la semana; sin embargo, aquellas que prestan servicios de taxi o reparto lo hacen una media de 65 y 56 horas a la semana, respectivamente (OIT 2021a, 180). La diferencia en el número de horas de trabajo en una y otra clase de plataformas es evidente.

Con todo, hay matices que conviene considerar. El primero es que es bien habitual que las personas que prestan servicios en plataformas online sumen a esta ocupación la que es su ocupación principal y, por tanto, que, en relación con el tiempo de trabajo, deba sumarse el empleado en ambas ocupaciones. En segundo término, es relativamente frecuente que estas personas trabajen todos los días de la semana (36%) y durante la noche (43%) (Berg *et al.* 2018), algo que resulta hasta cierto punto consustancial a un trabajo que se desarrolla a escala global y, por tanto, debe adaptarse a los diferentes husos horarios del mundo. Ello es semejante a lo que ocurre en las plataformas que localizan la prestación del servicio. Al número de horas de trabajo referido debe unirse que, en no pocas ocasiones, se trabaja también todos los días de la semana y en jornadas diarias que pueden llegar a exceder 12 horas (OIT 2021a). Ello prefigura un panorama donde se vislumbra el trabajo en plataformas como una fórmula que extiende el tiempo de trabajo más allá de los límites habituales (Eurofound y ILO 2017).

Lo anterior produce consecuencias negativas sobre la salud de los trabajadores, no sólo por el consabido cansancio que provoca la prolongación prácticamente diaria del tiempo de trabajo (Lenaerts *et al.* 2021), sino también por estrés. El hecho de trabajar durante un número elevado de horas y de hacerlo en horarios que es común dedicar a las responsabilidades familiares dificulta la conciliación entre la vida familiar y laboral (lo que debilita la idea de que ello sea una ventaja del trabajo en plataformas), pero también borra las fronteras entre ambas esferas de la vida, de forma que puede llegar a generar estrés que se trabaje mientras debe atenderse a la familiar y que deba atenderse a la familia mientras se trabaja (Webster 2016).

Una última diferencia se refiere a la participación de las mujeres en el trabajo en plataformas. Mientras no parece haber evidencias sobre la existencia de una brecha salarial significativa entre mujeres y hombres en las plataformas online, la diferencia salarial entre ambos sexos es sustancial en las plataformas que localizan la prestación del servicio, alcanzando el 17% en algunos países como Chile o Argentina (OIT 2021a). La diferencia puede derivar de la invisibilidad del trabajo en plataformas online, en el sentido de permitir la incorporación de mujeres en esta clase de trabajos sin tener que afrontar los prejuicios culturales o estereotipos habidos en algunas sociedades al respecto de los trabajos que pueden realizar las mismas: la invisibilidad favorecería su incorporación online (y no tanto la presencial) en actividades que tradicionalmente son masculinas fuera de las plataformas (Huws *et al.* 2017).

### 3.2. Condiciones comunes con independencia de la clase de plataforma

Además de la prolongación del tiempo de trabajo referida, pueden identificarse otras condiciones de trabajo en común de las personas que trabajan en plataformas online y de aquellas que lo hacen en plataformas *in situ*. Una primera de ellas es la falta de suficiente trabajo, así lo reportan el 86% de los trabajadores de las primeras (el 92% en países en desarrollo) y el 69% de los trabajadores de las segundas (OIT 2021a). Esto puede ser la causa de la prolongación del tiempo de trabajo antes expresada, en el sentido de necesitar extender las horas de trabajo para conseguir mayor volumen de actividad y, así, mayor volumen de ingresos. Naturalmente, el volumen de trabajo disponible depende en buena medida del mercado, pero hay prácticas habituales en las plataformas que pueden tener alguna incidencia sobre ello. Una estrategia de incorporación a la plataforma de un número de trabajadores desproporcionado en relación con su volumen de actividad puede acrecentar la escasez de trabajo, además de avivar la competencia entre los propios trabajadores, con efectos sobre los precios de las tareas o servicios que se realizan (que tenderán a ir a la baja) y sobre la percepción de ser, más que colegas, contrincantes entre ellos.

Una segunda condición de trabajo en común es el pago de tarifas por parte de los trabajadores para acceder a tareas o servicios de las plataformas, lo que tiene un impacto directo sobre el volumen de ingresos obtenido y supone, sobre todo para los trabajadores más vulnerables económicamente, una barrera para acceder al empleo que proporcionan (OIT 2021a). De partida, ello puede entenderse en consonancia con la narrativa de las plataformas, según la cual ellas no son empleadoras, sino intermediarias tecnológicas en un mercado de bienes o servicios que se genera en torno a ellas, por lo que pueden cobrar a sus usuarios una tarifa que les permita operar en tal mercado o utilizar la infraestructura tecnológica de su propiedad. Sucede, sin embargo, que, aunque se aceptara que es únicamente intermediación lo que hacen las plataformas respecto de las personas que prestan servicios en ellas, el cobro de tarifas puede ser cuestionable.

En primer lugar, porque dicha narrativa les sitúa en una posición similar a las agencias de empleo privadas, que, de acuerdo con el C181-Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), de la OIT, son aquellas que prestan i) “servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo” y ii) “servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona”. De hecho, algunos estudios han planteado la posibilidad de dar a las plataformas el mismo tratamiento normativo que a las agencias de empleo privadas (Huws *et al.* 2017). Pues bien, según el art. 7 del C181, las agencias tienen vetado cobrar a los trabajadores por la utilización de sus servicios de intermediación, de forma que la similitud entre los servicios de las agencias y los que las plataformas predicen de sí mismas quizá debería llevar a considerar que estas últimas no puedan tampoco cobrar tarifas a los trabajadores por la utilización de sus servicios.

Ello, además, podría evitar una suerte de competencia desleal entre agencias y plataformas.

De otro lado, no sería un obstáculo para ello la clasificación de los trabajadores, en el sentido de entender que, ante una eventual clasificación como autónomos, la aplicación del C181 sería improbable por referirse a los “trabajadores”. En este Convenio, el término “trabajadores” debe ser entendido como expresa el propio art. 1.2, esto es, como “solicitantes de empleo”, sin que se haga mención expresa alguna a la clasificación que hayan de tener los mismos. Por tal motivo, la clasificación de la persona como trabajador asalariado o autónomo no parece tener relevancia para la aplicación de la prohibición de cobro de las agencias y, así, de las plataformas. En este sentido se han pronunciado ya, además, los tribunales holandeses (De Stefano 2019).

Una tercera condición de trabajo en común es la relativa indefensión que sufren los trabajadores de plataformas ante el impago de los clientes. No es infrecuente que, ante la cancelación de servicios previamente solicitados o el rechazo de trabajos realizados mediante plataformas online, los trabajadores dejen de percibir, cuando menos, una parte significativa de los ingresos correspondientes (OIT 2021a). A ello se une la inexistencia de procedimientos de reclamación frente a tales comportamientos, algunas veces completamente arbitrarios de parte de los clientes (Huws *et al.* 2017). Debe considerarse que la plataforma es, para muchos de estos trabajadores, un ente desconocido y ausente, en el sentido de que lo único que conocen de ella es su denominación y el ID con el que se conectan. Lo mismo sucede respecto de algunos clientes en plataformas online, donde a veces ni se conoce quiénes son ni los propósitos de las tareas que encargan. Todo ello dificulta notablemente las relaciones entre los trabajadores y las plataformas, porque apenas existen más canales de comunicación entre ambos que los virtuales. Situación que se agudiza ante comportamientos de los clientes como los descritos, porque entonces se hace prácticamente inviable realizar reclamación alguna. Ello es el motivo por el que algunos documentos sobre el trabajo en plataformas recomiendan reforzar la transparencia, en el sentido de mejorar la información que poseen los trabajadores sobre la propia plataforma y los clientes para los que prestan servicios, y establecer mecanismos de solución de conflictos entre los clientes y los trabajadores y estos y la plataforma<sup>10</sup>.

La cuarta condición de trabajo en común guarda relación con la seguridad y la salud en el trabajo. Aunque en relación con la actividad que se realiza por parte de los trabajadores no hay evidencias de que el trabajo en plataformas produzca riesgos específicos, sí parece que las características del trabajo en plataformas pueden agudizar alguno de ellos (Lenaerts *et al.* 2021), especial-

---

<sup>10</sup> *Guideline for a prosperous and fair cooperation between companies, clients and crowdworkers*, disponible en <https://crowdsourcing-code.de/index-en.php>, es un código de conducta suscrito en Alemania por algunas plataformas donde, además, se ha creado una figura llamada Ombuds Office para la solución de conflictos.

mente los psicosociales. El hecho de tener que prolongar el tiempo de trabajo para acceder a un volumen suficiente de tareas puede incrementar en los trabajadores de plataformas online algunos riesgos físicos, como los cardiovasculares derivados del sedentarismo o los problemas oculares o posturales, además de potenciar los riesgos de tecnoestrés, tecnoadicción o ciberacoso. Todo ello teniendo en cuenta, además, que, por realizar su actividad fuera de la localización de un empleador, corresponde a los propios trabajadores la responsabilidad sobre la prevención de los riesgos y la protección de su salud. Lo mismo sucede respecto de los trabajadores de plataformas *in situ*, responsables, a su vez, de su propia seguridad y salud en el trabajo y para los que la prolongación del tiempo de trabajo y la propia incertidumbre sobre el acceso a un volumen suficiente de servicios e ingresos produce, como se dijo antes, no pocas situaciones de fatiga y estrés.

Pero quizá sea la característica más común de ambas clases de trabajo realizarlo al dictado de un algoritmo, lo que significa que buena parte de las actuaciones de estos trabajadores vienen pautadas tecnológicamente por una especie de “gran hermano” que ordena el trabajo y el tiempo, pero al que no se ve, lo que puede producir una especie de sentimiento de alienación en los trabajadores. Finalmente, el hecho de que ambas clases de trabajadores de plataformas estén sometidos a rankings de los consumidores y de los algoritmos, que condicionan sus oportunidades de empleo y de ingresos (así sucede respecto del 83% de los trabajadores de plataformas online y del 72% y 65% de los del sector del taxi y del reparto (OIT 2021a)) multiplica los riesgos de ansiedad y, nuevamente, de estrés (Fernández Martínez 2020).

### 3.3. Valor y protección de los datos y dirección algorítmica

Los datos son la materia prima de las plataformas (Srnicek 2017) y los algoritmos el método a través del cual toman decisiones. Tanto es así que hay estudios que hablan de una nueva “algocracia”, para expresar la relevancia adquirida por los algoritmos en la toma de decisiones empresariales que guardan relación con el trabajo (Schmidt 2017). Ello no sólo sucede en las plataformas, pero es en ellas donde comenzó a ser visible como fenómeno.

Actualmente la tecnología permite la obtención de toda clase de datos de las personas que trabajan en plataformas. Es posible conocer cuándo y por cuánto tiempo prestan servicios, para quién lo hacen y cuáles los beneficios que obtienen de ello, pero también datos personales que van más allá de las características de la actividad que se desarrolla: localización, métodos de pago, red de contactos, preferencias comerciales, comportamientos ante determinados eventos o, incluso, datos biométricos. Este conjunto de datos, por mucho que se anonimicen, permite un conocimiento prácticamente integral de la persona y la actividad del trabajador y genera debates sobre su valor y su protección.

De un lado, el volumen de datos que generan los trabajadores de plataformas puede ser una fuente importante de beneficio económico para ellas, una

vez tratados y convertidos en pautas comerciales para ganar eficiencia en el mercado o en objeto de tráfico comercial para su venta a otras empresas. Pues bien, hoy existe un debate sobre la propiedad de estos datos y sobre cómo distribuir los beneficios económicos que generan. A este respecto son conocidas tesis como las de Datos como Capital (DcC) o Datos como Trabajo (DcT), en las que se defienden que los datos puedan ser considerados como un capital de las personas que los proveen y, por ello, rentar beneficios en cuanto tal, o como un “trabajo” y obtener una remuneración a cambio de proveer de datos a las plataformas.

Debe tenerse presente que, según algunas estimaciones, el valor de los datos personales de la población norteamericana recolectados, tratados y hechos negocio por parte de las grandes plataformas digitales alcanzó, en 2018, la cifra de 57.763,9 billones de dólares y que, si todo sigue como hasta ahora en el mercado de los datos, en 2022 su valor será de 171.747,1 billones de dólares (Shapiro y Aneja 2019). Ello está en la base de las tesis anteriores, que tratan fundamentalmente de hallar fórmulas para la distribución de los beneficios que genera la economía de datos y que ya acogen, por ejemplo, el Informe del Grupo de Expertos de Alto Nivel creado por la UE *Digital Transformation on EU Labour Markets*<sup>11</sup> o los autores del movimiento *Radical Markets* (Posner y Weyl 2018).

Por lo que se refiere a la protección de datos, debe tenerse presente que, además de capturar un volumen ingente de datos, la tecnología permite hoy una supervisión del trabajo y la persona del trabajador realmente significativa. Imágenes, sonidos, geolocalización, relojes inteligentes, etc., permiten llegar a conocer hasta el propio ritmo del corazón. Todos estos datos pueden servir al efecto de supervisar el trabajo que realizan las personas, pero también para adentrarse en un conocimiento sobre ellas que traspasa las fronteras de la organización y el control del trabajo para entrar en la esfera de su intimidad. Esta frontera es tenue, pero sobrepasarla significa topar con el derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos. Hay, así, que tratar de conocer hasta dónde llega la legítima supervisión del trabajo que realizan los trabajadores por medios tecnológicos y dónde comienza su esfera privada, que debe ser respetada en tanto que derecho fundamental de la persona. Un ejercicio de ponderación que es preciso realizar especialmente en el caso del trabajo en plataformas.

Para empezar, debe subrayarse que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental universal, recogido como tal en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se reconoce que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada”. El derecho a la protección de datos ha estado siempre íntimamente unido a él, en la medida que proteger los datos personales refuerza la protección de la vida privada, pero, desde que comenzaron a sentirse los efectos de la revolución tecnológica, la pre-

---

<sup>11</sup> Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/final-report-high-level-expert-group-impact-digital-transformation-eu-labour-markets>

ocupación por la protección de datos se ha vuelto esencial, particularmente en el mundo del trabajo, donde no cabe desconocer que una parte importante de la fuerza de trabajo está sujeta al poder de dirección empresarial y que el mismo ha comenzado a ejercerse por medios tecnológicos. Ello ha hecho que aparezcan o recobren valor instrumentos para la protección de datos en prácticamente todas las regiones del planeta (Hendrickx *et al.* 2022).

A escala mundial cabe citar como ejemplo las Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales (1980), que han tenido influencia sobre la consideración de la materia por buena parte de los países del mundo; a escala europea destaca el Reglamento (UE) relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (2016); y, para el mundo del trabajo, el Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre Protección de los Datos Personales de los Trabajadores (1997)<sup>12</sup>. Aun elaborado en un tiempo donde todavía no había irrumpido con la fuerza actual el uso de la tecnología en la empresa y el trabajo, recoge algunos principios esenciales cuya aplicación no siempre resulta garantizada en el caso del trabajo en plataformas: i) derecho a la información sobre los datos personales que se obtienen y su tratamiento; ii) derecho al acceso a los datos personales con independencia de que sean objeto de un tratamiento informatizado; iii) derecho a exigir que se supriman o rectifiquen algunos de los datos personales inexactos o incompletos; iv) derecho a que las decisiones relativas al trabajador no se basen exclusivamente en el tratamiento informatizado de los datos personales; o v) derecho a que el tratamiento de datos personales no produzca discriminación.

Todo ello se vuelve particularmente complejo para los trabajadores de plataformas, en la medida que estas son algo incorpóreo a las que apenas se tiene acceso más que por email o a través de una URL, con lo que resulta difícil conocer los datos que recopilan, su tratamiento y cómo se utilizan para modelar la propia prestación de servicios. De otro lado, en el ámbito del trabajo en plataformas es especialmente importante la portabilidad de los datos de una plataforma a otra, a modo de historial profesional que puede facilitar el acceso y el posicionamiento de una persona que ha prestado servicios en una plataforma dentro de otra. Tal portabilidad es hoy una de las recomendaciones más comunes sobre el trabajo en plataformas (Berg *et al.* 2018), sean online o *in situ*, y está ya expresada como derecho de las personas en el Reglamento (UE) sobre protección de datos antes referido (art. 20) y en los *Standards for Personal Data Protection for Ibero-American States* (art. 30) (Hendrickx *et al.* 2022).

Pero si hay algo que caracteriza el trabajo en plataformas es la dirección algorítmica. Es un algoritmo el que ofrece y adjudica servicios o tareas a los trabajadores, el que define las franjas horarias que finalmente les corresponden o el que realiza los rankings entre trabajadores y decide, incluso, si con-

---

<sup>12</sup> Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms\\_112625.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_112625.pdf)

tinúan prestando servicios para la plataforma o quedan desactivados de ella. Esto es, es el algoritmo el que determina ampliamente la cantidad de trabajo y sus condiciones. Sin embargo, poco o nada se conoce del algoritmo por parte de las personas que se sujetan a sus dictados, porque es algo opaco y a veces incomprensible para ellas. Más aún, la decisión algorítmica no siempre es neutra. Los datos que alimentan los algoritmos pueden contener sesgos que terminen produciendo discriminaciones en las decisiones que se adoptan mediante ellos.

Lo anterior no es sólo una posibilidad, sino que ya existen ejemplos al respecto. Algunos estudios han denunciado la posible homofobia de una IA desarrollada por investigadores de la Universidad de Stanford (Casilli 2017) y resulta conocido que Amazon tuvo que retirar un algoritmo por su sesgo de género<sup>13</sup>. En Italia, una Sentencia ha declarado que el algoritmo utilizado por una plataforma de reparto produce discriminación entre los repartidores por no tener en cuenta los motivos por los que no realizan servicios en un horario (slot) previamente seleccionado por ellos o no cancelan el slot con 24 horas de antelación, los cuales pueden consistir en el ejercicio del derecho de huelga o en padecer una enfermedad<sup>14</sup>. En Holanda, una Sentencia ha confirmado el derecho de una plataforma de servicios de transporte a utilizar un algoritmo para la toma de decisiones, pero también su obligación de hacer transparentes los datos y principales criterios de evaluación de que se nutre el mismo en forma que los trabajadores puedan entenderlos y comprobar su legalidad<sup>15</sup>.

Tal vez pueda ser esta última la clave en la decisión algorítmica: aceptar su existencia y su legitimidad en la toma de decisiones por parte de las plataformas, pero someter los algoritmos a un proceso de transparencia y evaluación. Transparencia en la medida que se da a conocer, en primer lugar, que se están adoptando decisiones con base en algoritmos y cuáles son los datos de que se alimentan y los parámetros que se tienen en consideración; evaluación en el sentido de revisar las decisiones algorítmicas adoptadas con la finalidad de poder descartar que estén produciendo diferencias de tratamiento injustificadas. Algunas iniciativas legislativas siguen este camino. Es el caso de la Ley española 12/2021, de 28 de septiembre, donde se regula el derecho de los representantes de los trabajadores (también de aquellos que no prestan sus servicios en una plataforma) a recibir información sobre “los parámetros, reglas e instrucciones en que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo [y] el acceso y mantenimiento del empleo”. En el mismo sentido parece ir la propuesta de Directiva para la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores de plataforma de diciembre

---

<sup>13</sup> Vid. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45823470>

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal ordinario de Bolonia de 31/12/2020, disponible en <https://www.algoritmolegal.com/wp-content/uploads/2021/01/Sentencia-Bologna-Italia-Deliveroo-dic-2020-Original-italiano.pdf>

<sup>15</sup> Sentencia de la Corte de Distrito de Ámsterdam de 11/03/2021, disponible en <https://ekker.legal/en/2021/03/13/dutch-court-rules-on-data-transparency-for-uber-and-ola-drivers/>

de 2021 ya referida, donde se reclama a los Estados miembros una conducta proactiva por su parte a fin de que las plataformas garanticen transparencia e información sobre los datos personales de los trabajadores y control humano final sobre las decisiones algorítmicas (art. 6, 7 y 8).

### 3.4. La protección social de los trabajadores de plataformas

La configuración de los modelos de seguridad social basados en el seguro tomó como referente el modelo de trabajo dominante en el momento de su creación. Este modelo era el del trabajo asalariado fundado sobre el contrato de trabajo y su característica genética de la dependencia del trabajador al poder del empleador, un contrato indefinido y a tiempo completo. El contrato de trabajo con las características que se acaban de señalar se convirtió, así, en la institución clave a través de la que se proveía de protección social a los trabajadores. Con el tiempo estas características comenzaron a cambiar y se fueron construyendo relaciones de trabajo en las que puede no haber dependencia (trabajo autónomo), pueden no ser indefinidas (contratos temporales) o pueden no ser a tiempo completo (trabajadores a tiempo parcial).

Estas formas de empleo atípicas siempre han supuesto un reto para la protección social (Behrent, Nguyen y Rani 2019). Diseñada en función de las características dominantes del contrato de trabajo antes descritas, ha habido que ir adaptando las reglas inicialmente previstas por el modelo de seguridad social para que la falta de alguna de ellas no produjera la desprotección total o una menor protección social de los trabajadores. Sin embargo, el resultado de este proceso de adaptación no ha sido especialmente bueno en el caso de los trabajadores autónomos, que en prácticamente todos los países gozan de una menor protección social, cuando no de falta absoluta de protección social (Spasova *et al.* 2019). Un ejemplo de ello son los datos proporcionados por la Comisión Europea (2016), según los cuales los autónomos multiplican por 3,5 el riesgo de pobreza de los trabajadores asalariados y 1 de cada 4 de ellos está en riesgo de pobreza o exclusión social. Una suerte semejante corren los trabajadores de plataformas.

Un primer rasgo que habría que destacar respecto de ellos es el diferente nivel de protección social que poseen aquellos que obtienen del trabajo en plataformas su principal fuente de rentas en comparación con los que obtienen del trabajo en las plataformas una renta complementaria, que, tal como se ha explicado anteriormente, son la mayoría. Los estudios demuestran que la protección social de los primeros es mucho menor que la de los segundos, debido a que estos últimos tienen la protección social que les corresponde por su actividad principal fuera de las plataformas (Berg *et al.* 2018). Un segundo rasgo que se observa es que los trabajadores de plataformas *in situ* tienen una mejor protección social en los países desarrollados que en aquellos en vías de desarrollo, fundamentalmente porque las instituciones de protección social de los primeros suelen ser más sólidas (OIT 2021a).

A partir de ahí, todos los datos expresan una menor protección social de los trabajadores de plataformas, sean de plataformas online o *in situ*. En torno al 40% de ellos tienen protección por enfermedad (40% trabajadores de plataformas online y 43% trabajadores de plataformas *in situ*), lo que significa que cerca del 60% de ellos carecen de protección ante esta contingencia. Algo que puede haber sido especialmente importante durante la pandemia por COVID-19, en la que el acceso a los servicios de salud puede haber resultado muy difícil para los trabajadores de plataformas. Por otra parte, está por debajo del 20% el porcentaje de trabajadores de ambas clases de plataformas que tienen protección frente a los accidentes de trabajo y el desempleo (especialmente baja es la protección por desempleo de aquellos que trabajan en plataformas *in situ*, cuyo porcentaje está en torno al 10%). Esto supone que cerca del 80% de los trabajadores de plataformas carecen de protección frente a estas contingencias y que es muy reducido el porcentaje de trabajadores de plataformas con protección por desempleo. Finalmente, no supera el 23% el porcentaje de trabajadores de plataformas con protección frente a la vejez (jubilación), lo que significa que más de dos terceras partes de ellos no la tienen (OIT 2021a).

Lo anterior desafía los mandatos de la OIT. En la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo, la Conferencia exhortaba a todos los Miembros a proveer “el acceso universal a una protección social completa y sostenible” (III.A.iv). A su vez, la Resolución relativa a la segunda discusión recurrente sobre protección social, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, en su 109ª reunión de 19 de junio de 2021<sup>16</sup>, pedía a los Miembros “proporcionar el acceso universal a sistemas de protección social integrales, adecuados y sostenibles” (I.14.b). Pues bien, ello no está sucediendo en el caso de los trabajadores de plataformas, fundamentalmente por dos razones.

La primera de ellas guarda relación con la clasificación de estos trabajadores, en la medida que una parte significativa de ellos están clasificados como trabajadores autónomos y la protección social de estos trabajadores es menor que la de los trabajadores asalariados prácticamente en todos los sistemas de seguridad social del mundo. La segunda razón es que otra parte significativa de los trabajadores de plataformas ni siquiera accede al sistema de seguridad social, dado que sus ingresos son menores a aquellos que se requieren para estar registrados como autónomos dentro del mismo, convirtiéndose, por ello, en actividad e ingresos no declarados. Ello suscita algunas reflexiones al respecto de la competencia entre empresas. Dado que estos trabajadores necesitan alguna clase de protección social a lo largo de su vida, es común que esta se dispense por medio de prestaciones (no contributivas) que se financian con impuestos de los ciudadanos e impuestos y cotizaciones de las demás empresas. Dado que las plataformas no asumen el pago de las cotizaciones de estos trabajadores ni, en muchos países, el pago de impuestos,

---

<sup>16</sup> Vid. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_806098.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_806098.pdf)

pueden producirse situaciones de competencia desleal entre las plataformas y las empresas que cumplen con sus obligaciones, recayendo sobre ellas y los ciudadanos el coste de la protección social que deberían asumir las plataformas (OIT 2021c).

Por ello, con la finalidad de aliviar la menor protección social de los trabajadores de plataforma se han realizado varias propuestas. La primera es clasificarlos como trabajadores asalariados cuando realmente lo sean, de forma que puedan aplicárseles los niveles de protección social de esta clase de trabajadores (Forde *et al.* 2017). Esta vía remite al debate sobre la clasificación de los trabajadores de plataformas que se ha explicado anteriormente.

Una segunda vía propuesta es la de desacoplar la protección social del empleo, de manera que la protección no dependa de la clasificación del trabajo como asalariado o autónomo, ni siquiera del hecho de estar registrado y cotizar a la seguridad social, sino que sea universal (Berg *et al.* 2018; Behrent, Nguyen y Rani 2019). Aun siendo una norma de carácter no vinculante, la aplicación de la R202 Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012, de la OIT, podría ser una forma de caminar en esta dirección y de asegurar a toda la población, y durante todo su ciclo vital, “una atención de salud esencial y [...] una seguridad básica del ingreso” (parág. 4). Sin embargo, debe tenerse en consideración también ahora la reflexión recién expuesta. Una protección social universal necesita una financiación vía impuestos y cotizaciones sociales a la que no siempre las plataformas contribuyen. De esta manera, una propuesta de estas características supone la expansión de los riesgos derivados de la actividad empresarial al conjunto de la sociedad (quienes pagan los impuestos) y a las demás empresas (quienes pagan las cotizaciones sociales), sin que las plataformas asuman siempre el que les corresponde. Las reformas de Francia, India y Corea del Sur antes indicadas son ejemplos, a su vez, de otra forma de abordar la protección social de los trabajadores de plataforma, en este caso, extendiendo a estos trabajadores la cotización y la protección frente a algunos riesgos.

Finalmente, algunos estudios realizan una propuesta alternativa a las anteriores: que las plataformas digitales paguen *ex lege* las cotizaciones a la seguridad social por los trabajadores que prestan servicios mediante ellas, aun en el caso de que se trate de genuinos autónomos (Rodríguez Fernández 2020). Es verdad que hasta ahora el contrato de trabajo ha funcionado como la institución mediante la que asignar una protección social diferenciada a trabajadores asalariados y autónomos. Igualmente, el contrato de trabajo ha sido la institución mediante la que imputar la responsabilidad (los costes) de la financiación de la protección social de manera diferenciada, recayendo (fundamentalmente) en el empresariado en el caso de los trabajadores asalariados y en el propio trabajador en el de los autónomos. Pero esto no deja de ser una construcción jurídica, nacida al calor del intercambio político-económico de la segunda postguerra mundial que se ha dado en llamar contrato social. Como toda institución genera sus inercias, el denominado camino de dependencia. Pero ello no impide que pueda replantearse a la luz de los nue-

vos fenómenos económicos y sociales. La escasa protección social de los trabajadores de plataformas podría ser el nuevo fenómeno que llevara a revisar el funcionamiento que ha tenido hasta ahora la provisión de protección social y a preguntarse de nuevo como sociedad quién debe asumir los riesgos sociales y económicos de las personas que trabajan en plataformas, si las propias plataformas, estos trabajadores vulnerables o el conjunto de la sociedad. En mi opinión, son las plataformas las que deben hacerlo.

#### 4. DIEZ PROPUESTAS PARA UNA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS

Con base en lo anterior, pueden realizarse una serie de propuestas para la regulación del trabajo en plataformas:

1) Debe tratarse de una regulación global. La razón de ello es sencilla. Dado que el trabajo en plataformas es un fenómeno global, que se extiende ya a escala planetaria, la regulación del mismo debe tener igual escala para ser realmente eficiente. Ello no quita valor a las iniciativas nacionales, que muchas veces funcionan a modo de prueba para comprobar su eficacia en términos i) de protección de los derechos de los trabajadores y ii) de estímulo para que la potencialidad de creación de empleo y actividad económica mediante las plataformas se despliegue enteramente. Sin embargo, en la medida que haya países que no adopten regulación alguna sobre el trabajo en plataformas, habrá trabajadores que carezcan de la protección debida. Razón por la que la regulación debe ser global y alcanzar a todos los trabajadores de plataformas.

De otro lado, si la regulación del trabajo en plataformas no es internacional, no alcanzará a cubrir a los trabajadores de plataformas online. El trabajo de estos a menudo se realiza de forma transfronteriza, de manera que únicamente una regulación global podría resultarles de aplicación, dada la inseguridad jurídica sobre las normas laborales nacionales que habrían de aplicarse a una prestación de estas características. Por otro lado, estos trabajadores tienen más complicado protegerse mediante la negociación colectiva, en la medida que articular procesos de organización y negociación colectiva de esta fuerza de trabajo resulta muy complejo. Prueba de ello es que hasta el momento no hay un solo convenio colectivo para esta clase de trabajadores de plataformas (Rodríguez Fernández 2021). Finalmente, en caso de no existir una regulación del trabajo en plataformas internacional, estas podrían localizarse en aquellos países donde no existiesen tales regulaciones, marginando a aquellos otros donde sí existiesen, de modo que habría una parte de la población mundial que no podría acceder a las mismas oportunidades de creación de empleo y actividad económica que suponen las plataformas.

2) Aunque la protección del trabajo en las plataformas *in situ* resulta más fácil, debido a la visibilidad y localización geográfica de los trabajadores, la regulación del trabajo en plataformas debe comprender a todos los trabajadores, esto es, a los de las plataformas *in situ* y a los de las plataformas online.

En las páginas precedentes se han explicado las diferencias existentes entre ambos, pero también aquellas características y condiciones de trabajo que tienen en común. Con base en ellas, deben regularse medidas de protección que sirvan para las dos clases de trabajo en plataformas. Fundamentalmente por el motivo que se adujo anteriormente, es decir, la posible desprotección de los trabajadores de plataformas online. Mientras que el trabajo de los trabajadores de plataformas *in situ* es más fácil de aprehender por normas/negociación colectiva de carácter nacional, en la medida que la forma de trabajar de estos trabajadores es visible y está localizada, el trabajo de aquellos que trabajan en plataformas online es difícil de aprehender por las normas/negociación colectiva, debido a su invisibilidad y dispersión. Por tal motivo, de optar por una regulación “fácil” respecto de los primeros, como es el caso de algunas de las iniciativas nacionales adoptadas hasta el momento, se dejaría sin protección a los segundos, que son, además, una parte muy significativa de la economía de plataforma.

3) La clasificación de los trabajadores de plataforma es un tema esencial, en la medida que de ella dependen los derechos y la protección social de que disfruten estos trabajadores, pero también un campo de juego leal entre las empresas. Ello no significa que deba optarse por una clasificación determinada del trabajo en plataformas, en el sentido de encuadrar en una sola clasificación a todos los trabajadores. Una opción de estas características no sería coherente con la pluralidad y diversidad del trabajo en plataformas existente. Pero sí debería ser un objetivo central de la regulación del trabajo en plataformas la correcta clasificación de estos trabajadores, de manera que sean clasificados como trabajadores autónomos si realmente lo son y como trabajadores asalariados en caso de serlo realmente. Para facilitar esta operación, pueden servir las medidas que identifica la R198-Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (número. 198), de la OIT, en especial las dos siguientes. La primera es la definida en el apartado 9, según la cual “la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador”. La segunda de las medidas es la presunción de existencia del contrato de trabajo definida en el apartado 11, b de esta Recomendación.

Como se ha visto en las páginas anteriores, este es el camino iniciado por algunas legislaciones nacionales, entre ellas la española, y también por la UE, de manera que no resultará una solución nueva o extraña en buena parte de los países del mundo. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la opción por la no regulación de este tema puede producir disfunciones. En primer lugar, ello puede generar conflictividad. De hecho, esta conflictividad existe ya (Joyce *et al.* 2020). Lo que puede reducir las oportunidades de creación de empleo y de actividad económica que representa la economía de plataforma para muchos trabajadores y países, si la conflictividad desincentiva que las plataformas se localicen en ellos. En segundo lugar, la falta de regulación de la clasificación del trabajo en plataformas produce inseguridad jurídica, al dejarse la misma al albur de las decisiones judiciales. Inseguridad jurídica en relación con sus

derechos para los trabajadores de plataformas, pero también inseguridad jurídica respecto de las condiciones de desarrollo de su actividad económica y sus costes para las plataformas. Un mejor desarrollo de la economía de plataformas exige, en consecuencia, la seguridad jurídica que proporciona una regulación sobre la clasificación de los trabajadores que participan en la misma.

4) El tiempo de trabajo y los ingresos recibidos debieran ser dos elementos esenciales de la regulación del trabajo en plataformas. En las páginas anteriores se ha expresado que el tiempo de trabajo en las plataformas, sean online o *in situ*, es muy prolongado y que ello produce efectos nocivos sobre la salud de los trabajadores. Por tal motivo, con independencia de la clasificación que tengan los mismos, deberían establecerse límites al tiempo de trabajo. Debe reconocerse que no es este un objetivo fácil. Como también se ha explicado en las páginas anteriores, la mayor parte de los trabajadores de plataforma tienen una fuente de ingresos principal y utilizan la plataforma para obtener rentas complementarias, de modo que muchas veces la prolongación del tiempo de trabajo tiene su origen en la suma del tiempo dedicado a ambas actividades. Ello no podría ser objeto de regulación, dado que pertenece a la esfera privada del trabajador. Además, sería una regulación difícilmente aplicable, pues, al menos en relación con los trabajadores de plataformas online, el trabajo es invisible a los ojos de las autoridades fiscalizadoras del cumplimiento de las normas laborales. Pero ello no significa que no pueda limitarse el tiempo de trabajo (de conexión) a una misma plataforma, evitando situaciones como las expresadas páginas atrás de trabajo en plataformas, que incluso rebasa las 12 horas diarias o de trabajo todos los días de la semana.

En segundo término, es necesario regular algunos aspectos en relación con los ingresos y también aquí con independencia de la clasificación que tengan los trabajadores. Como se ha expuesto en páginas anteriores, una de las prácticas que más influye en los ingresos de los trabajadores es el número de ellos en una determinada zona geográfica o respecto de la oferta de una determinada tarea, dado que, de ser un grupo muy numeroso, las probabilidades de acceder al servicio o tarea de cada uno de ellos disminuyen y, con ellas, disminuyen también las posibilidades de obtener ingresos. Podría, por ello mismo, establecerse algún tipo de regla sobre una proporción adecuada de trabajadores postulantes con respecto a cada servicio o tarea que pudiera ofrecerse en la plataforma. De otro lado, habría de clarificarse la consideración que merecen todos los tiempos de conexión a la plataforma. Los trabajadores de plataformas tienen “tiempos muertos”, en el sentido de estar conectados a ella buscando tareas a realizar o esperando que se les ofrezca algún servicio. Pues bien, sería deseable que se clarificara la consideración jurídica que poseen estos tiempos de espera, si pueden entenderse tiempo de trabajo efectivo o ser considerados en una categoría intermedia como tiempos a disposición del empleador, en este caso de la correspondiente plataforma. Por otra parte, también debería clarificarse la compensación económica que debe percibirse por estos tiempos, dado que, aunque no sean de trabajo efectivo, el trabajador está en ellos a disposición del empleador/plataforma.

5) Como ya se ha expresado con anterioridad, la regulación del trabajo en plataformas debería prever que estas no puedan cobrar tarifas a los trabajadores por prestar servicios a través de ellas. En este punto es clave la aplicación al trabajo en plataformas del C181-Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), de la OIT, en cuyo art. 7 se establece que “las agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores [...] ningún tipo de honorario o tarifa”. Las razones de la aplicación de esta previsión a los trabajadores de plataforma están expresadas ya. En síntesis, son dos. La primera de ellas es que, se esté o no de acuerdo con ello, la posición en la que se sitúan a sí mismas las plataformas es similar a la de las agencias de empleo privadas, esto es, como intermediarias entre aquellos que solicitan un servicio y aquellos que lo prestan. Por tal motivo, parece lógico que se les apliquen las mismas normas que al resto de las intermediarias entre oferentes y demandantes de empleo. La segunda de las razones es que, en este caso, no puede hacerse valer la clasificación de los trabajadores de plataformas como hecho diferencial, pues el art. 1.2 del Convenio 181 prevé su aplicación a los trabajadores, entendiendo por tales “los solicitantes de empleo”, estén clasificados como trabajadores asalariados o como trabajadores autónomos.

6) En las páginas que anteceden se han expresado también las dificultades de conexión entre los trabajadores y las plataformas, el desconocimiento que estos tienen muchas veces sobre ellas y la falta de canales de reclamación frente a conductas reprobables de los clientes o las propias plataformas. Por tales motivos, deberían regularse algunas reglas sobre transparencia por parte de las plataformas con respecto a sus trabajadores, en particular que estos pudieran acceder a información esencial y comprensible sobre las mismas (denominación, ubicación física y virtual donde ser localizadas, etc.) y sobre las condiciones en que se va a desenvolver su trabajo, así como sobre el establecimiento de canales de comunicación que permitan una rápida respuesta por parte de las plataformas a los requerimientos de los trabajadores.

Junto a ello, es necesario que se regulen fórmulas ágiles de solución de conflictos. Las relaciones entre trabajadores, plataformas y clientes son a veces de muy escasa duración y las reclamaciones de escasa cuantía económica, pero ello no significa que sean irrelevantes y que no deban resolverse con la misma celeridad que se producen las transacciones en las plataformas. De ahí que fuera necesario que cada plataforma estuviera obligada a arbitrar un mecanismo ágil de solución de tales controversias o recurrir a mecanismos de solución de conflictos ya existentes, pero provistos de la agilidad que necesita la solución de esta clase de controversias. De otro lado, dado el carácter transfronterizo del trabajo en plataformas online, la existencia de una regulación global podría ser una oportunidad para establecer un mecanismo de solución de conflictos igualmente global con sede en la OIT. Al amparo de lo dispuesto en el art. 37.2 de la Constitución de esta Organización, que permite al Consejo de Administración “formular y someter a la aprobación de la Conferencia reglas para establecer un tribunal encargado de solucionar rápidamente cualquier cuestión o dificultad relacionada con la interpretación

de un convenio”, bien podría establecerse una especie de tribunal que, con la diligencia a la que se refiere este mismo precepto, resolviera las disputas de los trabajadores de plataformas, especialmente de aquellos que trabajan online y respecto de los cuales la competencia de los tribunales nacionales es una cuestión controvertida.

7) En las páginas anteriores se ha explicado cómo las características del trabajo en plataformas producen riesgos significativos para la salud de los trabajadores, riesgos físicos, pero especialmente riesgos psicosociales. Por tal motivo, deberían preverse reglas específicas de salud y seguridad en el trabajo. Es verdad que una de las características del trabajo en plataformas es que no existe un lugar de trabajo que pertenezca a la empresa y que ello dificulta objetiva y notablemente la aplicación de medidas de prevención de riesgos por parte de la plataforma. Sin embargo, ello no significa que deba dejarse enteramente a los trabajadores la protección de su propia salud en el trabajo. Por otro lado, buena parte del trabajo en plataformas es perfectamente asimilable al trabajo a domicilio, en la medida que se realiza “en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos a los locales de trabajo del empleador”, tal como se define esta modalidad de trabajo en el art. 1 del C177– Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177), de la OIT. Por ello mismo, debería ser de aplicación a los trabajadores de plataformas lo previsto en el art. 7 de este Convenio, según el cual las normas sobre seguridad y salud en el trabajo “deberá[n] aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características de este”. No es materia fácil, pero una de las medidas esenciales sería la formación de los trabajadores sobre los riesgos existentes en la realización de su trabajo en la plataforma, especialmente de aquellos de carácter psicosocial a los que están expuestos, y de las medidas más eficaces para prevenirlos, formación que debería estar a cargo de la plataforma. Por otra parte, cualquiera que sea la clasificación de los trabajadores, debería establecerse también la obligación de la plataforma de proporcionar a los mismos los medios de protección acordes con el trabajo que realizan.

8) Según se ha expresado en las páginas que anteceden, el avance de la tecnología permite la captura y explotación de los datos de los trabajadores. Ello no sólo sucede en el trabajo en plataformas, pero es consustancial a esta clase de trabajo, en la medida que las plataformas se nutren esencialmente de datos. Por tal razón, en una regulación internacional del trabajo en plataformas debieran incluirse previsiones sobre la propiedad y la protección de los datos de los trabajadores. Habría, en primer lugar, que garantizar que la propiedad de los datos personales es de los trabajadores y que, por ello, debiera tenerse en consideración a los efectos de los ingresos que ellos obtienen mediante las plataformas. En segundo término, debería estar garantizada también la protección de los datos personales. A tal fin, podrían cobrar vigor las previsiones del Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre protección de datos personales de los trabajadores de 1997. En particular, deberían estar garantizados: i) el derecho a la información sobre los datos personales que se obtienen y su tratamiento; ii) el derecho al acceso a los

datos personales con independencia de que sean objeto de un tratamiento informatizado; iii) el derecho a exigir que se supriman o rectifiquen algunos de los datos personales inexactos o incompletos; iv) el derecho a que las decisiones relativas al trabajador no se basen exclusivamente en el tratamiento informatizado de los datos personales; o v) el derecho a que el tratamiento de datos personales no produzca discriminación.

Por otra parte, también las decisiones algorítmicas deberían someterse a regulación. Tampoco las decisiones algorítmicas son exclusivas del trabajo en plataformas, pero el trabajo en plataformas está basado en ellas. De ahí que debieran regularse algunas garantías con respecto a las mismas. El camino puede ser similar al iniciado en algunos países, como España, o en la propia UE, de manera que no resultara una regulación completamente extraña para algunos países. La transparencia con respecto a los datos que nutren los algoritmos y los parámetros que toman de referencia, así como la evaluación de las decisiones adoptadas por medio de algoritmos para evitar sesgos o tratamientos discriminatorios con base en ellas deberían ser dos de los principios esenciales de dicha regulación. Junto a ellos, debería establecerse la garantía de que las decisiones son supervisadas en último término por humanos y son susceptibles de impugnación. Finalmente, debido a la importancia que tienen los rankings para los trabajadores de plataformas, en la medida que determinan los servicios o tareas a que pueden acceder y, de este modo, los ingresos que pueden obtener, en una regulación internacional del trabajo en plataformas debería estar igualmente garantizada la portabilidad de las puntuaciones obtenidas por los trabajadores de unas plataformas a otras, a modo de *curriculum vitae* digital.

9) También se ha expuesto en las páginas anteriores la debilidad de la protección social de que disfrutaban los trabajadores de plataformas por el trabajo que realizan en ellas. Por tal motivo, en la regulación global del trabajo en plataformas deberían cobrar vigor las disposiciones de la R202-Recomendación sobre pisos de protección social, 2021 (núm. 202), de la OIT, para ser aplicadas en todos los países. En particular, la prevista en el parág. 4, de acuerdo con la que “los Miembros [...] deberían establecer lo más rápidamente posible [...] garantías básicas en materia de seguridad social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de la vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica de ingreso”. Ahora bien, una garantía de protección social universal de estas características debe tener en consideración las reflexiones que también se hicieron en las páginas precedentes sobre la distribución de los riesgos y la financiación de las prestaciones de seguridad social. Establecer garantías mínimas de protección social para todos los trabajadores de forma que alcancen también a los trabajadores de plataformas y financiar estas prestaciones con cargo a los impuestos de la ciudadanía supone distribuir el riesgo y el coste de la protección social sobre toda la ciudadanía, sin que las plataformas asuman el que les corresponde. Por otra parte, aquellas empresas tradicionales que sí asumen el coste de la protección social de los trabajadores que emplean pueden

verse sometidas a competencia desleal por parte de las plataformas. Finalmente, no conviene olvidar que las garantías mínimas de protección social pueden ser de muy baja intensidad y que, por ello, no garanticen el principio de suficiencia. Todo ello debería conjugarse en la regulación de la protección social de estos trabajadores y, por tanto, deberían encontrarse soluciones que permitieran distribuir los riesgos y los costes de la protección social de forma que no estimularan la competencia desleal entre empresas, no cargaran a la sociedad con riesgos y costes que deben asumir los empleadores y fueran suficientes para garantizar una vida digna.

La plena aplicación de las disposiciones del C102-Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), de la OIT, sería el comienzo. Pero habría que sumarle una reflexión sobre el rol que, en materia de protección social, debe cumplir el contrato de trabajo y cómo dar cobertura a aquellos trabajadores que prestan su actividad bajo fórmulas jurídicas diferentes a la del contrato de trabajo. Ello puede fundamentar respuestas diferentes a las ensayadas hasta el presente para atribuir y financiar la protección social de los trabajadores, entre las que no debiera dejarse de lado la posibilidad de que las plataformas asuman los costes de la protección social de sus trabajadores con independencia de la clasificación que estos tengan.

De otro lado, tampoco cabe olvidar que muchos trabajadores de plataformas no alcanzan los niveles de ingresos o de dedicación necesarios para ser registrados como autónomos. De esta forma, incluso una similitud de la protección social entre trabajadores asalariados y autónomos no alcanzaría para proteger a una buena parte de los trabajadores de plataforma. Por tal motivo, deben incluirse dos previsiones en la regulación de la protección social del trabajo en plataformas. La primera de ellas es que los sistemas de seguridad social permitan contribuir por los ingresos realmente pagados/obtenidos. La segunda de ellas es que las plataformas deban informar de los ingresos obtenidos por los trabajadores a las autoridades nacionales. Estas dos previsiones son esenciales para que el trabajo en plataformas no se convierta en una fuente de trabajo no declarado. La trazabilidad de la actividad que permite el trabajo en plataformas hace posible poder contribuir por el ingreso efectivamente obtenido, en la medida que tal dato existe y es conocido por la plataforma. Pero para que ello sea factible es necesaria la transparencia y que las plataformas comuniquen a las autoridades nacionales los datos que tienen sobre la actividad de las personas que prestan servicios en ellas. Combinadas ambas previsiones en una regulación global sería posible que el trabajo en plataformas se convirtiera, no en fuente de informalidad, sino en instrumento para la formalización del trabajo en muchos países con altas tasas de informalidad y trabajo en plataformas. Por lo demás, ello sería coherente con las recomendaciones de la R204-Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204), de la OIT. En particular, con la prevista en el parág. 9, de acuerdo con el cual “los Miembros deberían adoptar, revisar y hacer cumplir [...] medidas a fin de asegurar una protección adecuada de todas las categorías de trabajadores”.

10) Finalmente, una regulación internacional del trabajo en plataformas debe garantizar el derecho de libertad sindical y de negociación colectiva de los trabajadores de plataformas. Es verdad que tanto el derecho de libertad sindical como el derecho de negociación colectiva son dos de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT y que, como tales, son universales, es decir, deben reconocerse y garantizarse a todos los trabajadores, con independencia de su clasificación. Por otra parte, la interpretación realizada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical de la OIT del C87-Convenio sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), y del C98-Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949 (núm. 98), reafirma la aplicación universal de ambos Convenios, en el sentido de entender que deben aplicarse a todos los trabajadores con independencia de su clasificación.

Sin embargo, todavía hay países donde se albergan dudas sobre la posibilidad de que los trabajadores de plataforma clasificados como autónomos puedan desarrollar el derecho de negociación colectiva, en la medida que ello puede ser contrario a las reglas de la libre competencia. De hecho, todavía no se ha llevado a la práctica tal posibilidad y han resultado fallidas las experiencias de negociación colectiva de trabajadores de plataformas autónomos que se han intentado (Rodríguez Fernández 2021). Por tal motivo, en la regulación global del trabajo en plataformas debería asegurarse que los trabajadores de plataforma, con independencia de su clasificación, tienen garantizado su derecho a la negociación colectiva. Al menos en aquellos supuestos en que estos trabajadores no posean suficiente poder de negociación con respecto a la plataforma como para poder influir en sus condiciones de trabajo, tal como ha propuesto la UE. Tal es el caso de la gran mayoría de los trabajadores de plataformas. Los asalariados por su situación de dependencia; y los autónomos, porque actúan en un mercado donde las plataformas ejercen un poder de monopsonio.

## BIBLIOGRAFÍA

- BEHRENDT, CHRISTINA, QUYNH ANH NGUYEN Y UMA RANI. 2019, Social protection systems and the future of work: Ensuring social security for digital platform workers. *International Social Security Review* 72 (3): 17-41.
- BERG, JANINE, MARIANNE FURRER, ELLIE HARMON, UMA RANI Y SIX SILVERMAN. 2018, *Digital labour platforms and the future of work. Towards decent work in the online world*. Geneva: ILO.
- BOGLIACINO, FRANCESCO, CRISTIANO CODAGNONE, VALERIA CIRILLO Y DARIO GUARASCIO. 2019, Quantity and quality of work in the platform economy. *GLO Discussion Paper* 420.
- CANTARELLA, MICHELLE Y CHIARA STROZZI. 2019, Workers in the Crowd: The Labour Market Impact of the Online Platform Economy. *IZA Discussion Papers* No. 12327.

- CANIGUERAL, ALBERT. 2021, Perfiles del trabajo en plataformas digitales. En *Tecnología y Trabajo: el impacto de la revolución tecnológica en los derechos laborales y la protección social*, dir. María Luz Rodríguez Fernández Navarra, 159-174. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- CASILLI, ANTONIO. 2017, Une intelligence artificielle révéla les préjugés anti-LGTB (et anti-plain d'autres gens) des chercheurs de Stanford, <http://www.casilli.fr/2017/09/09/une-intelligence-artificielle-revele-les-prejuges-des-chercheurs-de-stanford-envers-gays-biais-racisme/>
- COMISIÓN EUROPEA. 2016, Una Agenda Europea para la economía colaborativa. COM (2016) 356 final.
- COMISIÓN EUROPEA. 2018, Flash Eurobarometer 467 (The use of the collaborative economy, <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2184>
- DE GROEN, WILLEM E ILARIA MASELLI. 2016, The Impact of the Collaborative Economy on the Labour Market. *CEPS Special Report* 138: 1-38.
- DE STEFANO, VALERIO. 2016, *The rise of the "just-in-time workforce": On-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig economy*. Geneva: ILO.
- DE STEFANO, VALERIO. 2019, Time to stop platforms from charging recruitment fees to workers, <http://regulatingforglobalization.com/2019/07/03/time-to-stop-platforms-from-charging-recruitment-fees-to-workers/>
- EUROFOUND Y ILO. 2017, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*. Luxembourg and Geneva: Publications Office of the European Union and ILO.
- FARRELL, DIANA, FIONA GREIG Y AMAR HAMOUDI. 2019, The Evolution of the Online Platform Economy: Evidence from Five Years of Banking Data. *AEA Papers and Proceedings* 109: 362-366.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, SILVIA. 2020, Los riesgos psicosociales en el trabajo realizado mediante plataformas digitales. *IUSLabor* 3: 81-101.
- FORDE, CHRIS *et al.* 2017, The Social Protection of Workers in the Platform Economy, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614184/IPOL\\_STU\(2017\)614184\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614184/IPOL_STU(2017)614184_EN.pdf)
- HENDRICKX, FREDERIC *et al.* 2022, *The legal protection of workers' data*. Geneva: ILO.
- HUWS, URSULA, NEIL SPENCER, DAG SVERRE SYRDAL Y KAIRE HOLTS. 2017, *Work in the European Gig Economy: Research results from the UK, Sweden, Germany, Austria, the Netherlands, Switzerland and Italy*. Brussels: FEPS.
- HUWS, URSULA, NEIL SPENCER, MATT COATES Y KAIRE HOLTS. 2019, *The platformisation of work in Europe. Results from research in 13 European countries*. Brussels: FEPS.
- JOYCE, SIMON, DENIS NEUMANN, VERA TRAPPMANN Y CHARLES UMNEY. 2020, A global struggle: worker protest in the platform economy. *ETUI Policy Brief* N° 2/2020.
- KASLIWAL, RIA. 2020, Gender and the Gig Economy: A Qualitative Study of Gig Platforms for Women Workers. *ORF Issue Brief* No. 359.
- LENAERTS, KAROLIEN, WILLEN WAEYAERT, INE SMITS Y HARALD HAUBE. 2021, *Digital platform work and occupational safety and health: a review*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- OECD. 2019a, Gig economy platforms: Boon or Bane? *Economics Department Working Papers* No 1550.

- OECD. 2019b, *Policy Responses to New Forms of Work*. Paris: OECD Publishing.
- OIT. 2021a., *El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*. Ginebra: OIT.
- OIT. 2021b., *El aporte de las personas refugiadas y migrantes venezolanas en los servicios esenciales de reparto de alimentos y medicina durante la pandemia de la COVID-19*. Ginebra: OIT.
- OIT. 2021c, *World Social Protection Report 2020-2022. Social protection at the crossroads-in pursuit of a better future*. Geneva: ILO.
- POSNER, ERIC Y E. GLEN WEYL, 2028, *Radical Markets*. New Jersey: Princeton University Press.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MARÍA LUZ. 2019, Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales. En *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, dir. María Luz Rodríguez Fernández, 57-90. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.
- 2020, Protección social para los trabajadores de la economía de plataforma: propuestas para aliviar su vulnerabilidad. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 57: 168-184.
- 2021, La negociación colectiva en las plataformas digitales. En *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales*, 521-537. Albacete: Bomarzo.
- SCHMIDT, FLORIAN A. 2017, *Digital Labour Markets in the Platform Economy. Mapping the Politican Challenges of Crowd Work and Gig Work*, <https://library.fes.de/pdf-files/wiso/13164.pdf>
- SHAPIRO, ROBERT Y SIDDARTA ANEJA, 2019. Who Owns Americans' Personal Information and What Is It Worth?, <https://assets.futuremajority.org/uploads/report-for-future-majority-on-the-value-of-people-s-personal-data-shapiro-aneja-march-8-2019.pdf>
- SPASOVA, SLAVINA, DENIS BOUGET, DALILA GHALLANI Y BART VANHERCKE. 2017, *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe. A study of national policies*. Brussels: European Commission.
- SRNICEK, NICK. 2017, *Platform Capitalism*. Cambridge: Polity Press.
- Urzú Brancati, Cesia, Annarosa Pesole y Enrique Fernández-Macías. 2020, *New evidence on platform workers in Europe. Results from the second COLLEEM survey*. Luxembourg: Publication Office of the European Union.
- WEBSTER, JULIET. 2016, Microworkers of the Gig Economy: Separate and Precarious. *New Labor Forum* 25 (3): 56-64.

REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DIGITALIZACIÓN

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de La Laguna

## **SUMARIO**

1. LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE 2021: EL DOBLE CONSENSO POLÍTICO Y SOCIAL QUE LA HA PRECEDIDO. 2. LA ORIENTACIÓN DE “CONTRARREFORMA” Y LA RECUPERACIÓN DEL “ESPÍRITU DE 2011”. 3. REVALORIZACIÓN DE PENSIONES: SUFICIENCIA Y GARANTÍA DEL PODER ADQUISITIVO DE LA POBLACIÓN PENSIONISTA. 3.1 Bases constitucionales de la suficiencia de las pensiones: el deterioro de dicha suficiencia en los años posteriores a la crisis de 2008. 3.2. La recuperación del IPC como mecanismo para garantizar la suficiencia de las pensiones y la irregresividad de la cuantía de la pensión. 4. LOS ALINEAMIENTOS IMPRESCINDIBLES PARA ASEGURAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA ACERCANDO LA EDAD REAL A LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN. 4.1. Jubilación a edad reducida: por razón de la actividad y por padecer discapacidad. 4.2. Incentivos para acercar voluntariamente la edad efectiva de jubilación a la edad ordinaria: cambios en la modalidad de jubilación anticipada. 4.3. Estímulos al “envejecimiento activo” para retrasar el acceso a la jubilación definitiva de forma parcial o total: incentivos económicos y de cotización. 5. LA SEPARACIÓN DE FUENTES DE FINANCIACIÓN DEL SISTEMA. 6. NUEVAS REGLAS EN MATERIA DE JUBILACIÓN FORZOSA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 7. FACTOR DE SOSTENIBILIDAD: DEROGACIÓN FORMAL Y SUSTITUCIÓN POR EL MECANISMO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL. 8. REFORMA DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD PARA SU MEJOR ACOMODACIÓN A LA REALIDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO Y SUPERAR DIFERENCIAS INJUSTIFICADAS. 9. DOS ASPECTOS POSTERGADOS PARA EL AÑO 2022: MEJORAS PARA LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y CREACIÓN DE LA AGENCIA ESTATAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 10. PROCESOS DE DIGITALIZACIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL.

## 1. LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE 2021: EL DOBLE CONSENSO *POLÍTICO Y SOCIAL* QUE LA HA PRECEDIDO

A finales del mes de diciembre de 2021 culminaba un largo proceso de diálogo y búsqueda de consensos institucionales mediante el cual se había logrado armar una nueva orientación política y social para efectuar una reforma laboral en el sector público y privado y del sistema de la Seguridad Social. Por lo que a esta última se refiere, venía a cambiar radicalmente de signo en relación a la realizada en el año 2013 bajo el Gobierno del Partido Popular. Lejos de poner el acento en la contracción del gasto y la reducción de la acción protectora para la ciudadanía, la de 2021 constituye una operación de reajuste erguida sobre dos pilares esenciales: garantía de la suficiencia de las pensiones y redimensión de las bases que permiten asegurar su sostenibilidad en el futuro.

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (BOE del 29) ha venido a materializar el proyecto del Gobierno actual de proceder a la reforma con el fin de alcanzar tres objetivos: a) asegurar el poder adquisitivo de las pensiones, b) reforzar la sostenibilidad financiera y social del sistema de pensiones, c) lograr un mejor ajuste entre la edad real de jubilación y la edad ordinaria, debido al progresivo envejecimiento de la población y su impacto en el sistema.

La Ley 21/2021 ha venido precedida de un elevado grado de “consenso político”, expresado mediante la aprobación del *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo* por el Congreso de los Diputados, con fecha de 19 de noviembre de 2020 (BOCCGG, 10 de noviembre de 2020). Este consenso político resulta esencial para proceder a la revisión del régimen público de pensiones que puede ser considerado como una de las instituciones más sólidas del Estado social. No hay que olvidar que la renovación del Pacto de Toledo ha tenido lugar en el contexto de la pandemia derivada del virus SARS-CoV-2, en el cual el sistema nacional de salud y la función protectora de la Seguridad Social ha sido esencial, especialmente en apoyo

de las empresas y protección del empleo<sup>1</sup>. Por otra parte, viene acompañado de un “consenso social” alcanzado tras el agotamiento de un período de diálogo y concertación previo. El proceso de negociación de la reforma en el marco del diálogo social culminó en el verano de 2021 con el *Acuerdo relativo a la modernización y refuerzo del sistema público de pensiones* (1 de julio de 2021). Precisamente, es el acuerdo social precedente lo que le otorga *legitimidad* social a la reforma<sup>2</sup>, con independencia de que el proceso ulterior en sede parlamentaria permitiera incorporar algunas innovaciones relevantes.

No es posible ignorar la fortaleza de una reforma que, diez años después, vuelve a recuperar el valor del diálogo y el acuerdo social, algo que, en mi opinión, resulta esencial en un modelo de Seguridad Social como el español que sigue siendo fuertemente contributivo<sup>3</sup>. La reforma de la Seguridad Social del año 2013 – llevada a cabo sustancialmente por medio de dos disposiciones de gran impacto normativo, como fueron el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE del 16) y la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social (BOE del 26)–, como se recordará, fue impuesta por el Gobierno de aquel momento que disponía de mayoría absoluta, al tiempo que el diálogo y la concertación social pasaron a ser prácticas totalmente excluidas de la toma de decisiones de carácter económico y social. Supuso una ruptura con la tradición legislativa asentada en nuestro país, en el sentido de “no tocar” el sistema de la Seguridad Social sin contar con sus artífices principales: empresas y personas trabajadoras que sostienen fundamentalmente con las cotizaciones el edificio de la solidaridad prestacional, especialmente en su brazo contributivo.

## 2. LA ORIENTACIÓN DE “CONTRARREFORMA” Y LA RECUPERACIÓN DEL “ESPÍRITU DE 2011”

Es preciso partir de una base conceptual previa antes de hacer un análisis posterior: no resulta posible “cualquier reforma” de la Seguridad Social,

---

<sup>1</sup> “La crisis sanitaria precisó de los Estados, de sus sistemas de salud y de protección o de seguridad social (...). Los Estados regresaron para hacer frente y corregir las desigualdades sociales extremas reveladas por la pandemia”, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., *El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19. ¿Y después?*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2021, p. 109.

<sup>2</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “La reforma de las pensiones (Comentarios al Proyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones)”, NET21, núm. 6, 2021, p. 1.

<sup>3</sup> RAMOS QUINTANA, M.I., “El epicentro de la reforma de la Seguridad Social: sostenibilidad del sistema para las generaciones futuras y suficiencia de las pensiones”, Trabajo y Derecho, núm. 84, 2021, p. 2.

sino tan solo “aquella que respete los límites que el modelo constitucional impone”<sup>4</sup>.

De la lectura de la EM de la Ley 21/2021 se desprende que la orientación política que la fundamenta es la de “contrarreforma”: va en dirección contraria a la introducida por el Gobierno anterior, a la que tilda de “orientación fallida”. Aquella endureció ciertos elementos nucleares de la acción protectora del sistema, haciéndola más inaccesible a la ciudadanía: los cambios operados en el régimen de las prestaciones por desempleo, las nuevas reglas para la revalorización de pensiones con criterios completamente ajenos a la conservación del poder adquisitivo y la configuración del factor de sostenibilidad como parámetro de reducción de la cuantía de la pensión de jubilación, constituyeron tres ejes sobre los que dicha reforma pivotó. Todas ellas eran medidas avaladas por sectores de pensamiento económico y por voces del Derecho que entendieron que la crisis económica y su impacto en la ciudadanía no admitía más opciones políticas que las dictadas por el principio de austeridad en el gasto público, aun a costa del aumento exponencial de la pobreza y la desigualdad. De hecho, y así lo avalan los datos oficiales, la desigualdad se ha instalado en las vidas de la mayoría de la población. Y deberíamos preguntarnos por qué tantas personas se están viendo arrastradas al río de la pobreza, la desigualdad y la exclusión. Con el transcurso del tiempo, parece aumentar en mayor medida la eficacia en “sacar” a las personas desfavorecidas de ese río, pero ¿cuál es la causa de que haya tanta población arrastrada por él?

La reforma de 2021 pretende “corregir” aquella orientación, regresando a un modelo que trata de recuperar “el espíritu de 2011”. Algunas voces autorizadas han entendido que no se trata de un reforma puntual o coyuntural, sino de una reforma en profundidad<sup>5</sup>, esto es, esencial y estructural, pues su finalidad última no es otra que asegurar una cobertura suficiente y garantizar la protección debida a las futuras generaciones. Está centrada en los contenidos del Acuerdo social sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de las pensiones<sup>6</sup>.

La Ley 21/2021 se presentó originariamente como proyecto de ley desde su adopción por el Consejo de ministros con fecha de 24 de agosto de 2021. El BOCCGG de 6 de septiembre de 2021 procedía a la publicación del mismo, y encomendaba a la Comisión parlamentaria de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones su aprobación con competencia legislativa plena. Su posterior tramitación parlamentaria dio lugar a una serie de contenidos normativos innovadores respecto del proyecto inicial presentado. Tras la pertinente tramitación, finalmente las Cortes Generales dieron su aprobación mediante

---

<sup>4</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 42-43; las comillas, de los autores.

<sup>5</sup> CRUZ VILLALÓN, J. “El acuerdo social en materia de pensiones: una tendencia a la prolongación de la vida laboral y al retraso de la jubilación”, Blog del autor, de 3 de julio de 2021.

<sup>6</sup> ROMERO RÓDENAS, M<sup>a</sup> J., “El importante y gran acuerdo social en materia de pensiones”, NET21, n. 5, 2021, p 1 y ss.

votación favorable con fecha de 22 de diciembre de 2021. La fecha de entrada en vigor de la Ley 21/2021 se produjo con efectos de 1 de enero de 2022.

La Ley se integra y alinea con el componente 30 del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* –evaluado favorablemente por la Comisión Europea en la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo, de 22 de junio de 2021– como instrumento orientado a acometer el proceso de reconstrucción del país, particularmente tras los graves efectos sanitarios, económicos y sociales de la pandemia originada por el virus SARS-CoV-2. El Plan ha sido la respuesta presentada por nuestro país ante las exigencias de la Unión Europea de condicionar las transferencias de las ayudas de 140.000 millones de euros, durante los siguientes cinco años, a la consecución de determinadas reformas esenciales hasta finales de 2023. Una de ellas afecta a la sostenibilidad financiera del sistema de la Seguridad Social y a la necesidad de dar respuesta al reto demográfico del envejecimiento de la población; se trataba en todo caso de una propuesta que antes del 31 de diciembre de 2021 debía ser aprobada y comunicada a la Comisión Europea.

Varios son los núcleos temáticos en los que finalmente ha quedado centrada la Ley 21/2021 y a ellos se dedicarán los siguientes apartados.

### 3. REVALORIZACIÓN DE PENSIONES: SUFICIENCIA Y GARANTÍA DEL PODER ADQUISITIVO DE LA POBLACIÓN PENSIONISTA

La revalorización de las pensiones con carácter anual tiene por finalidad garantizar el mantenimiento de su poder adquisitivo y equilibrar su valor frente al incremento de los precios. Suficiencia de pensiones y revalorización son, por tanto, conceptos asociados que convergen en un fin específico: garantizar el poder adquisitivo de quienes son titulares de las pensiones de la Seguridad Social evitando su depreciación y, en consecuencia, el aumento de la pobreza.

#### 3.1. Bases constitucionales de la suficiencia de las pensiones: el deterioro de dicha suficiencia en los años posteriores a la crisis de 2008

Las bases constitucionales sobre las que debe asentarse cualquier decisión política sobre la revalorización de pensiones<sup>7</sup> se yerguen, fundamentalmente, en torno a lo dispuesto en dos preceptos de la Carta magna con sendos principios inspiradores: *suficiencia y actualización periódica*<sup>8</sup>. En primer lugar, de acuerdo con el principio rector de la política so-

<sup>7</sup> Con mayor alcance y sobre las bases constitucionales de la Seguridad Social, *vid.* en conjunto la obra de SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., Seguridad Social y Constitución, Civitas, Madrid, 1995.

<sup>8</sup> La revalorización de pensiones para garantizar su suficiencia es exigida igualmente por el Convenio núm. 102 de la OIT (Seguridad Social, norma mínima), que demanda su revisión

cial y económica establecido en el art. 41, por medio del cual se asegura el “mantenimiento” de “un régimen público” de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones “suficientes” en casos de necesidad. Se trata de una exigencia constitucional claramente indicativa de que los poderes públicos han de asegurar no solo la asistencia y las prestaciones sociales, sino, de manera específica, su “suficiencia”. En segundo lugar, el art. 50 CE ordena a los poderes públicos garantizar “pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”, lo que equivale a configurar una *garantía institucional*<sup>9</sup> de “suficiencia económica” de las mismas para los ciudadanos y ciudadanas “durante la tercera edad”. En tanto que *garantía institucional*, la actualización del valor económico de forma periódica de las pensiones se erige en un límite a la actuación del legislador ordinario<sup>10</sup>, que se ve constreñido a proceder a su revalorización a fin de que la población pensionista no vea reducida su capacidad adquisitiva. En suma, “la Seguridad Social, tal y como está recogida en la Constitución, está dotada de unos rasgos básicos cuya preservación es también función del Tribunal Constitucional, dando al art. 41 CE un valor definitorio que mucho han negado hasta hacerlos irrelevantes”<sup>11</sup>. Desde la promulgación de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social (BOE del 16), conforme a lo dispuesto en su art. 11, la revalorización de pensiones según la evolución del IPC fue introducida como fórmula legal para ajustar la cuantía de las pensiones a los cambios fluctuantes de la inflación<sup>12</sup>. Junto con el mecanismo de revalorización se contempló igualmente el de *actualización* de las pensiones –que es complementario al anterior–: cuando el IPC acumulado del ejercicio anterior al que se refiere la revalorización fuese superior al inicialmente previsto, procederá

---

“cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida” (art. 65.10).

<sup>9</sup> Que el art. 41 CE contiene una garantía institucional al referirse a “un régimen público de Seguridad Social” es algo comúnmente aceptado desde sus primeras interpretaciones (ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 15, 1982, p. 76 y ss; APARICIO TOVAR, J., *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 73), pero menor insistencia se ha hecho sobre la “suficiencia” del sistema de pensiones con igual técnica de interpretación constitucional. A la “garantía constitucional” de la suficiencia de las pensiones desarrollada actualmente por medio de lo dispuesto en el art. 58 LGSS se refieren MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M<sup>a</sup> N., MALDONADO MOLINA, J.A., *Manual de Seguridad Social* (Décimosexta edición), Tecnos, Madrid, 2020, p.212.

<sup>10</sup> Sobre tales límites y la configuración de un auténtico “derecho” a la revalorización, vid. en conjunto la obra de SUÁREZ CORUJO, B., *El derecho a la revalorización de las pensiones*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2018.

<sup>11</sup> Cita textual de GONZÁLEZ ORTEGA, S. en el Prólogo al libro de VALDUEZA BLANCO, M<sup>a</sup> D., *La Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 27-28.

<sup>12</sup> Textualmente, el apartado 1 del art. 48 LGSS (texto de 1994) quedaba redactado así: “Las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán revalorizadas al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año”.

llevar a cabo la correspondiente actualización (materializada en una paga adicional específica a comienzos del año siguiente)<sup>13</sup>.

El mecanismo de revalorización conforme el IPC se consolidó a partir de entonces, pero comenzó a ser sometido a fuertes tensiones ante el estallido de la crisis de 2008. En el año 2011, la Comisión del Pacto de Toledo sugirió otras posibles fórmulas de revalorización<sup>14</sup> y el Gobierno procedió a la suspensión de su aplicación—con la excepción de las prestaciones más bajas de sistema (las no contributivas, las contributivas que reciben complementos a mínimos y las del antiguo régimen del SOVI no concurrentes con otras) tal y como fue dispuesto por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE de 24), art. 4.Uno.

A pesar de que la inflación registrada en el año anterior fue de un 2,9 por ciento, el Gobierno del Partido Popular recién constituido a finales del año 2011, procedió a revalorizar las pensiones en un 1% para el año 2012, conforme lo dispuesto en el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE del 31, artículo 5). Sin embargo, el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social (BOE de 1 de diciembre) ya advertía en su EM que la crisis económica obligaba a adoptar dos medidas que comportaban una notable pérdida de poder adquisitivo: a) dejar sin efecto la actualización de las pensiones en el ejercicio 2012, b) suspender la revalorización de las pensiones para el ejercicio de 2013 (art. segundo). Por consiguiente, no se abonó a los pensionistas la cantidad a tanto alzado por la suspensión de la actualización y se interrumpió para 2013 la aplicación de las reglas de revalorización.

No obstante, el Tribunal Constitucional en la STC 49/2015, de 5 de marzo avaló su adecuación al marco constitucional, siendo una sentencia pionera que sentaría una jurisprudencia reproducida en pronunciamientos posteriores del propio TC rechazando numerosas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre la misma norma y resueltas a lo largo de 2015<sup>15</sup>.

La Ley 23/2013, de 23 de diciembre no llegó a reconocer la revalorización de pensiones atendiendo a la evolución de la inflación, sino que eligió una serie de variables paramétricas escogidas de forma completamente

---

<sup>13</sup> El apartado 2 del art. 48 LGSS (texto de 1994) pasó a tener la siguiente redacción: *“Si el índice de precios al consumo acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior”*.

<sup>14</sup> La Recomendación segunda del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del 25 de enero de 2011, así lo indicaba.

<sup>15</sup> Véase el análisis crítico sobre este asunto realizado por VALDUEZA BLANCO, M<sup>a</sup> D., La Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *op. cit.*, pp. 430-433.

alejada del aseguramiento del mantenimiento de la capacidad adquisitiva y vinculaba la actualización de las prestaciones a la evolución de las cuentas de la Seguridad Social: mientras hubiese déficit solo podrían elevarse un 0,25% anual. La nueva técnica paramétrica estaba orientada a conseguir un recorte indirecto de pensiones: introdujo una revalorización automática del 0,25% anual que se aplicaría, además, en el umbral temporal comprendido entre 2014 y 2019, conforme quedó establecido en su art. 7. En realidad, el índice del 0,25% sufrió una serie de vicisitudes: a partir de 2018 quedó suspendida su aplicación y cuando culminó el año 2018 no se acordó en el Pacto de Toledo ningún nuevo mecanismo de revalorización para el quinquenio 2019-2024. Ya para los años 2019, 2020 y 2021 las pensiones comenzaron a ser revalorizadas de nuevo conforme al IPC estimado al inicio de cada año, por iniciativa emprendida tras el cambio de Gobierno de España:

Para 2019, el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo (BOE del 29) procedió a revalorizar igualmente en un 1,60 por ciento. Las mínimas y las no contributivas, en un 3%. La subida del 1,60 por ciento representaba seis décimas más que la previsión del IPC por el Gobierno (1%), lo que permitía recuperar parte del poder adquisitivo perdido en los años anteriores.

Para 2020, el Real Decreto-ley 1/2020, de 14 de enero, por el que se establece la revalorización y mantenimiento de las pensiones y prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social (BOE del 15) procedió a la revalorización efectiva para dicho año en un porcentaje del 0,9 por ciento, así como un incremento en la cuantía de las pensiones mínimas (contributivas y no contributivas) en un 3 por ciento.

La Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (BOE del 31) en su artículo 9 previó su revalorización para el año 2021 en un 0,9 por ciento. La técnica legislativa empleada consistía en suspender la aplicación del art. 58 LGSS (en redacción proveniente del TR de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, BOE del 31) recurriendo al IPC, pero sin modificar ni derogar dicho precepto legal, manteniendo intacta su redacción proveniente de la Ley 23/2013.

### **3.2. La recuperación del IPC como mecanismo para garantizar la suficiencia de las pensiones y la *irregresividad* de la cuantía de la pensión**

La Ley 21/2021 ha venido a dar un paso al frente reconduciendo el marco normativo a la acción gubernamental que se venía practicando<sup>16</sup>: la norma

---

<sup>16</sup> Ya la Recomendación segunda del Pacto de Toledo (Informe 2020) había establecido que revalorizar las pensiones conforme al IPC real es el mejor mecanismo que permite garantizar el poder adquisitivo.

procede a dar nueva redacción al art. 58 de la LGSS de conformidad con lo propuesto en la Recomendación segunda del Pacto de Toledo (Informe 2020). En consecuencia, a partir de 2022, *“las pensiones de Seguridad Social, en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior”* (nuevo apartado 2 del art. 58 LGSS en redacción dada por el Artículo 1. Uno de la Ley 21/2021).

Como novedad, reproduciendo la técnica garantista ya introducida anteriormente por el Real Decreto-Ley 1/2020, se incorpora a la legislación de la Seguridad Social la *garantía de la conservación de la cuantía de la pensión ya reconocida*, en tanto *principio de irregresividad* en la protección social: en el caso de que se produzca un año de IPC negativo (su valor medio), las pensiones quedarán inalteradas, es decir, *“el importe de las pensiones no variará al comienzo del año”* (apartado 3 del art. 58 LGSS ya modificado). En todo caso, el importe de la revalorización anual tendrá un límite: *“no podrá determinar para estas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular”* (apartado cuatro del art. 58 LGSS ya modificado). De ese modo, la ley general presupuestaria se erige en marco normativo determinante del valor íntegro anual de la cuantía de la operación de revalorización. Es novedosa la evaluación periódica de este recuperado mecanismo de revalorización de las pensiones, que se realizará en el marco del diálogo social cada cinco años (Art. 1. Diecisiete por el que se añade nueva Disp. Adicional trigésima novena a la LGSS).

Además, la Ley 21/2021 contempla una medida específica en relación a la suficiencia de las pensiones mínimas: se llevará al ámbito del diálogo social *“una revisión de los criterios para la determinación de las cuantías de las pensiones mínimas”* en aplicación de lo dispuesto en el art. 50 CE y, asimismo, del artículo 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea<sup>17</sup>. Y se establece el compromiso del Gobierno de presentar, en el plazo máximo de un año, aquellas modificaciones normativas que sean precisas para *“para es-*

---

<sup>17</sup> Sin olvidar que el art. 12 de la Carta Social Europea revisada impone a los Estados parte en la misma obligaciones jurídico-positivas de actuación, vid. MONEREO PÉREZ, J.L., “Los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), núm. 460, 2021 (monográfico), en particular, pp. 132-138. Asimismo, sobre el valor de la ratificación por España del Protocolo de Reclamaciones Colectivas desde la perspectiva de la protección multinivel de los derechos sociales, vid. MOLINA NAVARRETE, C., “España ratifica la Constitución Social de Europa”: ¿adiós “cenicienta”; bienvenida “princesa” (no solo de pobres)?”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), núm. 460, 2021 (monográfico), p. 5 y ss. Igualmente, SALCEDO BELTRÁN, C., “La autorización de la firma del Protocolo de Reclamaciones Colectivas: un premio para los derechos sociales”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), 58, 2021, p. 199-217, elogiando el refuerzo que supone para la aplicación de la “doctrina” del Comité Europeo de Derechos Sociales.

*tablecer reglas relativas a la evolución de las pensiones mínimas que tengan en cuenta la evolución del salario mínimo interprofesional, garantizando la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones”* (Disposición Final quinta apartados uno y dos).

Para los sujetos protegidos por el Régimen de Clases Pasivas del Estado se extiende igualmente el nuevo mecanismo de revalorización de pensiones; el Artículo 2. Uno de la Ley 21/2021 modifica el artículo 27 de Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (BOE de 27 de mayo), por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado en los términos siguientes: a) principio de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones de clases pasivas, incluido el importe de pensión mínima, y los haberes reguladores aplicables para la determinación de la cuantía de las mismas, b) revalorización al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior, c) si el valor medio del año anterior fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año, d) aquellas que no alcancen el importe mínimo de protección, establecido en atención a su clase en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico, podrán ser complementadas hasta dicho importe, en los términos y en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que sus beneficiarios residan en territorio español, e) el importe del complemento económico en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva y será incompatible con la percepción por el pensionista de ingresos anuales superiores a los fijados al efecto por la citada ley.

Definitivamente, en cuanto a la *revalorización*, para el año 2022 queda suspendida la aplicación del art. 58 LGSS (ya reformado) y su homónimo, art. 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado; por el contrario, se aplicará lo dispuesto en el T. IV de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 (BOE del 29) y disposiciones concordantes, conforme establece su Disposición Adicional cuadragésima quinta. La citada ley no establece el porcentaje de incremento, como en otros años, sino el procedimiento a seguir para revalorizarlas. Los criterios a seguir vienen fijados, básicamente, en los preceptos 36 y 40 de la misma: las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, así como las pensiones de Clases Pasivas del Estado, experimentarán en el año 2022 un incremento porcentual igual al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre de 2021. En consecuencia, la revalorización para el año 2022 se ha regulado de manera específica por el RD 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022 (BOE del 26). La citada norma procede a efectuar una compensación

a los pensionistas de la modalidad contributiva por la desviación producida entre la evolución real del IPC en el ejercicio 2021 y el porcentaje de revalorización inicialmente practicado en dicho ejercicio económico. Esta última actualización, cuyo ámbito se extiende al Régimen General, de Clases Pasivas del Estado y otras prestaciones sociales públicas, ha quedado fijada en un 2,5%<sup>18</sup>. Téngase en cuenta que la Ley 22/2021, de 28 de diciembre dejó establecido que la revalorización de las pensiones no contributivas sería directamente del 3% para el ejercicio de 2022.

Por otra parte, la *actualización* de las pensiones correspondiente al período comprendido entre los meses de diciembre de 2020 a noviembre de 2021, ha permitido a los pensionistas recibir, antes del 1 de abril del 2022 (único pago), una cantidad equivalente a la diferencia entre la pensión o prestación que percibieran en 2021 y la que hubiere correspondido de haber aplicado a las cuantías de 2020 un incremento porcentual igual al valor medio de los incrementos porcentuales interanuales del IPC producido en dichos meses (siempre que el valor medio resultante sea superior al 0,9 por ciento<sup>19</sup>). Con iguales parámetros se actualizan también las pensiones no contributivas. Todo ello, en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 30/2021, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes de prevención y contención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (BOE del 23), norma en la que, entre otras materias, se incluyeron las bases para la actualización de las pensiones en 2022 (la aportación de la denominada “paguilla” a comienzos del año).

#### 4. LOS ALINEAMIENTOS IMPRESCINDIBLES PARA ASEGURAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA ACERCANDO LA EDAD REAL A LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN

La reforma del régimen que permite el acceso a la pensión de jubilación con fórmulas voluntarias de alineamiento de la edad efectiva a la edad ordinaria se considera una de las idóneas para reforzar la sostenibilidad del sistema<sup>20</sup>. Hay en la Ley un acopio de estímulos en forma de incentivos “para acercar voluntariamente la edad efectiva de jubilación a la edad ordinaria” (EM Ley 21/2021). Tales incentivos, por lo general, presionan sobre las carreras cortas de cotización con la finalidad de que las personas que así las evidencian se mantengan más tiempo en activo en el mercado de trabajo.

---

<sup>18</sup> El aumento del 2,5% para 2022 se obtiene como resultado del índice de precios de consumo (IPC) medio entre diciembre de 2020 y noviembre de 2021, según indica la fórmula acordada con los agentes sociales el pasado mes de julio e incluida en la Ley 21/2021.

<sup>19</sup> Porcentaje de incremento anual complementario con respecto a las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social y Clases Pasivas.

<sup>20</sup> Sobre los instrumentos más adecuados para asegurar la sostenibilidad del sistema es recomendable el monográfico elaborado por MONEREO PÉREZ, J.L., OJEDA AVILÉS, A., GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M., “Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones”, REJLSS, núm. 3, 2021.

En consecuencia, la modalidad de jubilación anticipada se erige en centro de imputación de múltiples mecanismos cuya finalidad es desincentivarla o bien, retrasarla, tanto cuando lo es de forma involuntaria como cuando es resultado de una decisión voluntaria poniendo fin total o parcialmente a la vida laboral activa. La jubilación anticipada es una categoría configurada por referencia a la jubilación ordinaria y ello determina que, cuando se producen cambios en la jubilación ordinaria, automáticamente queda afectada la o las vías que permiten el adelanto de la edad de jubilación: quienes se jubilan antes de la edad ordinaria se convierten en personas jubiladas de forma anticipada<sup>21</sup>.

La práctica de aplicar mecanismos de desincentivación a la jubilación anticipada está arraigada en nuestro país. Por no retrotraernos al régimen de pensiones SOVI, baste recordar aquí la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que introdujo esta modalidad de compatibilidad trabajo/pensión y, al mismo tiempo, profundizó en la aplicación de nuevas reglas restrictivas atendiendo a: a) la edad mínima de acceso a la jubilación anticipada, b) la acreditación de su situación legal de desempleo, c) el período de cotización previo, d) la involuntariedad en la extinción de la relación c) la aplicación de coeficientes reductores por edad y en función de la carencia acumulada. Bajo estos esquemas, la jubilación anticipada se ha venido configurando de forma alejada de consideraciones de seguridad y salud en el trabajo, de sectores productivos diferenciados, de aspectos vinculados con el sexo o el género, y de las carreras profesionales, siendo configurada bajo parámetros netamente contributivos.

Si se observan los cambios operados en los últimos 20 años, puede comprobarse que se registra una tendencia a ir retrasando progresivamente la edad ordinaria de jubilación ante el aumento de la esperanza de vida, lo que ha producido un efecto de arrastre sobre los criterios determinantes del anticipo de la edad de jubilación, cada vez más restrictivos: empujando hacia adelante la edad de la anticipada para acomodarla al retraso de la ordinaria y exigiendo mayores carreras de cotización, al tiempo que los coeficientes reductores se han ido erigiendo en desincentivos para acceder a la misma, con merma importante de la cuantía final de la pensión.

En el régimen general de la pensión de jubilación existen varias modalidades de acceso a la misma. En primer lugar, la modalidad *ordinaria*, cuya edad y período de carencia definidos en el art. 205 LGSS están actualmente sometidos al régimen progresivo establecido en la Ley 27/2011, actual Disp. Transitoria séptima LGSS). En segundo lugar, se configura la vía de acceso a la jubilación a *edad reducida* (art. 206 y 206 bis LGSS según redacción dada a los mismos por el Artículo 1. Cuatro y Cinco de la Ley 21/2021), la cual supone que, o bien por razón de la actividad en la que se trabaja o por padecer algún tipo de discapacidad legalmente establecida, operan mecanismos específicos que permiten su adelanto. Asimismo, el sistema contempla

---

<sup>21</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “La jubilación anticipada ante nuevas reformas”, NET21, número 3, mayo 2021, p. 1.

la jubilación *anticipada* propiamente dicha, es decir, aquella en que antes de cumplir la edad de jubilación ordinaria se puede llegar a producir, bien por causas involuntarias o ajenas a la decisión de la persona trabajadora (art. 207 LGSS según nueva redacción dada por el Artículo 1. Seis de la Ley 21/2021) o bien por su propia voluntad (art. 208, con nueva redacción dada por el Artículo 1. Siete de la Ley 21/2021). Finalmente, se puede utilizar la vía de la denominada jubilación derivada de políticas de *envejecimiento activo* y que admite tanto la denominada como *jubilación demorada*, así como la *gradual o flexible*. Siguiendo este orden, la jubilación ordinaria en su régimen configurado en la Ley 27/2011 no ha sido tocada por la reforma de 2021, resultando ser que el aumento progresivo de la edad hasta los 67 años y un período de carencia de 38 años y medio de cotización continúan siendo el doble umbral de referencia que habrá de ser alcanzado en el año 2027.

#### **4.1. Jubilación a edad reducida: por razón de la actividad y por padecer discapacidad**

No puede decirse lo mismo de la jubilación *a edad reducida*, la cual ha visto cómo, mediante la operación de reforma efectuada sobre el art. 206.1.1 LGSS (Artículo 1, Cuatro de la Ley 21/2021) se procede, en primer lugar, a alterar sus reglas cuando esta se produce *por razón de la actividad*, esto es, cuando se trata de personas a las que se refiere el art. 205.1, a) LGSS que trabajan en aquellos “*grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca*”.

Se anuncian futuras disposiciones reglamentarias a fin de determinar: a) el procedimiento general para establecer coeficientes reductores por edad que permitan anticipar la edad de jubilación<sup>22</sup>; en todo caso, se condiciona la aplicación de tales coeficientes reductores a que no sea posible con carácter previo introducir “modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, haciendo prevalecer la conservación del contrato de trabajo frente a la opción de jubilarse anticipadamente; b) los sujetos que pueden iniciarlo: han de hacerlo conjuntamente las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (cuando el grupo afectado sea de trabajadores por cuenta ajena) o bien por asociaciones representativas de trabajadores autónomos y organizaciones sindicales y empresariales más representativas (cuando el grupo afectado sea de trabajadores por cuenta propia) y si afectara a personal de las Administraciones Públicas, a las organizaciones sindicales más representativas y a la Administra-

---

<sup>22</sup> “... que incluirá, entre otras, la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector, penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones del trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral de los trabajadores y los requerimientos físicos o psíquicos exigidos para continuar con el desarrollo de la actividad a partir de una determinada edad”, nuevo art. 206.1, párrafo segundo LGSS

ción de la que dependa el colectivo; c) su tramitación por medios telemáticos; d) los indicadores que acrediten la concurrencia de circunstancias objetivas que justifiquen la aplicación de tales coeficientes a partir de, entre otros, la incidencia, persistencia y duración de los procesos de baja laboral, así como las incapacidades permanentes o fallecimientos que se puedan causar siendo valorados por una comisión interministerial, junto a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal (art. 206.1, 3 LGSS).

Un aspecto nada irrelevante lo constituye la *regla de equilibrio financiero* interno que lleva a establecer que la aplicación de coeficientes reductores en estos supuestos lleva aparejada una cotización adicional: un *incremento en la cotización* en relación con el colectivo, sector y actividad que se delimiten en la norma correspondiente y en los términos y condiciones que se establezcan. El incremento consistirá en un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto a cargo de la empresa como del trabajador (art. 206.4 LGSS), algo que ya se ha venido haciendo con determinados colectivos<sup>23</sup>. Por consiguiente, hay que esperar el desarrollo reglamentario anunciado a fin de verificar cómo queda completado el marco jurídico de esta modalidad de jubilación a edad reducida. El nuevo cuadro de coeficientes reductores por edad en función del tiempo de adelanto y el período cotizado se aplicará de forma gradual a partir de 1 de enero de 2024 (nueva Disp. Transitoria trigésima cuarta LGSS) y seguramente presionará en mayor medida sobre las carreras cortas de cotización frente a las más largas.

Teniendo en cuenta que las circunstancias puedan variar sustancialmente, en particular, en relación con la evolución de las cuentas de la Seguridad Social, pero también atendiendo a que los índices de peligrosidad y morbilidad experimenten cambios sustantivos, se ha previsto una revisión del cuadro de coeficientes reductores cada diez años, si bien sus efectos *“no afectarán a la situación de los trabajadores que, con anterioridad a la misma, hubiesen desarrollado su actividad y por los períodos de ejercicio de aquélla”* (art. 206. 5 LGSS). En cualquier caso, el anticipo de la edad de jubilación *a edad reducida* por esta vía impide acceder a la pensión de jubilación como mínimo con una edad inferior a la de cincuenta y dos años (art. 206. 6 LGSS)<sup>24</sup>. Y, a los efectos de poder acreditar los requisitos que permiten acceder en su caso a una jubilación parcial, no se tendrán en cuenta los coeficientes reductores de la edad aquí referidos (no es posible acceder a la parcial si no se tiene la edad y la carencia que esta última exige), para acceder a los beneficios establecidos en el art. 210.2 LGSS (porcentajes adicionales/cantidad a tanto alzado o com-

---

<sup>23</sup> Entre ellos, bomberos: RD 383/2008, de 14 de marzo; miembros de la Erztaintza: Real Decreto Legislativo 1449/2015 de 30 de diciembre; y policía local: RD 1449/2018 de 14 de diciembre.

<sup>24</sup> Téngase en cuenta que la Disposición Transitoria undécima LGSS conforme la nueva redacción dada mediante el Artículo 1. Veinte de la Ley 21/2021 establece que dicha limitación “no se aplicará a los trabajadores incluidos en los diferentes regímenes especiales que, en la fecha de entrada en vigor de la citada ley tuviesen reconocidos coeficientes reductores de la edad de jubilación, siendo de aplicación las reglas establecidas en la normativa anterior”.

binación de ambas) y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada, conforme establece el art. 206. 6, apartado segundo LGSS).

El segundo supuesto de jubilación *a edad reducida* lo constituye el hecho de padecer algún tipo de *discapacidad* en los términos en que esta es contemplada en el marco jurídico, supuesto que ha dado lugar a la introducción de un nuevo art. 206 bis en la LGSS. En primer lugar, el grado de discapacidad que permite acceder a la pensión de jubilación *a edad reducida* ha de ser en grado igual o superior al 65% y en los términos que puedan preverse en futura norma reglamentaria, o bien en un grado igual o superior al 45%, si bien en este caso se trata de discapacidades que precisan ser reglamentariamente contempladas (lo que invita a pensar en supuestos específicos) respecto de las que existan evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida, (art. 206 bis, 1), lo que probablemente signifique que se acudirá a la técnica de supuestos listados. Por consiguiente, se habrá de esperar a la norma reglamentaria que desarrolle con mayor precisión la discapacidad como elemento determinante del acceso a la pensión de jubilación a edad más temprana de la prevista para su homónima, la ordinaria. A tal efecto, la Disposición adicional cuarta de la Ley 21/2021 trata de mejorar el marco regulador del acceso a la pensión de jubilación de las personas con discapacidad previendo actuaciones del Gobierno orientadas a atender necesidades específicas de colectivos determinados.

Finalmente y como regla común a ambas modalidades, rigen iguales limitaciones que en la anterior circunstancia analizada (edad reducida por causa de la actividad): no será posible acceder a la jubilación con edad inferior a 52 años y los coeficientes reductores de edad no impiden ir, debido a los mismos, a la parcial, así como a los beneficios derivados del art. 210.2 LGSS y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

#### **4.2. Incentivos para acercar voluntariamente la edad efectiva de jubilación a la edad ordinaria: cambios en la modalidad de jubilación anticipada**

Dentro de la jubilación anticipada propiamente dicha, que supone acceder a la pensión antes de haber cumplido la edad ordinaria establecida ya sea de forma parcial o total, se admiten dos vías posibles para beneficiarse de la misma: la anticipación producida por causas objetivas y de forma totalmente involuntaria y la derivada del ejercicio de la voluntad de la persona solicitante de la misma. Ambas modalidades se mantienen en la reforma de 2021.

En relación con la jubilación *anticipada de forma involuntaria*, esto es, la “derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador” (art. 207.1 LGSS), sobre ella se ha practicado una modificación en el art. 207.1 y 2 LGSS por medio de lo dispuesto en el artículo 1, Seis de la Ley 21/2021. Manteniendo los requisitos legales hasta ahora existentes de acceso a la misma (a) edad inferior a cuatro años, como

máximo, a la edad de jubilación ordinaria, b) inscripción como demandante de empleo, al menos seis meses anteriores al momento de la solicitud, c) período de carencia mínimo de 33 años), se va a añadir, con respecto a este último requisito como novedad y por vez primera en la LGSS haber realizado el servicio social femenino obligatorio, equiparándolo al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria, para contabilizar como máximo un año de cotización, una decisión legislativa que trae causa de un conocido pronunciamiento de la Sala cuarta del TS que ha venido a asimilar ambos tipos de servicios prestados (STS 6 de febrero de 2020, rec. 3801/2017<sup>25</sup>).

El cuarto requisito que exige la LGSS para acceder a esta modalidad de jubilación anticipada establece que el cese en la relación de trabajo se haya producido debido a determinadas situaciones, las contempladas en el art. 207.1, d). La modificación efectuada en este último requisito comporta la creación de nuevas situaciones habilitantes para solicitar la pensión de forma anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora, al tiempo que se mantienen algunas de las que con anterioridad se venían requiriendo: a) entran nuevas situaciones que habían sido expulsadas del ordenamiento por el Real Decreto-ley 5/2013, recuperando causas de extinción del contrato de trabajo que constituyen situaciones legales de desempleo a estos efectos; b) junto con las extinciones derivadas de crisis empresariales, fuerza mayor y las promovidas por víctimas de violencia de género, entran igualmente las derivadas de lo dispuesto en art. 40.1, 41.3 y 50 LET; c) entran, asimismo, quienes han estado percibiendo subsidio por desempleo, al menos, tres meses antes del hecho causante de la jubilación anticipada (art. 208.3 LGSS), al parecer de forma independiente de los supuestos de situación legal de desempleo de la que se proceda, lo que parece ampliar las causas listadas en el art. 207.1 LGSS<sup>26</sup>; d) se mantiene la exigencia de acreditar haber percibido indemnización y haber impugnado el despido cuando se trate de despido colectivo, por causas objetivas y debido a la extinción del contrato por las causas previstas en los artículos 40.1, 41.3 y 50 LET.

Por lo que se refiere a la jubilación *anticipada de forma voluntaria*, esto es, la prevista en el art. 208 LGSS, queda afectada por las modificaciones introducidas en el Artículo 1. Ocho de la Ley 21/2021: se mantienen los requisitos generales de acceso a la misma (a) edad inferior a dos años, como máximo, a la edad de jubilación ordinaria, b) período de carencia mínimo de 35 años, incluyendo aquí también como novedad el tiempo de prestación del servicio social femenino obligatorio, asimilado al servicio militar o prestación social sustitutoria, computando a tal efecto un año de cotización, c) que el importe de la pensión sea superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los sesenta y cinco años de edad (art. 208.1 LGSS).

---

<sup>25</sup> Con el precedente sentado por la del TSJ del País Vasco de 11 de octubre de 2016, rec.1821/2016

<sup>26</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “La reforma de las pensiones (Comentarios al Proyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones)”, NET21, núm. 6, 2021, p. 6.

La EM de la Ley 21/2021 indica que el objetivo de “reforzar la equidad” es lo que ha llevado a delimitar el nuevo marco de los coeficientes reductores para el cálculo de la cuantía de la pensión, siempre respetando lo dispuesto en el art. 57 LGSS (limitación de la cuantía inicial de las pensiones)<sup>27</sup>. Tales coeficientes se aplicarán de manera progresiva durante 10 años, con el fin de que el impacto económico de los mismos sea poco perceptible. La Ley contiene abundantes *desincentivos* de la jubilación anticipada: en primer lugar, incrementando los porcentajes de reducción a quienes presentan carreras más cortas de cotización; en segundo lugar, los periodos de cotización exigidos continúan mostrando elevadas exigencias (33/35 años), algo que difícilmente cumplirán muchas personas que hayan sufrido las elevadas tasas de paro registradas tras la crisis de 2008 y las medidas de austeridad aplicadas, sobre todo, si esos años han coincidido con los más cercanos a la edad de la jubilación anticipada.

Los cuadros de los nuevos coeficientes reductores figuran en el art. 207.2 LGSS para la involuntaria y en el art. 208.2 para la voluntaria: contemplan una reducción de la cuantía de la pensión una vez aplicado el cálculo de su base reguladora, mediante la aplicación, por cada mes o fracción de mes que en el momento del hecho causante le falte al trabajador o trabajadora para cumplir la edad legal de jubilación. Con carácter general, se alteran las cuantías de dichos coeficientes incrementando su porcentaje especialmente para quienes deseen voluntariamente anticipar su jubilación, y de forma más intensa para quienes pretendan hacerlo al máximo posible<sup>28</sup>. Difiere el porcentaje de reducción en función del mayor o menor número de años cotizados premiando, como se ha dicho, a quienes acumulan carreras de cotización más largas y desincentivando a quienes presentan carreras más cortas, estimulando su permanencia en activo en el mercado de trabajo por más tiempo.

Esta presión sobre carreras cortas de cotización, ya se ha dicho, tiene y tendrá un *impacto negativo sobre las carreras de cotización de las mujeres*, con abundantes tiempos de dedicación al cuidado de la familia y consiguiente cesación (total o parcial) del trabajo productivo y los consiguientes tiempos muertos de cotización; en igual sentido, siendo mayoritariamente destinatarias de contratos a tiempo parcial de forma involuntaria, el impacto final de ese trabajo precario en la cuantía de sus pensiones y la consiguiente aplicación de los coeficientes reductores por edad y periodo cotizado harán mucho más difícil a las mujeres el acceso a la pensión de jubilación anticipada. A

---

<sup>27</sup> Siempre respetando lo dispuesto en el art. 57 LGSS (limitación de la cuantía inicial de las pensiones): “El importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad Social por cada beneficiario no podrá superar la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”.

<sup>28</sup> A modo de referencia, indicando los máximos: en la anticipada involuntaria, por 48 meses de anticipación se practicará un 24% de reducción acreditando período cotizado igual o superior a 44 años y 6 meses; en la involuntaria, por 24 meses de anticipación se practicará un 13% de reducción acreditando período cotizado igual o superior a 44 años y 6 meses (según las escalas establecidas en art. 207.2 y 208.2 LGSS)

lo anterior se une que los requisitos de cotización previa siguen siendo muy elevados en ambas modalidades de jubilación, otro elemento más que corrobora la previsión de aumento de la *brecha de género* para poder beneficiarse de la pensión de jubilación anticipada<sup>29</sup>. Además, se revisa el cómputo de los coeficientes reductores pasando de trimestral a mensual, lo que permite un mayor ajuste a lo realmente cotizado –y con diferenciación según que se solicite por causa no imputable a la persona trabajadora o de forma voluntaria–, reforzando notablemente la contributividad en esta pensión.

Por su parte, la Disposición final segunda de la Ley 21/2021 establece un período de tres meses para actualizar, previo acuerdo con los interlocutores sociales, el RD 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

Diferente es la modalidad específica de jubilación anticipada *voluntaria parcial* que lleva aparejada la obligación de suscribir contrato de relevo, no afectada directamente en su configuración por esta reforma, pero que sí lo fue en el año 2018 cuando, sobre todo en atención a necesidades de determinados sectores productivos, se establecieron medidas para incentivarla particularmente en cuanto a sus costes de Seguridad Social. Tales medidas fueron introducidas mediante el Real Decreto-Ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España (BOE del 8) procediendo a modificar la disposición transitoria cuarta del texto refundido de la LGSS añadiéndole un nuevo apartado 6<sup>30</sup>.

#### **4.3. Estímulos al “envejecimiento activo” para retrasar el acceso a la jubilación definitiva de forma parcial o total: incentivos económicos y de cotización**

Por lo que hace a la jubilación *demorada* se introducen nuevos incentivos para continuar trabajando aun después de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento (ya que continúa aplicándose el régimen progresivo establecido en la Ley 27/2011) y aun habiendo alcanzado, incluso, el período de carencia máximo (que habilita, en su caso, para ir al tope máximo de cuantía de la pensión). Se pretende estimular el mantenimiento en activo por más tiempo de personas que, sin tales incentivos, probablemente pasarían a solicitar la pensión al cumplir los requisitos de edad y carencia para el acceso a la jubilación ordinaria.

---

<sup>29</sup> CRUZ VILLALÓN, J. “El acuerdo social en materia de pensiones: una tendencia a la prolongación de la vida laboral y al retraso de la jubilación”, Blog del autor, de 3 de julio de 2021.

<sup>30</sup> Un régimen jurídico que, salvo en algunos puntos, regresa al anterior a la Ley 27/2011, vid. LÓPEZ GANDÍA, J., “La jubilación anticipada ante nuevas reformas” NET21, núm. 3, mayo, 2021, p. 5.

Los nuevos incentivos establecidos en el art. 210.2 LGSS con nueva redacción dada por el Artículo 1. Ocho de la Ley 21/2021 son de índole económica, comprendiendo un “complemento económico” que se abonará de la siguiente manera: a) un porcentaje adicional del 4% por cada año completo cotizado a partir de la edad de jubilación ordinaria y el momento del hecho causante de la pensión, b) o una cantidad a tanto alzado por cada año completo cotizado en igual umbral temporal, atendiendo a las fórmulas establecidas en el art. 210.2, b) LGSS en función de haber cotizado más o menos de 44 años y 6 meses, c) o una fórmula combinada de ambas posibilidades (cuya precisión requerirá de desarrollo reglamentario). Este complemento es incompatible con la pensión de jubilación solicitada por la vía de la modalidad *gradual o flexible* del art. 214, y con la jubilación parcial del art. 213, así como en supuestos de acceso a la jubilación desde una situación asimilada al alta (art. 210.2, penúltimo y último apartados).

Se extiende asimismo a las personas incluidas en el Régimen de Clases Pasivas del Estado (el Artículo 2. Dos de la Ley 21/2021 ha modificado la Disposición adicional decimoséptima del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado), tratando de fomentar igualmente la demora en el acceso a la pensión de jubilación por parte de ciertos colectivos de funcionarios a partir de 1 de enero de 2022. Lleva una regla especial de entendimiento de “períodos de cotización o años de cotización o cotizados”: los “años de servicio” prestados al Estado<sup>31</sup>.

Junto a la modalidad de jubilación *demorada*, se ha abordado igualmente el régimen de la jubilación *gradual y flexible*, regulada en el art. 214 LGSS, precepto que se rotula: “*Pensión de jubilación y envejecimiento activo*”. La reforma efectuada en su apartado 1, a) mediante lo dispuesto en el Artículo 1. Nueve de la Ley 21/2021 tiene por objeto cambiar el régimen de acceso a esta modalidad: se trata de personas pensionistas de jubilación que, sin embargo, pueden ser contratadas para prestar trabajo por cuenta propia o ajena, a tiempo completo o parcial (art. 214.1, c) y siempre conservando el 50 por ciento de la pensión en su cálculo inicial (que admite revalorizaciones). Este supuesto, contrariamente al anterior, aparece alterado en la reforma de 2021: se retrasa la posibilidad de recurrir a esta modalidad, ya que solo se podrá

---

<sup>31</sup> Según lo establecido en el art. 32 del Real Decreto Legislativo 670/1987. La citada Disposición completa las distintas particularidades aplicables al personal funcionario: “*Por su parte, las referencias a la base reguladora y al tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, en cómputo anual, deben entenderse hechas, respectivamente, a los haberes reguladores contemplados en el artículo 30 y al haber regulador del grupo/subgrupo A1 establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico, en cómputo anual. Lo establecido en esta disposición únicamente será de aplicación en los supuestos contemplados en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.*”

En consecuencia, a los efectos de lo establecido en los artículos 39, 42 y 45 de este texto refundido, la base reguladora de las diferentes pensiones estará constituida por la pensión de jubilación o retiro del fallecido, calculada exclusivamente conforme a lo dispuesto en el artículo 31, sin que en ningún caso sea de aplicación lo previsto en esta disposición adicional”.

acceder a ella cuando haya transcurrido, al menos, un año después de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación (nuevo art. 214.1, a) LGSS). El objetivo que se persigue con dicho retraso parece claro, esto es, mantener a la persona en activo durante un año más, una vez alcanzada la mencionada edad ordinaria de jubilación. Cabe pensar que esta decisión de prolongar la vida laboral activa provenga fundamentalmente de individuos con bases de cotización reducidas, lo que les impulse a compatibilizar pensión con trabajo.

En síntesis, los cambios introducidos en el régimen de acceso a la pensión de jubilación tienden, como puede apreciarse, a alcanzar un doble objetivo: posponer el momento de la jubilación anticipada y frenar el abandono automático de la vida laboral activa al cumplir la edad ordinaria de jubilación o, lo que es lo mismo, retrasar en la mayor medida posible el momento de solicitud de la pensión. El carácter vitalicio de la pensión de jubilación unido al aumento de la esperanza de vida (salvo que los efectos de la pandemia derivada del COVID-19 permitan en los próximos años registrar un cambio de tendencia) hace que todos los ojos se fijen en ella cuando los equilibrios financieros del sistema de Seguridad Social se resienten o están en peligro<sup>32</sup>. Las tendencias demográficas de nuestro país permiten vislumbrar que en 2050 el grupo de edad más numeroso lo constituirán las personas nacidas en los años 1970-1979, que en ese momento tendrían edades comprendidas entre 70 y 79 años en caso de mantenerse la tendencia actual, según datos del INE<sup>33</sup>.

El segundo foco de atención en relación con la pensión de jubilación se centra en los estímulos previstos en la Ley 21/2021 en materia de cotización para promover el mantenimiento en activo en el mercado de trabajo, dirigidos tanto en favor de las empresas como de las personas que trabajan. Básicamente, son dos las medidas adoptadas.

Primera, ahorro en los costes de las bajas por enfermedad: reducción del 75% de cotizaciones empresariales por contingencias comunes durante la incapacidad temporal de las personas mayores de 62 años, lo que parece una medida encaminada a atender las mayores alteraciones de la salud que con carácter general pueden presentar las personas que han cumplido dicha edad (se modifica el art. 144.4 LGSS, apartado segundo LGSS por lo dispuesto en el Artículo 1. Dos Ley 21/2021). Segunda, exención de cotizaciones una vez que se haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación (a tal efecto, se modifica el art. 152 LGSS por el Artículo 1. Tres Ley 21/2021); tal exención alcanza:

- a) a empresas y personas trabajadoras por contingencias comunes, excepto IT derivada de las mismas

---

<sup>32</sup> RAMOS QUINTANA, M.I., “El epicentro de la reforma de la Seguridad Social: sostenibilidad del sistema para las generaciones futuras y suficiencia de las pensiones”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>33</sup> El porcentaje de población de 65 años y más, que actualmente se sitúa en el 19,6% del total de la población, alcanzaría un máximo del 31,4% en torno a 2050. A partir de entonces empezaría a descender. Ver INE: Proyecciones de población 2020-2070 (Notas de prensa 22 de septiembre de 2020).

- b) a la cotización por Desempleo, FOGASA y Formación profesional en los mismos supuestos
- c) a los períodos bonificados que, sin embargo, serán computados como cotizados a los efectos de acceso y determinación de la cuantía de las prestaciones
- c) como excepción, tales exenciones no serán aplicables a las cotizaciones relativas a trabajadores que presten sus servicios en las Administraciones Públicas o en los organismos públicos regulados en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

Esta misma previsión normativa se ha extendido igualmente al Régimen General de Trabajadores Autónomos al modificarse el art. 311 LGSS (Artículo 1. Trece de la Ley 21/2021): exención de cotización, salvo por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, siempre que hayan alcanzado la edad de acceso a la pensión de jubilación que resulte de aplicación en los términos del artículo 205.1, a) LGSS<sup>34</sup>.

En suma, se han incorporado nuevas reglas en materia de cotización de quienes ya han alcanzado la edad ordinaria de jubilación, estimulando que se posponga la misma dejando atrás la regulación hasta ahora vigente, que exigían edades y períodos de cotización específicos. Sin duda, permitirán que las entidades productivas se puedan beneficiar del mantenimiento en activo de personas de edad avanzada, con talento y experiencia acumulada a base de reducir los costes laborales de esos puestos de trabajo. El transcurso del tiempo permitirá evaluar y verificar el grado de acierto que puede haber en este tipo de medidas, por ahora, pensadas para frenar el acceso total o parcial a la jubilación cuando ya se está en edad de poder hacerlo y con carreras de cotización mínimas totalmente cubiertas.

## 5. LA SEPARACIÓN DE FUENTES DE FINANCIACIÓN DEL SISTEMA

En cuanto a las fuentes que permiten allegar recursos al sistema, se ha consolidado la voluntad de establecer una financiación separada entre pensiones contributivas y no contributivas, las primeras con cargo a cotizaciones y las segundas financiadas a través de transferencias del Estado. Esa dualidad de fuentes ha producido una fuerte carga por vía impositiva en las segundas, dada su naturaleza no profesional. El sistema español de Seguridad Social se caracteriza por responder a un modelo *híbrido*<sup>35</sup> en cuanto que se nutre de aportaciones privadas (vía cotización) y públicas (vía transferencias del Estado) y así viene desarrollado por el art. 109 LGSS que precisa las diferentes

<sup>34</sup> Otro régimen especial como el de la minería del carbón se beneficia de esta misma medida y otras que le son extendidas, según establece actualmente la Disposición Adicional primera LGSS modificada por el Artículo 1. Quince de la Ley 21/2021.

<sup>35</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S., Introducción al Derecho de la Seguridad Social (15ª edición), Valencia, Tirant lo blanch, 2021, p. 166.

fuentes que nutren económicamente al sistema. Ese mismo precepto en su apartado 2 puntualiza que las pensiones contributivas, como la incapacidad temporal, la incapacidad permanente, la jubilación o el desempleo de las personas trabajadoras deben ser financiadas *básicamente* con cargo a las cuotas de cotización, mientras que las no contributivas y universales deberán ser sufragadas por la vía impositiva dada su desvinculación con el trabajo, puesto que atienden al estado de necesidad individual o social (ingreso mínimo vital, jubilación e invalidez no contributiva complementos a mínimos de pensiones y asignaciones económicas por hijo a cargo).

La separación de fuentes ha entrado en fase de transición y el Estado ha comenzado a asumir el coste de algunas prestaciones de naturaleza contributiva: es el caso de las prestaciones por desempleo, asumiendo el déficit producido entre cotizaciones por esa contingencia y gasto de las mismas de los últimos años, con fondos adicionales por parte del Estado. En esa tendencia, la reforma de 2021, teniendo en cuenta la Recomendación segunda del Pacto de Toledo que insiste en fortalecer y clarificar la separación de fuentes, pretende que cada año en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales se fije el *importe* de todas aquellas prestaciones que serán financiadas por el Estado a la Seguridad social. Entre ellas, se indican expresamente algunas contributivas, como las de “nacimiento y cuidado del menor”, el nuevo complemento de pensiones contributivas “para la reducción de la brecha de género”, así como otras igualmente de raíz contributiva como las pensiones y subsidios “en favor de familiares” y la prestación de “orfandad” cuando la causante haya fallecido como consecuencia de violencia contra la mujer (Disposición Adicional trigésima segunda, apartado 1, párrafo segundo LGSS, según nueva redacción dada a la misma por el Artículo 1. Dieciséis de la Ley 21/2021).

Por consiguiente, se pretende identificar qué prestaciones contributivas se financian con las cuentas del Estado, además de continuar financiando las no contributivas y los complementos a mínimos cuando ello sea preciso. Hay, por tanto, un incremento de responsabilidades del Estado en el aseguramiento de la sostenibilidad financiera del sistema, especialmente en un momento en el que los ingresos vía cotizaciones se encuentran acentuadamente mercados, en parte, debido a los bajos salarios y la aún no recuperada devaluación salarial padecida en los años de la crisis posterior a 2008 y a las políticas de austeridad aplicadas, pero en parte también porque las políticas activas de empleo y las de mantenimiento del empleo a través de los ERTE han estado apoyadas en medidas centradas en bonificaciones y exenciones de cuotas a la Seguridad social.

Exactamente, el Estado financiará “los beneficios y exenciones en cotización a la Seguridad Social de determinados regímenes y colectivos, el coste del reconocimiento de la prestación anticipada de jubilación por aplicación de coeficientes reductores cuando no se haya previsto cotización adicional, el coste de la integración de los periodos no cotizados en la determinación de la base reguladora y de la cuantía de las prestaciones del sistema, las reducciones legalmente establecidas en la cotización a la Seguridad Social, el coste

de la pensión de jubilación anticipada involuntaria en edades inferiores a la edad ordinaria de jubilación, así como el incremento de la cuantía de las prestaciones contributivas sujetas a límites de ingresos” (Disposición Adicional trigésima segunda LGSS, apartado 1).

El sistema público de Seguridad social contempla el subsidio de la incapacidad temporal y las pensiones para cubrir los estados de la incapacidad permanente, la muerte (orfandad, viudedad y en favor de familiares), la jubilación, así como el desempleo. El grueso del sistema de pensiones lo representa, sin duda, el ámbito de las pensiones contributivas y puesto que se financian, principalmente, por medio de las cotizaciones es preciso que el equilibrio entre los ingresos y los gastos se mantenga a lo largo del tiempo para asegurar su sostenibilidad para las generaciones futuras.

## 6. NUEVAS REGLAS EN MATERIA DE JUBILACIÓN FORZOSA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La reforma de 2021 trae a escena de nuevo las posibilidades de intervención de la autonomía colectiva en el ámbito de la definición de supuestos y circunstancias bajo las cuales los agentes económicos y sociales pueden adoptar medidas relacionadas con el acceso a la jubilación, en el más amplio marco de las medidas en materia de empleo consustanciales al diálogo social y la negociación colectiva. Es sabido que este espacio de intervención –que ha tenido sus vaivenes en el tiempo y que, por razones de extensión, aquí no pueden ser analizadas– viene avalado por las materias susceptibles de integrar los contenidos de la negociación colectiva. Ciertamente es que el art. 85.1 LET señala que “los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales”. Las relaciones entre la jubilación forzosa y la negociación colectiva han sido no siempre pacíficas, como es sabido. Los límites –más claros o más difusos– con supuestos de discriminación por edad constituyen un serio obstáculo a la pacificación del debate en torno a los contornos en que debe moverse la negociación colectiva al establecer supuestos de lo que comúnmente se denomina como jubilación *forzosa* por vía convencional. Un supuesto completamente diferente de aquellos otros en los que el acceso a la jubilación forzosa lo es con arreglo y por exigencia de mandato legal.

A lo que importa ahora dentro del objeto de esta ponencia, hay que señalar que la reforma introducida por la Ley 21/2021 mediante lo indicado en su Disposición final primera. Uno efectúa una modificación de la Disposición Adicional décima de la LET, la cual ahora establece que los convenios colectivos “podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años”. Se trata, como puede apreciarse, de una edad que se encuentra por

encima de la ordinaria aun observándola en el umbral de 2027, año en el que será de 67 años, afectando, por consiguiente, a personas que han continuado trabajando pese a haber superado dicha edad. No es menos cierto que esta misma Disposición Adicional de la LET (reformada) va a imponer ciertas condiciones y requisitos recurriendo a normas de derecho necesario para que las mesas negociadoras puedan alcanzar válidamente acuerdos en este sentido. Tales requisitos son los siguientes:

Primero: quienes se vayan a jubilar por esta vía deben haber cubierto un período de cotización suficiente como para tener derecho al cien por cien de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. Segundo: la jubilación debe responder al principio de “relevo generacional”, en tanto objetivo de política de empleo expresado en el convenio, de modo que implicará la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora. Tercero: se contempla una excepción conforme a la cual será posible rebajar la edad de jubilación hasta la ordinaria vigente en cada momento “cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas”; se trata de una excepción para promover la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres combatiendo la “segregación ocupacional por género”. Deben darse las siguientes condiciones de forma añadida: a) las actividades económicas indicadas serán las definidas por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad, b) la persona afectada debe estar en condiciones de acceder al cien por cien a la pensión de jubilación ordinaria contributiva, c) la actividad de la CNAE de referencia debe tener una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20 por ciento sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la decisión extintiva, d) cada extinción contractual por esta vía debe conllevar una contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer. Cuarto: este nuevo régimen jurídico afectará a los convenios colectivos suscritos a partir de 1 de enero de 2022. Para los acordados con anterioridad a dicha fecha y que contuvieran cláusulas de jubilación forzosa “podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión” (Nueva Disposición transitoria novena de la LET establecida por la Disposición final primera. Dos, Ley 21/2021).

Es pronto para hacer valoraciones de los resultados que puede arrojar un régimen como el así definido, pero no es menos cierto que la necesidad de efectuar ajustes de plantilla ante situaciones de crisis empresariales, promover el acceso al mercado de trabajo de personas jóvenes y, al mismo tiempo preservar carreras de cotización suficientes como para no sufrir merma alguna en el alcance de la pensión de quien se jubila por exigencia de lo pactado en la negociación colectiva, parece ofrecer un panorama de razonabilidad

suficiente como para fundamentar los bienes jurídicos constitucional y legalmente protegidos.

## 7. FACTOR DE SOSTENIBILIDAD: DEROGACIÓN FORMAL Y SUSTITUCIÓN POR EL MECANISMO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL

El factor de sostenibilidad, como tal categoría normativa, es de recepción reciente en el ordenamiento español: se introdujo cuando la crisis económico-financiera de 2008 impactó sobre los sistemas públicos de protección social y se forzaron ajustes que permitieran asegurar su equilibrio financiero (que tras la reforma de la Constitución se consagra como principio inspirador de funcionamiento del mismo, de conformidad con lo dispuesto en su art. 135)<sup>36</sup>. La noción de *sostenibilidad financiera* se introdujo en el Pacto Europeo de Estabilidad y Crecimiento Renovado (2005) y con el transcurso del tiempo se convirtió en concepto fundamental del Libro Blanco *En pos de unos sistemas de pensiones europeos, adecuados, sostenibles y seguros*, lanzado por la Comisión Europea en el año 2012 y precursor de los ajustes de gasto público en los sistemas de protección social aplicados en los Estados miembros de la UE; en España, también.

El factor de sostenibilidad ya figuraba en la Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, así como en el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, previéndose desde sus inicios su aplicación a partir del año 2027, una vez finalizado el período progresivo de retraso de la edad de jubilación ordinaria. Pero sería la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social la que vino a precisar su contenido y alcance, pretendiendo efectuar un adelanto muy significativo de su aplicación en el tiempo e incidiendo sobre las pensiones de jubilación causadas a partir del 1 de enero de 2019 (Disposición Adicional segunda)<sup>37</sup>. La Ley 23/2013 abandonó las técnicas propias de un sistema de *reparto* intergeneracional e introdujo mecanismos propios de los sistemas de *capitalización*,

<sup>36</sup> Vincular los límites de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social a aspectos demográficos, como el envejecimiento de la población y evolución de la esperanza de vida, pasó a ser una opción legislativa razonable a partir de la reforma del citado precepto constitucional, vid. RAMOS QUINTANA, M.I., “Factor de sostenibilidad e índice de revalorización del sistema de pensiones en España: dimensión constitucional y alcance jurídico”, Documentación Laboral, núm. 103, 2015, Vol. I, p. 40-41.

<sup>37</sup> Aun cuando dicha Ley se presentaba como garante de la solidez financiera del sistema, los instrumentos de aseguramiento privado provenientes de la iniciativa privada parecían estar detrás de aquella reforma, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., “El factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación y la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad”, Relaciones Laborales, núm. 5, 2014 (monográfico), p. 2.

pero su destino finalmente fue un tanto caótico: con sucesivas suspensiones de su aplicación y un continuo posponer su utilización efectiva.

El factor de sostenibilidad trataba de alterar el importe de la pensión, una vez calculada de acuerdo con las cotizaciones realizadas a lo largo de la vida, introduciendo para ello un mecanismo corrector basado en la evolución de la esperanza de vida<sup>38</sup>: era no otra cosa que un coeficiente aplicable al importe inicial de la pensión de acuerdo con un parámetro extraño al sistema, como era la esperanza de vida de la población española valorada en periodos quinquenales: un mecanismo de reducción de la cuantía de la pensión que producía un mayor *recorte* a mayor esperanza de vida (menos pensión para más años de vida), lo que no dejaba de tener un *impacto negativo de género* debido a la mayor esperanza de vida de las mujeres<sup>39</sup>.

La reforma de 2021 va a situar al factor de sostenibilidad completamente extramuros del Derecho de la Seguridad Social mediante su derogación formal. Tal derogación conlleva la creación de un nuevo mecanismo que lo sustituye, más acorde con el principio de *sostenibilidad financiera*, pero también de *sostenibilidad social* del sistema. Inicialmente se planteó que el *mecanismo de equidad intergeneracional* (MEI) se elaboraría, previa negociación, en el marco del diálogo social para afrontar el impacto económico derivado del envejecimiento de la población en edad activa y particularmente de la inminente jubilación de la generación de los *baby boomers*. En el trámite parlamentario se decidió incluir en el texto de la Ley dicho mecanismo. Se recordará que el mismo fue objeto de un proceso de diálogo social *ad hoc* con resultado parcial, ya que las organizaciones empresariales más representativas no suscribieron el *Acuerdo de 15 de noviembre de 2021 sobre la creación del mecanismo de equidad intergeneracional en el sistema público de pensiones*, por lo que “habría de tener tan solo una dimensión bilateral, con pactos adoptados entre el Gobierno y las confederaciones sindicales CCOO y UGT”<sup>40</sup>. Finalmente, ha quedado integrado en el texto normativo pasando a formar parte de lo dispuesto en la Disposición final cuarta de la Ley 21/2021.

El MEI responde a las Recomendaciones del Pacto de Toledo (en particular, la número 3) y a los contenidos del Acuerdo social tripartito suscrito por todos los interlocutores sociales el 1 de julio de 2021. Su finalidad aparece expuesta en el primer apartado de dicha Disposición final cuarta: “preservar el equilibrio entre generaciones y fortalecer la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social en el largo plazo”. En consecuencia, cabe pensar que su efectiva aplicación tratará de garantizar la *sostenibilidad intergeneracio-*

---

<sup>38</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., “El factor de sostenibilidad en España, ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013, p. 209 y ss.

<sup>39</sup> RAMOS QUINTANA, M. I., “La nueva Ley reguladora del factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social: impacto y consecuencias sobre las mujeres”, *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, pp. 246-250.

<sup>40</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Derogar la reforma laboral o dejar de hacerlo, ¿cuál era la cuestión?”, *Trabajo y Derecho*, núm. 86, 2022, p. 4.

*nal*: dado el funcionamiento del sistema de reparto, se pretende asegurar que las pensiones en cada momento cuenten con un soporte financiero estable y al mismo tiempo que esa sostenibilidad permita crear expectativas razonables acerca de que quienes hoy forman las cohortes más jóvenes tengan igualmente garantizadas pensiones en el futuro<sup>41</sup>. Sin duda, las consecuencias económico-financieras derivadas de la próxima jubilación de la generación del *baby boom* en la década de los 20 y los 30 requerirán de un esfuerzo de activos y pasivos que probablemente sea necesario repartir entre más de una generación. Un problema que no puede pasar desapercibido es que el Fondo de Reserva de la Seguridad Social ha sido objeto de utilización para atender gastos por parte del Estado no siempre acordes con su finalidad, lo que ocurrió fundamentalmente a partir de los años 2012 y siguientes en el contexto de las medidas de austeridad del gasto público, pasando de disponer de un capital de 60 mil millones de euros —lo que hizo necesaria la aprobación de una Ley específica que le dotara de un marco jurídico adecuado y seguro— a lo que actualmente ya son reservas por debajo de los tres mil millones. Robustecer el Fondo es una finalidad irrenunciable para preservar la sostenibilidad financiera y es lo que, en parte se pretende. El MEI tiene dos componentes.

El primero de ellos entrará en vigor en el año 2023 y consistirá en una *cotización adicional* de 0,6 puntos porcentuales a distribuir según “la estructura actual de distribución entre la empresa y trabajador” durante diez años, es decir, hasta 2032. Se trata una cotización *específica* que presenta carácter *finalista*, pues irá a nutrir el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. A tal efecto, se revisará la normativa reguladora de dicho Fondo con el objeto de garantizar que la utilización de esta cuota finalista y de los rendimientos que genera se destinen exclusivamente a atender las desviaciones en el nivel de gasto que se contemplan en el componente segundo (Disposición final cuarta, apartado 1, Ley 21/2021). Técnicamente, no es una nueva categoría de cotización, sino un incremento que se adiciona a las ya existentes: por contingencias comunes y profesionales, cuya aplicación es únicamente de carácter temporal; no tiene por tanto el carácter de una verdadera modificación de las modalidades de cotización.

El segundo componente contempla el escenario que se producirá de 2032 en adelante: habrá revisiones trienales que permitan verificar si, de acuerdo con las últimas previsiones del *Ageing Report* de la Comisión Europea o documento análogo, el nivel de gasto en 2050 supera la previsión para ese año del citado informe de 2024, una vez descontado el efecto que habría tenido el derogado factor de sostenibilidad. Por consiguiente, el umbral de referencia para considerar garantizada la *sostenibilidad financiera e intergeneracional* sigue siendo el año 2050, año en el cual se prevé alcanzar el mayor número

---

<sup>41</sup> “La otra cara de la moneda fueron las reformas penalizadoras en exceso para los pensionistas presentes (Índice de revalorización) y futuros (factor de sostenibilidad) impuestas sin acuerdos en el 2013”, TORTUERO PLAZA, J. L., “El Mecanismo de Equidad Intergeneracional”, Brief de la AEDTSS (2021), p. 2.

ro de pensionistas, para después comenzar a decrecer. Los resultados de tal valoración permitirán, entonces, poner en marcha a partir del año 2033 dos mecanismos de estabilización del sistema:

- a) ninguna medida, si el nivel de gasto previsto no supera dicho umbral; con ese resultado, se valorará en el ámbito del diálogo social la conveniencia de proponer a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo la utilización de los recursos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social para, o bien reducir las cotizaciones sociales, o bien mejorar la cuantía de las pensiones. Un reajuste que puede incidir en los ingresos o repercutir directamente en el gasto en pensiones
- b) adopción de dos medidas si se supera dicho umbral de gasto para 2050: la primera, disponer de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social para la financiación del gasto en pensiones contributivas, con un límite de disposición anual del 0,2 por 100 del PIB; o bien, la segunda, en el supuesto de que la desviación sea superior a ese 0,2 por 100, o que se hayan agotado los activos del Fondo de Reserva, el Gobierno negociará con los interlocutores sociales para elevar a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo una propuesta que, de forma equilibrada, se oriente en el sentido de: a) minorar el porcentaje de gasto en pensiones en términos de PIB a través de medidas enmarcadas en las recomendaciones del Pacto de Toledo, b) incrementar el tipo de cotización u otras fórmulas alternativas para aumentar los ingresos, c) utilizar ambas medidas, en los términos que se acuerden, teniendo especialmente en cuenta el principio de suficiencia. En este segundo caso, como puede apreciarse, de nuevo las medidas de intervención pueden ir en un doble sentido: contener el gasto o apuntalar los ingresos del sistema.

Ambas medidas del componente segundo deberán compensar la desviación en la previsión de gasto en pensiones en 2050 solo en el caso de que la misma no esté cubierta por los activos del Fondo de Reserva con un límite del 0,8 por 100 del PIB. Y tal compensación se hará de acuerdo con una senda que refleje el impacto creciente que habría tenido la aplicación del factor de sostenibilidad, que ahora se deroga, y con un efecto temporal que no podrá prolongarse más allá de 2060 (Disposición final cuarta, apartado 2 de la Ley 21/2021). Como puede apreciarse, ya se contempla en la regla establecida para la corrección de desviación un período temporal superior que se extiende hasta diez años más tarde.

En resumen, el MEI no ha venido a poner el acento en la reducción de la cuantía de las pensiones como proponía el factor de sostenibilidad, ni nuevas técnicas de cuantificación de las bases reguladoras y/o reajustes de tramos de cotización contabilizados hacia atrás. Por el contrario, configura mecanismos que permiten fundamentalmente incidir en la garantía de ingresos suficientes a lo largo del tiempo y, solo en circunstancias específicas

cuando haya desviaciones de previsión de gasto de entidad suficiente, elevar al Pacto de Toledo propuestas que puedan suponer la minoración del gasto en pensiones, si bien ello no quiere forzosamente decir, reducción de cuantía de las pensiones, pues tal deficiencia pudiera dar lugar a mayores transferencias por parte del Estado; ambas opciones parecen no estar cerradas. En todo caso, castiga menos que el factor de sostenibilidad a las generaciones más jóvenes<sup>42</sup>.

En conclusión, las previsiones del MEI tratan de combinar elementos de *sostenibilidad financiera* y al mismo tiempo preservar valores constitucionalmente relevantes como la garantía de su *sostenibilidad social* para poder asegurar a las personas de edad avanzada expectativas reales de pensiones de jubilación en el futuro. Y cuanto antes comience a ser implementada la dotación al Fondo de Reserva, probablemente, más equitativo resultará el MEI desde el punto de vista generacional.

## 8. REFORMA DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD PARA SU MEJOR ACOMODACIÓN A LA REALIDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO Y SUPERAR DIFERENCIAS INJUSTIFICADAS

Siguiendo las Recomendaciones emitidas en el año 2003 por el Pacto de Toledo, en el año 2007 se reformuló en algunos de sus aspectos la pensión de viudedad, pero múltiples son y han sido los reclamos para que se efectúe una revisión integral de las prestaciones de muerte y supervivencia, pero sobre todo, de la viudedad, dados los déficit de equidad que continúa presentando. En 2020 lo que recomienda el Pacto de Toledo es “acomodar la configuración de la pensión a las nuevas realidades sociales y familiares, así como a las circunstancias socioeconómicas de los beneficiarios, a fin de mejorar la protección de los pensionistas sin otros recursos, y de adecuar la protección de los colectivos menos vulnerables”. Y lo hace incluyendo, entre otras, *orientaciones de género*, teniendo en cuenta la baja proporción de mujeres que acceden a la pensión de jubilación. De manera explícita pide que se profundice en reformas encaminadas a suprimir toda discriminación injustificada que afecte a la persona beneficiaria de la pensión por no existir vínculo matrimonial previo, como singularmente ocurre con el requisito legal que, en último término, viene a determinar que los ingresos del eventual beneficiario/a durante el último año hayan sido inferiores a los ingresos del causante.

La Ley 21/2021 indica que en el plazo de un año se analizará por el Ministerio competente la configuración de la pareja de hecho como tal para determinar su alcance y garantizar la igualdad de trato en materia de Seguridad Social en todo el territorio nacional (Disp. Adicional tercera). Por

---

<sup>42</sup> BLÁZQUEZ AGUDO, E., “El MEI. Otro mecanismo para tratar de garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones”, Brief de la AEDTSS (2021), p. 2.

otra parte, introduce una modificación en el régimen de acceso a la pensión de viudedad cuando al producirse la muerte del sujeto causante el sobreviviente se encuentre unido a la persona fallecida por una relación de pareja de hecho. Se modifican tres preceptos de la LGSS, arts. 221, 222 y 223 mediante lo dispuesto en el artículo 1. Diez, Once y Doce respectivamente de la Ley 21/2021:

Se elimina la acreditación obligada de *situación de necesidad o dependencia económica* del viudo/a de una pareja de hecho respecto del fallecido, como se venía haciendo hasta entonces, pues se venía contemplando que era necesario que sus ingresos durante el año anterior al fallecimiento fueran inferiores al 50% de la suma de los ingresos de los dos miembros de la unión, o al 25% si tenían hijos en común, o que ingresaran menos de 1.5 veces el SMI. Queda eliminada, por tanto, una de las discriminaciones que las uniones de hecho venían padeciendo en el acceso a la pensión de viudedad por el solo hecho de no haber contraído matrimonio (nueva redacción del art. 222.1 LGSS). Se establece que, al tener hijos en común la pareja de hecho, ya no es preciso acreditar convivencia estable durante un determinado tiempo (cinco años), sino tan solo la condición como tal unión de hecho (nueva redacción del art. 221.2 LGSS). Se mantiene el deber de inscripción en el registro pertinente de parejas de hecho<sup>43</sup>. Y cuando se produzca la extinción de la unión de hecho por voluntad de uno o ambos de sus componentes se generará derecho a pensión de viudedad si no hay nueva pareja de hecho o matrimonio, siempre que la pareja superviviente sea acreedora de pensión compensatoria (una asimilación al régimen del matrimonio al sobrevenir la separación o ruptura del vínculo matrimonial); se incluye en este supuesto un régimen específico para mujeres víctimas de violencia de género (con acreditación) exonerándolas del deber de ser acreedoras de pensión compensatoria nuevo (art. 221. 3 LGSS).

Asimismo, se extiende la prestación temporal por viudedad regulada en el art. 222 LGSS a las parejas de hecho en los mismos términos que en casos de matrimonio (se mantiene la diferencia: un año de convivencia matrimonial; dos años de convivencia como pareja de hecho) según nueva redacción dada al citado precepto por el art. 1. Once Ley 21/2021. Por último, el régimen de compatibilidad de la pensión de viudedad y de la prestación temporal de viudedad con las rentas del trabajo se iguala para matrimonios y parejas de hecho (nueva redacción del art. 223 LGSS).

Situaciones excepcionales de uniones de hecho: el artículo 1. Dieciocho de la Ley 21/2021 procede a introducir una nueva Disposición adicional cuatragésima en la LGSS, que contempla un régimen excepcional. Este supone la exigencia de solicitar la pensión de viudedad en los doce meses siguientes

---

<sup>43</sup> La STS, Sala tercera, núm. 480/221, de 7 de abril de 2021 (Rec. Casación núm. 2479/2019) reconoció el derecho a la pensión a una viuda de pareja de hecho sin estar dicha unión registrada. Afectaba al régimen de Clases Pasivas del Estado; finalmente, no ha incidido en la reforma de 2021.

a la entrada en vigor de la propia Ley 21/2021, por tanto, hasta 1 de enero de 2023; se trata de “una pensión de viudedad de parejas de hecho en situaciones excepcionales”. Se refiere esta Disposición a la situación de supervivientes de parejas de hecho a quienes se había denegado por la Administración de la Seguridad Social o por resoluciones judiciales el acceso a la pensión de viudedad, precisamente, por no haber acreditado la dependencia económica del sujeto fallecido, requisito hasta ahora exigido por el anterior art. 221.1 LGSS. Tal excepcionalidad conlleva una limitación temporal: el acceso a la pensión solo surtirá efectos desde el momento de la solicitud sin retroacción alguna al momento del fallecimiento del causante, una solución que no acaba de satisfacer las exigencias de reparación de un trato diferenciado y más gravoso –no justificado– de las parejas de hecho frente a los matrimonios.

## 9. DOS ASPECTOS POSTERGADOS PARA EL AÑO 2022: MEJORAS PARA LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y CREACIÓN DE LA AGENCIA ESTATAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Recomendación cuarta del Pacto de Toledo (Informe 2020) insta a profundizar en el proceso de ordenación de los regímenes del sistema que permita llegar a dos únicos encuadramientos, uno para los trabajadores por cuenta ajena y otro para los trabajadores por cuenta propia. El objetivo final es alcanzar una protección social equiparable entre estos dos regímenes a partir de una cotización también similar. La Comisión recomienda continuar avanzando en la plena equiparación de los derechos y obligaciones de ambos regímenes, así como la aproximación en la jubilación anticipada y el trabajo a tiempo parcial: la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones exige que se promuevan, en el marco del diálogo social, medidas para aproximar las bases de cotización de los trabajadores autónomos a sus ingresos reales. Dado que la baja cotización, característica de un colectivo que mayoritariamente cotiza por la base mínima, es la causa principal de sus reducidas pensiones, estos cambios permitirían fortalecer igualmente la mejora de la acción protectora.

El nuevo sistema de cotización por ingresos reales y mejora de la protección social de los autónomos (a desarrollar en mesa de diálogo social para ser implantado en 2022), está siendo objeto de atención en el momento de redactar esta ponencia.

Por otra parte, la creación de la Agencia Estatal de la Seguridad Social ya había sido contemplada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto (Disposición Adicional séptima) y el Pacto de Toledo (Informe 2020) en su Recomendación octava insiste en la necesidad de su creación: para “una gestión eficaz y eficiente que responda, adecuadamente, con agilidad y de forma comprensible a las demandas de los ciudadanos”. Finalmente, la Disposición final tercera de la Ley 21/2021 anuncia que el Gobierno, en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la misma aprobará el proyecto de Ley que ha de conte-

ner su régimen jurídico (por tanto, hasta 1 de julio de 2022). La finalidad de su creación no es otra que la “simplificación, racionalización, economía de costes y eficacia del sistema de Seguridad Social”; igualmente, la creación de la Agencia responde a una serie de principios informadores como el de “solidaridad, igualdad en el trato y equidad entre generaciones”. El objeto de su creación aparece de nuevo reflejado en el texto de la Ley 21/2021: “asegurar el actual nivel de prestaciones públicas del régimen de reparto en el que se fundamenta nuestra Seguridad Social medido por su tasa de reemplazo”. De la Agencia cabe esperar una mejor gestión del régimen económico de la Seguridad Social tratando de asegurar la economía de costes y su mayor eficacia. Por consiguiente, se trata de dar continuidad a la garantía de prestaciones suficientes y conservación del sistema de financiación de pensiones basado en el tradicional esquema de reparto intergeneracional.

## 10. PROCESOS DE DIGITALIZACIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL

Este último apartado de la ponencia quedará dividido en dos parcelas temáticas diferenciadas: la digitalización de la economía y sus efectos en el sistema de la Seguridad Social y los propios procesos de digitalización interna que en su organización y funcionamiento ha comenzado a acometer el propio sistema.

Uno. Es evidente el proceso imparable de innovaciones tecnológicas y de digitalización que se está produciendo en la economía, los sistemas de producción y la organización del trabajo<sup>44</sup>. La intensificación de la inteligencia artificial, el desarrollo de los procesos de robotización en los puestos de trabajo y la expansión de negocios a través de plataformas digitales están cambiando sustancialmente los entornos productivos y dando vida a nuevas formas de prestar trabajo. Pero no es menos cierto –y de esto se habla menos– que esas transformaciones tienen un indudable impacto en los sistemas de protección social. A estos últimos les ha de preocupar las particulares formas de empleo precario y las dudosas calificaciones de trabajo autónomo y subordinado por su directa e inmediata consecuencia sobre los actos de encuadramiento, los ingresos vía cuotas a la Seguridad Social y el acceso a las prestaciones, de forma muy destacada<sup>45</sup>.

Esta preocupación se ve reflejada en la Recomendación 19 bis de la Comisión del Pacto de Toledo (Informe 2020) y propone como medidas concretas: la inclusión de actividades marginales y de escasa duración en el sistema son la mejor fórmula para confrontar la economía informal y garantizar la protección ante situaciones de necesidad, combatir la figura de los falsos au-

---

<sup>44</sup> Por todos, como obra de referencia, MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.

<sup>45</sup> Vid. SUÁREZ CORUJO, B., “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 141, 2018, en particular, pp. 55-64.

tónomos y revisar las situaciones de pluriempleo y pluriactividad que en el trabajo en plataformas digitales pueden producirse. Por otra parte, estas formas tan atípicas y precarias de prestar trabajo chocan con el esquema básico de actuación del sistema, que sigue concibiendo la protección social sobre la base de un trabajo estable y a tiempo completo. En consecuencia, conseguir la “trazabilidad” de los tiempos de trabajo en un entorno digital, la intermitencia y el carácter esporádico de estas prestaciones de trabajo fácilmente pueden abocar a supuestos de “infracotización” y en consecuencia de “infracotización” prestacional y de servicios. El trabajo en entornos digitales corre un serio peligro de terminar configurando carreras de cotización tan escasas y vulnerables económicamente que en la modalidad contributiva no permitan llegar a disponer de prestaciones suficientes y adecuadas. Ni qué decir tiene que en un sistema de financiación de pensiones basado en el modelo de reparto ello terminaría por socavar las bases sobre las que el mismo se fundamenta, planteando serios problemas de solidaridad generacional e intergeneracional.

No es de extrañar que la Comisión del Pacto de Toledo termine por proponer dos tipos de medidas frente a esta realidad: una, eminentemente de carácter laboral, invocando la necesidad de realizar intervenciones normativas que enfatizen la centralidad del trabajo, garantizando condiciones “laborales o de actividad, dignas y suficientes, que eviten la precariedad”; otra, estrictamente de protección social, mediante el refuerzo de mecanismos no contributivos, de solidaridad, dentro del sistema para “compensar el riesgo de inestabilidad de las carreras profesionales mediante mecanismos que preserven la adecuación de las prestaciones”, advirtiendo que esta es “una necesidad acuciante” ante la tendencia al reforzamiento de la contributividad.

Dos. Ya la Recomendación séptima del Pacto de Toledo (Informe, 2020) indica que “la Administración de la Seguridad Social ha potenciado el uso de las nuevas tecnologías para la difusión de su información y ha posibilitado que las relaciones con los trabajadores, pensionistas y demás usuarios también se lleven a cabo a través de Internet”. Igualmente, da cuenta de cómo las nuevas tecnologías han favorecido el cumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad Social a las empresas y los trabajadores autónomos. Como es sabido, la creación de servicios electrónicos de consulta de la información y de gestión de trámites para la inscripción de empresas, afiliación y actos de encuadramiento de las personas trabajadoras es ya una realidad de funcionamiento estructural del sistema.

Por otra parte, en materia de cotización el art. 22 LGSS, entre otros, ha establecido el sistema de *liquidación directa*, esto es, mediante la facturación de las cuotas a las empresas por parte de la Administración de la Seguridad Social por medios electrónicos. Una actividad que realizará en función de los datos que obren en su poder sobre los sujetos obligados al pago y los responsables del pago; estos solicitarán a la TGSS el cálculo de la pertinente liquidación de cada trabajador después de haber transmitido los datos necesarios por medios electrónicos. Gran relevancia ha tenido el proceso de

digitalización de servicios por parte de la Seguridad Social iniciado mediante la creación en el año 1995 del Sistema RED cuyo marco normativo se encuentra en la vigente Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo (BOE de 28 de marzo), por la que se regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social. Un sistema que ha permitido la realización por medio de conexión telemática y a través de la sede electrónica de los actos de encuadramiento: altas, bajas, modificación de datos de usuarios, así como comunicación de los Códigos de Cuenta de Cotización.

Los procesos de digitalización en el ámbito de la Seguridad Social deben contribuir, sin duda, al fortalecimiento de los servicios de información a la ciudadanía acerca de sus períodos cotizados, del importe de las cotizaciones efectivamente realizadas (mediante un rápido y transparente acceso a la “vida laboral activa” de cada individuo). En este punto, la Recomendación siete del Pacto de Toledo va más allá y advierte al Gobierno de “la necesidad de concienciar a los ciudadanos de la importancia de sus carreras de cotización para sus futuras pensiones de jubilación”, en lo que sería una especie de función de información y de pedagogía ciudadana acerca de la relevancia de encontrarse dentro del sistema y con aportaciones económicas a fin de poder contribuir a sufragarlo en el presente y en el futuro. De manera particular, dicha Recomendación hace una encomienda específica: dar cumplimiento a las obligaciones de información contenidas en el artículo 17 LGSS, “de modo que cada ciudadano pueda disponer de información periódica individualizada sobre sus futuros derechos de pensión”.

Más problemático puede resultar dar el gran salto digital al tratamiento de las solicitudes y actos de reconocimiento de las prestaciones por parte del sistema, un aspecto del que ya ha comenzado a hablarse y del que cabe esperar nuevas operaciones normativas en el futuro inmediato.



PROTECCIÓN SOCIAL DE NUEVOS COLECTIVOS VULNERABLES

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Extremadura

## **SUMARIO**

I. LA TRANSFORMACIÓN DEL ENTORNO PRODUCTIVO Y SU ONDA EXPANSIVA EN EL MODELO DE PROTECCIÓN SOCIAL. II. SU OBSERVACIÓN PARCIAL. 1. Desde el plano internacional. 2. Y en el orden interno. III. LAS PERSONAS OLVIDADAS. IV. DESAFÍOS ANTE LA PROLIFERACIÓN DE FORMAS 'ATÍPICAS' DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 1. La cobertura por la materialización de riesgos clásicos (potenciados) y emergentes. 1.1. Introducción. 1.2. Teletrabajo y accidente (laboral o doméstico). 1.3. Radiaciones electromagnéticas, nanomateriales y riesgos psicosociales. 2. Trabajo a tiempo parcial. 3. Prestación de actividad por cuenta propia. 4. Un apunte sobre la imputación de responsabilidades en situaciones de pluriempleo y pluriactividad. V. DIFICULTADES DE ACCESO Y PERMANENCIA EN EL MERCADO LABORAL: BRECHA DIGITAL Y DESEMPLEO ESTRUCTURAL. VI. UN BREVE EPÍLOGO.

## I. LA TRANSFORMACIÓN DEL ENTORNO PRODUCTIVO Y SU ONDA EXPANSIVA EN EL MODELO DE PROTECCIÓN SOCIAL

Robotización, digitalización, automatización, inteligencia artificial, industria conectada, economía de plataformas... son términos y mecánicas que se suceden por doquier. Cuestionadas<sup>1</sup>, a la par que alentadas.

La transformación de las relaciones laborales como consecuencia de la implementación de estas herramientas en los procesos productivos<sup>2</sup> y en la gestión de los recursos humanos es un hecho incuestionable<sup>3</sup>. Quizá no siempre bien calibrada cuantitativa o cualitativamente, en positivo –crecimiento, mejoras...– o en negativo –destrucción de empleos<sup>4</sup>, incremento del trabajo atípico y polarización de las ocupaciones<sup>5</sup>. Muchas son sus ventajas, también ciertos sus inconvenientes<sup>6</sup>.

La doctrina científica se ha aproximado a estas materias y al análisis de la incidencia que las mismas despliegan sobre el mercado de trabajo, alterando el asentado marco de las condiciones laborales.

---

<sup>1</sup> Cfr. GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M.: “Cuarta revolución industrial, empleo y Estado de bienestar”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 95 (2018), p. 89, indicando que los avances son siempre vistos con recelos.

<sup>2</sup> Cfr. MERCADER UGUINA, J. R.: “La robotización y el futuro del trabajo”, *TyD*, núm. 27 (2017), pp. 13 y ss., sobre la virulencia de esos cambios y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de Seguridad Social”, *TL*, núm. 138 (2017), p. 127, aludiendo a “efectos verdaderamente disruptivos”.

<sup>3</sup> Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *TL*, núm. 138 (2017), p. 15.

<sup>4</sup> Cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: “¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro?: Los “mitos finalistas” en la era digital del “neo-mercado””, *RTSS (CEF)*, núm. 408 (2017), pp. 6-7 y SELMA PENALVA, A.: “Inteligencia Artificial y Derecho del Trabajo”, *Ius et Scientia*, vol. 7, núm. 2 (2021), pp. 32.

<sup>5</sup> Cfr. CES: *Informe 3|2018. El futuro del trabajo*, Madrid, CES, 2018, pp. 51 y ss., y 82 y ss., y GALLEGO-LOSADA, R.: *Las pensiones en la economía digital. Retos y Reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 36-37.

<sup>6</sup> Insistiendo en la misma idea, cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “Transformación digital y relaciones laborales”, en Vv. Aa.: *Digitalización y protección social. 30 desafíos para 2030*, Madrid, Gerencia Informática de la Seguridad Social, 2021, p. 105.

Son de enorme calidad los estudios doctrinales publicados, con carácter transversal<sup>7</sup> y de modo singularizado<sup>8</sup>, en los que se cuestiona el encaje de esas prácticas en la relación binaria o colectiva en el entorno laboral.

Cual onda expansiva, los efectos que de estos instrumentos se asientan en el mundo de las relaciones laborales irradian con posterioridad al modelo de protección social<sup>9</sup>. Se suma un nuevo desafío a los ya existentes<sup>10</sup>.

Así, no es extraño preguntarse, en lo micro:

- a. cuál será el nivel de protección de quienes, en primer término, queden desplazadas del mercado de trabajo;
- b. qué nuevos riesgos y qué mecanismos de cobertura, en segundo lugar, deben ajustarse para ofrecer una óptima protección;
- c. y, por último, qué lectura debe realizarse de instituciones clásicas (carreras de aseguramiento, bases...) y del sistema mismo (estructura) para dar una respuesta propicia a las situaciones derivadas de la tecnificación de los procesos de producción basadas en el autoempleo y en las formas atípicas de empleo<sup>11</sup>.

En definitiva, qué diseño de protección social ha de ser el idóneo a partir de esta diferente configuración de las relaciones laborales.

Y, en lo macro, si las perspectivas de ese previsible mundo del trabajo que se vislumbra, alejadas del clásico modelo de trabajo estable asalariado y a tiempo completo, con la preeminencia de la existencia de vidas laborales fragmentadas... garantizan la sostenibilidad misma del sistema de base fundamentalmente contributiva, de reparto y prestación definida<sup>12</sup>.

El sistema de Seguridad Social se asienta sobre un modelo de relaciones laborales, pese a sus adaptaciones, distinto del presente y del que se proyecta. No obstante, contempla fórmulas para colectivos que pueden ser reutilizadas para las situaciones emergentes.

<sup>7</sup> Cfr. como obra de referencia, MERCADER UGUINA, J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>8</sup> Cfr. entre otros muchos, ÁLVAREZ CUESTA, H.: *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Cizur Menor, Thomson Reuters&Aranzadi, 2020 y GINÉS I FABRELLAS, A.: *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, Cizur Menor, Thomson Reuters&Aranzadi, 2021.

<sup>9</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.: "La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., p. 149.

<sup>10</sup> Cfr. GOERLICH PESET, J. M.ª: "Digitalización, robotización y protección social", *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 23 (2018), p. 110, sobre la conexión mercado de trabajo-sistema de protección social.

<sup>11</sup> Cfr. SUÁREZ CORUJO, B.: "La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social", *TL*, núm. 141 (2018), pp. 55-56, y VILLAR CAÑADA, I. M.ª: "La digitalización y los sistemas de protección social: oportunidades y desafíos", *RTSS (CEF)*, núm. 459 (2021), pp. 186-187.

<sup>12</sup> Cfr. CES: *Informe 3|2018. El futuro del trabajo*, cit., p. 129.

La relectura de estas figuras e instituciones, amoldadas a la realidad que concurre y que planea en el futuro con especial virulencia, constituye el objeto de esta colaboración<sup>13</sup>, sin olvidar que el objetivo último de los mecanismos de Seguridad Social es la de cubrir situaciones de necesidad mediante prestaciones suficientes. Lo que requiere de los consabidos ajustes y de la necesaria flexibilidad, sin prescindir de la regla maestra de solidaridad intergeneracional e intrageneracional propia del sistema de reparto<sup>14</sup>.

## II. SU OBSERVACIÓN PARCIAL

### 1. Desde el plano internacional

El impacto que el fenómeno de la digitalización y de la robotización de las relaciones laborales tiene sobre el sistema de protección social ha sido puesto de manifiesto por distintos organismos e instituciones internacionales y de la Unión Europea.

La Asociación Internacional de la Seguridad Social señala que para poder responder a las nuevas situaciones los programas de seguridad social han de adaptarse, extendiendo y garantizando una cobertura eficaz a “los más vulnerables del mercado de trabajo, en particular los trabajadores atípicos, los trabajadores de plataformas y los trabajadores del sector informal de la economía”<sup>15</sup>.

La Organización Internacional del Trabajo insiste en la idea, haciendo una referencia significativa a “los trabajadores de plataformas”. Reclama los correspondientes ajustes normativos<sup>16</sup>, no sin antes advertir en el plano colectivo de los riesgos aparejados de estos cambios para los sistemas de protección social<sup>17</sup>.

El Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre «Los efectos de la digitalización sobre el sector de los servicios y el empleo en el marco de las transformaciones industriales» (Dictamen exploratorio) (2016/C 013/24)<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> Sobre la necesidad de acometer reformas de concepto y estructurales, cfr. LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “¿Una nueva Seguridad Social para un nuevo siglo? Algunas reflexiones para un debate abierto”, *REDT*, núm. 213 (2018), BIB 2018\13401.

Ahondando en este planteamiento, GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup>: “Digitalización, robotización y protección social”, cit., pp. 115-121.

<sup>14</sup> Sobre la clara voluntad política de su permanencia, cfr. Recomendación 0 del Pacto de Toledo 2020. Cfr. BOCG –*Congreso de los Diputados*–, núm. 187, de 27 de noviembre de 2020, pp. 50-51.

<sup>15</sup> Cfr. AISS: *La seguridad social en la era digital. Nuevos desafíos y nuevas oportunidades para los sistemas de seguridad social*, Ginebra, AISS, 2019, p. 18.

<sup>16</sup> Cfr. OIT: *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, Ginebra, OIT, 2016, p. 5, recogiendo propuestas

<sup>17</sup> Cfr. OIT: *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Ginebra, OIT, 2021, pp. 221 y 256.

<sup>18</sup> DOUE C13, de 15.1.2016.

se postula a favor de que la Unión Europea, los gobiernos nacionales y los interlocutores sociales entablen debates con vistas a definir medidas políticas y leyes que garanticen un nivel adecuado de protección social obligatoria para todos los trabajadores, incluidos los autónomos, los trabajadores en «crowd-sourcing» y los empleados en la economía participativa. Tesis mantenida en el Dictamen sobre «Seguridad social sostenible y sistemas de protección social en la era digital» (Dictamen de iniciativa) (2018/C 129/02)<sup>19</sup>.

El Parlamento Europeo, en su Resolución, de 16 de septiembre de 2021, *sobre condiciones de trabajo justas, derechos y protección social para los trabajadores de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital (2019/2186(INI))*<sup>20</sup> pide a los Estados miembros que, en colaboración con los interlocutores sociales y otras partes interesadas, “evalúen de forma proactiva y con una lógica de anticipación la necesidad de modernizar la legislación en vigor, en particular los sistemas de seguridad social, con el fin de adaptarlos a los avances tecnológicos”, adoptando las medidas necesarias para “garantizar la protección social de los trabajadores de plataformas”<sup>21</sup>.

Es lugar común que la generalización de ciertas formas de empleo genera incertidumbre respecto de los derechos y la protección social aplicables de las personas afectadas y urgen actuar sobre el particular<sup>22</sup>.

## 2. Y en el orden interno

La *Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo* en el proceso de revisión de las recomendaciones que han de guiar las reformas del sistema de protección social no ha permanecido ajena a este fenómeno<sup>23</sup>. Ha incorporado, en el texto del *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo (2020)*<sup>24</sup>, una novedosa<sup>25</sup> recomendación rubricada «Seguridad Social y Economía Digitalizada».

<sup>19</sup> DOUE C129, de 11.4.2018.

<sup>20</sup> Recuperado de [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0385\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0385_ES.html).

<sup>21</sup> Preocupación recogida en la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE L186, de 11.7.2019).

<sup>22</sup> Cfr. AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Digitalización y robótica: cuestiones a debate en materia de Seguridad Social”, en Vv. Aa.: *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, (MONREAL BRINGSVAERD, E. J., THIBAUT ARANDA, J. Y JURADO SEGOVIA, A., Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 901-903.

<sup>23</sup> Cfr. BOCG –*Congreso de los Diputados*–, núm. 134, de 12 de abril de 1995, p. 3.

<sup>24</sup> Cfr. DS –*Congreso de los Diputados*–, núm. 188, de 27 de octubre de 2020, pp. 2 y ss., en especial p. 30, efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos a favor, 30; en contra, 5; abstenciones, 2.

<sup>25</sup> Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)”, *RDSS. Laborum*, núm. 25 (2020), p. 29.

La Comisión pone el foco de atención sobre tres elementos nucleares cuando se observa este fenómeno desde el plano individual<sup>26</sup>:

- a. Encuadramiento
- b. Carreras de aseguramiento
- c. Acción protectora

Señala sobre el particular que los fenómenos apuntados *supra* (economía de plataformas...) tienen una incidencia directa sobre el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social. Y lo hace de manera destacada por cuanto las prestaciones de servicios se caracterizan por ser esporádicas o marginales en función del tiempo de trabajo. Elementos que favorecen la economía informal y, por ende, la desprotección.

Sus propuestas se encaminan hacia:

1. La inclusión dentro del sistema de la Seguridad Social de los distintos colectivos.
2. La lucha contra el falso autónomo.
3. Una reflexión acerca del trabajo autónomo económicamente dependiente.
4. Y el análisis y, en su caso, revisión del tratamiento de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad.

Esa marginalidad de la prestación de servicios desarrollada en el entorno digital desemboca, en segundo lugar, de manera irrefutable en limitados períodos de cotización y bajas cotizaciones. Lo que presenta un difícil acomodo sobre el tradicional esquema de protección del sistema.

Se plantea, en términos de la Comisión, “un problema serio de ‘infra cotización’ y, como consecuencia de ello, de insuficiencia protectora”. Elementos que se distancian del mandato constitucional de prestaciones suficientes y adecuadas.

En tercer término, la Comisión se postula a favor de reforzar los mecanismos no contributivos del sistema. Lo que, en cierto modo y en un tono que

---

<sup>26</sup> No olvida la Comisión la panorámica de lo colectivo o de la solidaridad intergeneracional.

Sobre la cotización de los robots, cfr. GALA DURÁN, C.: “El impacto de la robotización y de las plataformas virtuales en los sistemas de seguridad social europeos, en particular el caso de España”, en Vv. Aa.: *Digital Work and Personal Data Protection: Key Issues for the labour of the 21st Century*, (CEREJEIRA NAMORA, N., MELLA MÉNDEZ, L., ABRUNHOSA E SOUSA, D., CEREJEIRA NAMORA, G., y CASTRO MARQUES, E., Edits.), Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing, 2018, pp. 47-51 y GÓMEZ SALADO, M. A.: “Robótica, empleo y seguridad social: la cotización de los robots para salvar el actual estado del bienestar”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3 (2018), pp. 157-166.

Acerca de la vía del incremento de la transferencia pública, cfr. ISPIZUA DORNA, E.: “Industria 4.0: ¿cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?”, *Lan Harremanak*, núm. 40 (2018), pp. 7-11.

bien puede adjetivarse de “brazos caídos”, viene a reconocer que la acción en exclusiva desde el plano de la contributividad no es posible ante las fórmulas de empleo que han de ser predominantes<sup>27</sup>.

Concluye que será necesario “llevar a cabo las adaptaciones normativas que permitan la identificación y atención de nuevas necesidades sociales y colectivos vulnerables, al tiempo que se preservan las señas de identidad de nuestro modelo de protección social”.

Ha de reconocerse lo acertado de su concepción<sup>28</sup>, a la par que su tardía incorporación en las líneas maestras que han de trazar las reformas del sistema. Quizá consecuencia del ciclo político en el que han tendido que desarrollarse los trabajos de la Comisión. Además, de su carácter limitado o incompleto<sup>29</sup>, por lo que se anuncia *infra*.

### III. LAS PERSONAS OLVIDADAS

La recomendación 20 del *Informe de evaluación... (2020)* permite identificar, en parte, cuáles son esos nuevos colectivos vulnerables por la irrupción de la tecnología en el marco de las relaciones laborales: nuevas formas de trabajo atípico, intensificación del autoempleo.... Quizá nada nuevo sobre lo ya conocido más que su eclosión cuantitativa<sup>30</sup>.

Pero, esos colectivos han de verse acompañados, de manera sobresaliente, por todo ese otro conjunto de personas que encuentran dificultades para incorporarse al mercado de trabajo o que son expulsados del mismo con carácter permanente<sup>31</sup>.

Se afirma que el alcance de estos cambios actuará de manera incisiva en la sustitución definitiva de la mano de obra por máquinas, haciendo innecesario el factor humano<sup>32</sup>. “El grueso de la actual actividad de las personas podría

<sup>27</sup> Sin dejar de subrayar la importancia de impulsar actuaciones normativas que garanticen “unas condiciones, laborales o de actividad, dignas y suficientes, que eviten la precariedad”.

<sup>28</sup> Cfr. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., y GRAU RUIZ, M.<sup>a</sup> A.: “Seguridad Social y economía digitalizada”, en Vv. Aa.: *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020)*, (HIERRO HIERRO, F. J., Dir. y Coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters&Aranzadi, 2021, p. 906.

<sup>29</sup> La Comisión alude en su recomendación a que la llamada de atención sobre los aspectos señalados los realiza a modo de “aproximación inicial” a este nuevo reto para la Seguridad Social.

<sup>30</sup> Cfr. GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup>: “Digitalización, robotización y protección social”, cit., p. 115, aportando que de estos se viene “hablando [...] desde finales de la década de los 70”, y continúa presente.

<sup>31</sup> Reafirmando esta idea, cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> L.: “Clásicos y nuevos desafíos del trabajo en la economía 4.0”, en Vv. Aa.: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita*, Madrid, MEySS, 2017, p. 286 y OLARTE ENCABO, S.: “Brecha digital, pobreza y exclusión social”, *TL*, núm. 138 (2017), pp. 286 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. sobre la variabilidad en las cifras, cfr. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “«La revolución de los robots» y sus efectos sobre el empleo: algunas claves para un debate abierto”, en Vv. Aa.: *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León: varias perspectivas*, (QUINTANA

ser desarrollada por ordenadores y robots<sup>33</sup>, siendo el vector más amenazado el “del trabajo medianamente cualificado”<sup>34</sup>, sujeto a tareas repetitivas, con escaso o ningún grado de valor añadido o interacción social.

De ahí que importantes cohortes de personas trabajadoras se vean desplazadas del mercado de trabajo, requiriendo un mecanismo de cobertura social ante las situaciones de desempleo más prolongadas y elevados índices de desempleo estructural<sup>35</sup>.

A este bloque ha de unirse el de quienes por falta de cualificación o simplemente de acceso no tendrá la oportunidad de incorporarse a un puesto de trabajo salvo en aquellas actividades de bajo valor añadido, propiciando la polarización extrema del mercado laboral y sus derivadas en el marco de la protección social<sup>36</sup>.

Colectivos no considerados hasta la fecha con la exigencia requerida<sup>37</sup>.

Ambos grupos han sido dejados atrás, de manera inconsciente quiere pensarse, por la Comisión de Seguimiento.

Nada se menciona tampoco, salvo tangencialmente, acerca de estos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España<sup>38</sup>. Ni el Componente 15, *Conectividad digital, impulso a la ciberseguridad y despliegue del 5G*; ni en el 16, *Estrategia nacional de Inteligencia Artificial*; ni en el 19, *Plan Nacional de Capacidades Digitales (digital skills)*; ni en el 22, *Plan de choque para el Economía de los Cuidados y Refuerzo de las políticas de igualdad e inclusión*; ni en el 23, *Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*; ni en el 30, *Sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo*; con referencias globales a las figuras clásicas de vulnerabilidad (fa-

---

LÓPEZ, T., DIR., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y CASARES MARCOS, A. B., Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 209-216 y Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España: *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021, p. 301.

<sup>33</sup> Cfr. GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup>: “Digitalización, robotización y protección social”, cit., p. 109.

<sup>34</sup> Cfr. CABEZA PEREIRO, J.: “La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo”, *TL*, núm. 155 (2020), p. 38 y MERCADER UGUINA, J. R.: “El impacto de la robótica y el futuro del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. LXVII, núm. 269 (2017), pp. 157-158.

<sup>35</sup> Cfr. CES: *Informe 1|2021. La digitalización de la economía. Actualización del Informe 3|2017*, Madrid, CES, 2021, pp. 79 y 149, señalando la necesidad de que la digitalización sea inclusiva.

<sup>36</sup> Cfr. CABEZA PEREIRO, J.: “La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo”, cit., p. 16, quien señala que “de la desconexión digital a la exclusión social puede haber un muy escaso trecho”.

<sup>37</sup> Cfr. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El impacto de la era digital en los sistemas de protección social: apunte de nuevas necesidades”, en Vv. Aa.: *De la economía digital a la sociedad e-work decente: condiciones socio laborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, (MOLINA NAVARRETE, C., y VALLECILLO GÁMEZ, M<sup>a</sup> R., Dir., y GONZÁLEZ COBALEDA, E., Coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters&Aranzadi, 2022, original, señalando que el cambio tecnológico repercute sobre el conjunto de la población ocupada.

<sup>38</sup> Recuperado de <https://planderecuperacion.gob.es/documentos-y-enlaces>.

milias monoparentales...) sin enlazarlas con los fenómenos propiciados por la robotización y digitalización.

Hay que poner el énfasis en que sobre estos grupos también se proyectan las sombras que la digitalización de la economía despliega<sup>39</sup>.

#### IV. DESAFÍOS ANTE LA PROLIFERACIÓN DE FORMAS ‘ATÍPICAS’ DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

##### 1. La cobertura por la materialización de riesgos clásicos (potenciados) y emergentes

###### 1.1. Introducción

La generalización creciente de la robótica y de la digitalización en el marco de las relaciones laborales afecta a la seguridad y salud laborales<sup>40</sup>. De una parte, en la medida que su frente de acción se centra en la eliminación de tareas repetitivas, así como en la privación del desempeño de labores tóxicas o insalubres. En sentido opuesto, se intensifican y aparecen nuevos riesgos (físicos – electrohipersensibilidad...–, psicosociales<sup>41</sup> –tecnoestrés...–)<sup>42</sup> que requieren de una respuesta adecuada y que no se amoldan con facilidad a las costuras del cuadro normativo existente<sup>43</sup>.

Desde el plano reparador se presta atención, en primer lugar, a la posible calificación como contingencia profesional de aquellos sucesos ocurridos en el desempeño del teletrabajo a través de una relectura de los pronunciamientos jurisprudenciales y judiciales ante la ausencia de la actualización de la normativa de Seguridad Social<sup>44</sup>. Y, en segundo lugar, al tratamiento que ha de darse a los efectos derivados del empleo de esas herramientas desde el plano de la cobertura de las situaciones de necesidad generadas.

<sup>39</sup> Reafirmando esta postura, cfr. CORREA CARRASCO, M.: *El Derecho del Trabajo y los retos planteados por la globalización y digitalización de la economía*, Albacete, Bomarzo, 2019, p. 82.

<sup>40</sup> Cfr. advertido por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 52-53. Recientemente, cfr. MELLA MÉNDEZ, L.: “Los retos de la prevención de riesgos laborales ante la digitalización de la empresa y las nuevas formas de trabajo: puntos críticos”, *REDT*, núm. 229 (2020), BIB 2020\10658.

<sup>41</sup> Cfr. CORREA CARRASCO, M.: *El Derecho del Trabajo y los retos planteados por la globalización y digitalización de la economía*, cit., pp. 75-81 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El impacto de la era digital en los sistemas de protección social: apunte de nuevas necesidades”, en Vv. Aa.: *De la economía digital a la sociedad e-work decente: condiciones socio laborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, cit., original.

<sup>42</sup> Cfr. *Guía R-Evolución Industrial: más segura, más productiva, más humana. Prevención y retos 4.0* (recuperado de <https://www.prlcuatropuntocero.es/Materiales/Guias.html>).

<sup>43</sup> Cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: “La “gran transformación” digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, *RTSS (CEF)*, Extra núm. 1 (2019), pp. 5-26.

<sup>44</sup> Cfr. insistiendo en esta idea, GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo. La compleja relación entre teletrabajo y accidente de trabajo”, *La Administración Pública*, núm. 7 (2021), BIB 2021\4134.

## 1.2. Teletrabajo y accidente (laboral o doméstico)

Si la determinación de qué haya de entenderse por accidente de trabajo viene caracterizada por el casuismo, se eleva exponencialmente la dificultad de su concreción cuando en su configuración entra en juego el trabajo a distancia mediante el empleo de medios tecnológicos. Y ello en la medida en la que, de modo mayoritario (aunque no en exclusiva), este tipo de prestación de servicios es desarrollado en el domicilio de la persona trabajadora. Esto es, donde se comparten elementos temporales y espaciales de los ámbitos personal y laboral.

Circunstancia acentuada por el hecho de que las herramientas tecnológicas ocupen nuestro quehacer diario, bien en las relaciones interpersonales (mensajería instantánea), bien en actividades personales (compras, diversión)..., lo que contribuye a desmoronar los tradicionales límites fijados, añadiendo un plus de complejidad a la hora de determinar el origen, común o profesional, del daño, por cuanto este no aparece vinculado exclusivamente a las horas y a la realización de trabajo<sup>45</sup>.

Así, se suceden los interrogantes sobre si se produce o no la ruptura del nexo causal entre la prestación de servicios y la lesión por la interrupción momentánea de la actividad productiva por el desempeño de una acción en el ámbito personal o privado (pausa para café); cómo participan en este diseño los conceptos asimilados al de accidente de trabajo, de manera significativa, el accidente in itinere, ya se produzcan los desplazamientos en el interior de la vivienda o fuera de ella; qué haya de entenderse como lugar y tiempo de trabajo en la aplicación de la presunción de laboralidad del accidente...<sup>46</sup>.

Mientras las cuestiones sobre el particular se agolpan en los planteamientos hipotéticos que realiza el comentarista, los mimbres normativos e interpretativos permanecen inalterados (artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de marzo, y exégesis realizada hasta el momento por los tribunales).

Sin agotar los resortes imaginativos, se quiere realizar una aproximación a esta materia conforme a los pronunciamientos realizados en aquellos aspectos que puedan entenderse como más frecuentes.

En primer término, y sobre la presunción normativa, lugar de trabajo, ¿se compone del espacio físico fijado en el acuerdo de teletrabajo o se extiende a otras zonas comunes de la vivienda (cocina, patios, habitaciones...)? Se entiende, en sentido amplio, que este se integra de la unidad del domicilio siempre y cuando su utilización tenga una conexión con el trabajo<sup>47</sup>. En tér-

---

<sup>45</sup> Cfr. calificando como accidente de trabajo el desprendimiento de retina aunque estadísticamente existan otras causas más frecuentes para su desencadenamiento que el uso de pantallas de ordenador, STS 21 junio 2018 (RJ 2018, 2931).

<sup>46</sup> Cfr. SELMA PENALVA, A.: "El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas", *TL*, núm. 134 (2016), pp. 142-161.

<sup>47</sup> Cfr. GALA DURÁN, C.: "Teletrabajo. La compleja relación entre teletrabajo y accidente de trabajo", cit., quien alude al puesto de trabajo o a la oficina a distancia identificada en el concreto acuerdo de teletrabajo.

minos del artículo 156 del texto refundido, siempre que el hecho acontecido presente su origen con ocasión o por consecuencia del trabajo, con independencia de que no haya sido identificado como tal en el acuerdo individual de trabajo a distancia.

En este sentido es oportuno recordar que tiene la consideración de accidente de trabajo el ocurrido en el vestuario (vestidor o habitación)<sup>48</sup>, en el comedor (cocina)<sup>49</sup> o en otras zonas comunes de la empresa (garajes, aparcamientos...) <sup>50</sup>.

Sobre el tiempo de trabajo, de otra parte, ¿debe considerarse el que figure como tal en el acuerdo y así quede registrado o también debe ser interpretado de forma generosa? Se desiste de esta última idea. Los criterios jurisprudenciales ahondan en esta tesis. Dentro de la consideración de tiempo de trabajo se ha incluido el período de descanso durante la jornada o pausa por bocadillo<sup>51</sup> y el tiempo previo al inicio de la actividad laboral sujeto a ciertas restricciones<sup>52</sup>. El término legal «tiempo de trabajo», concreta el Alto Tribunal, “contiene una significación más concreta, equivalente a la que se contiene en el artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores y referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que se ha estado realizando algún tipo de actividad o esfuerzo –físico o intelectual– que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo y por ello opera la presunción analizada”<sup>53</sup>. Adquiere especial

<sup>48</sup> Cfr. SSTS 4 octubre 2012 (RJ 2012, 10305) y 22 diciembre 2010 (RJ 2011, 60), en la que sintetiza reiterada jurisprudencia [SSTS 20 diciembre 2005 (RJ 2006, 534); 20 y 22 noviembre 2006 (RJ 2006, 8367 y 9215) y 14 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3843)] en las que se admite que los vestuarios pueden incluirse en el concepto de lugar de trabajo.

En la doctrina judicial, recientemente, SSTSJ Islas Baleares 21 julio 2021 (JUR 2021, 353224) sobre el infarto acontecido en el vestuario de la empresa antes del inicio de su jornada laboral y País Vasco 8 enero 2019 (JUR 2019, 97325) acerca de un tirón lumbar poniéndose la uniformidad laboral en virtud del artículo 156.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

<sup>49</sup> Cfr. SSTS 16 julio 2020 (RJ 2020, 3118) y 27 enero 2014 (RJ 2014, 935).

Por los tribunales menores, cfr. SSTSJ Cantabria 18 octubre 1996 (AS 1996, 3025), en la que se afirma que los vestuarios o barracones, con independencia del fin a que sean destinados, forman parte integrante del centro de trabajo, sin que haya razón alguna para circunscribir el concepto «lugar» a la dependencia concreta donde se realiza el servicio y Andalucía (Málaga) 18 septiembre 1998 (AS 1998, 3987).

<sup>50</sup> Cfr. STS 13 octubre 2020 (RJ 2020, 4560), al caerse cuando se dirigía a un vehículo estacionado en el aparcamiento de la empresa.

En la doctrina judicial, SSTSJ Cataluña 9 enero 1998 (AS 1998, 158) y Castilla y León (Valladolid) 24 febrero 2003 (AS 2003, 1317).

<sup>51</sup> Cfr. SSTS 13 octubre y 20 abril 2021 (RJ 2021, 4672 y 2049), con relación a un atropello mientras cambiada de ubicación el coche y caída en una cafetería, respectivamente.

<sup>52</sup> Cfr. STS 4 octubre 2012 (RJ 2012, 10305).

Sin embargo, ni mucho menos se trata de una cuestión pacífica. Son numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales que descartan la calificación como accidente de trabajo del ocurrido con carácter previo al comienzo de la jornada, pese a encontrarse en dependencias de la empresa, cfr. SSTS 20 diciembre 2005 (RJ 2006, 534) y 14 julio 2006 (RJ 2006, 7275); o finalizada esta, STS 20 noviembre 2006 (RJ 2006, 8367).

<sup>53</sup> Cfr. STS 20 noviembre 2006 (RJ 2006, 8367).

Cfr. SIERRA BENÍTEZ, E. M.: “La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y la robótica”, *RDSS. Laborum*, núm. 11 (2017), p. 139.

importancia la herramienta o el aplicativo informático que se emplee como sistema de control horario<sup>54</sup>.

Desde la implantación masiva del teletrabajo a causa de la pandemia, se localiza algún pronunciamiento aislado sobre el particular, calificando como accidente de trabajo la oclusión de la arteria cerebral inespecificada, con infarto cerebral, producida en lugar y tiempo de trabajo, por cuanto la prueba practicada no resulta de entidad suficiente para destruir la presunción legal<sup>55</sup>.

No obstante, tal y como reseña la jurisprudencia, no es esta la única vía para que la denominada enfermedad de trabajo tenga la consideración legal de accidente de trabajo. Así, cuando aquella se manifieste fuera del puesto o del tiempo de trabajo (inhabilitando la presunción), es preciso acreditar por quien la padeció que esa dolencia tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo<sup>56</sup>.

De este modo, el casuismo que acompaña a esta materia se ve acrecentado ante las numerosas dudas sobre la concurrencia de los elementos integradores del accidente de trabajo ante la enorme complejidad probatoria<sup>57</sup>.

En otro orden de cosas, y sobre la posibilidad de la existencia de accidentes in itinere por la realización del trabajo a distancia con medios tecnológicos, la misma no es descartable<sup>58</sup>. Ya porque su realización puede ser híbrida, con trabajo presencial en la sede la empresa y en remoto según la proporcionalidad que se fije en el acuerdo o se requiera de manera puntual la presencialidad (asistencia a reuniones, atención de clientes); ya porque cabe la opción de designar un puesto de trabajo distinto al domicilio (en régimen compartido o segunda residencia); también por cuanto se realicen gestiones personales que requieren salir del puesto asignado<sup>59</sup>.... El teletrabajo, en fin, no implica *per se* la eliminación de la contingencia del accidente in itinere<sup>60</sup>.

---

<sup>54</sup> Advirtiendo sobre las dificultades en los supuestos de teletrabajo móvil o fuera de línea, CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> J., y JOVER RAMÍREZ, C.: “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 4 (2015), p. 18.

<sup>55</sup> Cfr. SJS núm. 3 Girona 12 noviembre 2021 (AS 2021, 691).

<sup>56</sup> Cfr. STS 20 noviembre 2006 (RJ 2006, 8367).

Cfr. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El impacto de la era digital en los sistemas de protección social: apunte de nuevas necesidades”, en Vv. Aa.: *De la economía digital a la sociedad e-work decente: condiciones socio laborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, cit., original.

<sup>57</sup> Ha de tenerse presente además la doctrina de la ocasionalidad “relevante”, cfr. SSTS 20 abril y 13 octubre 2021 (RJ 2021 2049 y 4672).

<sup>58</sup> Cfr. CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> J., y JOVER RAMÍREZ, C.: “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, cit., pp. 20-21.

<sup>59</sup> Cfr. SSTS 29 marzo 2007 (RJ 2007, 3530), 10 diciembre 2009 (RJ 2010, 2108) y 15 abril 2013 (RJ 2013, 3839), excluyendo el origen laboral.

<sup>60</sup> Y añade conflictividad. Recuérdense los precedentes flexibilizadores de la doctrina jurisprudencial sobre el accidente in itinere sintetizados en la STS 7 abril 2018 (RJ 2018, 1675), afirmado que la causalidad no se rompe con el recurso a concepto jurídicos indeterminados como “patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes”.

Cfr. SIERRA BENÍTEZ, E. M.: “La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y la robótica”, cit., pp. 141-142, en especial nota núm. 49.

### 1.3. Radiaciones electromagnéticas, nanomateriales y riesgos psicosociales

La implantación de máximos de la digitalización ha supuesto la aparición o la intensificación de ciertos riesgos en la prestación de servicios. La doctrina científica identifica de manera sobresaliente los psicosociales<sup>61</sup>, a los que suman otros físicos, químicos o biológicos, relacionados con la presencia de radiaciones en los lugares de trabajo y los vinculados a la incorporación de nanomateriales a la cadena de producción<sup>62</sup>.

Sobre la percepción de radiaciones electromagnéticas absorbidas en el cuerpo humano, en su distinta terminología (hipersensibilidad electromagnética, electrohipersensibilidad...), esta se caracteriza por una diversidad de síntomas no específicos, siendo los más comunes los dermatológicos (enrojecimiento, hormigueo y sensaciones de quemadura), además de los neurasténicos y vegetativos (fatiga, cansancio, dificultades de concentración, vértigo, náuseas, trastornos digestivos...)<sup>63</sup>.

Los tribunales no han tardado en incorporar estas patologías en el acervo prestacional. Así, se reconoce la incapacidad permanente total para la profesión habitual de Ingeniero de Telecomunicaciones a causa del síndrome de sensibilidad que padece<sup>64</sup>, al técnico de radiología<sup>65</sup>, a la administrativa contable<sup>66</sup>; en su grado de absoluta al técnico superior de administración pública<sup>67</sup>, al conductor de vehículos terrestres en aeropuerto<sup>68</sup>, a la administrativa<sup>69</sup>, a la operadora de equipos informáticos<sup>70</sup>; o la gran invalidez al analista de sistemas<sup>71</sup>; si bien en todos los supuestos derivada de enfermedad común al aparecer acompañadas de diversas patologías<sup>72</sup>.

No obstante, también se encuentran pronunciamientos que califican las patologías resultantes de la exposición a campos electromagnéticos de origen laboral. Es reconocida la incapacidad permanente total derivada de accidente

<sup>61</sup> Cfr. FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “Riesgos psicosociales del trabajo a través de plataformas digitales”, *TL*, núm. 156 (2021), pp. 171-174.

<sup>62</sup> Cfr. GOERLICH PESET, J. M.ª: “La prevención de riesgos laborales ante la digitalización y la robotización”, en Vv. Aa.: *Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como Catedrático del Derecho del Trabajo)*, cit., pp. 653-658.

<sup>63</sup> Hoja descriptiva núm. 296 (2005). *Campos electromagnéticos y salud pública. Hipersensibilidad electromagnética*.

<sup>64</sup> Cfr. STSJ Madrid 6 julio 2016 (AS 2016, 1386).

<sup>65</sup> Cfr. SJS Único Teruel 6 mayo 2021 (AS 2021, 1221) y STSJ Aragón 5 julio 2021 (JUR 2021, 320437).

<sup>66</sup> Cfr. STSJ Andalucía (Granada) 12 junio 2020 (JUR 2020, 296854).

<sup>67</sup> Cfr. STSJ Cataluña 2 diciembre 2021 (JUR 2022, 23326).

<sup>68</sup> Cfr. STSJ Madrid 22 julio 2020 (JUR 2020, 286503).

<sup>69</sup> Cfr. STSJ Madrid 8 junio 2020 (JUR 2020, 244195).

<sup>70</sup> Cfr. STSJ Madrid 22 junio 2018 (JUR 2018, 234646).

<sup>71</sup> Cfr. SJS núm. 16 Valencia 26 febrero 2018 (JUR 2018, 53765).

<sup>72</sup> Síndrome de sensibilización central: Síndrome de sensibilidad química múltiple, sensibilidad e intolerancia alimenticia múltiple....

Cfr. *in extenso*, GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “La hipersensibilidad electromagnética como causa de incapacidad permanente: algunas reflexiones críticas”, *REDT*, núm. 192 (2016) BIB 2016/85602.

de trabajo para la profesión habitual al técnico de telecomunicaciones que presenta una electrohipersensibilidad a campos magnéticos no ionizantes<sup>73</sup>, que arranca de la declaración del carácter profesional (accidente de trabajo) de los procesos de incapacidad temporal<sup>74</sup>. Entiende razonable la calificación de la contingencia atendiendo a la causa principal o más relevante de la enfermedad, acudiendo a un criterio de prevalencia. Al igual que a la técnico especialista en radiología en aplicación del artículo 156.2.f) de la norma sustantiva de la Seguridad Social<sup>75</sup>. Aun en el supuesto de que la enfermedad de base fuera estrictamente común, se desencadena y muestra su abanico de consecuencias en contacto con el medio laboral, que es en el que se produce la multiplicidad de estímulos electromagnéticos susceptibles de agravar o descompensar aquella<sup>76</sup>.

Se plantean sobre este particular dos cuestiones. La primera de ellas, con relación al reconocimiento de la incapacidad permanente en el grado de total. Se está en línea con la argumentación que preconiza que “la realización de un trabajo, por liviano que sea, sólo puede realizarse mediante la asistencia diaria al lugar de trabajo, permanencia en él durante la jornada, etc., es decir, se requiere siempre tener la capacidad de desarrollar una actividad con un mínimo de rendimiento y asiduidad”, por lo que cuesta imaginar un trabajo en el que se mantenga una falta de exposición a campos electromagnéticos provocados por redes wifi, pantallas de ordenador, redes LAN..., “de ahí que ha de reconocerse la incapacidad permanente absoluta no sólo a quien carezca de aptitud física para la realización de cualquier trabajo, sino también a quien, manteniendo posibilidades de ejecución de ciertas tareas, se encuentre sin facultades bastantes para su satisfacción con la eficacia normalmente exigible”<sup>77</sup>. La segunda, sobre el origen de la contingencia. De modo mayoritario, los tribunales han significado su etiología común, salvo contadas excepciones, lo que muestra la compleja aplicabilidad del apartado 2.e) y f) del artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> Cfr. STSJ Aragón 24 septiembre 2019 (JUR 2020, 12458).

Sin, pese a instarlo, imposición de recargo de prestaciones, cfr. STSJ Aragón 18 octubre 2021 (JUR 2022, 3565).

Con reconocimiento del recargo en un 30%, cfr. STSJ Cataluña 19 noviembre 2012 (JUR 2013, 20217), por la exposición a radiaciones eléctricas y a campos electromagnéticos sin ninguna medida de evaluación de riesgos.

<sup>74</sup> Cfr. STSJ Aragón 5 diciembre 2018 (JUR 2019, 13233).

También se reconoce incapacidad permanente en el grado de total derivada de accidente de trabajo a programadora informática, si bien por sensibilidad química, cfr. STSJ Extremadura 7 enero 2020 (JUR 2020, 52089) o de administrativa, STSJ Extremadura 15 octubre 2019 (JUR 2019, 316407).

<sup>75</sup> Con el recurso al apartado g) de la referenciada norma legal, cfr. STSJ Castilla-La Mancha 2 mayo 2016 (JUR 2016, 161186), en la que se reconoce el origen profesional de la patología de electrosensibilidad sufrida por fisioterapeuta por cuanto las causas que determinaron la situación de incapacidad temporal resultaron modificadas por complicaciones derivadas del proceso patológico iniciado por accidente laboral.

<sup>76</sup> Cfr. STSJ Castilla-La Mancha 20 noviembre 2021 (JUR 2021, 42274).

En sentido contrario, STSJ Cataluña (Cont.-Adm.) 12 marzo 2015 (JUR 2015, 110183) para el profesor técnico de formación profesional que presenta dolencias desde que cambió a un centro piloto dotado de todas las tecnologías modernas inalámbricas.

<sup>77</sup> Cfr. STSJ Madrid 8 junio 2020 (JUR 2020, 244195).

<sup>78</sup> Muestra de ello, cfr. STSJ Asturias 31 marzo 2016 (JUR 2016, 86141).

Con relación a los nanomateriales, se afirma por la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo que “existen datos que acreditan que ciertas nanopartículas son tóxicas, y que su toxicidad es inversamente proporcional a su diámetro”<sup>79</sup>, siendo sus vías de entrada en el cuerpo humano la inhalatoria, la dérmica y la ingestión. La presencia de la nanotecnología no se limita en exclusiva al ambiente laboral, sino que es empleada en diversos sectores como el de la información y las comunicaciones, en cosméticos, tecnologías alimentarias...<sup>80</sup>.

Las dudas interpretativas acerca de la aplicación de los artículos 156 y 157 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social residen en la desaparición de las barreras entre el entorno laboral y la vida ordinaria. Agravadas ahora por cuanto el conocimiento sobre sus efectos en la salud y la seguridad son todavía limitados.

Aseveración que se constata en la interesante sentencia en la que se desestima la pretensión indemnizatoria realizada por un trabajador frente al servicio de prevención ajeno cuyo informe de “apto con limitaciones laborales por trasplante renal” supuso su no contratación por la presencia de nanomateriales en el lugar de trabajo y los posibles efectos de estos sobre su estado de salud. “Es cierto [afirma el tribunal] que los informes médicos obrantes en autos coinciden en que en la actualidad no existen datos suficientes para establecer los efectos concretos que las “nanopartículas” provocan en la función renal al no poder medirse en la actualidad tal parámetro, sin embargo no es menos cierto que nadie discute su potencial toxicidad”<sup>81</sup>.

Se dificulta, por tanto, nuevamente la determinación del origen de la contingencia a efectos del reconocimiento de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, con el complejo recurso a que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo.

Por último, es lugar común la afirmación de que la digitalización supone un incremento de los riesgos psicosociales, en sus fórmulas clásicas (acoso, estrés...), pero renovadas por el empleo de herramientas tecnológicas (ciberacoso, tecnoestrés...) que extienden sus elementos espaciales y temporales<sup>82</sup>. A este acrecentamiento contribuyen las variadas fórmulas de organiza-

<sup>79</sup> Cfr. EU-OSHA: *Prioridades para la investigación sobre seguridad y salud en el trabajo en Europa en el período de 2013 a 2020*, Luxemburgo, EU-OSHA, 2014, p. 14.

<sup>80</sup> Afirmación sostenida hace más de una década, cfr. TANARRO GOZALO, C. y GÁLVEZ PÉREZ, V.: “Nanopartículas: ¿un riesgo pequeño?”, *Seguridad y Salud en el trabajo*, núm. 52 (2009), p. 34.

<sup>81</sup> Cfr. STSJ Navarra 8 febrero 2018 (AS 2018, 454).

<sup>82</sup> Cfr. ROJAS RIVERO, G. P.: “Los llamados riesgos emergentes de carácter psicosocial vinculados al trabajo”, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Los riesgos psicosociales en el teletrabajo a domicilio bajo las coordenadas de la nueva economía ‘low touch’” en Vv. Aa.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Murcia, Laborum, Tomo II, 2020, pp. 190 y 669, respectivamente, y DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: “Incidencia de las tecnologías digitales en la salud psicosocial de los trabajadores” en Vv. Aa.: *Riesgos psicosociales y organización de la empresa* (RAMOS QUINTANA, M. I. Dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters&Aranzadi, 2017, pp. 63 y ss.

ción empresarial que a aquella se aparejan (externalización, plataformas..., precarización)<sup>83</sup>.

Desde el plano de la protección social estas realidades aún tienen una escasa atención. Es difícil encontrar algún pronunciamiento de los tribunales en el que se aluda de manera expresa a estas cuestiones (más allá de su reconocimiento como riesgo)<sup>84</sup>, por lo que la construcción sobre el tratamiento que desde el campo de la atención a las necesidades surgidas debiera darse se cimenta sobre las disposiciones normativas y los criterios interpretativos tradicionales.

Así, con relación a la calificación de la etiología, profesional o común, de la contingencia ha de estarse, como acertadamente sostiene la doctrina jurisprudencial y judicial, a la concurrencia de escenarios objetivos que incline “a declarar la incidencia relevante de las circunstancias en que se viene prestando la prestación servicial en [el origen o en] la agravación de su patología psíquica”, ya por la insuficiencia de medios, ya por la gran carga de trabajo a lo largo del tiempo...<sup>85</sup>. Esta conexión con el trabajo deriva a su origen laboral<sup>86</sup>.

Elemento presente no solo ante una determinada y concreta actuación laboral, sino también en la lesión o la enfermedad que se produce por razón de su profesión<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr. GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “El deterioro de las condiciones de trabajo como factor de riesgo psicosocial emergente: un nuevo desafío para el sistema de prevención de riesgos laborales”, en Vv. Aa.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, cit., pp. 393 y ss.

<sup>84</sup> Cfr. SSTSJ Andalucía (Granada) 5 noviembre 2020 (JUR 2021, 54529) y 22 abril 2021 (JUR 2021, 243107).

<sup>85</sup> Cfr. STSJ Andalucía (Granada) 13 febrero 2020 (JUR 2020, 187961), en un supuesto de estrés laboral.

En el mismo sentido, cfr. STSJ Madrid 31 mayo 2019 (JUR 2019, 215499), señalando que “existe enfermedad del trabajo cuando las circunstancias laborales tienen un papel preferente, importante, prevalente o decisivo, aunque no exclusivo, en la generación de la enfermedad como lesión resultante. O que la enfermedad debe entenderse causada por el trabajo siempre que exista una relación de causalidad directa y rigurosa, aunque no exclusiva, con el trabajo, o que éste sea, al menos, una concausa relevante, junto a otras de carácter común, de la enfermedad”.

<sup>86</sup> Cfr. STSJ Castilla y León (Burgos) 26 mayo 2021 (AS 2021, 1557), en el que el único elemento determinante de la enfermedad se centra en la realización del trabajo, donde se creó una situación de tensión hábil para generar un episodio de crisis nerviosa. En igual sentido, entre otras muchas, SSTSJ Islas Canarias (Las Palmas) 27 febrero 2020 (JUR 2020, 277854), por conflicto laboral no resuelto; Cataluña 15 octubre 2019 (JUR 2019, 333411), reacción a un correo electrónico sobre modelo de trabajo; Madrid 12 abril 2019 (JUR 2019, 305984), en bajas médicas por estado de ansiedad ante los conflictos que se producen en el trabajo; Galicia 8 febrero y 29 marzo 2019 (JUR 2019, 94580 y 132399), dolencias psíquicas ante el aumento de la carga de trabajo y depresión reactiva ante situación de acoso, respectivamente; Castilla-La Mancha 28 febrero 2019 (AS 2019, 1362), incapacidad laboral por ansiedad ante el impago de salarios y conflictividad en la empresa y País Vasco 15 enero 2019 (JUR 2019, 97324), recopilando pronunciamientos de la Sala en esta línea [depresión producida por una modificación de condiciones de trabajo (9 mayo 2000, AS 2000, 3289), crisis nerviosa debida al stress profesional (7 octubre 1997, AS 1997, 3163), o síndrome de desgaste personal o de burn-out (2 noviembre 1999, AS 1999, 4212)].

Elementos extrapolables a la modalidad de teletrabajo *supra* apartado IV.1.2.

<sup>87</sup> Cfr. STS 18 enero 2005 (RJ 2005, 1157) que reconoce como contingencia profesional el acoso sufrido por un ertzaina aunque este se muestre alejado de una concreta conducta en el ejercicio de su profesión.

En sentido contrario, no se cumplen las previsiones del artículo 156.2.e) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, cuando la incapacidad para el trabajo viene motivada por una alteración anímica generada en una persona con una patología psíquica previa, en la que los problemas laborales actúan como mero elemento desencadenante de esos episodios; o, en los que sin concurrir aquella, el trastorno surge por la confluencia de múltiples avatares en su vida, parte de los cuales son ajenos al trabajo<sup>88</sup>.

Y al respecto cabe preguntarse si esos riesgos psicosociales anejos a los nuevos modelos productivos, de modo singular aquellos conexos a la organización empresarial, pueden dar lugar al origen profesional de la contingencia o no. Cuando se desarrollan trabajos en condiciones precarias (temporales, a tiempo parcial...) <sup>89</sup> la materialización del riesgo puede tener un apoyo relevante en las circunstancias en las que se desarrolla la vida laboral de la persona afectada y, por ende, tener etiología laboral o, por el contrario, surgir, en términos empleados por la doctrina judicial, por la confluencia de avatares diversos de la vida, con un origen común.

Las dificultades técnicas-jurídicas en la atención de las distintas contingencias se incrementan exponencialmente por cuanto el uso de las herramientas tecnológicas y los nuevos modelos organizacionales difuminan las fronteras entre el ámbito personal y profesional, bien en el origen, bien en el proceso de las patologías resultantes, sin respuestas contundentes<sup>90</sup>.

## 2. Trabajo a tiempo parcial

Las formas de organización y gestión empresarial derivadas de la digitalización apuestan de manera decidida por la flexibilización de las relaciones laborales. La encomienda de microtareas individualizadas realizadas *ad hoc* caracteriza las nuevas relaciones laborales. A título meramente introductorio, la tasa de personas ocupadas a tiempo parcial en el cuarto trimestre del año 2021 es de más de 13,5 puntos porcentuales, por el 8% de igual trimestre dos décadas antes, año 2002. En términos globales, se ha incrementado en casi un millón y medio el número de personas que desarrollan una prestación de servicios en un número de horas inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Cfr. STSJ Islas Canarias (Las Palmas) 17 abril 2015 (AS 2015, 1991).

Con el mismo parecer, señalando el origen común de la contingencia, cfr. SSTSJ Comunidad Valenciana 18 noviembre 2019 (JUR 2020, 201907) por situación conflictiva no de acoso; Cataluña 2 noviembre 2018 (AS 2019, 357) y País Vasco 9 octubre 2018 (AS 2019, 1151).

<sup>89</sup> Cfr. FERNÁNDEZ PRIETO, M.: "Riesgos psicosociales del trabajo a través de plataformas digitales", cit., pp. 177-180.

<sup>90</sup> Sobre la necesidad de actualizar el cuadro de enfermedades profesionales, cfr. IGARTUA MIRÓ, M.<sup>a</sup> T.: "La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales", *AL*, núm. 22 (2007), pp. 2697-2699.

<sup>91</sup> Cfr. INE: Ocupados por tipo de jornada, sexo y tipo de sector (público o privado). Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada tipo de sector, recuperado de <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4493&L=0>.

La naturaleza primaria de esta figura se ha visto relegada y se ha recubierto de un relevante hado en el campo del empleo por el favor derivado de las medidas de flexibilidad en la organización del trabajo que esta representa. Es esta versatilidad del trabajo a tiempo parcial la razón que explica su ascenso al “estrellato” laboral<sup>92</sup>.

Las consecuencias desde el plano de la protección social son inexorables: limitadas carreras de cotización y bases reducidas<sup>93</sup>. Lo que se traduce en dificultades en el acceso a las prestaciones, papel preponderante de los sistemas asistenciales, recurso continuado a mecanismos de protección....

De ahí que desde hace algún tiempo se haya venido actuando de manera intensa sobre este colectivo en los ámbitos de la cotización, de las exigencias para el lucro de ciertas prestaciones y de la determinación de la cuantía de las pensiones, generando controversias jurisprudenciales de entidad. Lo que a la postre manifiesta que no existe una plena adecuación en la regulación de la protección social para las personas que desarrollan una actividad bajo la modalidad del contrato de trabajo a tiempo parcial.

Sin ánimo de adentrarse con profundidad sobre el particular<sup>94</sup>, se entiende oportuno referenciar al menos aquellos elementos que en los últimos años han adquirido una especial relevancia.

Han sido los campos de la protección por desempleo<sup>95</sup>, de la prestación por jubilación<sup>96</sup> y de la incapacidad permanente<sup>97</sup> donde el sistema jurídico ha tensado sus costuras, declarándose por los Tribunales (nacionales y europeos) inapropiadas las regulaciones existentes.

---

<sup>92</sup> Cfr. VALDÉS DAL-RE, F.: “Contratación temporal y a tiempo parcial en España: La normalización jurídica de la precariedad laboral”, en Vv. Aa.: *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, Padua, CEDAM, 2005, p. 15.

<sup>93</sup> Cfr. LORENTE ALVAREZ, A.: “¿Una nueva Seguridad Social para un nuevo siglo? Algunas reflexiones para un debate abierto”, cit., y GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup>: “Digitalización, robotización y protección social”, cit., p. 115.

<sup>94</sup> Cfr. con especial detalle, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., y MORENO ROMERO, F.: “Trabajo a tiempo parcial y seguridad social: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio de 2019”, *RGDS*, núm. 10 (2020), pp. 19-52 y MUÑOZ MOLINA, J.: “El trabajo a tiempo parcial desde la perspectiva de la Seguridad Social”, en Vv. Aa.: *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Coord.), Sevilla, CARL, 2020, pp. 191-213.

<sup>95</sup> Cfr. SSTS 29 noviembre 1995 (RJ 1995, 8769) y 23 diciembre y 3 noviembre 1994 (RJ 1994, 10228 y 8589) sobre la situación de los trabajos parciales “horizontales” y con relación al trabajo a tiempo parcial con acumulación de actividad en periodos concretos, cfr. SSTS 13 febrero, 16 marzo y 17 abril 2007 (RJ 2007, 3244, 1777 y 5001).

En la doctrina comunitaria, STJUE de 9 de noviembre de 2017, Espadas Recio, Asunto C-98/15 (TJCE 2017, 196), desmontando el andamiaje precedente.

<sup>96</sup> Cfr. SSTJUE 22 noviembre 2012, Elbal Moreno, asunto C-385/11 (TJCE 2012, 357) y 8 mayo 2019, Villar Láiz, asunto C-161/18 (TJCE 2019, 83). En la doctrina constitucional SSTC 61/2013, de 14 de marzo (RTC 2013, 61); 71/2013 y 72/2013, de 8 de abril (RTC 2013, 71 y 72); 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo (RTC 2013, 116 y 116) y 91 y 92/2019, de 3 y 15 de julio (RTC 2019, 91 y 92).

<sup>97</sup> Cfr. SSTS 16 octubre 2007 (RJ 2007, 9397) 11 y 25 junio y 23 octubre 2008 (RJ 5155, 4556 y 7040) y STC 155/2021, de 13 de septiembre (RTC 2021, 155).

Puede concluirse, en definitiva, que la regulación hasta ahora promulgada se caracteriza por hacer de peor condición a las personas que desarrollan su actividad a tiempo parcial frente a las que la prestan a tiempo completo sin causa objetiva y razonable.

Circunstancias que con el proceso de digitalización de la economía se agravan por cuanto estas actividades vienen marcadas además por una mayor inestabilidad.

De ahí que sea necesario realizar algunas propuestas que contribuyan a la mejora de la protección para quienes prestan servicios a tiempo parcial.

En primer lugar, en el campo de la contributividad, de modo que se pueda alcanzar la exigencia de períodos de cotización generosos para el acceso a las prestaciones tal y como actualmente se encuentran reguladas y el establecimiento de bases más elevadas<sup>98</sup>.

Si hasta el momento ha habido un colectivo que ha estado significado por la temporalidad (y su menor capacidad de aportación al sistema) ese ha sido el agrario. Esta singularidad ha sido correspondida con una regulación específica con el objeto de asegurar carreras de cotización extendidas. Su modelo de aportación (cotización durante períodos de actividad –conforme a los patrones generales– y de inactividad –con porcentajes reducidos–)<sup>99</sup> podría extrapolarse a quienes desarrollan un trabajo a tiempo parcial, de modo que a su cargo se complementara la carrera de aseguramiento.

La experiencia no es novedosa. Recuérdese que el artículo 4 del Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, hace extensible (con particularidades) el modelo hasta ahora exclusivo de las personas ocupadas con carácter eventual en el sector agrario a las que desarrollan su actividad en espectáculos públicos.

Se descarta la posibilidad, concurrente, de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social (Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre) al resultar más gravoso y con una menor protección que los colectivos aludidos. Salvo que se fijen reglas singulares para este colectivo.

Es cierto que ello implica una merma de ingresos y afecta a la línea de flotación de la sostenibilidad del sistema, pero no es realista pensar que quien desarrolla el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial de manera esporádica pueda hacer frente a unos costes mensuales elevados. Es más, podría incluso cuestionarse si tendría la disponibilidad económica para hacer frente al gasto derivado de ese “convenio especial” privilegiado.

En esta línea (aportación de mayores cotizaciones al sistema), como planteamiento alternativo, concurren postulados sobre la posibilidad de estable-

---

<sup>98</sup> Cfr. LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “¿Una nueva Seguridad Social para un nuevo siglo? Algunas reflexiones para un debate abierto”, cit., quien se cuestiona si no debería elaborarse un concepto propio de prestación de servicios a tiempo parcial para el campo de la Seguridad Social.

<sup>99</sup> Cfr. artículo 255 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

cer “umbrales” (sin especificar cuántos y en función de qué parámetros) de cotización aplicables con independencia de las horas de trabajo, recuperando, tal vez, la previsión de una cotización mínima con independencia de las horas trabajadas<sup>100</sup>.

Para las personas que trabajan a tiempo parcial con períodos de alta prolongados, en segundo lugar, sería extensible la regulación contenida en el Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, acotada ahora a la prestación por desempleo, equiparando período de alta a período cotizado<sup>101</sup>.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, aunque con relación a la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, no puede considerarse lesivo del artículo 14 CE un precepto legal que, en aras del principio de contributividad, “articula el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de seguridad social (y en consecuencia la fijación de su cuantía) en función de lo efectivamente cotizado, de forma que a los trabajadores que realizan jornadas a tiempo parcial les corresponde una prestación de cuantía inferior (ATC 30/2009, de 27 de enero, FJ 5; y STC 110/2015, FJ 8)”. No obstante, la diferencia de trato en la fijación del periodo de cotización según la modalidad de prestación de servicios, “para unos de manera natural, en función del tiempo real (trabajadores a tiempo completo) y para otros artificialmente a partir de un valor reductor (trabajadores a tiempo parcial), [...] el método así implementado castiga, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo” sin que concurra una justificación objetiva y razonable<sup>102</sup>.

Es quizá el momento de buscar una alternativa al coeficiente de parcialidad<sup>103</sup>.

En otro orden de cosas, y como propuesta a mayores y osada, la reforma vendría de la mano de la eliminación de los períodos de carencia, ya genéricos ya específicos, para lucrar prestaciones vitalicias, si bien ello requeriría de la adecuada modulación de las cuantías en función del tiempo cotizado (de acuerdo a las premisas señaladas *supra*). De este modo siempre se generaría derecho a una prestación contributiva. Siendo necesario, clara está para el supuesto de las pensiones, la participación de los complementos a mínimos<sup>104</sup>.

Esta medida podría actuar además como revulsivo contra la economía sumergida, ya que muchas de las personas que desarrollan la actividad a tiempo

---

<sup>100</sup> Cfr. LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “¿Una nueva Seguridad Social para un nuevo siglo? Algunas reflexiones para un debate abierto”, cit.

<sup>101</sup> Cfr. Criterios de gestión: 17/2019 y 29/2021 del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

<sup>102</sup> Cfr. SSTC 91/2019, de 3 de julio (RTC 2019, 91) y 155/2021, de 13 de septiembre (RTC 2021, 155).

<sup>103</sup> Sobre el reconocimiento de los períodos cotizados con mayor alcance al actual, esto es, incremento del factor de corrección, cfr. LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “¿Una nueva Seguridad Social para un nuevo siglo? Algunas reflexiones para un debate abierto”, cit.

<sup>104</sup> Lo contrario lleva a la posibilidad de la percepción de prestaciones no contributivas conforme a sus reglas.

parcial pueden verse tentadas hacia la economía no declarada ante la falta de estímulos para la consecución de una prestación del sistema.

No parecen acertadas, por el contrario, aquellas tesis que abogan por excluir del sistema las actividades desarrolladas a tiempo parcial cuando estas son de muy corta duración o marginales o incluirlas con ciertas particularidades (solo con la cobertura ante contingencias profesionales y maternidad)<sup>105</sup>. Ello daría lugar, en sentido contrario al pretendido, al incremento de la economía informal creando bolsas de personas sin protección, con independencia de las medidas de lucha contra el fraude que pudieran implementarse<sup>106</sup>.

Si se posibilita el incremento de los períodos de cotización con fórmulas flexibles y se modula la barrera de estos de modo que sean accesibles las prestaciones, se incentiva allegar recursos al sistema y se añan fórmulas que mejoran la protección del colectivo.

### 3. Prestación de actividad por cuenta propia

Entre los principales riesgos desplegados por la digitalización de la economía en el campo de la protección social se alude de manera sistemática a la inclusión de quienes prestan servicios en aquellas prioritariamente en el, para el sistema español de la Seguridad Social, régimen especial de personas que desarrollan su actividad por cuenta propia y, de manera significada, a las consecuencias que ello entraña, la merma en su nivel protección.

La cuestión sobre la naturaleza jurídica de esta figura (trabajo en plataformas) y su encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social está (con mayor o menor suerte y solo en parte<sup>107</sup>) resuelta en el ordenamiento interno<sup>108</sup>. La sentencia del Alto Tribunal 25 septiembre 2020<sup>109</sup> vino a unificar los distintos pareceres hasta entonces encontrados en la doctrina judicial. En el plano normativo, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre<sup>110</sup>, incorpora los criterios y parámetros fijados por el Tribunal Supremo a la norma sustantiva laboral.

<sup>105</sup> Cfr. LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “¿Una nueva Seguridad Social para un nuevo siglo? Algunas reflexiones para un debate abierto”, cit.

<sup>106</sup> Cfr. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., y MORENO ROMERO, F.: “Trabajo a tiempo parcial y seguridad social: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio de 2019”, cit., p. 51.

<sup>107</sup> En igual sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> L.: “El impacto de la revolución tecnológica en la Seguridad Social: fórmulas para la protección de los trabajadores de plataformas digitales”, en Vv. Aa.: *Tecnología y Trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> L., Dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters&Aranzadi, 2021, pp. 182 y 187 y ss.

<sup>108</sup> Cfr. MERCADER UGUINA, J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, cit., pp. 111 y ss., sobre la exigencia de superar el tradicional esquema binario cuenta ajena-cuenta propia.

<sup>109</sup> RJ 2020, 5169.

<sup>110</sup> Que tiene su origen en el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo.

Pese a todo, los problemas derivados del incremento del papel del trabajo autónomo (o del falso autónomo) en la era digital parecen lejos de solucionarse. La flexibilidad querida por los nuevos modelos de negocio, las fronteras espaciales y temporales en la prestación de servicios desdibujadas por el uso de las tecnologías que difuminan en buena parte las diferencias (o indicios) entre el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia... auguran en este campo un incremento de la conflictividad<sup>111</sup>.

Esta realidad de la potenciación del trabajo autónomo, con unas características propias (acciones esporádicas y marginales), no ha tenido un adecuado encaje en la normativa de la Seguridad Social<sup>112</sup>. Esta, con independencia de la “intensa actividad normativa” desplegada sobre el trabajo autónomo en los últimos años continúa anclada “en una concepción tradicional del mismo”<sup>113</sup>.

Basta a título de ejemplo, en primer lugar, destacar cómo la disposición adicional centésima quinta de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 aplaza, *sine die*, la entrada en vigor de lo previsto en los artículos 1.1, primer párrafo; 24, segundo párrafo; y 25.4 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, en todo lo relativo a quienes desarrollan su actividad por cuenta propia a tiempo parcial<sup>114</sup>. Son ya tres lustros sin regulación sobre el particular.

De nada han servido las voluntades expresadas por las personas que representan a las organizaciones del trabajo autónomo. Recuérdese que el señor Abad Sabaris (UPTA)<sup>115</sup> se posicionó en la necesidad de una modificación en profundidad del modelo de cotización, requiriendo el desarrollo de la cotización parcial y la corrección de los parches en las situaciones de pluriactividad. Por su parte, el señor Amor Acedo (ATA)<sup>116</sup> insistió en ambas ideas, proponiendo una cuota superreducida para aquellas personas que trabajan ocho horas en el régimen general y están en pluriactividad, la fijación de cotizaciones reducidas para quienes tengan unos ingresos reales inferiores al salario mínimo, la mejora de la capacidad de elección de bases de cotización mediante un sistema que permita cambiar de cuota tantas veces al año como fuera necesario y la cotización a tiempo parcial. Y la señora Landaburu Carracedo (UATAE)<sup>117</sup> se expresó a favor de la cotización por ingresos reales y de la fijación de un mínimo exento de cotización.

---

<sup>111</sup> Insistiendo en esta idea, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El impacto de la era digital en los sistemas de protección social: apunte de nuevas necesidades”, en Vv. Aa.: *De la economía digital a la sociedad e-work decente: condiciones socio laborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, cit., original.

<sup>112</sup> Abogando por desacoplar la protección social del empleo, virando hacia el modelo nórdico, cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> L.: “El impacto de la revolución tecnológica en la Seguridad Social: fórmulas para la protección de los trabajadores de plataformas digitales”, en Vv. Aa.: *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, cit., pp. 193-196.

<sup>113</sup> Cfr. GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup>: “Digitalización, robotización y protección social”, cit., p. 117.

<sup>114</sup> Campo de aplicación, afiliación y sistema de cotización a tiempo parcial.

<sup>115</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 73, de 14 de diciembre de 2016, pp. 2 y ss.

<sup>116</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 73, cit., pp. 13 y ss.

<sup>117</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 106, de 1 de febrero de 2017, pp. 17 y ss.

Constituye este, por ende, quizá el principal reto en este ámbito, el encuadramiento de las personas que prestan servicios en los florecientes modelos de negocio. Trabajos flexibles requieren de fórmulas flexibles, superando las tradicionales exigencias que la configuran.

Resulta cuando menos complejo conjugar el requisito de la “habitualidad” en la prestación de la actividad, ya en su forma temporal, ya como la obtención de unos ingresos superiores al salario mínimo interprofesional<sup>118</sup>, con el trabajo demandado por la economía de plataformas, de escasa duración, discontinuos y generadores de bajos ingresos<sup>119</sup>. Que la inclusión en el régimen especial continúe anclada a la clásica exigencia de la habitualidad parece algo desfasada.

No se entienden las reticencias del legislativo en la derogación de este<sup>120</sup>. El marchamo del trabajo autónomo viene delimitado en esencia por su desarrollo sin sujeción a las pautas de dependencia y ajenidad. Las circunstancias temporales durante el que se desarrolle o los ingresos que se obtengan en nada parecen influir sobre aquellas.

La voluntad de transformación parece iniciada (aunque limitada y sin el empuje final). La Ley 6/2017, de 24 de octubre, refleja en su E. de M. las singularidades del trabajo autónomo y adecúa sus obligaciones con la Seguridad Social. Se posibilita que hasta en cuatro ocasiones la obligación de cotizar se refiera exclusivamente a los días de alta en cada mes. El resto de altas y bajas que se produzcan dentro de cada año natural tendrán efectos desde el día primero del mes natural y hasta el último día del mes natural en el que se cesa en la actividad<sup>121</sup>.

Más allá de una cuestión de gestión, no alcanza a comprenderse que, precisamente en una sociedad digitalizada, no se permita la inclusión/exclusión del régimen especial tantas veces como sea preciso en función nada más que de la actividad desplegada y sus efectos en orden de cotización y acción protectora se limiten al tiempo real y efectivo de prestación de la actividad<sup>122</sup>.

Hoy el uso de esas herramientas que ponen en jaque el mercado laboral conocido permite tramitar el alta y la baja en cualquier momento y desde

<sup>118</sup> Cfr. SIERRA BENÍTEZ, E. M.: “La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y la robótica”, cit., p. 154.

<sup>119</sup> Cfr. en el mismo sentido, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El impacto de la era digital en los sistemas de protección social: apunte de nuevas necesidades”, en Vv. Aa.: *De la economía digital a la sociedad e-work decente: condiciones socio laborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, cit., original.

<sup>120</sup> Cfr. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., y GRAU RUIZ, M.<sup>a</sup> A.: “Seguridad Social y economía digitalizada”, en Vv. Aa.: *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020)*, cit., p. 927.

<sup>121</sup> Desde la referenciada Ley también se permite variar las bases de cotización elegida hasta cuatro veces al año y no dos como fijaba la norma precedente.

<sup>122</sup> Sobre esta idea, cfr. MERCADER UGUINA, J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, cit., pp. 114-115, abogando por una reformulación de la figura tradicional del trabajo autónomo.

cualquier lugar. Es lógico pensar que esa facilidad puede trasladarse al campo de la cotización, adecuando los días de alta a los períodos cotizados. Si se puede realizar hasta en cuatro ocasiones, por qué no tantas como sean precisas por el desarrollo de la actividad.

Al igual que en el trabajo por cuenta ajena, debe explorarse la vía de que igual régimen sea extrapolable y aplicable al trabajo por cuenta propia<sup>123</sup>. Y no solo para algunas veces determinadas<sup>124</sup>.

Es en este punto en el que se enlaza con el modelo de cotización del trabajo autónomo, en la medida que de ello depende el nivel de protección<sup>125</sup>. Desde hace algún tiempo se viene recogiendo la oportunidad de que se aporte al sistema de acuerdo con los ingresos reales. El *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo (2011)* reseñaba el parecer de la Comisión de que debían promoverse, “de manera gradual, las medidas necesarias para aproximar las bases de cotización de los trabajadores autónomos a los ingresos percibidos por los mismos”<sup>126</sup>. Más cercano en el tiempo, el documento *Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España* suscrito por el PSOE y Unidas Podemos expresamente aboga por el establecimiento de un sistema de cotización por ingresos reales del trabajo autónomo, sobre la base de la información fiscal<sup>127</sup>.

Desde entonces varias han sido las propuestas que han circulado en la mesa de negociación.

La penúltima aportada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a quienes representan al colectivo de personas autónomas recoge hasta trece tramos de cotización que van desde la obtención de unos ingresos inferiores a 600 euros mensuales hasta los 4050 euros mensuales, con un período transitorio generoso. Será en el año 2031 cuando alcance su plena vigencia<sup>128</sup>.

Ha de mostrarse el acuerdo con la mejora que este sistema implica. Sin embargo, el mismo se muestra insuficiente. No puede participarse que el modelo que se está barajando actúe sobre los ingresos reales, sino que mejora la opcionalidad entre bases máximas y mínimas fijando tramos intermedios en los que de manera significativa participan los ingresos por el trabajo autónomo, sin equiparación plena con los ingresos reales.

---

<sup>123</sup> Cfr. LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “¿Una nueva Seguridad Social para un nuevo siglo? Algunas reflexiones para un debate abierto”, cit.

<sup>124</sup> Cfr. GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup>: “Digitalización, robotización y protección social”, cit., p. 119.

<sup>125</sup> Cfr. GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup>: “Digitalización, robotización y protección social”, cit., p. 118.

<sup>126</sup> Cfr. BOCG –*Congreso de los Diputados*–, núm. 513, de 31 de enero de 2011, p. 24.

También recogida en la recomendación de igual numeración del *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo (2020)*, cfr. BOCG –*Congreso de los Diputados*–, núm. 187, cit., p. 54.

<sup>127</sup> Documento recuperado de <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>.

<sup>128</sup> El acceso informativo se puede realizar en <https://elpais.com/economia/2022-01-19/el-sistema-de-cotizacion-para-autonomos-propuesto-por-escriba-sera-mas-progresivo-que-el-actual.html>.

La última varía la horquilla.

Es un régimen de cotización tarifada, con múltiples opciones, pero que se aleja de la pretensión inicial de la cotización por ingresos. Que es la medida que aproxima el trabajo autónomo al cuenta ajena que hará (eso sí, con un esfuerzo contributivo mayor) que el régimen protector de este colectivo se vea notablemente mejorado.

La flexibilidad querida en el contexto tecnológico no se acomoda ni con los límites establecidos respecto al encuadramiento en el régimen especial del trabajo autónomo ni con las reglas existentes y proyectadas sobre el modelo de cotización de este colectivo. El hecho de una cotización fija para quien perciba unos ingresos inferiores a 600 euros mensuales no cumple las expectativas creadas<sup>129</sup>.

Cuestión diferente es que se quiera utilizar esta fórmula como la planteada *supra*, a modo de convenio especial *ad hoc* con el que garantizar la protección a este colectivo de bajos ingresos. En todo caso, si ello fuera así, debieran fijarse reglas equitativas para ambos grupos, en tanto que el punto de partida y las necesidades generadas no son tan dispares.

Ha de concluirse, por tanto, que es necesario el establecimiento de reglas flexibles que permitan el encuadramiento inmediato (y sus consecuencias en materia de cotización y acción protectora) de quienes desarrollan un trabajo por cuenta propia, huyendo de pautas anquilosadas propias a la gestión administrativa pero alejadas de las necesidades de producción<sup>130</sup>. Debe seguirse un esquema parejo al del trabajo por cuenta ajena<sup>131</sup>.

Los instrumentos de comunicación con los servicios comunes de la Seguridad Social hoy lo hacen posible<sup>132</sup>. Y ello con independencia de que haya de facilitarse alguna herramienta que permita la inclusión y cotización en el sistema de Seguridad Social en los periodos de inactividad.

<sup>129</sup> Cfr. SIERRA BENÍTEZ, E. M.: “La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y la robótica”, cit., p. 156.

La posibilidad existe y es factible. Cfr. artículo 313 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

<sup>130</sup> Cfr. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El impacto de la era digital en los sistemas de protección social: apunte de nuevas necesidades”, en Vv. Aa.: *De la economía digital a la sociedad e-work decente: condiciones socio laborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, cit., original.

<sup>131</sup> Cfr. SUÁREZ CORUJO, B.: “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social”, p. 66 y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GRAU RUIZ, M.<sup>ª</sup> A.: “Seguridad Social y economía digitalizada”, en Vv. Aa.: *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020)*, cit., p. 928.

<sup>132</sup> Cfr. ARAGÓN GÓMEZ, C.: “Propuestas de reforma legislativa, en materia de Seguridad Social, para hacer emerger el trabajo autónomo irregular. (Ventajas de la incorporación al ordenamiento español de la experiencia francesa del CESU)”, *DL*, núm. 107 (2016), pp. 113-118, señalando múltiples opciones.

Sobre que la cotización en el trabajo autónomo de plataformas sea asumida por la plataforma, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>ª</sup> L.: “El impacto de la revolución tecnológica en la Seguridad Social: fórmulas para la protección de los trabajadores de plataformas digitales”, en Vv. Aa.: *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, cit., pp. 196-197.

Tal vez pueda convergerse con aquellos posicionamientos que apuntan hacia una única afiliación, una única cotización y una única prestación, vinculada a las cotizaciones efectuadas<sup>133</sup>.

#### 4. Un apunte sobre la imputación de responsabilidades en situaciones de pluriempleo y pluriactividad

El incremento del trabajo ‘atípico’ favorece no solo el trabajo autónomo en sentido estricto<sup>134</sup>, sino también el recurso a figuras como el pluriempleo y la pluriactividad<sup>135</sup>. Acción que se ve complementada por la necesidad de allegar nuevos ingresos ante la insuficiencia de estos<sup>136</sup>.

Corresponde detenerse, siquiera brevemente, en el régimen de responsabilidades en materia de prestaciones. La participación de varias empresas, las distintas formas de organización (autónoma o por cuenta ajena), la cobertura diferenciada... permiten la concurrencia de supuestos conflictivos.

Tampoco es una cuestión novedosa, su valor reside en la vitalidad con la que se proyectan.

La doctrina de los tribunales ha tenido la ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones. En lo que ahora atañe, es interesante traer a colación la jurisprudencia del Alto Tribunal de 22 julio 1998<sup>137</sup>. Se señala que “el accidente laboral, sufrido en una empresa, en el supuesto de pluriempleo debe ser considerado como tal en todas las relaciones laborales que vinculan al trabajador, cuando las consecuencias del accidente afectan por igual a todas ellas”, atribuyendo la responsabilidad en orden al pago de las prestaciones a las distintas mutuas colaboradoras con las que estuvieran cubiertas las contingencias profesionales en proporción a la base de cotización<sup>138</sup>.

No obstante, cuando las derivadas de la materialización del riesgo no se desplieguen en cada una de las actividades desarrolladas, sino solo para una concreta profesión la base reguladora a tener en cuenta para el cálculo de la

---

<sup>133</sup> Cfr. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., y GRAU RUIZ, M.<sup>a</sup> A.: “Seguridad Social y economía digitalizada”, en Vv. Aa.: *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020)*, cit., p. 928.

<sup>134</sup> Cfr. GRAU PINEDA, C.: “La economía digital o de plataformas (“platform economy”) como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?”, *REDT*, núm. 213 (2018), BIB 2018\13396.

<sup>135</sup> Cfr. PÉREZ GUERRERO, M.<sup>a</sup> L.: “Trabajo en plataformas como forma de trabajo del siglo XXI en continuo cambio”, en Vv. Aa.: *La revolución de las formas de empleo en el siglo XXI*, (CALVO GALLEGU, F. J., HERNÁNDEZ BEJARANO, M., y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., Dirs.), Murcia, Laborum, 2021, pp. 106 y ss.

<sup>136</sup> Cfr. en este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., 150.

<sup>137</sup> Cfr. RJ 1998, 8545.

<sup>138</sup> Cfr. SSTSJ Cataluña 22 junio 2000 (AS 2000, 3061); Comunidad Valenciana 1 marzo 2005 (JUR 2005, 165788) y Galicia 16 marzo 2015 (JUR 2015, 95050); STS 6 junio 2017 (RJ 2017, 3005) y ATS 28 diciembre 2017 (JUR 2018, 22620).

prestación es “la formada con las bases de cotización correspondientes a la actividad para la que se ha devenido incapaz”<sup>139</sup>.

## V. DIFICULTADES DE ACCESO Y PERMANENCIA EN EL MERCADO LABORAL: BRECHA DIGITAL Y DESEMPLEO ESTRUCTURAL

No solo las personas ocupadas en plataformas, las que prestan servicios bajo fórmulas de empleo precario... son colectivos vulnerables en la economía digital. A aquellas se unen las que son desplazadas del mercado de trabajo.

Ya por falta de formación, ya por limitaciones en su disposición, ya, simplemente, por resultar innecesarias en el proceso productivo, se suceden los grupos en los que el acceso o la permanencia en el empleo se presenta harto compleja<sup>140</sup>.

Más allá de que la ocupación en ciertos ámbitos de baja cualificación pueda permanecer inalterada (atención y cuidado de personas, algunas tareas en la construcción...), ha de identificarse el bloque de quienes carecen de la cualificación tecnológica de base necesaria como excluidos sociales y laborales<sup>141</sup>.

Su cobertura social ha de venir de la mano, en la actualidad y casi en exclusiva (salvo otros futuribles ajustes en el campo de las prestaciones no contributivas), del ingreso mínimo vital (Ley 19/2021, de 20 de diciembre). Herramienta propicia, como recoge su E. de M., para actuar a modo de “seguro colectivo frente a los retos que nuestras sociedades enfrentarán en el futuro próximo: carreras laborales más inciertas [...]”<sup>142</sup>, y en general una mayor volatilidad en los ingresos y los empleos, problemas [...] que afectarán especialmente a los grupos sociales más vulnerables”<sup>143</sup>.

Esta prestación está llamada a ser el mecanismo de cobertura asistencial por excelencia, con vocación estructural, dada la anunciada (y ya comenzada) reorganización de las prestaciones no contributivas.

<sup>139</sup> Cfr. STSJ Castilla y León (Valladolid) 11 julio 2005 (JUR 2005, 180140).

<sup>140</sup> Con una interesante perspectiva de género, cfr. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Inclusión digital de las mujeres: especial referencia a la infracualificación tecnológica como elemento de género”, en Vv. Aa.: *4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, (GARCÍA NOVOA, C., y SANTIAGO IGLESIAS, D., Dir., TORRES CARLOS, M. R., GARRIDO JUNCAL, A., y MIRANDA BOTO, J. M.<sup>a</sup>, Coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters&Aranzadi, 2018, pp. 533-555 y CABEZA PEREIRO, J.: “La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo”, cit., pp. 24-26, con referencias a la edad o a la discapacidad.

Ampliamente sobre esta materia, cfr. OLARTE ENCABO, S.: “Brecha digital, pobreza y exclusión social”, cit., pp. 290-293.

<sup>141</sup> Cfr. CABEZA PEREIRO, J.: “La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo”, pp. 29-30.

<sup>142</sup> También se entiende, prosigue la E. de M. como adecuada ante las transformaciones económicas asociadas a la robotización o el cambio climático.

<sup>143</sup> Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S., y BARCELÓN COBEDO, S.: *El ingreso mínimo vital (Comentarios al Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 17-18.

Es palpable, con esta aseveración, que las reglas establecidas en los sistemas de Seguridad Social de corte contributivo para dar cobertura ante situaciones de necesidad, especialmente por desempleo en lo inmediato, se alejan de los contornos presentes en las personas que despliegan su inactividad en la economía digital.

La protección por desempleo “se pensó para situaciones ocasionales de desocupación, entre períodos de empleo largo”<sup>144</sup>, no para los supuestos inversos, por lo que se hace necesario un replanteamiento con profundidad de esta figura.

Las situaciones de necesidad generadas por períodos de desempleo prolongados vienen de largo. Hace ya dos décadas la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, habilitaba al Gobierno a regular dentro de la acción protectora por desempleo una ayuda específica denominada renta activa de inserción y fijaba sus reglas maestras. Con una mayor proximidad temporal, la Ley 6/2018 de 3 de julio, incorpora al ordenamiento jurídico un subsidio por desempleo extraordinario. Entretanto, se han sucedido otros programas (PRODI y PRE-PARA) con propósitos conexos.

Las realidades del mercado de trabajo (ahora generalizadas)<sup>145</sup> exigen de la creación de estas figuras de protección complementarias a las tradicionales ante la imposibilidad de que numerosas personas desempleadas puedan acceder a las mismas.

No obstante, no se está tanto por la reconfiguración de los actuales subsidios por desempleo cuanto por su adecuado encaje en la prestación del ingreso mínimo vital. Es en esta nueva figura donde debe confluir, más temprano que tarde, el conjunto de las prestaciones no contributivas haciéndose depender la ayuda económica de la carencia de rentas y no de si existe o no una vinculación con el trabajo<sup>146</sup>.

Pese a ello, es preciso resaltar la obligación de figurar inscrito como demandante de empleo<sup>147</sup>.

Junto al colectivo anterior se sitúan quienes han sido expulsados del mercado laboral con cierta edad. Quizá, el grupo que mejor refleje los efectos de la digitalización en el mercado de trabajo es el de las personas empleadas en el sector bancario.

---

<sup>144</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., p. 149.

<sup>145</sup> Y antes circunscritas a ciertos ámbitos.

<sup>146</sup> Sobre esta postura, cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., y TRILLO GARCÍA, A. R.: *El ingreso mínimo vital*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 195-196.

Con una apuesta por la renta básica universal, cfr. ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F. M.: “La protección social en la era digital”, en Vv. Aa.: *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, cit., pp. 212-215.

<sup>147</sup> Cfr. RAMOS QUINTANA, M. I.: “Nace un nuevo derecho social en España: el ingreso mínimo vital”, *TyD*, núm. 67-68 (2020), p. 5, señalando esta como estímulo para la incorporación al empleo.

La situación para estos supuestos parece, en principio, mejor resuelta con la previsión contenida en el artículo 51.9 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que establece que cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan personas trabajadoras con cincuenta y cinco o más años de edad, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social.

Las cotizaciones correspondientes al convenio correrán a cuenta de la parte empresarial hasta la fecha en que la persona trabajadora cumpla los sesenta y tres años. Momento a partir del cual será esta la que deba asumir las aportaciones al convenio especial de manera obligatoria y a su exclusivo cargo hasta el cumplimiento de la edad legal de jubilación o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada.

Ejemplos que pueden dar lugar, en definitiva, a situaciones de peor cobertura social.

## VI. UN BREVE EPÍLOGO

El impacto que la irrupción de la robotización y la digitalización despliega en el marco de las relaciones laborales se traslada con igual intensidad al campo del Derecho de la Seguridad Social.

La tipificación de figuras ‘atípicas’ y la proyección de escenarios continuados de bajo empleo vislumbran dificultades mayúsculas en el plano colectivo. La sostenibilidad misma del sistema es cuestionada.

En el plano individual, los presupuestos de acceso a determinadas prestaciones (encuadramiento y períodos de carencia) se muestran simplemente inalcanzables. En su caso, en los supuestos en los que se cumplen esas exigencias dan lugar a cuantías deficientes.

El carácter dinámico y flexible que se preconiza del sistema de Seguridad Social ha de actualizarse. Y ya no solo desde el ajuste de determinadas prestaciones, sino que con una entidad mayor deben acometerse reformas en su estructura.

Es preciso distanciarse de concepciones clásicas de la Seguridad Social en las que prima el principio contributivo y la cobertura ante situaciones de necesidad derivadas de la materialización del riesgo y en sus consecuencias sobre el empleo y explorar fórmulas mixtas que protejan ante la falta de recursos económicos.

Lo que, sin entrar en cuestiones de sostenibilidad y suficiencia, lleva a otros debates sobre vías de financiación y cuantías óptimas de las prestaciones. Donde aún queda mucho por hacer.

DERECHOS DE INFORMACIÓN, TRANSPARENCIA Y DIGITALIZACIÓN

YOLANDA VALDEOLIVAS GARCÍA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
(UAM)

## **SUMARIO**

I. PRELIMINAR: LA ORDENACIÓN LABORAL EN LA ERA DIGITAL. II. LOS DERECHOS DIGITALES LABORALES: LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS COMO MARCO BÁSICO Y EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES COMO GRAN AUSENTE. 1. La protección de los datos personales del trabajador en la empresa. 2. El uso de dispositivos digitales proporcionados por la empresa en el ámbito laboral. 3. El derecho a la desconexión digital. 4. Grabación de imágenes y sonidos y geolocalización. 5. Negociación colectiva y derechos digitales. III. CONCLUSIÓN: HACIA UN MODELO DE GARANTÍAS Y AUTORREGULACIÓN COLECTIVAS DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA DIGITAL EN LA EMPRESA.

## I. PRELIMINAR: LA ORDENACIÓN LABORAL EN LA ERA DIGITAL

La digitalización de la información, que pasa de analógica y almacenable en soporte físico a serlo en formato digital, y sobre todo la transformación integral que supone su aplicación a cualesquiera procesos, incluidos los de trabajo, a fin de mejorar la eficiencia organizacional y generar nuevas oportunidades y modelos de actividad, es un fenómeno vertiginosamente extendido y ya omnipresente. A estas alturas del siglo XXI, ha modificado radicalmente nuestras vidas y penetrado profunda e irreversiblemente en todas las facetas individuales y sociales a nivel mundial, aunque son las relaciones económicas y, en especial, productivas y laborales las que más ponen a prueba las profundas transiciones derivadas de esa poderosa implantación tecnológica y digital.

La relación de trabajo constituye, pues, un ámbito sensible a la masiva tecnologización, de modo que las TIC, la robotización, la inteligencia artificial, el análisis avanzado de *big data* o el internet de las cosas aplicados al actual modelo productivo ha dejado sentir sus efectos sobre la práctica totalidad de los elementos nucleares y estratégicos de nuestro marco jurídico-laboral, diluyendo o tensionando categorías y regulaciones aplicadas sin apenas modificaciones jurídicas relevantes en sus aspectos más estructurales desde casi su origen mismo, a excepción, como se verá, de relativamente recientes regulaciones aluvionales con frecuencia impuestas por ordenaciones supranacionales y necesidades pandémicas. En efecto, desde la propia identificación de los sujetos de la relación de trabajo, empresa y trabajador, hasta algunas de las condiciones laborales más esenciales, como el tiempo y lugar de trabajo, propiciadoras de nuevos modos productivos y de empleo, se manifiestan múltiples disrupciones e innovaciones que inciden sobre nuestro ordenamiento laboral, mostrando afecciones claras sobre los derechos de los trabajadores y, al tiempo y de forma descarnada, los riesgos mismos de exclusión, desigualdad y desprotección capaces de cuestionar incluso la cohesión social<sup>1</sup>, amenazando el fundamento y función característica

---

<sup>1</sup> Como señala a nivel europeo el “Plan coordinado sobre la inteligencia artificial” (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM/2018/795 final, apartado 2.4),

del Derecho del Trabajo. Ello hace casi inapelable, de una parte, la constatación de la posición, individual y colectiva, de las partes en el contrato de trabajo y, de otra, la revisión del contrato social construido a lo largo del siglo pasado y la incorporación al mismo de contenidos añadidos a los originales<sup>2</sup>. Las desigualdades, desequilibrios estructurales y focos de exclusión y pobreza que provocan tales transformaciones hacen imprescindibles esquemas redistributivos y protectores eficaces y más contundentes que los actualizados hasta ahora para eludir los nuevos elementos de incertidumbre, así como un reparto en general más equitativo y justo de los resultados del progreso también esperable de aquellas mutaciones. En definitiva, hay que articular una estrategia que posibilite una transición justa a la economía y empleo digitales, apoyada en derechos laborales que aseguren un nivel de dignidad individual y socialmente aceptable y que neutralicen las aristas más visibles de los riesgos sociales que genera la digitalización y sus inherentes disrupciones en el mercado de trabajo. Aristas que en lo laboral se muestran de forma nítida en la intensificación y aceleración de los ritmos de trabajo y subsiguiente aparición de riesgos psicosociales asociados a la dislocación del tiempo o lugar de trabajo, con afectación a la conciliación de vida laboral y personal, con crecientes requerimientos en términos de disponibilidad y flexibilidad que arriesgan la intimidad y privacidad, agudizadas por la existencia de recursos digitales al servicio del seguimiento y control del trabajo en las empresas.

Lo anterior recomienda regulaciones ajustadas a esas renovadas realidades enmarcadas en una global estructura socioeconómica diversa de la que conocíamos, que no volverá, y reconocible, en general, en un nuevo paradigma de sociedad globalizada de la información que altera profundamente el modelo productivo y de empleo resultado de la intensificación tecnológica. De esta última es esperable también una distinta valoración social del trabajo y de la protección social traducible en un ordenamiento laboral de nuevo cuño que, sin perder su función protectora tradicional e inherente, revise algunas de sus categorías dogmáticas y técnicas regulatorias, tal vez como única garantía de acompañamiento eficaz a las nuevas realidades tecnológicas,

---

la naturaleza disruptiva de muchos de los avances tecnológicos obliga a los responsables a formular políticas y estrategias para hacer frente a los cambios en el empleo a fin de garantizar la inclusión, ya que el ritmo de desaparición de algunos empleos y aparición de otros se acelerará, cambiando los modelos de negocio y la forma en que se realizan las tareas y trabajos, concluyendo con la posible necesidad de modificar el mercado laboral actual y los acuerdos de protección social para apoyar las transiciones en el mercado laboral en general (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018AE5386>).

<sup>2</sup> Como refleja el informe de la Comisión Mundial para el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*. Ginebra (OIT), 2019, p. 59, que insta a revitalizar el contrato social, indispensable en la consecución de la justicia social, advirtiendo que, pese a que los principios que lo fundamentan son universales, su cobertura no es aún suficientemente inclusiva, confiando en la renovación del compromiso con contratos sociales inclusivos en todo el mundo, para que las personas, a cambio de su contribución al crecimiento y la prosperidad, estén protegidas frente a las vicisitudes inherentes a la economía de mercado y que se respeten sus derechos ([https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms\\_662442.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf)).

económicas y sociales. Por ello, este ordenamiento no debe cuestionar, sino, al contrario, fortalecer en ese nuevo entorno muchos de los valores y principios más propios del Estado social, eludiendo o superando muchas reglas al solo servicio de la lógica económica, de dudosa sostenibilidad incluso en términos estrictamente democráticos.

Tales innovaciones inciden a su vez de forma sustantiva sobre las propias fuentes de la relación laboral, sobre sus respectivas posiciones y poderes sociales que presuponen dentro de la completa capacidad ordenadora del renovado esquema institucional laboral. Conciérne, muy especialmente, a la negociación colectiva, como recurso jurídico laboral adaptativo ágil y versátil, idóneo para dar respuesta idónea a las exigencias de un mercado de trabajo masivamente digitalizado y tecnológico, desde el valor democrático que representa el equilibrio de poderes en la gobernanza de las relaciones laborales y la capacidad de ordenar desde su mayor acercamiento a las singularidades de sectores y empresas, aportando flexibilidad y resiliencia, mayor seguridad jurídica y menor nivel de conflictividad. De modo que el papel de la autonomía colectiva recobra vigor y agranda su posición en el ya consolidado protagonismo ordenador de dicha fuente en el campo de las relaciones de trabajo frente a la norma estatal, fruto, desde luego, de la propia previsión de esta última. Sin olvidar que ambas fuentes, norma estatal y convenio, conllevan en esa acción normativa estructural la estrategia del diálogo social en su sentido más omnicompreensivo que, si valiosa en cualquier contexto y etapa de ordenación del mercado de trabajo, resulta en este renovado escenario una herramienta aún más inexcusable<sup>3</sup>, sumando a la legitimidad política y parlamentaria la legitimidad social de los agentes socioeconómicos, premisas ambas, a su vez, de legitimidad democrática. Y, en este contexto de innovaciones tecnológicas que abren un nuevo escenario, conviene también replantarse o reajustar los propios instrumentos de acción y regulación colectiva, como se dirá.

Con todo, es obligado destacar que la transición digital, que pone en juego tan sensibles y centrales aspectos en nuestra ordenación laboral, prejuzga como preferente una reforma integral y sistémica de nuestro ET y normas concordantes, y de la propia regulación de la Seguridad Social, siendo insuficiente, en mi opinión, aun explicable, la sola incorporación puntual de contenidos parciales en relación con aspectos digitales antes ignorados, reclamando una construcción renovada de nuestro modelo normativo e institucional de

---

<sup>3</sup> Así se advierte claramente por el CES Europeo en su Dictamen al documento citado en nota anterior (*DOUE* 250/41, de 16 jul. 2019), asegurando que el diálogo social desempeña un papel fundamental para anticipar los cambios y necesidades relacionados con el ámbito laboral (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018AE5386>). En idéntico sentido, la OIT, en su Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo, adoptada en su 108ª Conferencia General (21 jun. 2019), exhorta a todos los Miembros, según sus circunstancias nacionales, a colaborar individual y colectivamente sobre el tripartismo y el diálogo social, en un enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas ([https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_711699.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf)). Lo que vuelve remarcar en el Informe *Trabajar para un futuro más prometedor*, cit., pp. 6, 10-11, 24-25, 34 y 42 a 47.

relaciones de trabajo en clave digital, adaptado y formulado sobre esa nueva realidad productiva, económica y de empleo que toca la práctica totalidad del modelo tradicional, por su afectación a casi cualquier tipo de trabajo, empresa y trabajador. Las elevadas y especializadas cualificaciones profesionales exigidas, en un proceso de formación permanente en competencias digitales, la inversión económica y de capital requerido para la modernización tecnológica empresarial que asegure competitividad en este escenario, la aparición de nuevas formas de producir y trabajar, con nuevos modelos locativos y temporales de trabajo, fruto, entre otras variables, de la redefinición del concepto de subordinación, la diversificación de los perfiles subjetivos y objetivos y el contenido de las tareas y condiciones de trabajo de los empleados, que seguramente reclaman a su vez modelos de representación colectiva renovados, la necesidad de crear empleo y, en fin, la inexcusable atención a quienes puedan quedar excluidos de ese proceso de transición, son elementos todos que imponen un nuevo marco regulatorio integral. Marco guiado por el arraigado propósito de garantía de trabajo digno, igualdad y justicia social que forman parte de nuestro programa constitucional, asentado hoy sobre nuevas bases profundamente afflictivas para los esquemas clásicos de ordenación laboral y superadoras de sus inveterados desequilibrios, agudizados por tales transformaciones<sup>4</sup>. No es la norma estatal el único instrumento al efecto, como se anticipó, pero su intervención resulta ineludible en la consecución de un mercado de trabajo resiliente, entre otros factores, al embate digital y tecnológico, e impulsor del crecimiento sostenible e inclusivo que aquel empuje pone en peligro.

La forma de abordar esa reconstrucción normativa, pese a la ya recurrente voluntad legislativa de abordar la reformulación completa de un nuevo ET del siglo XXI desde una perspectiva integral y estructural adaptada a las necesidades planteadas por la nueva realidad, viene resolviéndose, no obstante, de forma parcial y fragmentada, por reformas sucesivas de propósitos materialmente limitados y variables intensidades de intervención, adoptadas al hilo de la corrección de los desajustes más acuciantes<sup>5</sup>. Así, en relación

---

<sup>4</sup> El propio Preámbulo del RDL 32/2021, señala como paso subsiguiente a esta última reforma laboral la “modernización del Estatuto de los Trabajadores que plasme las bases de un nuevo contrato social que permita hacer compatible la estabilidad en el empleo con las necesidades de una economía en plena evolución marcada por las transiciones ecológica y digital”.

<sup>5</sup> Enfoque extensible a la propia Seguridad Social, con urgencias y disfunciones conectadas con elementos de sostenibilidad y eficiencia económica, sobre todo ante circunstancias demográficas palmarias, y a la necesidad de atender a crecientes bolsas de exclusión integradas por los sujetos expulsados e insuficiente o irregularmente incorporados a un mercado de trabajo crecientemente exigente en cualificaciones y no garantista de niveles adecuados de ocupación, recomendando una intervención sistémica que redefina el modelo de manera integral. Si bien, se ha señalado, es posible que debamos convivir con una creciente diversificación de los ordenamientos laborales y de protección social, superpuestos a garantías universales mínimas que, en el caso concreto de la Seguridad Social, guardan coherencia con los pisos de protección social nacionales de la Rec. OIT núm. 202, de 14 jun. 2012, como estrategia de extensión de la protección social. Vid. M<sup>o</sup>.E. CASAS BAAMONDE, *El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la Covid-19. ¿Y después?* Madrid (Cinca), 2021, pp. 289-290.

a los derechos laborales en el ámbito de la digitalización de la economía y el empleo, nuestro Derecho del Trabajo tiene pendiente aún la regulación e incorporación de dichos contenidos a la normativa laboral básica desde idéntica perspectiva de tratamiento integral de las condiciones de trabajo, sin perjuicio de la reciente aprobación de normas especiales dirigidas a ordenar facetas concretas del fenómeno en la relación individual y colectiva de trabajo. De modo que, a la espera de esa reconstrucción de nuestra norma básica de relaciones de trabajo en el marco de las disrupciones digitales, que el ET está llamado a integrar globalmente, el legislador ha venido incorporando a la normativa de forma sucesiva algunos aspectos parciales, aunque necesarios, relativos a los derechos laborales básicos desenvueltos dentro de la relación de trabajo en ese entorno digital de referencia. La Ley 12/2021, que procede del RDL 9/2021, que da nueva redacción al ET para reconocer expresamente la presunción de laboralidad del trabajo en plataformas digitales de reparto e introducir derechos colectivos de información sobre el desarrollo de esa actividad, la Ley 10/2021, sobre el trabajo a distancia, con especial atención al teletrabajo, las acciones formativas específicas dirigidas a la digitalización incorporadas al contrato formativo y ERTE por el citado RDL 32/2021, las propias previsiones sobre medios telemáticos que presuponen los RRDD 901 y 902/2020 en materia de igualdad de género son claros ejemplos de esa penetración contingente y aluvional de contenidos digitales en el ordenamiento laboral a través de normas estrictamente jurídico-laborales. No obstante, es la LOPDP<sup>6</sup>, con el antecedente inmediato del RGPD<sup>7</sup>, la que de forma más sistemática y centrípeta regula, en sus arts. 87 a 91, aspectos relativos al desenvolvimiento de los denominados derechos digitales en el ámbito laboral, hasta componer una categoría propia dentro del género derechos laborales, aun regulados más fuera que dentro de la normativa genuinamente laboral. Dicha ley suma cuestiones de alcance a las escasas y minimalistas disposiciones estatutarias en relación con el ejercicio de los poderes directivos empresariales de vigilancia y control mediante recursos digitales, superando asimismo el genérico reconocimiento constitucional y legal del derecho a la intimidad, honor y propia imagen, secreto de las comunicaciones y dignidad,

---

<sup>6</sup> LO 3/2018, de 5 dic. (BOE, 6) de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

<sup>7</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 ab., relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE-L-2016-80807, de 4 may.). En su Considerando 155 se contempla la posibilidad de los Estados miembros o los convenios colectivos de establecer normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular en relación con las condiciones en las que aquellos pueden ser objeto de tratamiento sobre la base del consentimiento del trabajador, los fines de la contratación, la ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por ley o convenio colectivo, la gestión, planificación y organización del trabajo, la igualdad, salud y seguridad en el trabajo, así como a los fines del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la rescisión de la relación laboral; otras referencias en los Considerandos 71 y 75, sobre el control del rendimiento en el trabajo.

en cuyo enclave se interpreta el ejercicio de los derechos de los trabajadores en el contexto de la digitalización de las empresas.

En todo caso, la irreversible dependencia de los dispositivos y procesos digitales en el entorno laboral no requiere crear *ex novo* derechos digitales absolutamente ajenos a los derechos fundamentales ya reconocidos o a derechos laborales ya consolidados, sino que basta con identificar mejor su configuración y alcance en el seno de aquellos, alertando de sus posibilidades invasivas sobre el espacio habitualmente confrontado entre empresa y trabajador. La dignidad, intimidad y otros derechos personales siguen bastando como fuente para garantizar la protección de las personas en general y de los trabajadores en particular frente al fenómeno digital y tecnológico, pero los nuevos escenarios de conflicto que este genera sí exigen adaptaciones, especificaciones o interpretaciones sistemáticas del ordenamiento jurídico para proteger los valores y bienes constitucionales que también rigen en la relación laboral, describiendo derechos y facultades instrumentales o auxiliares garantes del pleno contenido de aquellos, aportando, en fin, mayor seguridad jurídica y equilibrio en la relación de trabajo<sup>8</sup>. De modo que el reconocimiento de la protección de datos personales del trabajador, la desconexión digital, los límites a la grabación de imágenes y sonidos, la utilización de herramientas de monitoreo y geolocalización, la analítica masiva de datos e inteligencia artificial en los procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos, así como su uso lícito, proporcionado y transparente por parte del empleador, se enmarcan en esos genéricos derechos de privacidad del trabajador, imponiendo limitaciones a los poderes directivos empresariales y nuevos contenidos de la más eficaz protección de los empleados.

## II. LOS DERECHOS DIGITALES LABORALES: LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS COMO MARCO BÁSICO Y EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES COMO GRAN AUSENTE

Sobre las escasas previsiones laborales del Reglamento europeo, limitadas a considerar los datos personales en la relación de trabajo y de seguridad social como una categoría especial de gestión y protección [art. 9.2.b)]<sup>9</sup> y, en

<sup>8</sup> Así se pronuncian las Consideraciones Previas de la Carta de Derechos Digitales incorporada al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España (2021); autodefinida como instrumento no normativo, sino descriptivo, prospectivo y asertivo, declara su intención de revalidar los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura misma de los derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros ([https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_RedEs.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf)), contemplando cuantos derechos van a analizarse a continuación y previendo el posible establecimiento vía convencional de garantías adicionales.

<sup>9</sup> Se dispone en general la prohibición del tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, o afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos y biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, relativos a la salud o vida sexual u orientación sexuales de una persona física, aunque excepciona de tal prohibición el tratamiento necesario para cumplir obligaciones y

especial, las reglas específicas para su tratamiento en ese contexto contenidas en su art. 88, limitado a identificar las diversas fases de la relación laboral sensibles a este tratamiento y la genérica garantía de preservación de los derechos del trabajador<sup>10</sup>, nuestro derecho interno procede, a través de la LOPDP, a la primera formulación jurídica con vocación de regulación general y básica del tratamiento de datos aplicable a la relación de trabajo y, en especial, de los derechos digitales del trabajador. Regulación cuyo fundamento descansa en el hecho de que el entorno laboral digital ha vuelto transparente al trabajador, así como masivo y asequible el control del trabajo mediante aspectos a veces ajenos al mismo reconocibles conjuntamente con aquel, tensionando la autonomía privada y los derechos de la personalidad del trabajador que, de forma más imprecisa pero potencialmente muy incisiva, son afectados por aquel poder directivo empresarial ejercido mediante técnicas de digitalización y análisis masivo de datos. De suerte que dicho poder no requiere ya del control directo e independiente de asistencia, rendimiento y aun comportamiento de los trabajadores, satisfecho ahora a través de esos medios digitales que desvelan proyecciones extralaborales asociadas a elementos puramente contractuales, porque tales datos se hallan implícitos en el propio modo de ejecución del trabajo y son susceptibles de conocerse y utilizarse con fines distintos a los que justifican su procesamiento. Esta tensión obliga a una suerte de balanza entre el ejercicio de la libertad de empresa y los derechos constitucionales de la persona en el ámbito laboral, exigiendo una ponderación de los bienes jurídicos en juego, en una dinámica de pesos difícilmente asequible en todo caso.

Sin perjuicio del cumplimiento del mandato europeo de contener reglas más concretas que garanticen la posición del trabajador en el entorno laboral digitalizado, lo cierto es que la LOPD desarrolla esta materia con un enfoque y orientación sesgados que, llevados al contrato de trabajo, prioriza de facto los poderes empresariales sobre los derechos de los trabajadores, hasta llegar a reconocer al empleador capacidad de decidir libremente el alcance de la obtención y tratamiento de los datos personales y el uso de dispositivos digitales, con escasas garantías expresas limitativas del lado del trabajador, máxime cuando faltan controles por parte de las instancias colectivas allí donde no se contemplan por la negociación colectiva. Tal vez merecería jui-

---

ejercer derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito laboral y de seguridad y protección social, y previas garantías legales o convencionales adecuadas de respeto de los derechos fundamentales e intereses del afectado; excepción extendida también a los aspectos relativos a la seguridad laboral y evaluación de la capacidad laboral del trabajador a los fines de asistencia sanitaria y social [art. 9.2.h)].

<sup>10</sup> Desde su inicial reconocimiento de la competencia estatal, a través de sus disposiciones legislativas o autonomía colectiva, se invita a disponer de una normativa especial, en particular a efectos de contratación laboral, ejecución del contrato de trabajo, planificación y organización de la actividad laboral, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad laboral, protección de los bienes de los trabajadores y ejercicio de derechos individuales y colectivos. Referencia genérica acompañada luego de su necesaria previsión de medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana, intereses legítimos y derechos fundamentales, la transparencia del tratamiento de los datos y la posible transferencia de los mismos a una actividad económica conjunta (grupo empresarial o unión de empresas) y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo.

cio más favorable arrancar el tratamiento de la cuestión desde el reconocimiento explícito de la especial sensibilidad de este ámbito a la afectación de los derechos fundamentales del trabajador, susceptibles de ponerse en riesgo o resultar lesionados como consecuencia de la digitalización y el uso masivo por parte de las empresas de información personal relativa a sus empleados, pero aquellos no se mencionan, salvo para el concreto uso de dispositivos digitales en el trabajo que no parece amparar el uso de datos personales obtenidos por otros cauces. Si se advierte, ello presupone legitimar la utilización empresarial de los datos personales y medios digitales a los fines de organización y supervisión del trabajo, reforzando la necesidad de reglas que equilibren los intereses y derechos enfrentados. Esto es, el espíritu de la normativa se decanta por situar en primer plano la facultad empresarial de utilización de recursos digitales en el seno de la empresa y en la organización de la actividad laboral y solo de forma refleja o traslativa los derechos laborales, como ámbito que delimita su legitimidad.

Por lo demás, la LOPDP apenas ha incidido directamente sobre el ET, ni introducido en él mandatos para incorporar sus contenidos en su lugar más propio, la norma laboral básica. Aquel solo contiene hasta hoy regulaciones sobre aspectos estrictamente digitales en sus arts. 20 bis y 64.4.d) y DA 23<sup>a</sup> ET, añadido el primero por la DA 13<sup>a</sup> LOPDP, aprobado en directa conexión con el RGPD, y el segundo y la tercera por el RDL 9/2021, para facilitar el derecho de información colectiva de los sistemas de inteligencia artificial utilizados en la empresa, al hilo de su uso en las plataformas digitales de reparto donde opera la presunción de laboralidad de sus prestadores de servicios. Por ello se echa a faltar en nuestra norma laboral básica la integración y aplicación de estándares generales, con doctrina judicial y constitucional consolidada y relevante, sobre las limitaciones que imponen los derechos de los trabajadores a su intimidad y privacidad como contrapeso a la libertad empresarial de utilización de medios digitales para vigilar la actividad laboral, capaces estos últimos de dejar trazabilidad tanto de conductas laborales como ajenas al contrato de trabajo. A excepción de los preceptos citados, es la LOPDP la norma de referencia, en una inexcusable interpretación sistemática a la luz de las previsiones estatutarias y laborales generales y a la espera de que la normativa del ET, e incluso nuestro texto constitucional, dada la afectación de la digitalización a los derechos de todo ciudadano, actualicen y adapten su regulación a la era digital, elevando a rango constitucional y a la categoría de derechos formal y estrictamente laborales los neoderechos digitales<sup>11</sup>.

Con este trasfondo, se aborda a continuación la especial regulación de la LOPDP de los derechos laborales ante el fenómeno digital. No sin antes destacar que los mismos, en tensión con las correlativas facultades empresariales

---

<sup>11</sup> El propio apartado IV del Preámbulo LOPDP apunta a una deseable futura reforma constitucional que incluya entre sus prioridades su actualización a la era digital y, específicamente, eleve a ese rango una nueva generación de derechos digitales, sin perjuicio de anclar entre tanto el reconocimiento de su sistema de garantía en el art. 18.4 CE, perfilado por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea.

en este específico contexto de ordenación, no afectan solo al uso de dispositivos telemáticos susceptibles de atacar intereses individuales de aquellos tutelables por el ordenamiento, y que ocupan los preceptos específicamente laborales de aquella norma, sino que deben extenderse a otros aspectos dentro de ese entorno laboral digital relativos al más amplio régimen previsto de contenidos, derechos y garantías correspondientes al trabajador en tanto sujeto generador de datos personales obtenidos y tratados por su empleador. Como se dijo, el empresario, por su posición de control y dirección de la actividad laboral, va a ser sujeto receptor y gestor de un gran volumen de datos personales de sus trabajadores, cuyo tratamiento se somete a idénticas reglas y principios que los aplicables a cualquier otro sujeto que recoja y procese datos personales de terceros, de cuyo uso legítimo y finalista se hace responsable, conforme a las reglas y principios dispuestos en la LOPDP, básicamente en sus Títulos II (Principios de protección de datos), III (Derechos de las personas) y V (Responsable y encargado del tratamiento). De modo que el trabajador se beneficia de un doble estatus protector en el ámbito de la digitalización respecto de su empleador: primero, como persona interesada –no solo trabajador– que cede datos personales de cuyo tratamiento es responsable su receptor (empresario), con idénticas garantías a las aplicables frente a cualquier otro responsable o encargado de obtención y gestión; segundo, como sujeto titular de derechos digitales laborales, resultado de su condición de trabajador y del desarrollo de su actividad laboral en un entorno digitalizado controlado y dirigido por el empleador. Doble régimen deducible desde el propio rótulo de la norma legal de referencia, que literalmente incluye tanto la protección de datos como la garantía de los derechos digitales en el uso de dispositivos de tal carácter, netamente diferenciables, aun cuando ambas facetas son susceptibles de afectar derechos constitucionales del trabajador.

## **1. La protección de los datos personales del trabajador en la empresa**

Sin perjuicio de las normas contenidas en la LOPDP sobre la protección de datos personales cuya gestión debe preservar los derechos de las personas, lo cierto es que el tratamiento de los del trabajador por su empresa carece de una regulación específica, en una omisión del entorno laboral más destacable por dos razones. De una parte, porque en este punto las garantías generales aplicables a cualquier persona con independencia de su cualidad de trabajador obvian lógicamente las particulares exigencias de su posición de debilidad negociadora respecto de la empresa, así como el entorno colectivo de la relación de trabajo que equilibra aquella, dejando sin cobertura relevantes derechos de participación y control de las instancias representativas de los trabajadores en este contexto, más allá de la genérica llamada a la negociación colectiva contenida en el art. 91 LOPDP, que no rellena ese hueco sino de forma indirecta y allí donde se prevea; de ahí la importancia de la inclusión por RDL 9/2021 del art. 64.4.1.d) ET, que viene a salvar este clamoroso silencio extendiendo el derecho colectivo de información a los parámetros, reglas e

instrucciones en que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones relativas a las condiciones de trabajo, acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. De otra, porque la propia LOPDP no ignora la especial incidencia de esta materia en el ámbito empresarial, al dedicar preceptos específicos al entorno laboral que hubieran debido completarse con esta otra ordenación, desdibujándose la necesidad de garantías o reglas especiales de la obtención y tratamiento de datos personales del trabajador por su empleador, poniéndose el acento, por contraste, en el mero uso de los dispositivos digitales en el medio laboral, ya como herramientas para el desempeño de las tareas profesionales, ya para la vigilancia de su adecuada ejecución.

Pero, en el contexto de la digitalización, la gestión empresarial de los datos personales de los trabajadores presenta singularidades, porque permite al empleador conocer y procesar gran cantidad de información que, con ocasión del vínculo laboral, es capaz de desbordar tal funcionalidad hasta penetrar en el ámbito de la privacidad e intimidad del trabajador de forma mucho más ágil que la deducible de cualquier otro responsable o gestor de datos, fruto de la posición de dominio. Dicho sujeto posee, junto a facultades directivas de la relación laboral, capacidad sancionadora en la ejecución de la prestación, ausente en aquellos otros, y participadas, como se dijo, por las instancias colectivas, sin atisbarse en la normativa aplicable esa particular sensibilidad para atacar derechos fundamentales de los trabajadores cuya garantía debe ser efectiva en todas las fases de la relación laboral, incluida la previa a su formalización, de gran relevancia en la etapa precontractual de selección del personal, hasta su extinción misma<sup>12</sup>. La tensión de intereses y derechos subyacentes reside en que a los datos personales recabados con finalidades en apariencia estrictamente profesionales se asocian otros, como consecuencia de su análisis masivo, también determinantes de efectos laborales, sin descartarse la falta de neutralidad y objetividad del resultado, ni la existencia de discriminación (directa o indirecta), ni la eventual lesión de la intimidad y privacidad<sup>13</sup>, faltando controles y cautelas que aseguren una recepción y uso

---

<sup>12</sup> Al margen del despido, la adopción empresarial de medidas organizativas, en especial las de carácter colectivo, presumen el manejo de datos personales de los trabajadores que son premisa de los criterios de identificación de los afectados (nombre y apellidos, edad, antigüedad, puesto, salario, rendimiento y otros), con conocimiento, además, de la representación legal de los trabajadores en fase de consultas, lo que implica, a efectos de oposición del trabajador, informar también a este sobre tales criterios y su baremo. Porque si este tratamiento refleja las características del individuo, valorando su rendimiento laboral, conducta, grado de confianza en sus actuaciones y otros aspectos, debe existir derecho a impugnar dichas resoluciones y a ser informado sobre los criterios de evaluación y programa utilizado en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión sobre apreciaciones de conducta [cfr. la Resolución AEPD R/01656/2013 (<https://www.aepd.es/es/documento/td-01073-2013.pdf>)].

<sup>13</sup> Sobre estos efectos, más ampliamente, A TODOLÍ SIGNES, “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, 2018, núm. 84, pp. 5 y ss./20, para quien cuando el algoritmo manda, las minorías están en desventaja, reproduciendo sesgos sociales de género y otros.

transparentes y proporcionados. La utilización de la inteligencia artificial y algoritmos en la toma de decisiones empresariales no excluye, así, la ausencia de intromisiones en la vida privada con consecuencias profesionales, por lo que las garantías resultan imprescindibles tanto en la fase de obtención de datos, frente a intrusiones ilegítimas o desproporcionadas en la información recabada, como en la de utilización de la información seleccionada.

Por ello, la aplicación indiferenciada de las disposiciones generales de la LOPDP respecto de cualquier ciudadano en orden a la obtención y tratamiento de datos personales de los trabajadores por la empresa constituye una notoria insuficiencia e incoherencia en el tratamiento integral de la conexión laboral (datos y dispositivos). La regulación singular del uso de equipos digitales en el ámbito de la relación de trabajo que, por lo demás, aconseja también una cierta autonomía en la sistemática interna de la norma, evidencia de inmediato la ausencia de una regulación también especial de la protección de datos recogidos y tratados en el espacio laboral, haciendo más urgente la integración y adaptación de toda esta ordenación en el texto del ET. Mientras, como se avanzaba, las disposiciones de la LOPDP, en la estela de la norma europea de que trae causa, y más parca que esta última en ocasiones, obliga a deducir el régimen aplicable a la obtención y uso de datos personales tanto del lado de la empresa como del trabajador.

Por lo que afecta a la empresa, las reglas se concretan, básicamente, en el principio de exactitud de los datos y los deberes de confidencialidad, transparencia e información al trabajador afectado (arts. 4, 5 y 11, respectivamente). Del lado del trabajador, quedan reducidas principalmente a su consentimiento informado (arts. 6 y 11 LOPDP), en unos términos genéricos que no aseguran su posición en el ámbito laboral de forma rigurosa, admitiendo, además, relevantes excepciones<sup>14</sup>. Así, conforme a la legislación, el tratamiento de datos prescinde del consentimiento si es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para aplicar a petición de este medidas precontractuales, que cabe supeditar, leída la norma a contrario, a que el afectado consienta el tratamiento para finalidades relacionadas con el man-

---

<sup>14</sup> Exactitud y confidencialidad de los datos personales y condiciones del consentimiento que, a modo de principios, preceden en la LOPDP a los derechos de transparencia e información, acceso, rectificación, supresión, limitación y oposición del tratamiento, así como de portabilidad de los datos, a los que se suman luego tratamientos concretos diversos y heterogéneos por razón de la finalidad de su manejo, con especial interés en lo relativo al sistema de denuncias internas de especial incidencia en el ámbito laboral, en tanto presupuesto de medidas disciplinarias en la empresa. Más ampliamente sobre aquellos derechos en general, C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*. Pamplona (Aranzadi), 2019, pp. 27 y ss.; C. MOLINA NAVARRETE, *Datos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: Entre eficiencia de gestión y garantías*. Albacete (Bomarzo), 2021, pp. 83 y ss.; A. TODOLÍ, “The evaluation of workers by customers as a method of control and monitoring in firms: Digital reputation and the European Union’s General Data Protection Regulation”, *International Labour Review*, 2021, Vol. 160, núm. 1, pp. 77 y ss. También, AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales*, 2021 (<https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>).

tenimiento, desarrollo y control de la relación contractual [arts. 6.1.b) RGPD y 6.3 LOPDP, respectivamente], sin perjuicio de la transparencia de tales datos y el derecho del trabajador a ser informado, sin excepciones ahora a tenor del citado art. 11 LOPDP, que incluye su accesibilidad e inteligibilidad, así como el derecho al olvido y portabilidad, que incrementan su capacidad decisoria<sup>15</sup>. Resulta esencial, pues, establecer parámetros de identificación de los datos personales que son necesarios y adecuados para el conocimiento y análisis empresarial, por servir para mantener, desarrollar o controlar la relación laboral, incluso al margen del consentimiento del trabajador. Si bien dicho consentimiento ni debe ser la única condición de que dependa la legitimidad del poder empresarial, ni considerarse válido en todo caso, cabiendo situarse incluso en el terreno de la indisponibilidad de derechos aun producida la inequívoca manifestación de voluntad. Con todo, recuérdese que el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos reservados, aquellos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico, salvo que sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento en el ámbito del derecho laboral (art. 9.1 LOPDP); lo que parece tener nula cabida en el mismo, pues su conocimiento empresarial, lejos de responder a informaciones necesarias para el ejercicio de las facultades directivas y sancionadoras, solo serviría como fuente de discriminación<sup>16</sup>.

Parece defendible entonces una interpretación restrictiva del poder empresarial, atemperada por principios como los de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, pautas interpretativas imprescindibles que, ausentes de nuestra normativa interna<sup>17</sup>, llaman a su mejor determinación vía negociación colectiva. Es este, sin duda, un ámbito regulador propicio para prever qué datos pueden ser tratados en la empresa<sup>18</sup>, bajo la premisa de su carácter

<sup>15</sup> Cfr. los arts. 17 y 20 RGPD, que la LOPDP parece limitar exclusivamente a los datos recogidos en búsquedas de internet, redes sociales y servicios equivalentes (arts. 93 a 95).

<sup>16</sup> A salvo el excepcional caso de empresas de tendencia, como advierte J. CRUZ VILLALÓN, *Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de la actuación del empleador*. Albacete (Bomarzo), 2019, pp. 33-35.

<sup>17</sup> No así de la norma europea, cuyo Considerando 4, tras señalar que el derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, por su función social, obliga a considerarlo en equilibrio con otros derechos fundamentales, conforme al principio de proporcionalidad. Importante doctrina constitucional que cabe extender a esta sede y que ya ha aplicado este principio en relación con los poderes empresariales, entendiendo que las limitaciones a los derechos de los trabajadores deben satisfacer una acreditada necesidad o interés legítimo del empleador y ser lo menos invasivas posible, priorizando el uso menos aflictivo para aquellos derechos [entre otras, las SSTC 98, 186 y 292/2000, 196/2004, 29 y 170/2013, 39/2016 y 160/2021; igualmente, las SSTS 21 sep. 2016, (4353/2015) y 8 feb. 2021 (84/2019)].

<sup>18</sup> No obstante, la negociación colectiva es poco activa en la previsión de garantías adicionales, con casi total ausencia de referencias al tratamiento de datos. Así, J.M<sup>a</sup>. SERRANO GARCÍA, *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*. Albacete (Bomarzo), 2019, pp. 20 y ss.; E. SIERRA HERNÁIZ, “El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores”, *Temas Laborales*, 2020, núm. 152, p. 120 y M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, “Nuevas tecnologías

imprescindible para la toma de decisiones en ella, asegurando un principio de intervención mínima y ponderación de intereses que la ley no expresa, preconfigurada esa visión general de presunción de legitimidad del tratamiento empresarial de datos personales si ajustado a las genéricas reglas señaladas.

Avanzando en el análisis de las disposiciones legales, se contempla en general que el tratamiento de los datos para finalidades plurales requerirá la constancia específica e inequívoca de dicho consentimiento para todas ellas, sin que la ejecución del contrato pueda depender de su tratamiento para fines ajenos al mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, añadiéndose que si los datos obtenidos del afectado fueran a tratarse para la elaboración de perfiles, la información deberá señalar tal circunstancia, advirtiendo al afectado de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas que produzcan sobre él efectos jurídicos o significativos. Sin embargo, nótese que el derecho de oposición, supresión, limitación y otros previstos dan por cierta, junto a un conocimiento claro de su contenido y objeto de tratamiento, una capacidad para su ejercicio que resulta incongruente con la posición de debilidad del trabajador en la relación laboral, compensada con la existencia de derechos colectivos que, en este caso, se obvian, pero que aportarían certidumbre sobre la información recabada y la necesidad e idoneidad de su análisis masivo para conformar perfiles.

En concreto, sobre los datos obtenidos del trabajador destinados a ser tratados para la elaboración de perfiles, la información que recaba el empresario a fines de selección de personal merece una consideración especial, que acrece la crítica sobre la ausencia de una regulación propia que complete las numerosas carencias regulatorias y dificultades interpretativas causa de inse-

---

y derechos digitales en la negociación colectiva (I)”, *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 83, p. 7/23. Y ello pese a las recomendaciones para impulsar el empleo de calidad y con derechos que el III AENC propone a los convenios colectivos, uno de cuyos objetivos fundamentales es la incidencia de las TIC en el desarrollo productivo general y en las relaciones laborales, y cuyo Cap. II compromete el establecimiento de canales de comunicación entre las partes como vehículo de información entre trabajadores y sus representantes ([https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-6865](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-6865)). En este sentido, UGT ha elaborado un *Protocolo de actuación para la Negociación Colectiva. Protección de datos personales y garantía de los derechos laborales* (2019) ([https://www.ugt.es/sites/default/files/guia\\_de\\_bolsillo-proteccion\\_de\\_datos.pdf](https://www.ugt.es/sites/default/files/guia_de_bolsillo-proteccion_de_datos.pdf)) que encomienda a la autonomía colectiva en todos los ámbitos la protección del derecho, el derecho de información y consulta y ampliar los márgenes del art. 64 ET (p. 15). En parecidos términos, CC.OO., en su *Guía de Negociación Colectiva y Digitalización 2020* (<https://www.pv.ccoo.es/ccec6c7b082d629aca2635538a9515e0000053.jpg>), destaca el papel a desarrollar por la negociación colectiva a fin de regular la digitalización en el ámbito laboral, a la que se proporcionan criterios de actuación, considerando que su impacto no es homogéneo y afecta de distinta forma y con distinta intensidad a los diferentes sectores productivos y de servicios (pp. 5, 7 y 9). Finalmente, el propio Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización recuerda también en diversos apartados que el convenio colectivo es la norma más específica para la protección de los derechos y la libertad en relación con el tratamiento de los datos personales de los empleados en la relación laboral (vid. sobre el mismo, J.M. GOERLICH, “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización”, *Documentación Laboral*, 2021, núm. 122, pp. 49-57; M. SEPÚLVEDA GÓMEZ, “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada”, *Temas Laborales*, 2021, núm. 158, pp. 213-244).

guridad jurídica. Crítica directamente imputable al legislador español, pues el art. 88.1 RGPD habilita expresamente a los Estados a regular con normas más específicas el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, reiterando la necesidad de un tratamiento integral de la digitalización y la protección de datos de que es responsable el empleador en su sede natural, el ET o, si se prefiere, la Ley de Empleo, también carente de referencias al respecto; ambas normas superarían los inconvenientes de una sola ordenación convencional que no asegura su aplicación general. Con todo, la AEPD dispone de orientaciones de interés<sup>19</sup> que, partiendo de la norma europea, arrancan recordando que el tratamiento de datos personales durante el proceso de selección de personal no exige el consentimiento de los candidatos [art. 6.1.b) RGPD], entendiéndose lícito, por necesario, en el contexto de un contrato o intención de concluirlo, sin perjuicio del deber de confidencialidad y custodia de dicha información y del deber de informar a los aspirantes. En este sentido, la normativa aplicable, en interpretación de la AEPD, se limita a asegurar, a falta de consentimiento expreso del interesado o interés legítimo, que los datos sean los estrictamente relevantes (principio de minimización de datos y adecuación a su finalidad) y la transparencia en su tratamiento, pudiendo accederse al perfil público en las redes sociales solo si justificado con fines profesionales y pertinentes para el desempeño del puesto<sup>20</sup>. Asimismo, se contempla la prohibición de acceso a datos especialmente sensibles, como los derivados de reconocimientos médicos que, sobre la base del consentimiento del interesado, solo pueden conocerse por la empresa a los fines del cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo y para demostrar la aptitud laboral (arts. 22 LPRL y 243 LGSS), lo que excluye en todo caso las pruebas genéticas<sup>21</sup>, pero no las pruebas psicotécnicas o de personalidad<sup>22</sup>, también suministradoras de datos relativos a la salud y sometidas a idénticos principios de proporcionalidad y minimización reclamados para toda medida de vigilancia de la salud.

<sup>19</sup> Cfr. *La protección de datos en las relaciones laborales*, cit., pp. 20 y ss.

<sup>20</sup> Sobre los riesgos que conllevan, dudando de la existencia de un verdadero consentimiento informado, vid. la STC 27/2020, para la que “salvo excepciones tasadas, por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen”. También, ampliamente, J.R. MERCADER UGUINA, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 163 y ss.; J.M<sup>o</sup>. SERRANO, *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, cit. pp. 59 y ss.; C. MOLINA NAVARRETE, op. ult. cit., pp. 335 y ss.

<sup>21</sup> Prohibidas por carecer de base jurídica (el consentimiento sería inválido por afectar a derechos indisponibles) y considerarse desproporcionadas al permitir conocer datos personales irrelevantes o superfluos, incompatibles con el principio de minimización de datos (AEPD, op. ult. cit., p. 25).

<sup>22</sup> Sobre estas, J.M<sup>o</sup>. SERRANO, *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, cit., pp. 28 y ss.

Sobre estas premisas, la legislación adolece de facto de garantías suficientes para evitar una intromisión desproporcionada en los derechos a la intimidad y privacidad de las personas, al tiempo que no impide que la utilización masiva concluya con decisiones discriminatorias o faltas de objetividad, sumando, a la intrínseca posición de desigualdad de las partes del contrato de trabajo, la mayor debilidad que representa en los demandantes de empleo la certeza de que no proporcionar cuantos datos sean solicitados reduce sus posibilidades de contratación. Metodología de reclutamiento de trabajadores comúnmente implantada que predice competencias profesionales, pero también conductas y actitudes capaces de vulnerar derechos fundamentales de los aspirantes y, sobre todo, de producir resultados realmente discriminatorios o contrarios a la igualdad de oportunidades; riesgos imputables no tanto a quien obtiene los datos sino al propio proceso algorítmico, respecto del que, ahora sí, se interpreta por la AEPD que cuando el resultado de la decisión vulnera derechos fundamentales el diseño del algoritmo debe ser modificado. Ello enlaza con la necesidad de que los sistemas de tratamiento de datos sean capaces de prevenir tales riesgos, cobrando interés los sistemas de evaluación de impacto que contiene el art. 28 LOPDP, necesarios cuando, entre otros casos, el tratamiento pudiera generar discriminación, implique a un gran número de afectados o conlleve la recogida de una gran cantidad de datos personales, como sucede en los procesos de selección de personal. A lo que cabe añadir la necesidad de dar entrada al factor humano en la toma de decisiones individuales, para que los resultados no sean exclusivamente de carácter automatizado y proporcionen seguridad jurídica y garantías a los afectados, quienes tienen derecho a recibir una explicación de la decisión tomada (Considerando 71 RGPD). Pero de nuevo aquí nuestra normativa interna omite estas cuestiones, pese al peligro de segregación de datos prohibidos o sensibles por parte del algoritmo, sin que la intervención humana excluya de manera automática ese potencial efecto discriminatorio<sup>23</sup>, privando de garantías suficientes a los trabajadores y de la correlativa seguridad jurídica a los empleadores, quienes se arriesgan a incurrir en la falta muy grave del art. 16.1.c) LISOS; precepto, por cierto, más referido a la solicitud de datos que al resultado de su análisis masivo.

Normas y, sobre todo, pautas interpretativas de las instancias europeas y nacionales que siguen moviéndose en el terreno de los conceptos jurídicos indeterminados y que insisten sobre el ya aludido enfoque de priorizar las facultades empresariales frente a la posición de vulnerabilidad de los trabajadores o candidatos a serlo, de modo que el panorama final es de nuevo decepcionante, llamando a la negociación colectiva a ocupar un espacio regulador idóneo para conciliar el legítimo interés empresarial y la eficiencia en la organización de sus recursos humanos con la certeza jurídica y los de-

---

<sup>23</sup> Al respecto, vid. A. TODOLÍ, “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales...” cit., pp. 7 y ss./20.

rechos de los trabajadores<sup>24</sup>. En definitiva, son patentes en el entorno laboral las insuficiencias en orden a la protección de los derechos de los trabajadores ante el fenómeno del *big data*, pudiéndose calificar la regulación de dosis protectora mínima, incapaz de cubrir las heterogéneas facetas planteadas<sup>25</sup>. El aparente principio de autodeterminación del trabajador sobre los datos que cede al empresario, basado en su consentimiento, ni opera en la mayoría de los casos, ni excluye donde exista un uso realmente justificado y ponderado por parte del empleador, porque apenas existen controles sobre su tratamiento y posible reutilización con fines diversos de los que justificaron su recogida, cuestionando la existencia de un genuino libre consentimiento informado, más de carácter formal que sustantivo, y confirmando la aplicación de una interpretación general restrictiva a la que se adaptan mejor los procesos de selección ciegos, anonimizados o despersonalizados.

Por lo demás, no se olvide en esta fase precontractual que los datos pueden ser analizados por sujetos ajenos a la empresa que oferta el empleo (agencias de colocación, ETT u otros agentes especializados), por lo que los deberes del empleador deben trasladarse o compartirse, de existir un vínculo jurídico entre ambos, con los del propio gestor directo de aquellos, en tanto encargados del tratamiento automatizado y posibles sujetos corresponsables, conforme a las reglas del art. 26 RGPD. Este último, sin perjuicio de encomendar al acuerdo de las partes la determinación de sus respectivas responsabilidades, termina instituyendo, para mayor protección del afectado, una responsabilidad solidaria. Sin norma equivalente en el derecho interno, limitado escuetamente a remitirse a la europea (art. 29 LOPDP), se han obviado en tales casos controles exigibles cuando los datos salen de la esfera de control de la empresa, recomendando reforzar las cautelas dirigidas a impedir, por ejemplo, una reutilización por aquellos otros sujetos de los datos facilitados por la empresa y para fines distintos de los que justificaron su análisis masivo. Sin embargo, ello parece quedar al albur del ejercicio de sus derechos por parte del trabajador, a quien se asegura con carácter general la portabilidad de sus datos y consentimiento de cesión, sin ocultar que es el empresario quien realmente tiene poder sobre el encargado de los datos para su bloqueo una vez finalizado el proceso de que se trate.

Riesgos y necesidad de garantías predicables de otra muy abundante información obtenida en la empresa durante la ejecución del contrato de trabajo y procesable para la toma de decisiones. Merecen especial mención, primero, los datos relativos a la seguridad y salud en el trabajo que recaban los responsables, internos o externos, de la prevención de riesgos laborales en la empresa. A las consideraciones anteriores sobre la corresponsabilidad de empleador y aquellos otros sujetos si ajenos a la empresa, cabe añadir ahora la especial

---

<sup>24</sup> Señalando algunas dificultades por tratarse de la regulación colectiva de derechos fundamentales y de terceros que aún no tienen la cualidad de trabajadores, J. CRUZ, *Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación...*, cit.

<sup>25</sup> De “embrión protector” apto para alcanzar futuros mayores niveles de garantías habla MOLINA NAVARRETE (*Datos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)co-vid19...*: cit., p. 393).

sensibilidad de los datos analizados, que justifica la inicial prohibición de su tratamiento en el art. 9 RGPD, exceptuada al empleador en su letra h) si persigue fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador y diagnóstico médico, básicamente, bien para sí, bien para su traslado a quien proceda, exigiendo como base jurídica una norma con rango de ley que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad. Título y condiciones contemplados en el art. 22 LPRL que, sobre imponer a la voluntad del trabajador el carácter obligatorio del reconocimiento médico en ciertos casos, contiene esos deberes de minimización de datos, proporcionalidad, confidencialidad y otros, incluido el de información al trabajador sobre los resultados, susceptibles de evitar un uso desviado o desmesurado por parte del empleador<sup>26</sup>. Además, a diferencia de otra clase de datos, los relativos a la seguridad y salud en el trabajo y cuantas decisiones se adopten sobre ellos están fuertemente participados por las instancias especializadas de representación de los trabajadores en materia preventiva, de modo que esta intervención sirve de control añadido y contrapeso a la legitimidad del tratamiento empresarial, quedando también limitado su propio conocimiento de datos y resultados a idénticas garantías a las aplicables al empleador, ampliadas aquí por su especial deber de sigilo en el ejercicio de su función representativa, quedando salvaguardado en todo caso el historial médico del trabajador.

Segundo, en relación con la representación legal de los trabajadores en la empresa, pueden plantearse conflictos entre los derechos individuales de los trabajadores a la protección de sus datos personales y el conocimiento por aquella de datos facilitados por la empresa en cumplimiento de su deber legal de información colectiva para el ejercicio de la acción representativa, conforme al art. 64 ET en relación con el art. 8 LOPDP, ya que dicho deber parece sustituir el consentimiento de los trabajadores. Sin perjuicio de la amplia interpretación del contenido del deber de informar del empleador, debieran aplicarse aquí idénticos principios de minimización, anonimización, carácter finalista y uso proporcionado de los datos, guardando un estricto equilibrio entre los derechos individuales y el eficaz ejercicio colectivo de la representación. De hecho, la mera utilización de medios electrónicos como vía de comunicación entre representantes y representados ya presupone la utilización de datos personales por aquellos, admitido por tratarse del ejercicio de la libertad sindical que incorpora la cesión por la empresa de la infraestructura e información necesaria y un uso racional y proporcionado que no afecte al normal funcionamiento de aquella<sup>27</sup>, existiendo ahora procedimientos automatizados, como las listas de distribución de correos electrónicos, sistemas de bajas en listas u otros que pueden ser menos invasivas de la intimidad y

---

<sup>26</sup> Sobre su régimen jurídico, ampliamente, G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*. Madrid (Colex), 2002, pp. 221 y ss. Sobre los test psicológicos, J.M<sup>a</sup>. SERRANO, *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, cit. pp. 28 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. la STC 281/2005.

privacidad de los informados. En este contexto, la regulación convencional vuelve a emerger como título habilitante del tratamiento de datos por el representante y fuente de fijación de garantías adicionales (art. 64.9 ET). Finalmente, a efectos del concreto conocimiento de la afiliación sindical, dato personal de carácter prohibido para el empleador, como se dijo, tal prohibición puede excepcionarse, por mediación de las instancias representativas, si necesario para el descuento de la cuota sindical, ahora sí sobre la base del consentimiento del afiliado [art. 11.2 LOLS, en relación con el art. 9.2.b) RGPD].

## **2. El uso de dispositivos digitales proporcionados por la empresa en el ámbito laboral**

El art. 87 LOPDP, primero dedicado específicamente a la digitalización en el entorno laboral, comienza reconociendo el derecho de los trabajadores a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales dispuestos por el empleador para la actividad laboral, para validar de inmediato el acceso empresarial a los contenidos derivados de su uso cuando la finalidad sea controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o la integridad de dichos equipos, dedicándose el resto de su regulación, sobre esa premisa de acceso legítimo, a la obligación empresarial de establecer criterios de utilización de esos medios, participados por la representación de los trabajadores. Es precisamente en la fijación de criterios cuando el precepto refiere el respeto por la empresa de los estándares mínimos de protección de la intimidad del trabajador “de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente”, unido al deber de informar de ellos a los trabajadores, con precisa especificación, en su caso, de los usos privados permitidos y determinación de las garantías que preserven la intimidad del trabajador, tales como los períodos de utilización con fines particulares. Si se advierte, más que garantías de los empleados, genéricas y limitadas a la invocación de la intimidad en términos muy reduccionistas, el precepto parece cumplir sobre todo la función de presuponer legítimo el conocimiento empresarial de datos privados del trabajador derivados de la trazabilidad del uso de tales equipos, otorgándole un espacio de intromisión comúnmente amparada en el propósito de control y vigilancia ya deducible del art. 20.3 ET, si bien reemplazando en este último el límite del respeto a la intimidad por el de la consideración debida a la dignidad.

Así, la normativa especial apenas deja rastro de la mayor necesidad de garantías para compensar la creciente capacidad invasiva del empresario sobre los derechos de sus empleados fruto del manejo de medios digitales, contenedores de una ingente información personal y sensible, priorizando la seguridad jurídica que ofrece al empleador el reconocimiento del permiso de acceso. Y es que el aparente equilibrio de intereses contrapuestos de ambos sujetos se vence en la norma del lado empresarial, dados los ambiguos términos legales. De un lado, la amplitud finalista del acceso empresarial

llega hasta casi descausalizarse, por la ausencia de pautas y controles, incluidos los colectivos, solo previstos expresamente para determinar los criterios de utilización de los dispositivos, no para la extracción de la información contenida en ellos; de otro, la sola referencia a los usos sociales y derechos constitucionales y legales constituye una expresión genérica que dificulta extraer parámetros seguros de carácter previo, prevaleciendo la adaptación de la interpretación jurídica a la volatilidad de “lo íntimo” fruto de los cambios digitales más que a eliminar un espacio de intangibilidad anticipada de los derechos constitucionales y legales que, desde luego, están implícitamente incorporados<sup>28</sup>. Así, la vaguedad normativa y una jurisprudencia permisiva sobre el control del correo electrónico por el empleador promueven al convenio colectivo como el instrumento adecuado para especificar reglas y garantías añadidas que, sobre establecer mayores facultades de participación de las instancias representativas, identifique mejor el objeto y causa del posible acceso empresarial, asegurando los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, al tiempo que establezca una separación neta entre la ponderada potestad empresarial de extraer información del uso laboral del dispositivo de la rigurosa exclusión si afecta a datos almacenados en el ámbito de su utilización privada. Juicio de ponderación aplicable al control empresarial que no explicita el art. 87 LOPDP en una omisión que sorprende más si comparado con su posterior art. 89 que lo prevé expresamente en materia de audio y videovigilancia, no más afflictiva de la intimidad y privacidad del trabajador que la propia de este otro supuesto.

Así, el precepto resulta sesgado e insuficiente. Obvia contenidos tan relevantes como el derecho al secreto de las comunicaciones que ya anticipa el art. 18.3 CE, de especial vigencia aquí por ser una de las expresiones más contundentes del derecho a la intimidad, así como la protección misma de los datos que se superpone al acceso empresarial a la información contenida en los dispositivos digitales de manejo laboral, llamando a la extensión de las reglas analizadas en el apartado anterior si va a servir para adoptar decisiones en la empresa. Y, en un planteamiento de conjunto, carece de coherencia con los artículos de contenido laboral que le suceden, merecedores todos de una ordenación sistemática dirigida a la garantía de los derechos de los trabajadores, dentro además del entorno colectivo de la relación laboral, segregando de ella después el régimen de garantías singulares a los distintos poderes empresariales de vigilancia y control de la actividad laboral previstos, que muestran escasa homogeneidad. Desde esta perspectiva, resulta más congruente y sistemático, pese a lo excesivamente escueto de su contenido, el

---

<sup>28</sup> Como señaló claramente la STEDH 5 sep. 2017 (caso *Barbulesco v. Rumanía*), mucho más precisa en el test de garantía de la intimidad y derechos fundamentales que nuestra doctrina constitucional contenida en las SSTC 173/2011, 241/2012 y 170/2013, porque la flexibilidad otorgada en esta última a los intereses empresariales se endurece en aquella, incrementando la garantía de privacidad que exige un motivo justificativo de la decisión empresarial, el juicio de proporcionalidad y la acreditación de que la medida de control y vigilancia es previa al inicio del eventual procedimiento disciplinario.

art. 20 bis ET, que parte de reconocer el derecho a la intimidad como antesala a la legitimidad de las diversas manifestaciones de control empresarial de los trabajadores a través de medios digitales, apelando a la normativa de protección de datos como límite para la protección de la privacidad del trabajador.

Con todo, el art. 20 bis es igualmente merecedor de un inicial juicio crítico, tanto en lo relativo a su redacción cuanto a su ubicación sistemática en la norma estatutaria, defectuosas, aunque probablemente no casuales o, si se prefiere, con propósitos meramente parciales que imitan los de la norma de origen, para reconocer el derecho a la intimidad de los trabajadores en relación con el entorno digital, mencionando en su literalidad, junto a aquel derecho fundamental, citado expresamente hasta tres veces pero sin aportar pistas ciertas sobre su verdadero alcance en esta materia, la desconexión digital, la videovigilancia y la geolocalización. Lo cierto es que, en coherencia con lo señalado más arriba, el art. 20 bis ET adolece, de una parte, y sin ánimo exhaustivo, de la previsión de otros diversos aspectos que la utilización empresarial de dispositivos digitales pone en juego –gestión algorítmica para la toma de decisiones y análisis masivo de datos, como se anticipó, sin perjuicio de la llamada genérica a la LOPDP–, así como de la consideración de otros derechos posiblemente afectados que no se agotan en la referencia a la intimidad; entre ellos, la dignidad, que el ET suele saldar, en sus diferentes apelaciones a la misma, con la alusión a la “consideración debida” a la dignidad del trabajador [arts. 4.e) y 20.3 ET, en lo que aquí más interesa], la propia salud laboral, fuertemente influenciada por estos medios telemáticos, como se sabe, y, en fin, el derecho al secreto de las comunicaciones. Pero, además, la crítica acrece porque el precepto estatutario incorporado por la LOPDP, lejos de sumarse a los derechos laborales que contempla el propio art. 4 ET, más congruente y apropiado para enfatizar la naturaleza garantista de la posición de los trabajadores<sup>29</sup>, especificando las minimalistas e inconcretas limitaciones que la referencia a la intimidad representa para el uso empresarial de los medios digitales, parece establecer como premisa el posible y adecuado uso por el empleador de esos dispositivos telemáticos para vigilar y controlar la actividad laboral<sup>30</sup>. No en vano aquel precepto sucede al art. 20 ET, cuyo párrafo 3º regula justamente la dirección y control empresarial de dicha actividad laboral, permitiendo inferir que esas herramientas de conexión digital, videovigilancia y geolocalización se presumen legítimas *a priori* y que

<sup>29</sup> Con implicaciones prácticas no menos importantes, porque el art. 7.10 LISOS califica de infracción grave los actos u omisiones contrarios a los derechos del art. 4 ET, de modo que su inclusión en tal precepto permitiría atribuir consecuencias jurídicas a incumplimientos del régimen jurídico de los derechos digitales que no muestren la especial gravedad y lesividad que representa la infracción del art. 8.11 LISOS relativa a los actos empresariales contrarios al respecto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.

<sup>30</sup> Con parecido planteamiento, por todos, J.L. GOÑI SEIN, “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores. Análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, *RDS*, 2017, núm. 78, pp. 25-29 y A. BAYLOS GRAU, “El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España”, *Labour & Law Issues*, 2019, vol. 5, núm. 1, pp. 5-6.

la previsión de aquellos derechos como límites de la vigilancia empresarial valida este poder fiscalizador del empleador en el manejo de tales técnicas. En este entendimiento, los límites emergen como elementos de carácter subsidiario, carentes de un sentido propio e independiente del genérico extraíble del ejercicio de los poderes directivos empresariales, sin intuirse, menos aún preverse, garantías específicas compensadoras de la capacidad intrusiva y particularmente aflictiva para esos bienes y derechos constitucionales del uso de la digitalización con fines de organización, vigilancia y control de la actividad laboral por parte del empleador<sup>31</sup>.

Desde ese enfoque, esta primera y hasta ahora única norma estatutaria identificativa del fenómeno digital en el entorno laboral –sin perjuicio del citado art. 64.4.d) ET–, rotulando su contenido como derechos de los trabajadores a la intimidad en dicho contexto de utilización de dispositivos de tal carácter, realmente carece de fórmulas de equilibrio o contrapeso diferenciables de las ya aplicables remisiones o llamadas genéricas al derecho fundamental del trabajador a su intimidad y privacidad contenidas en otros preceptos. Enfoque que cabe predicar, a su vez, de otras normas laborales posteriores desenvueltas en idéntico contexto digital, como la Ley 10/2021 en lo relativo al teletrabajo, a cuyo art. 17 cabe imputar igual tacha. Con todo, este último precepto incorpora expresamente dos aspectos valorables. De un lado, los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados, permitiendo extraer un juicio de ponderación y equilibrio de intereses de inevitable interpretación judicial en la valoración de aquellas medidas empresariales y sus efectos sobre los trabajadores y, de otro, la participación de la representación legal de los trabajadores en la elaboración de los criterios para su utilización; elementos ambos compensadores del poder empresarial. Pero estas garantías adicionales, imprescindibles en el teletrabajo, no son menos necesarias en cualquier relación laboral presencial sometida al manejo por el empleador, y con fines no solo de control sino de mera organización y desarrollo del trabajo, de recursos telemáticos, aptos para acumular abundante información del trabajador, laboral y extralaboral, susceptible de ser tratada y utilizada con fines desviados e invasivos de su esfera de privacidad e intimidad en cualquier proceso de toma de decisiones en el ámbito empresarial.

Además, el reiterado art. 20 bis ET ni resulta autosuficiente ni su alcance se agota en su solo contenido explícito, porque la redacción acaba con una remisión a la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales que obliga a acudir a la LOPDP para reconocer su completo sentido. Se trata de una innecesaria técnica jurídica circular, que empieza y acaba en la misma norma, transitando por la esta-

---

<sup>31</sup> Lo que también es predicable del propio art. 88 RGPD del que trae origen, que se conforma con exponer la pertinencia de los recursos digitales al servicio de las empresas y a identificar algunos de los aspectos que marcan el grado de adecuación de su uso y los derechos de los trabajadores que deben asegurarse y operar como límite, reproduciendo el papel principal de la digitalización a efectos directivos y el más secundario de los derechos laborales como límites de su ejercicio.

tutaria como paso intermedio hasta terminar haciendo ocioso el precepto en cuestión, cuya sola justificación es remarcar el contenido laboral de estos derechos digitales en la normativa básica en este contexto y dar cuenta de que forman parte del entramado normativo laboral, aunque su régimen jurídico se sitúe extramuros de la norma estatutaria. Su finalidad no es, pues, desarrollar o resolver las dudas planteadas por la falta de especificaciones de la normativa de reenvío, incorporando de nuevo ambiguas limitaciones que ni progresan en relación con lo aplicable desde las genéricas invocaciones al respeto a la intimidad interpretables desde el art. 18.1 CE y sus respectivos desarrollos, ni eluden ese mismo propósito más de validación del uso empresarial de medios telemáticos que de control de genuina garantía de los derechos de los trabajadores<sup>32</sup>. Lo anterior, sobre evidenciar el carácter esencialmente pedagógico del art. 20 bis ET, remarca su cualidad de prescindible en términos técnico-jurídicos. Y, lo que es más importante, recomienda una incorporación sistemática e integral, precisa y ordenada, dentro de la norma estatutaria, de los derechos y deberes que se desenvuelven en el ámbito laboral en un entorno digital, al margen del teletrabajo a distancia que dispone ya de su propia normativa y a la que también serían extensibles parecidas consideraciones críticas a las recién expuestas<sup>33</sup>. Con todo, el principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados, por utilizar la misma fórmula del art. 17 Ley 10/2021, es el patrón para resolver el conflicto jurídico subyacente, elevando a cada operador jurídico, primero, y a los órganos judiciales, finalmente, la correspondiente valoración casuística, sin perjuicio de la operatividad de estándares generales válidos para toda interpretación<sup>34</sup>. Principios que, en estos casos, exigen del empleador la motivación adecuada y justificada de la intervención sobre los dispositivos digitales, en función del grado de intromisión y gravedad de sus efectos<sup>35</sup>, lo que supone una correcta ponderación de los intereses contrapuestos que aquí se debaten.

<sup>32</sup> En este mismo sentido, vid. W. SANGUINETI, “Intimidad del teletrabajador y control del empresario”, *Trabajo y Derecho*, 2022, núm. 85, pp. 19-20, para quien la regulación de dicha norma no introduce cautelas suficientes para evitar la posible situación de indefensión del trabajador en información tan sensible, faltando, en su opinión, una mínima traducción del respeto a las exigencias derivadas de la protección de la intimidad.

<sup>33</sup> Por todos, vid. M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, “El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia” *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2020/11, pp. 1413 y ss.

<sup>34</sup> Vid. sobre el significado del principio de proporcionalidad, más ampliamente R. ALEXY, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *REDC*, 2011, núm. 91, pp. 11 a 29. Y respecto de su desenvolvimiento en materia laboral y en el ámbito que aquí interesa, cfr. las SSTC 37/1998, 98 y 186/2000, 142 y 241/2012, 29 y 90/2013 y 39/2016, que matiza la doctrina anterior con elementos más restrictivos y, en opinión del Voto particular, firmado por F Valdés y A. Asúa, innecesarios. Por su parte, de justo equilibrio habla la STEDH 9 enero 2018 (Caso López Ribalda y otros v. España). Y sobre la “expectativa razonable de intimidad”, como estándar, también las SSTEDH 25 junio 97 (Caso Halford v. Reino Unido) y 3 abril 2007 (Caso Copland v. Reino Unido), en criterio acogido en la STS 15 sep. 2020 (528/2018).

<sup>35</sup> Se trata del conocido como “test Barbulesco” que contiene la STEDH 5 sep. 2017 citada, que eleva el nivel de exigencia de los tribunales en el control de la intervención de las comunicaciones y datos privados del trabajador.

En todo caso, el principal problema de colisión entre la facultad empresarial de acceso a la información contenida en los medios digitales facilitados y el derecho a la intimidad del trabajador, que incluye el secreto de sus comunicaciones, se plantea en relación con los eventuales usos privados, cuya atribución y condiciones de ejercicio el art. 87 LOPDP encomienda al empleador. Frontera poco clara en la práctica, porque con frecuencia las finalidades privadas y profesionales convergen en un único equipo indistintamente utilizado para ambas, e incluso pueden confundirse en equipos estrictamente particulares no dispuestos por la empresa pero que también cumplen alguna finalidad laboral. En estos casos, deviene más asequible el conocimiento, con presuntas finalidades laborales, de datos privados sobre los que, por cierto, en este caso concreto, no opera el consentimiento del afectado, que se entiende implícito en la relación de trabajo con el mero reconocimiento a la empresa de poderes directivos y sancionadores. De ahí las reforzadas garantías del art. 87 LOPDP, relativas a una determinación clara y precisa de los usos autorizados, además, de la intimidad de los trabajadores, y que pueden reservarse a ciertos períodos temporales, en cuya determinación participan las instancias colectivas, así como el deber de información individual a los trabajadores sobre dicho régimen de uso privado.

Si se advierte, más control en la determinación de los criterios de uso privado que en el acceso efectivo por parte del empleador a la información privada, aun entendiendo en este punto aplicables y superpuestas las reglas relativas a la protección de datos personales y los correspondientes principios de minimización, proporcionalidad y restantes señalados que calificarían como restrictivamente selectivo y causal el conocimiento empresarial y su uso para tomar decisiones contractuales. Estándares mínimos de protección de los derechos de los trabajadores que debieran operar incluso en el caso de prohibición del uso particular de los dispositivos facilitados por la empresa porque, en conexión con esos usos sociales que refiere la normativa, está generalizado un hábito de tolerancia con ciertos fines privados, máxime si no existieron órdenes contrarias taxativas y expresas, lo que en la práctica impide identificar prohibición con ausencia de mención al posible uso privado. En todo caso, nuestros tribunales dejan inicialmente estos supuestos fuera del ámbito de cobertura del derecho a la intimidad por excluir la expectativa razonable de privacidad o confidencialidad; se dice que si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales tampoco lo hay para hacerlo en unas condiciones que impongan respeto a la intimidad o secreto de las comunicaciones, que exigiría tolerancia del uso personal, y que si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y se abstenga de controlarlo, exigiendo, eso sí, el ponderado examen de esos datos utilizando el servidor de la empresa y parámetros de búsqueda informática orientados a limitar la invasión en la intimidad, así como el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad<sup>36</sup>. Si el trabajador no estaba

---

<sup>36</sup> Cf. las SSTs 6 oct. 2011 (4052/2010) y 8 feb. 2018 (1121/2015). También, de especial interés en la funcionalidad de los límites, la SSTEDH 3 abril 2007 (Caso Copland v. Reino Unido) y, sobre todo, 5 sep. 2017 (caso Barbulesco v. Rumanía). También la STEDH 22 feb. 2018 (caso Libert v. Francia).

clara e inteligiblemente advertido, existe una evidente expectativa de intimidad que niega la intervención empresarial de forma incondicionada.

Por lo demás, carece la normativa, tras reconocerse el derecho de acceso a los datos en las circunstancias señaladas, los efectos de la intromisión legítima sobre la posición contractual de los trabajadores; aunque la misma deriva de las reglas extraíbles del ejercicio del poder sancionador del empresario y sometida a su mismo régimen. Si de dicha información se deriva un uso privado desproporcionado, contrario a los criterios de utilización informados, los datos así obtenidos, no necesariamente invasores de derechos fundamentales si garantizada su confidencialidad, pueden ser objeto de sanción disciplinaria en idénticos términos al incumplimiento de cualquier otra orden empresarial, lo que no obsta reiterar la particular importancia en este caso de la negociación colectiva y la recomendación de tipificar en ella como infracción conductas de desobediencia que incorporen la gravedad, reiteración y afectación a intereses empresariales coherentes, en una imprescindible previsión de garantías adicionales. Nótese a su vez que la confidencialidad ahora puede asegurarse en muchos casos sin acceder al contenido presuntamente privado mediante técnicas de monitoreo propias de las nuevas tecnologías, capaces de probar el uso irregular de los dispositivos salvaguardando los datos personales, porque hay que emplear el método de conocimiento menos invasivo para conocer las comunicaciones privadas del trabajador<sup>37</sup>. Del lado contrario, tampoco se prevé el valor probatorio atribuido al acceso empresarial con vulneración de los derechos de información de los trabajadores y criterios de uso, aunque, de nuevo por aplicación de reglas comunes al poder empresarial, el incumplimiento acreditado por estos cauces no parece utilizable como prueba de una falta laboral, dado el uso ilegítimo de la capacidad sancionadora. Aunque se ha señalado, en una muy discutible solución, que entre la calificación del despido y la lesión de un derecho fundamental no puede colegirse la existencia de una consecutividad lógica y jurídica, de modo que la calificación de la sanción es independiente de la irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de la lesión a un derecho fundamental, evitando la consecuencia de nulidad<sup>38</sup>.

### 3. El derecho a la desconexión digital

La desconexión digital que el art. 88 LOPDP reconoce como derecho individual del trabajador elude en su regulación, frente a otros preceptos de igual

<sup>37</sup> Cfr., de nuevo, la STEDH 5 sep. 2017 citada.

<sup>38</sup> Cfr. la STC 61/2021, que contradice la doctrina constitucional anterior contenida en la STC 196/2004, para la que la prueba obtenida con lesión de un derecho fundamental determina la nulidad de la sanción. Así, el despido fundado en pruebas que lesionan un derecho fundamental, ya se obtuvieran de manera fortuita o no intencionada, determina la completa eliminación de sus efectos. Sobre la discusión judicial acerca de la calificación jurídica de la medida sancionadora, vid. A. TODOLÍ, “Nulidad o improcedencia en caso de vulneración de derechos fundamentales en la adquisición de la prueba, pero siempre una indemnización adicional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”, *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2021, núm. 459, pp. 237-244. C. MOLINA, *Datos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19...*: cit., pp. 450 y ss.

norma, algunas de sus deficiencias e imprecisiones comunes y discutidas, incorporando un régimen legal expresamente más respetuoso de los derechos laborales (fundamentales o no) que implica y una intervención colectiva explícita y más concreta en su alcance. Regulación que se agota en dicho precepto, sin perjuicio de la referencia del art. 20 bis ET, precepto retórico tan prescindible como criticable conforme se anticipó, y que recomienda, aún más en esta manifestación concreta y rigurosa del derecho a la intimidad del trabajador, su correcta y coherente integración en la norma estatutaria y su inclusión en el listado de derechos laborales básicos. De facto, el derecho redunda en la protección clásica del trabajador al respeto de su jornada y descansos, y cumple idéntica finalidad de garantizar una neta separación entre vida profesional y privada, garantizando así el cabal cumplimiento del tiempo de trabajo comprometido y los espacios de descanso adecuados para la recuperación de la plena capacidad laboral que ya dispone nuestra legislación laboral ordinaria. Por ello, salvo la noción misma, poco añade realmente a la regulación estatutaria sobre tiempo de trabajo, que incorpora esos límites<sup>39</sup>, aunque no es menos cierto que los dispositivos digitales que acompañan al trabajador en todo momento, dentro y fuera de la empresa, y susceptibles de monitorización y conectividad constantes, pueden influir sobre su ánimo en mayor medida y conducir a interpretar que sigue bajo la órbita del poder de control empresarial<sup>40</sup>. Eso explicaría el reconocimiento del derecho a la desconexión digital como un derecho individual y básico del trabajador, que cobra especial relevancia en el trabajo a distancia con medios telemáticos, como el propio precepto indica y corroboran los arts. 16.1 y 18 y DA 1ª Ley 10/2021. Estos últimos, reproduciendo en general el grueso del art. 88 LOPDP, añaden dos aspectos destacables: de una parte, la expresa mención a la limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, concretando, pues, una de las posibles modalidades de ejercicio del derecho; de otra, la inclusión en la actividad preventiva de los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, con especial atención a los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo. Es precisamente esta ausencia del contenido preventivo de los riesgos laborales que aquí subyace lo que resulta más reprochable del art. 88 LOPDP, por lo que debe interpretarse en general a la luz de las obligaciones empresariales contenidas en los arts. 15 y 16 LPRL sobre evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Aún más, aquel precepto parece relevar a un segundo plano este deber del empleador, al identificar básicamente, y dentro de la política interna dirigida a los trabajadores, oídos previamente los representantes, las acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas informáticas,

---

<sup>39</sup> Sobre el debate de si estamos en presencia de un nuevo derecho o de una mera especificación de los límites al control empresarial de la jornada de trabajo, vid. J.C. QUIÑONES, “La regulación de los derechos digitales en el ordenamiento español. Una oportunidad para la ampliación de los derechos laborales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, núm. 8, pp. 7/33; F. TRUJILLO PONS, *La ‘desconexión digital’ en el ámbito laboral*. Valencia (Tirant lo blanch), 2020, pp. 87-88.

<sup>40</sup> Recordando supuestos reales, F. TRUJILLO, op. ult. cit., pp. 25 y ss.

instando a una autoprotección y responsabilidad del trabajador hacia el hecho digital que no debe desdibujar las más rigurosas y unilaterales obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud laboral. Por ello, merece mejor valoración la regulación del trabajo a distancia, cuyo contenidos adicionales debieran formar parte del derecho a la desconexión digital cualquiera que sea la modalidad de trabajo, presencial o en remoto, porque lo que califica tales especialidades no es solo el lugar de prestación, sino el uso de medios digitales que no siempre se quedan en la empresa al concluir la jornada.

En efecto, la razón de este más garantista tratamiento jurídico responde a la muy extendida realidad de confusión entre actividad profesional y privada de los trabajadores fruto de la utilización como equipos de trabajo de dispositivos digitales que dislocan el tiempo y lugar de trabajo, prolongando más allá de lo exigible, por la permanente conexión, las obligaciones contractuales, hasta alargar jornadas laborales y alterar descansos que inciden sobre la privacidad e intimidad personal y familiar, dificultar los derechos conciliatorios y afectar a la salud (fatiga informática comprensiva de todo tipo de riesgos, como acaba de decirse). Tal plurilesividad potencial sobre el trabajador de su conectividad constante exige un tratamiento que, sobre generar derechos de información de los trabajadores más rigurosos—elaborar una política interna dirigida hacia ellos—, introduce mayores poderes colectivos, mediante la intervención de la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, que también es autonomía colectiva, al tiempo que obliga a que aquella política interna sea previamente consultada con ellos en el seno de la empresa, ampliando el contenido de los derechos de información y consulta del art. 64 ET. En todo caso, la llamada a la regulación convencional no obsta, de no existir, la eficacia directa del derecho fundamental a la intimidad y de aquellos otros de conciliación de rango legal, más allá de la relevante ausencia de un instrumento útil para concretar las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y asegurar la no afectación a los derechos implicados. Derechos que, ya integrados en las normas reguladoras del tiempo de trabajo, añaden aquí también énfasis sobre la perspectiva de género y la corresponsabilidad que pueden verse involucradas en el derecho a la desconexión<sup>41</sup>. Además, la falta de convenio colectivo tampoco es excusa para rebajar las exigencias empresariales de elaborar una política interna<sup>42</sup>, de carácter imperativo, que actúa como red de seguridad para el caso de no regulación convencional, no queriéndose unilateral sino participada por las instancias representativas, si bien en mero trámite de audiencia; expresión del derecho colectivo que rebaja las expectativas generadas por la prefe-

---

<sup>41</sup> Así, C.H. PRECIADO, *Los derechos digitales de las personas trabajadoras...*, cit., pp. 150-151.

<sup>42</sup> De código de conducta para la puesta en práctica de tal política habla E. ROJO, “Los derechos digitales laborales en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Notas al título X” (<http://www.eduardoro-jotorrecilla.es/2018/12/los-derechos-digitales-laborales-en-la.html>).

rente gestión colectiva de esta materia que, por su especial sensibilidad y por involucrar derechos fundamentales, hubiera podido merecer reglas similares a las que operan en el ámbito de las medidas sobre igualdad de género (art. 1 RD 901/2020), en una intervención legal más proactiva que asegurara un acuerdo colectivo en el seno de la empresa y un plazo máximo para su conclusión, omitiéndose igualmente el régimen sancionador del eventual incumplimiento empresarial. En todo caso, si existe convenio, esa política interna habrá de respetar sus disposiciones.

#### **4. Grabación de imágenes y sonidos y geolocalización**

Parecidas garantías a las analizadas para la protección de datos son extensibles en general, con algún obvio matiz de refuerzo de la intimidad y la propia imagen de los trabajadores que aquí se involucra, a la legítima capacidad del empresario de grabar y tratar imágenes y sonidos en el trabajo para el ejercicio de su función de control de la actividad laboral. Y ello a pesar de que el art. 89 LOPD, al que se remite el art. 22 de la misma norma en lo relativo a la videovigilancia, confirmando el carácter especial de la realizada en el entorno laboral, obvia toda mención a la intimidad y propia imagen del trabajador, limitándose a prever que el ejercicio del poder empresarial se desenvuelva “dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo”. Expresión que sí contiene el posterior art. 20 bis ET, si bien con regulación tan minimalista que dificulta extraer más criterio interpretativo y limitación a esta facultad que los de la aplicación judicial y constitucional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, que asegura su contenido esencial<sup>43</sup>. De modo que principios como los de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, unidos a los de confidencialidad y minimización de datos, entre otros, parecen imponerse también ahora como garantías aún más imprescindibles que las vistas para el supuesto de uso de dispositivos digitales para el trabajo, porque el trabajador sometido a estos sistemas se vuelve transparente y permanentemente visible y audible para su empresario. Así, la grabación de imágenes y sonido, más estricto este segundo, debe responder a un criterio finalista conforme a las reglas citadas, no quedando al albur de la discrecionalidad empresarial, y el eventual tratamiento debe cohonestarse con la protección de datos personales conforme a los límites antevistos. Ello resulta netamente coherente con la expresión legal sobre el regular ejercicio del derecho, que presupone la existencia de razones organizativas y necesidades empresariales justificativas de semejante afectación a lo que, en expresión judicial, significa una razonable expectativa de privacidad en el ámbito laboral<sup>44</sup>.

En este contexto general, las reglas legales inciden en el derecho de información previa, expresa y clara a los trabajadores, que afecta no solo a la exis-

---

<sup>43</sup> Por todas, cfr. la STC 98/2000, que contempla posibles modulaciones por conectar con otros derechos protegibles, como la libertad de empresa.

<sup>44</sup> Entendiendo justificadas, idóneas, necesarias y equilibradas tales razones, vid. la STC 186/2000.

tencia de los dispositivos, sino a su finalidad de control y posible utilización para la imposición de sanciones. A esa información individual la norma suma, en su caso, la de carácter colectivo, en una condición que debiera aplicarse en todo caso como garantía de equilibrio entre los intereses de trabajadores y empleadores, y defendible, primero, a tenor del art. 64.1 ET al aludir a la información y consulta del órgano representativo “sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores”, así como al espíritu de cooperación a que alude; segundo, por el nuevo art. 64.4.4.d) ET si las imágenes van a tratarse con algoritmos o inteligencia artificial<sup>45</sup>. Ello extendería la participación colectiva a la determinación de los sistemas de videovigilancia y grabación de sonidos, que no obsta un genérico entendimiento restrictivo y expresamente finalista de la facultad empresarial. El deber se entiende cumplido por la norma, en caso de captarse la comisión flagrante de un acto ilícito<sup>46</sup>, con un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible e identificativo de la existencia de tratamiento, identidad del responsable y posible ejercicio de los derechos de acceso y rectificación, dado por bueno mediante un código de conexión o dirección de internet (art. 22.4 LOPDP). Información en exceso genérica que, validada judicialmente, no parece cumplir las exigencias mínimas de respeto a la intimidad y propia imagen, como entendió la más garantista doctrina inicial del TEDH, luego también corregida<sup>47</sup>, planteando dudas sobre lo que sea acto ilícito suficiente a estos fines. Y menos aún garantiza el anticipado carácter finalista de la medida, que no ampara cualquier uso. La negociación colectiva dispone, pues, también aquí de un terreno idóneo para concretar y aportar seguridad jurídica a los inciertos términos legales, reforzando la causalidad y finalidad de la incorporación de estos sistemas y el congruente contenido de la información trasladada al trabajador.

Por su parte, la grabación de sonidos posee un régimen más riguroso en su habilitación al empresario, tanto en su causa, existencia de riesgos relevantes para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad desarrollada en el centro de trabajo, como en sus condiciones de ejercicio, con mención expresa, junto a las garantías previstas para grabar imágenes, de los principios de proporcionalidad e intervención mínima. Estos principios, que debieran expresarse comúnmente para ambos sistemas de grabación, responden

<sup>45</sup> Sí es aplicable para la AEPD (<https://www.aepd.es/sites/default/files/2021-02/fichas-videovigilancia-6-camaras-control-laboral.pdf>).

<sup>46</sup> Interpretado como actividad delictiva o infracción laboral especialmente grave (C.H. PRECIADO, *Los derechos digitales de las personas trabajadoras...*, cit. pp. 156; J.C. QUIÑONES, “La regulación de los derechos digitales en el ordenamiento español...”, pp. 12/33).

<sup>47</sup> Cfr. la STC 39/2016 (con voto particular) y las SSTS 31 en. 2017 (3331/2015) y 1 y 2 feb. 2017 (3252/2015 y 554/2016, respectivamente), en contraste con la STEDH 9 en. 2018 citada, luego rectificada por la STEDH (Gran Sala) 17 oct. 2019 (López Ribalda II), al considerar que los tribunales españoles ponderaron adecuadamente el interés del empresario en proteger su patrimonio por las sospechas razonables de comisión de graves irregularidades. Al respecto, con visión crítica respecto de nuestra jurisprudencia, C. CHACARTEGUI JAVEA, “Videovigilancia en el lugar de trabajo y ‘expectativa razonable de privacidad’ según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia de 9 de enero de 2018 (Caso López Ribalda contra España)”, *Revista de Derecho Social*, 2018, núm. 83, pp. 125 y ss.; C.H. PRECIADO, op. ult. cit. pp. 155-156; J.C. QUIÑONES, op. ult. cit., pp. 13/33.

ahora a la mayor lesividad sobre la intimidad de la audiovigilancia, como valoró la STC 98/2000, hasta no haberse considerado como medio auxiliar o complementario del resto de medidas de vigilancia y exigir su necesidad para el cumplimiento del poder empresarial de control, al que suele bastar la grabación de imágenes. Y es que la posibilidad de captar mediante la grabación indiscriminada de voz conversaciones y comentarios privados, de trabajadores y de terceros, puede ser desproporcionada<sup>48</sup>. Mayor sensibilidad de los derechos de los trabajadores mediante la grabación de sonido que también justifica la previsión de su supresión, en el plazo máximo de un mes, salvo que acrediten la comisión de actos contrarios a la integridad de personas, bienes o instalaciones (art. 22.3 LPODP).

Finalmente, como norma común a video y audiovigilancia, se prohíbe la instalación de tales sistemas en lugares destinados al descanso o esparcimiento, citando vestuarios, aseos, comedores y análogos, en una fórmula abierta que conecta con el derecho a la intimidad y dignidad del trabajador, y que más que por tratarse, como dice el precepto, de lugares con esa específica finalidad, que reproduce los términos de la STC 98/2000, son espacios que, aun dentro de la empresa, no están habilitados para la ejecución de la actividad laboral. Es esta la condición esencial, y no el destino de descanso o esparcimiento lo que califica la cualidad de no vigilado del lugar en cuestión, extendiendo su radio de acción a espacios no mencionados.

En lo que afecta a la geolocalización, el art. 90 LOPDP faculta a los empresarios a su utilización a efectos de control de la actividad laboral, en los términos que permiten su marco legal y con los límites inherentes al mismo, sometido al derecho de información expresa, clara e inequívoca a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, de la existencia y características de estos dispositivos. Fórmula equivalente a la empleada en el artículo precedente, sustituyendo aquí el calificativo de concisa que acompaña al deber de informar por el de inequívoca, en un punto de mayor rigor que, no obstante, tampoco parece ajeno a aquellos otros medios. Son, pues, extensibles a este supuesto idénticas consideraciones a las realizadas *supra*. Baste añadir que la geolocalización encuentra su principal potencial invasivo cuando, como en actividades móviles o itinerantes, acompaña de forma continua y permanente al trabajador como instrumento de registro horario y control de su prestación de trabajo, pudiendo dar prueba del incumplimiento por realizar actividades privadas<sup>49</sup>, por lo que las cautelas resultan especialmente exigibles para acotar su tratamiento a la jornada laboral y obligaciones contractuales, debiendo

---

<sup>48</sup> Cfr. AEPD, en Informe (2019), en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/informe-juridico-rgpd-grabacion-de-imagenes-y-voz-proporcionalidad.pdf>.

<sup>49</sup> Cfr. la ya citada STC 61/2021. También, las SSTSJ 8 fe. 2021 (163/2021) y 8 mar. 2022 (130/2019) y las SSTSJ (Castilla y León) 8 may. 2013 (453/2017); (Asturias) 3 oct. 17 (1908/2027); (Madrid) 3 feb. 2020 (749/2019). Para la AEPD, en un trabajador itinerante cuyo registro de jornada se geolocaliza se puede comprobar cuándo comienza y finaliza el tiempo de trabajo, pero no verificar dónde se encuentra en cada momento, y exige aplicar los principios generales propios de la protección de datos personales (*La protección de datos en las relaciones laborales*, cit., pp. 36 y 53 y ss.).

resultar proporcionado so riesgo de incurrirse en una injerencia de la intimidad. En todo caso, las fronteras pueden ser difusas y de compleja diferenciación en supuestos de autogestión o flexibilidad del tiempo de trabajo, por ejemplo, donde no todo el tiempo en que se efectúa el seguimiento se está a disposición empresarial. Por ello conviene interpretar restrictivamente este sistema de control de la actividad laboral y exigir, además de las garantías propias de los datos personales, su solo uso en los supuestos imprescindibles y siempre que el ejercicio de la facultad empresarial de vigilancia no pueda actualizarse por medios menos intrusivos, asegurando en todo caso su desconexión fuera de la jornada laboral. De ahí que la negociación colectiva sea un instrumento casi ineludible para valorar la necesidad e idoneidad de implantación de un sistema de geolocalización y el régimen que le sea aplicable, en una llamada ya recurrente en estas páginas como fuente de concreción de la ambigüedad legal.

## **5. Negociación colectiva y derechos digitales**

Los preceptos de carácter laboral en la LOPD se cierran con la previsión en su art. 91 de una genérica habilitación a los convenios colectivos para establecer garantías adicionales a las legales en materia de tratamiento de datos personales de los trabajadores y protección de los derechos digitales en el entorno laboral. La norma reafirma la típica relación de suplementariedad y complementariedad entre ley y convenio, atribuyendo a la autonomía colectiva la capacidad de mejora de los mínimos legales y de especificación de sus contenidos, en una disposición cuya principal virtualidad es compensar finalmente la notable ausencia del entorno colectivo en el ámbito de los derechos digitales, así como la idoneidad de esta fuente para especificar, desde la cercanía a las circunstancias de sectores y empresas, las imprecisiones legales, evitando su reiteración en todas y cada una de las normas aplicables. Con todo, destaca de esta previsión, innecesaria por inherente a nuestro sistema de ordenación de la relación de trabajo, el importante reto que plantea a los negociadores de convenios colectivos la regulación de los derechos laborales y poderes empresariales en un contexto de digitalización masiva que tensiona algunas de las categorías clásicas del Derecho del Trabajo y que, en su redacción legal, son susceptibles de generar mayor asimetría en las posiciones de las partes.

En este sentido, el impacto tecnológico no acaba con las garantías de los derechos digitales y la protección de datos personales en el ámbito laboral, sino que desvuelve sus efectos sobre todas las fases y contenido de la relación contractual, reclamando de la negociación colectiva una posición principal en la adaptación de múltiples aspectos laborales que, en algunos casos, permite considerar este ámbito como un espacio de genuino autogobierno colectivo, al objeto de adaptar la normativa a las muy distintas circunstancias en que se desarrolla el fenómeno digital. La cualificación profesional y la adquisición de competencias digitales por parte de los trabajadores, la adaptación de los sistemas de clasificación profesional y de retribución, las medidas

de flexibilidad interna en todas sus variantes y, en fin, el propio desenvolvimiento de la acción representativa en el nuevo entorno digital son materias que reclaman una acción anticipatoria por parte de la negociación colectiva, liderando los cambios y superando su frecuente reacción puramente defensiva frente a los mismos. Paradigma de su papel decisivo es la reiterada llamada a la negociación colectiva propuesta por la Ley 10/2021 en lo relativo al teletrabajo<sup>50</sup>. Por ello, la autonomía colectiva no puede ser retardataria de los cambios necesarios que de forma dinámica y adaptativa puede asegurar en los lugares de trabajo, ni pueden ser excusa de su eventual inactividad presuntas debilidades legales que no hacen sino reclamar su mayor protagonismo en la gobernanza del fenómeno digital en las relaciones laborales. Protagonismo que, por cierto, cuestiona la reciente STC 160/2021, en una discutible solución. Además de excluir en el caso enjuiciado la afectación al derecho fundamental a la protección de datos en el ámbito laboral, señala que de aceptarse la validez de los términos pactados en convenio sobre la exclusión del uso del poder disciplinario detectado tras la monitorización constante de los empleados, que se pretende solo dirigida a reconocer la calidad del servicio y carencias formativas, se impediría el ejercicio del poder sancionador empresarial que se declara irrenunciable, concluyendo con la declaración de nulidad de dicha cláusula convencional<sup>51</sup>. Esto es, no se aprecia vulneración de aquel derecho fundamental ni de la intimidad por incumplirse, además de la información de los trabajadores sobre la finalidad de las grabaciones, el acuerdo con los representantes de los trabajadores sobre su objeto, lo que cuestiona el papel de la autonomía colectiva reconociendo una suerte de ámbito de exclusión a la misma por la presunta existencia de derechos indisponibles del empleador. Ello modifica el fundamento que sustenta nuestro modelo de negociación colectiva, dirigido a la mejora de mínimos legales respecto de los trabajadores, no de los empresarios, imponiendo injustificadamente un efecto propio de las normas laborales imperativas, y tergiversa el sentido de la irrenunciabilidad del poder sancionador del empleador. Restar afectación constitucional a una materia que discute la validez de una grabación constante de llamadas, posiblemente contraria a los principios y reglas antes analizados y previstos para garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores, resulta incongruente. Lo que aquí se ventila no es la capacidad de sancionar, sino de hacerlo en base a datos personales obtenidos con finalidades distintas y expresamente excluyentes del poder disciplinario, pasando inadvertido que

---

<sup>50</sup> Sobre cómo se expresa esa relación ley-convenio en el ámbito del teletrabajo y sus implicaciones, vid. más ampliamente M<sup>a</sup>.E. CASAS, “El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia”, cit., pp. 17-18/18.

<sup>51</sup> Vid. E. ROJO TORRECILLA, “Monitorización de la actividad laboral. Para el TC no existe vulneración del derecho constitucional a la protección de datos. Notas a propósito de la sentencia de 4 de octubre de 2021 (caso Telefónica España S.A.U.)” (<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2021/10/monitorizacion-de-la-actividad-laboral.html>); y, con visión muy crítica, A. TODOLÍ, “Los Tribunales niegan la eficacia de la negociación colectiva en materia de Protección de Datos. Comentario a la STC 160/2021, de 4 de octubre” (<https://adriantodoli.com/2021/11/11/los-tribunales-niegan-la-eficacia-de-la-negociacion-colectiva-en-materia-de-proteccion-de-datos-comentario-a-la-stc-de-160-2021-de-4-de-octubre/>).

esa presunta irrenunciabilidad del poder disciplinario empresarial en materia de protección de datos, tan sensible para los derechos de los trabajadores y sometido a especiales límites y condiciones de ejercicio por su capacidad lesiva de derechos fundamentales, quiebra el equilibrio del pacto colectivo que, quizá, asumió un régimen más intenso de monitorización, superando los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, precisamente a cambio de no utilizarse para la faceta más afflictiva del poder de control empresarial, la de imponer sanciones, factible, sin duda, por otros cauces.

Por ello, en fenómeno tan volátil y cambiante como la digitalización en el empleo, de potencial lesivo tan relevante, es esperable que los negociadores colectivos, y los operadores jurídicos, sean conscientes de la necesidad e idoneidad de la autonomía colectiva para establecer un equilibrio adecuado entre los intereses intrínsecamente enfrentados, articulando fórmulas de cooperación, a veces limitadas a la relación de complementariedad con la norma estatal, otras de suplemento, no de resta, de garantías y derechos, pero siempre bajo el prisma de flexibilidad que el nuevo modelo impone y evitando los efectos perversos y sesgos potencialmente tan sensibles en esta realidad normativa<sup>52</sup>. Con estas coordenadas, cabe confiar en un verdadero salto cualitativo en la gestión colectiva del reto digital en las relaciones de trabajo.

### III. CONCLUSIÓN: HACIA UN MODELO DE GARANTÍAS Y AUTORREGULACIÓN COLECTIVAS DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA DIGITAL EN LA EMPRESA

Como se ha observado, los derechos digitales en el lugar de trabajo parten legalmente de una concepción de promoción del uso de las tecnologías en el entorno laboral que inicialmente se comparte, pero que muestra significativas omisiones e imprecisas previsiones de garantía de derechos individuales y controles colectivos al potencialmente incisivo poder empresarial de uso de la conectividad de los trabajadores. Desde luego, la dignidad, intimidad, protección de datos personales y otros derechos individuales afloran como fuente para asegurar la protección de las personas en general y de los trabajadores en particular frente al fenómeno digital y tecnológico, pero se aprecian escenarios de conflicto que recomiendan adaptaciones o especificaciones sistemáticas para proteger los valores y bienes constitucionales mediante garantías instrumentales o auxiliares que aporten seguridad jurídica a ambas partes y equilibrio en la relación de trabajo. La considerable capacidad empresarial de utilización de información obtenida de medios digitales debe encauzarse hacia la adopción de decisiones más eficientes desde la perspectiva organizacional, pero ello debe promoverse, dentro del contexto de los derechos fun-

---

<sup>52</sup> En este sentido, resultan de especial valor las Guías recientemente elaboradas por las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal, citadas en n. 18, con interesantes y apropiados criterios y pautas de actuación a aplicar en las mesas de negociación, en la confianza de que sus indicaciones sean pronto traspasadas al texto de los convenios colectivos.

damentales de los trabajadores que planea sobre esta cuestión, preservando los espacios íntimos y privados que impidan hacerles sujetos incondicionalmente transparentes en todo cuanto no resulte imprescindible y proporcionado al cumplimiento de legítimos y ponderados intereses empresariales. Es esta la dimensión que reclama una posición más proactiva legal y convencional, porque los límites se han articulado básicamente mediante derechos individuales de información y, en su caso, presupuesta la exactitud y transparencia, de consentimiento informado del trabajador, a menudo tan débiles que permiten cuestionar su existencia, quedando relegados los controles colectivos, que solo se establecen de forma secundaria y hasta subsidiaria. Pero, como se ha señalado, en ocasiones cabe dudar de la existencia de un genuino libre consentimiento informado, más formal que real, toda vez que la información trasladada, allí donde se contempla, deja huérfanos de contenidos no solo el alcance exacto de los datos obtenidos sino su utilización misma, debilitando el equilibrio contractual y ampliando los poderes del empleador, lo que aconseja un criterio interpretativo razonablemente restrictivo en coherencia con el valor de los intereses en juego. Confiar ese equilibrio de posiciones a la sola aceptación explícita o implícita del trabajador al desenvolvimiento de las facultades empresariales ignora la intrínseca desigualdad y la débil capacidad de oposición de aquel, haciendo de los preceptos legales verdaderas normas en blanco, requeridas de una negociación colectiva no meramente limitada a añadir “garantías adicionales” sino a especificar y completar algunas de las imprecisas reglas legales con un mayor nivel de exigencia adecuado a las circunstancias de la unidad negocial.

Se apuesta aquí por un modelo de gobernanza colectiva de la digitalización en las empresas<sup>53</sup> que, sobre permitir la participación colectiva en la elaboración de las políticas empresariales en relación con este fenómeno, asegure en cada caso un adecuado balance de los contrapuestos intereses involucrados. No se trata de prejuzgar, bajo un presunto principio de sospecha de abuso por el empresario de sus facultades en relación con la digitalización, sino de constatar que el imparable incremento de información disponible y de capacidad para su análisis hace más asequible la toma de decisiones basadas sobre elementos no estrictamente profesionales que ocultan su verdadera naturaleza, condicionando decisiones a veces puramente automatizadas que no discriminan la cualidad de la información e introducen sesgos. Así que importar en esta sede de vigilancia y control empresarial idénticas reglas y cautelas a las dispuestas para un momento en que los datos eran muy inferiores cuantitativa y cualitativamente supone ignorar, en un inevitable efecto multiplicador, la creciente potencialidad de injerencias injustificadas y ataques a los derechos de los trabajadores. Y su aparente neutralidad, porque se sabe todo sin distinguirse nada en concreto, puede hacer pasar por legítima una actuación empresarial realmente invasiva de los derechos del trabajador, para cuya tutela dicho sujeto está individualmente indefenso, dada su escasa

---

<sup>53</sup> Así también, A. TODOLÍ, “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales...”, cit.

autonomía y capacidad de oposición, máxime en los términos del genérico consentimiento informado incapaz de aprehender la complejidad intrínseca de lo aquí concernido, lo que solo se compensa con la intervención de las instancias colectivas, cuyos derechos de información aseguran un conocimiento cierto y más completo, y cuya participación en el diseño digital en la empresa permite incorporar medidas preventivas y anticipatorias de actuaciones desviadas.

Justamente esa finalidad preventiva y de anticipación y evitación de las lesiones antes de que se produzcan es lo que reclama la mayor intervención de la negociación colectiva. La legislación se mueve entre mimbres, sobre individualistas, preferentemente reparadores o que actúan como controles *a posteriori*; esto es, producida la decisión derivada de la digitalización se valora la eventual lesión a derechos individuales, determinando la validez o no de la conducta. Pero faltan marcos de actuación previos a la medida empresarial misma que establezcan el ámbito de actuación legítima y la limitación de los poderes. Por ello, y sin perjuicio de la adecuada intensificación de la participación de los órganos representativos en el diseño de la política empresarial en orden a la digitalización, cabe proponer que sea la negociación colectiva la fuente de determinación de las condiciones de ejercicio de los poderes empresariales en el entorno digital, lo que podría actualizarse mediante la conclusión de Planes de Digitalización negociados a nivel de empresa, a imagen de lo ya aplicado en otros ámbitos, como el relativo a los Planes de Igualdad, que ponen en juego derechos y bienes jurídicos tan relevantes como los ahora involucrados. Lo que, para no quedar al solo arbitrio de los sujetos colectivos, podría canalizarse mediante la incorporación al art. 85.2 ET de un nuevo contenido obligatorio para el convenio colectivo. Contenido que debiera considerar también como propio la identificación de los riesgos para la salud derivados de la intensiva tecnologización, entrando en un muy enriquecedor diálogo con las obligaciones de evaluación y planificación preventiva que, situadas en otra norma, pueden verse muy condicionadas por el grado de conectividad y usos digitales que aquel instrumento prevea. Junto a un modelo de cogobernanza empresarial y colectiva del fenómeno digital, ese esquema serviría para una implantación real, natural y equilibrada del hecho digital, otorgando mayor legitimidad y certidumbre a las facultades empresariales de control y vigilancia ahora prácticamente copadas por el uso de equipos tecnológicos. Ese modelo de autorregulación, capaz de salvar las ambigüedades legales y de compensar la vertiente esencialmente individualista de la digitalización, haría de este ámbito un marco más garantista y transparente, al tiempo que más proclive a la expansión sin recelos de una realidad imparable.

CONTROL TECNOLÓGICO: UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN  
DEL TRIPLE JUICIO DE PROPORCIONALIDAD CONFORME  
A LA NORMATIVA EUROPEA DE PROTECCIÓN DE DATOS

ADRIÁN TODOLÍ SIGNES

*Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universitat de València

## **SUMARIO**

1. INSATISFACCIÓN GENERALIZADA. 2. CAMBIAR EL FOCO: DE PILLAR A LOS “TRAMPOSOS” A PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS. 2.1. La intimidad y privacidad como principal límite. 2.2 Pillar a los “incumplidores”. 2.3 El olvido del resto de derechos, y prioridades, en la ponderación. 3. LA MINUSVALORACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS. 3.1 Relevancia constitucional de los requisitos de protección de datos. 3.2 Adaptación del test de constitucionalidad a la ponderación decidida por Legislador. 4. DEBILITAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DE PROTECCIÓN FRENTE A CONTROLES TECNOLÓGICOS. 4.1. Importancia de la negociación colectiva. 4.2. Debilitamiento de la efectividad de la negociación colectiva por la jurisprudencia. 4.3. La remisión a la negociación colectiva como fórmula de desregulación. 4.4. Propuestas para reforzar la negociación colectiva. 5. FALTA DE ESPECIFICIDAD LABORAL DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS. 6. CONCLUSIONES.

“Cuando tengo una película a domicilio no quiero perdérmela”

Juez Salomone

Un giorno in pretura (1954)

## 1. INSATISFACCIÓN GENERALIZADA<sup>1</sup>

El presente trabajo parte de un consenso doctrinal. Como bien señala la prof. Valdeolivas<sup>2</sup>, a pesar de la reciente regulación en materia de control tecnológico de las personas trabajadoras en el ámbito empresarial (art. 20 bis ET y arts. 87 a 91 LOPDGDD), la cuestión se encuentra lejos de poderse considerar bien cerrada<sup>3</sup>.

En esta normativa, el legislador opta por incorporar los últimos criterios jurisprudenciales<sup>4</sup> al texto legal. Y, probablemente, esta sea la causa principal de la insatisfacción con los resultados normativos.

---

<sup>1</sup> Investigación parte del Proyecto de I+D+i Retos MICINN “Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas en entornos de inteligencia artificial, IoT, big data y robótica” (PID2019-108710RB-I00, 2020-2022).

<sup>2</sup> VALDEOLIVAS GARCIA Y., “Derechos de información, transparencia y digitalización”, ponencia al Congreso nacional de la AEDTSS celebrado en Alicante en 2022, *versión preprint*, 2022.

<sup>3</sup> Entre otros ver, CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos”, *TL*, 150, 2019, pp 13-44; NAVARRO NIETO, F., “Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación de sonido”, *TL*, 150, 2019, pp 71-99; GONZALEZ ORTEGA, S., “Las facultades de control a distancia del trabajador: geolocalizadores y tacógrafos”, *TL* 150, 2019, pp 45-70; MONEREO PÉREZ J.L., y ORTEGA LOZANO P.G., “El control empresarial del correo electrónico del trabajador”, *TL*, 2019, pp 133-159; MOLINA NAVARRETE, “Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales”, *TL*, 150, 2019, pp 331-354, MOLINA NAVARRETE C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de gestión y garantías*, Bomarzo, 2021. También se ha criticado por razones de inseguridad jurídica así, GOERLICH PESET, J.M. “Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico inquietudes y paradojas”, *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico: XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional / coord. por Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, 2016, p. 126.

<sup>4</sup> Los vigentes en 2018. Dado que algunos de estos criterios ya han sido modificados, por ejemplo, por la STEDH de 17 de octubre de 2019 caso López Ribalda II.

Como se argumentará en este trabajo, los tribunales, en los últimos 20 años de debates sobre las facultades de control tecnológico, han ido incrementando las posibilidades de vigilancia de los trabajadores mediante medios tecnológicos a través de la calificación como lícita de la prueba presentada por la empresa en un proceso de despido disciplinario. Todo ello a la vez que tecnología permite un control, cada vez más exhaustivo, invasivo y barato en beneficio de la empresa<sup>5</sup>.

De esta forma, los tribunales, como no puede ser de otra manera, resuelven sobre el uso lícito o ilícito –proporcionado o desproporcionado– de las medidas de control tecnológico en casos en los que la medida de control ha funcionado para “pillar” a un trabajador “tramposo”<sup>6</sup> o incluso delictivo. Ante esta tesitura, entre indemnizar o incluso declarar la nulidad del despido, del trabajador “culpable” o admitir la validez de la prueba presentada, los tribunales han ido paso a paso permitiendo un mayor uso de este control tecnológico devaluando con ello la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras (especialmente para las “no culpables”).

Este foco centrado en impedir que los “incumplidores” salgan indemnes es especialmente preocupante desde el momento en el que el legislador interno toma como referencia, para regular los Derechos fundamentales de los trabajadores frente a un control tecnológico, estas mismas resoluciones y, con ello, asume esta perspectiva “policial”, desatendiendo los efectos estructurales y de equilibrio de posiciones entre empresario y personas trabajadoras.

Adicionalmente, en este trabajo se argumentará que esta posición tomada por la jurisprudencia interna y, de alguna forma, elevada a rango legal por el legislador interno es contraria a la postura elegida por el Reglamento europeo de protección de datos. Una norma, a la postre, jerárquicamente superior y de aplicación directa.

Así se argumentará: 1) que la normativa de protección de datos tiene alcance constitucional –por afectar a DDFF– y su incumplimiento debe provocar la nulidad de una prueba tecnológica; 2) que la ponderación entre derechos constitucionales realizada mediante el triple juicio constitucional de proporcionalidad debe ser vertebrada por los principios generales creados por el legislador europeo en materia de protección de datos. Esto es, el triple juicio de constitucionalidad debe realizarse bajo los parámetros del principio de minimización de datos. En este trabajo se realizará una propuesta concreta y actualizada conforme a los parámetros de la normativa europea para realizar el triple juicio de proporcionalidad; 3) en tercer lugar se argumentará que algún posicionamiento judicial, centrado en “pillar” a los “tramposos”, está

---

<sup>5</sup> TODOLÍ SIGNES, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *RDS*, 84, 2018; TODOLÍ SIGNES A., “En cumplimiento de la primera ley de la robótica”, *Labour and law issues*, 5 (2), 2019, disponible online en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3506584](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506584)

<sup>6</sup> MOLINA NAVARRETE, “Control tecnológico del empleador...”, op cit, p 342

provocando una minusvaloración de la capacidad de la negociación colectiva de establecer garantías adicionales en materia de protección de datos. Un posicionamiento que se considera criticable a la vista de la normativa europea e interna.

Por último, este trabajo analizará cómo no es solamente un problema de foco de la jurisprudencia que es trasladado a la legislación, sino que, en general, la insatisfacción generalizada con la normativa responde a una falta de especificidad de la regulación de protección de datos en materia laboral. En este sentido, se propondrán algunas mejoras como la extensión de la “autodeterminación informativa” (de carácter eminentemente individual<sup>7</sup>) a los representantes de los trabajadores a través de una “autodeterminación informativa” de carácter colectivo.

## 2. CAMBIAR EL FOCO: DE PILLAR A LOS “TRAMOSOS” A PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

### 2.1. La intimidad y privacidad como principal límite

El control tecnológico de los trabajadores plantea un enfrentamiento entre el interés legítimo del empresario en vigilar y controlar la actividad laboral y el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores. Este conflicto se tiende a enjuiciar en la mayoría de situaciones desde la perspectiva única del derecho a la intimidad (18.1 CE) y el secreto de las comunicaciones (18.3 CE)<sup>8</sup>.

Esta perspectiva explica que el principal límite/requisito al control tecnológico sean los derechos de información y la transparencia en el uso del mismo<sup>9</sup>. De esta forma, para los Tribunales es crucial destruir la expectativa de intimidad del trabajador, esto es, que el trabajador sea consciente de que no tiene intimidad en su puesto de trabajo o en el uso del ordenador de la empresa, del coche de empresa o durante las conversaciones telefónicas en tiempo de trabajo. Una vez el trabajador sabe que puede ser controlado (obligación de información), el empresario será libre de poder usar las fórmulas tecnológicas de vigilancia que considere oportunas dado que si el trabajador mantiene conversaciones íntimas o usa los medios empresariales para cuestiones privadas será su responsabilidad y deberá soportar los descubrimientos sobre su vida privada que realice el empresario<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Al respecto ver, TODOLÍ SIGNES, A., “La reputación online de la economía colaborativa y su impacto en los derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista derecho del trabajo*, 14, 2017; 31-44.

<sup>8</sup> GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del reglamento europeo de protección de datos de 2016”, *RDS*, 78, 2017, p 26

<sup>9</sup> GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales...”, *op cit.*, p 27;

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ J.L., y ORTEGA LOZANO P.G., “El control empresarial del correo...”, *op cit.*, p 154. Todo esto puede ser matizado por el principio de proporcionalidad pero, como luego

Otro límite que responde a esta óptica de respeto a la intimidad es la imposibilidad de realizar controles fuera del lugar de trabajo y tiempo de trabajo. Así, la jurisprudencia señala que las posibilidades del empresario de violar el derecho a la intimidad fuera del lugar y tiempo de trabajo son mucho mayores y, por ello, reduce las posibilidades de control fuera del mismo.

## 2.2. Pilar a los “incumplidores”

Ahora bien, estos límites provenientes de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones son susceptibles de decaer frente a otra perspectiva que parece alcanzar la condición de objetivo supremo: pillar a los “incumplidores”<sup>11</sup>

En efecto, los máximos interpretes no plantean demasiados problemas a la hora de doblegar estos principios en los casos en los que sostenerlos implique anular pruebas que obligarían a declarar improcedente/nulo un despido de un trabajador que se sabe “culpable” en base a esas mismas pruebas tecnológicas que se enjuician.

Para sostener esta tesis de la prevalencia de la efectividad de la prueba sobre los derechos fundamentales se puede traer a colación la STC 170/2013<sup>12</sup> en la que se desvirtúan las garantías de la “destrucción de la expectativa de intimidad” al admitir el registro del correo electrónico sin haber informado directamente a los trabajadores de tal medida y sin ni siquiera haber establecido previamente prohibición alguna del uso privado de tales medios tecnológicos a través de ningún protocolo o aviso interno en la empresa<sup>13</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional admitió como suficiente para poder realizar los registros al correo electrónico corporativo que el convenio colectivo aplicable tipificara como falta leve “la utilización de medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral”. Así, el Tribunal vendrá a sostener que el trabajador, habiendo de conocer el convenio colectivo, no debió albergar expectativa de privacidad alguna, permitiendo por ello el control empresarial realizado.

En el mismo sentido, se ha admitido el control de la mensajería instantánea instalado en un ordenador de uso común en la empresa, una vez más, sin que la empresa hubiera manifestado o informado a los trabajadores de las posibilidades de registro o control alguno, al entender que el trabajador no

---

se argumentará, solo actúa en situaciones límite y no como una verdadera proporcionalidad que tiene en cuenta todas las circunstancias

<sup>11</sup> En este sentido ver, MOLINA NAVARRETE, “Control tecnológico del empleador...”, op cit, p 342. Sobre el uso disciplinario de las nuevas tecnologías ver, SANCHEZ-RODAS NAVARRO C., “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, TL, 138, 2017, p 177.

<sup>12</sup> Sobre esta sentencia ver, APARICIO TOVAR, J., “Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica. A propósito de la STC 170/2013, de 17 de octubre de 2013”, *RDS*, 64, 2014.

<sup>13</sup> CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, op cit, p 23

debería tener expectativas de intimidad en un ordenador común ni tampoco derecho al secreto a las comunicaciones (STC 241/2012)<sup>14</sup>. En consecuencia, los requisitos de información previa de los controles realizados se ven rebajados por los máximos Tribunales cuando, de no hacerlo, se limitaría el poder disciplinario del empresariado.

De hecho, cabe recordar que este posicionamiento del Tribunal Constitucional fue fuertemente criticado por la Sala penal del Tribunal Supremo (STS 16 de junio de 2014 rec. 2229/2013) al entender que se requiere autorización judicial para acceder al contenido de una cuenta de correo o mensajes de la persona trabajadora de acuerdo con el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Este “enfrentamiento” revela un posicionamiento mucho más profundo de lo que pudiera parecer. En el fondo, se trata de si los derechos fundamentales solamente tienen efectividad frente al Estado o también entre ciudadanos. Con esta interpretación, el Tribunal Constitucional adopta un posicionamiento liberal de los derechos fundamentales, esto es, los mismos existen para limitar los poderes del Estado frente a los ciudadanos derivado de la diferencia de poder entre ambos, pero no se aplica la misma protección cuando un sujeto privado usa su poder sobre otro ciudadano.

También los derechos de información y transparencia en los controles tecnológicos son reducidos cuando hay que represaliar a un trabajador “incumplidor” desde el momento en que se acepta la videovigilancia oculta. En este caso, es el TEDH<sup>15</sup> el que admite la misma siempre que haya sospechas previas de conductas ilícitas en el trabajador sometido a vigilancia secreta.

En este sentido, el empresario deja de ser tal para ponerse la “gorra” de policía. El objetivo ya no es solamente impedir los incumplimientos de los trabajadores o proteger su patrimonio –para lo cual el efecto disuasorio de una cámara bien visible debería ser suficiente– sino que se le otorgan poderes especiales de “autoridad pública” permitiendo que use cámaras ocultas para recopilar pruebas y realizar su propia investigación.

En materia de límites del control fuera del lugar de trabajo y del horario de trabajo también la jurisprudencia ha sido permisiva. Hay consenso en la doctrina sobre el aumento de las posibilidades de violar la intimidad del trabajador aumentan exponencialmente cuando se usan medios tecnológicos para vigilar la conducta fuera del mismo<sup>16</sup>. Sin embargo, esto no ha impedido que se justifique tal control con objeto de proteger intereses del empresario.

---

14 CARDONA RUBERT, M.B., “Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de septiembre”, *RDS*, 60, 2012.

15 STEDH 17 de octubre de 2019 (Caso López Ribalda y otros c. España). Al respecto ver, MOLINA NAVARRETE, “Control tecnológico del empleador...”, op cit, p 342; VALLE MUÑOZ, F.A., “Control tecnológico empresarial y licitud de la prueba en el proceso laboral”, *Trabajo y Derecho*, smarteca, 87, 2022.

16 CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, op cit, p 35; GONZALEZ ORTEGA, S., “Las facultades de control a distancia del trabajador...”, op cit, p 64

De este modo, la STS de 15 de septiembre de 2020 (rec. 528/2018) admite vigilar el GPS del automóvil de la empresa fuera del tiempo de trabajo para controlar que el trabajador cumple con la obligación de no usar el vehículo para cuestiones particulares. No parece importar mucho que, con ese control, se pueda descubrir la afiliación política o sindical del trabajador (usar el vehículo para ir a un mitin), su orientación sexual (acudir a manifestaciones o locales que permitan tal identificación) o si tiene un amante y es que, si el trabajador no podía usar el vehículo fuera del tiempo de trabajo, a partir de aquí la jurisprudencia sostiene que se debe soportar cualquier consecuencia derivada de sus actos. Así, esta doctrina judicial parece apuntar a que siempre que haya una obligación es legítimo que el empresario use un medio tecnológico para controlar su cumplimiento con independencia de que pueda afectar o no a la intimidad del trabajador.

En fin, como se puede observar, de un lado, se está ante una situación en la que los tribunales solamente se fijan en los derechos fundamentales de intimidad o secreto de las comunicaciones para diseñar límites al control digital, dejando fuera de la ecuación otros derechos fundamentales (igualdad, salud, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, protección de datos). De otro lado, la resolución de casos concretos donde el supuesto enjuiciado, por su propia naturaleza, es aquél en el que la vigilancia ha tenido éxito (los casos en los que la vigilancia secreta no ha dado resultado difícilmente llegarán a enjuiciarse) provoca una devaluación de los requisitos con objeto de permitir la validez de la prueba.

### **2.3. El olvido del resto de derechos, y prioridades, en la ponderación**

El aumento de las posibilidades de control tecnológico está provocando muchos efectos que son ignorados en la ponderación. Desde el momento en el que se fija como únicos límites a las posibilidades de control tecnológico los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones se obvian otros probablemente de mayor relevancia en el conflicto.

#### *i) La reducción de la autonomía del trabajador*

Es bien conocido que el *fordismo* y el *taylorismo* se basaban en empresas integradas verticalmente, y fuertemente jerarquizadas, donde existían multitud de mandos intermedios que se encargaban de controlar a los trabajadores. Esta forma de funcionar de empresas industriales y de servicios representaba una forma muy ineficiente de desarrollar su actividad para las propias empresas y era muy criticada desde los sindicatos. Las grandes estructuras de control de trabajadores implicaban enormes costes operativos que no aportaban realmente productividad directamente. Además, la falta de autonomía de los trabajadores creaba desapego hacia la empresa, desmotivación y alienación obrera. De hecho, se estaba ante un círculo vicioso: cuanto mayor control por

parte de la empresa, mayor conflictividad obrera; a lo que la parte patronal respondía con un incremento de cuadros y mandos intermedios para vigilar, generando a su vez más conflictividad<sup>17</sup>.

Por esta razón, desde los años 60 se inició una pugna para eliminar en gran medida el modelo de empresa forjado en el periodo anterior. Este enfrentamiento implicó, de un lado, deslegitimar las empresas verticalmente integradas y, de otro lado, deslegitimar la jerarquía, la planificación, la autonomía, la vigilancia y el control<sup>18</sup>.

Así, ante las críticas a la jerarquía empresarial y las demandas de autonomía por parte del personal, ahora más formado, las empresas no respondieron con mayor número de mandos intermedios, sino con la búsqueda de una mayor autonomía del trabajador, la implicación a través de la satisfacción en el trabajo y de la mejora de los salarios, el auge de conceptos como la confianza mutua y el autocontrol. En efecto, se redujo la vigilancia física, inmediata y estricta por parte de los superiores jerárquicos.

Sin embargo, con el aumento de las capacidades tecnológicas y el abaratamiento del control, estamos viendo un resurgir de la reducción de la autonomía del trabajador en su trabajo. Una vuelta a “*Tiempos modernos*” que irremediablemente nos hará repetir la historia de conflictividad y rebeldía de los trabajadores ante la falta de autonomía que será, a su vez, contestada con mayores controles tecnológicos. Cuestión que debería ser especialmente valorada si reconocemos que una de las principales funciones del Derecho del trabajo debería ser la de reducir la conflictividad laboral<sup>19</sup>.

## ii) Incremento de la intensidad laboral y de los problemas de salud mental

El aumento del control tecnológico está provocando un incremento en la intensidad del trabajo<sup>20</sup>. Solamente por poner un ejemplo cabría citar a los centros de logística de Amazon donde se controla mediante un *wearable* los tiempos que tarda un mozo de almacén en transportar paquetes de un sitio a otro y en caso de que tarde más de lo estipulado por la empresa se le envía

---

<sup>17</sup> CORIAT, *El taller y el cronómetro: ensayos sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa, SIGLO XXI de España*, edición de 2001, pp. 197-218.

<sup>18</sup> BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, Akal, 2002, p. 114.

<sup>19</sup> Por todos, MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1992, TODOLÍ SIGNES, A., *Regulación del trabajo y Política económica*.

*De cómo los derechos laborales mejoran la Economía*, Aranzadi, 2021.

<sup>20</sup> La intensificación del trabajo alude a un incremento en la intensidad del esfuerzo, y por tanto del desgaste en el trabajo, relacionado con el “tempo” del trabajo, con independencia de su duración. PÉREZ ZAPATA ET AL, “Digitalización, intensificación del trabajo y salud de los trabajadores españoles”, 2019, p. 5, versión electrónica disponible en <https://www.ccoo.es/24c0e370fa4b4d1f3682b1780854af9c000001.pdf> consultado el 08/03/2022; BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, Akal, 2002, p. 346.

una notificación advirtiéndole<sup>21</sup>. Hoteles y empresas de limpieza han utilizado estos dispositivos para medir el tiempo que tarda cada trabajador en limpiar un retrete avisándole si usa más del tiempo asignado por la empresa<sup>22</sup>. Esto es lo que la doctrina ha venido llamando “el látigo digital”<sup>23</sup>. En efecto, estos mensajes implican un “recordatorio” al trabajador de que siempre está siendo observado y presionan a éste para que cada vez trabaje más rápido y cumpla con lo deseado por la empresa<sup>24</sup>.

Incluso sin necesidad de recurrir a estos extremos, la geolocalización y el tacógrafo en los vehículos de transporte aporta el mismo nivel de observancia. Así, se registrarán todas las incidencias producidas durante la conducción como las equivocaciones de camino, el tiempo invertido, la velocidad promedio y máximas, las aceleraciones y frenadas bruscas y de pánico, el nivel de revoluciones por minuto al que se pone el motor, el tiempo del motor encendido, pero en ralentí, las paradas para descansar o ir al baño, etc<sup>25</sup>. Como resultado el trabajador queda sometido a una observación total de su conducta en todo momento, sabiendo que puede ser sancionado por cualquier error.

Estos métodos (y amenazas) consiguen que el trabajador se vea obligado, simplemente para conservar su puesto de trabajo, a poner en juego toda su inteligencia, observación, fuerza, rapidez y resistencia en favor de la empresa. Incluso a costa de su salud emocional o psicológica (estrés, ansiedad, depresión, *burnout*). Finalmente aquellos que enferman o simplemente no soportan los nuevos ritmos de trabajo son expulsados de la empresa y, en última instancia, del mercado de trabajo.

Igual que el economista Coon<sup>26</sup> demostró que, sin salario mínimo regulado, los salarios tienden a cero (debido a la competencia entre los propios trabajadores por obtener un empleo), lo mismo ocurre con los aumentos en la intensidad en el trabajo derivados de los controles tecnológicos. Efectivamente, la competencia entre las empresas y la necesidad de incrementar la competitividad exige que cada vez se usen tecnologías más potentes para extraer el máximo esfuerzo del trabajador. Una retroalimentación entre las empresas a la que solamente la regulación legal y constitucional puede ponerle freno.

<sup>21</sup> MIGUEL JORGE, “Los empleados de almacén en Amazon Reino Unido tienen tanto miedo de ir al baño que orinan en botellas”, *Gizmodo*, 2018. Disponible en <https://es.gizmodo.com/los-empleados-de-almacen-en-amazon-reino-unido-tienen-t-1825291024>, (Consultado el 08/03/2022).

<sup>22</sup> MOORE, P., *The quantified self in precarity. Work, technology and what counts*, New York, Routledge, 2018, p 142.

<sup>23</sup> MOORE, P., *Humans and machines at work: monitoring, surveillance and automation in contemporary capitalism*, London. Palgrave Macmillan, 2018, p 23.

<sup>24</sup> TODOLÍ SIGNES A., “En cumplimiento de la primera ley de la robótica”, *Labour and law issues*, 5, 2, 2019, disponible online en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3506584](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506584).

<sup>25</sup> GONZALEZ ORTEGA, S., “Las facultades de control a distancia del trabajador...”, op cit, p 48

<sup>26</sup> COON J.S., “Collective Bargaining and Productivity”, *The American Economic Review*, Vol., 19, nº 3, 1929, p 420.

En este sentido, la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, en la encuesta sobre riesgos emergentes, establece que la principal fuente de estrés identificada por las personas trabajadoras son las horas y la carga de trabajo<sup>27</sup>. Algunos autores sugieren que la intensidad del trabajo se habría convertido actualmente en el riesgo más relevante (junto a los problemas ergonómicos) para la salud de las trabajadoras y trabajadores españoles<sup>28</sup>. Concretamente, un estudio plantea que una reducción de los ritmos, cargas y exigencias del trabajo podría disminuir un 50% los problemas de salud mental derivados del trabajo<sup>29</sup>.

En el mismo sentido, la agencia británica de seguridad y salud en el trabajo (IOSH) en un estudio reciente vincula la monitorización constante con problemas de salud y menor productividad de las personas trabajadoras<sup>30</sup>. También múltiples estudios empíricos relacionan una mayor probabilidad de sufrir burnout y depresión con la monitorización del trabajo<sup>31</sup>.

De esta forma, las consecuencias sociales de este “libertinaje” en la aplicación de límites al control tecnológico, que incrementa las exigencias del trabajo, se paga por otros lugares: aumento del absentismo laboral, el aumento de incapacidades temporales y permanentes por ansiedad, depresión u otros problemas de salud mental y física, así como, se incrementan las reclamaciones sociales de más medidas de conciliación de la vida familiar o de reducción de la jornada laboral (jornada de 4 días).

### iii) Discriminación indirecta

Los estudios empíricos muestran que los colectivos específicamente seleccionados para ser monitorizados reproducen sesgos de género, raza, clase social y nacionalidad dado que esos grupos, tradicionalmente desfavorecidos en el mercado de trabajo, están desproporcionadamente más sujetos a vigilancia intensiva<sup>32</sup>. Así, la elección de monitorizar unos colectivos y

---

<sup>27</sup> EU-OSHA, *Second European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESE-NER-2). Overview Report: Managing Safety and Health at Work*, 2013, disponible en <https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/second-european-survey-enterprises-new-and-emerging-risks-esener> (Consultado el 08/03/2022).

<sup>28</sup> PÉREZ-ZAPATA, O., *Trabajo sin límites, salud insostenible: La intensificación del trabajo del conocimiento*, e-prints, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

<sup>29</sup> PÉREZ-ZAPATA O., y ALVAREZ-HERNANDEZ G., “Empleo, trabajo y riesgos para la salud mental: análisis y propuestas de intervención”, *Panorama Social*, 34, 2021, p 77-103.

<sup>30</sup> IOSH, *Workplace ill treatment and productivity*, 2018.

<sup>31</sup> Al respecto ver, JESKE D y SANTUZZI, AM., “Monitoring what and how: psychological implications of electronic performance monitoring”, *New technology, work and employment*, 30 (1), 2015, pp 62-78. ADAM y MASTRACCI, “Police body-worn cameras: effects on officers’ burnout and perceived organizational support”, *Police Quarterly*, 22, 2018, pp 5-30; VAN OORT, M., The emotional Labor of Surveillance: Digital control in fast fashion retail, *Critical Sociology*, 45, 2019. pp 1167-1179; RAVID et al, “A review, framework and research agenda for electronic performance monitoring”, *Journal of Management*, 46 (1), 2020, pp 100-126.

<sup>32</sup> RAVID et al, “A review, framework...”, op cit.

no otros podría en el fondo señalar la existencia de un comportamiento discriminatorio.

*iv) Legitimidad de las órdenes vs legitimidad del control*

El aumento desproporcionado de las posibilidades de control a veces debería hacernos plantear otro debate: si las órdenes eran legítimas. En efecto, en ocasiones, no es solamente que los medios de vigilancia puedan vulnerar derechos fundamentales, sino que la propia orden dada pueda exceder lo que se deba esperar de las personas afectando a la dignidad o al libre desarrollo de la personalidad<sup>33</sup>.

Un ejemplo de esto en la jurisprudencia proviene de la prohibición absoluta de usar medios empresariales para fines privados. El Tribunal Supremo ha venido admitiendo como lícito que la empresa impida que los trabajadores usen el ordenador o correo de la empresa para cualquier tipo de actividad extralaboral (sea o no en tiempo de trabajo) anudando a ello el hecho de que, activada la prohibición, el derecho a la intimidad no será aplicable.

Como se ha señalado en otros lugares<sup>34</sup>, esta prohibición absoluta parece desproporcionada en sí misma –con independencia de los medios de control que se usen para vigilar su cumplimiento–. Con la naturalidad, habitualidad y necesidad con la que se usan los medios tecnológicos hoy en día, este tipo de prohibición se podrían asemejar a una prohibición absoluta por parte del empresario de tener conversaciones orales no relacionadas en el trabajo con los compañeros: convirtiendo las oficinas y despachos en monasterios benedictinos.

Esta es la tesis mantenida por el TEDH, en su sentencia *Barbulescu II*, que sostiene que la prohibición absoluta de usar medios tecnológicos de la empresa para cuestiones privadas debe tener excepciones y, en cualquier caso, no impedirá que el trabajador tenga derecho a la intimidad en el uso de ese medio electrónico<sup>35</sup>.

Todo sea dicho, a pesar de estas reticencias del TEDH a la hora de permitir prohibiciones absolutas de usar medios tecnológicos en la empresa para cuestiones ajenas al trabajo, los Tribunales nacionales<sup>36</sup> han venido persistiendo en la licitud de tales órdenes y en la capacidad de las mismas para anular el derecho a la intimidad de los trabajadores.

<sup>33</sup> CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, op cit, p 18.

<sup>34</sup> TODOLÍ SIGNES, A., “El Registro Informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales cuestiones fundamentales”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 25, 2011, pp 105-114. En la doctrina judicial anterior al pronunciamiento del Tribunal Supremo, ver SSJS Madrid núm. 33, de 18 septiembre 2002 (AS 2002, 2828) y de 11 febrero 2003 (AS 2003, 707), La SJS Barcelona núm. 32, de 16 septiembre 2002 (AS 2002, 2637)

<sup>35</sup> GARCÍA RUBIO, A., “Control tecnológico empresarial y nuevos problemas aplicativos tras la L.O. 3/2018: una mirada desde el deber de información previa”, *foro de labos* (preprint), 2022.

<sup>36</sup> SSTs de 8 de febrero de 2018 (R.º. 1121/2015, Sala de lo Social); de 15 de septiembre de 2020 (R.º. 528/2018, Sala de lo Social); STSJ de C. Valenciana, de 3 de febrero de 2021 (R.º. 2159/2020).

En cualquier caso, a efectos de lo que aquí se señala, aunque muchas veces se enjuicia el medio de control elegido, el problema de fondo puede ser la licitud de ciertos tipos de órdenes que, si bien responden a un interés empresarial o productivo, exceden lo razonable, lo que se debería esperar de una persona o, directamente, conculcan la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, dada la amplitud de poderes empresariales para dictar órdenes y la escasa protección que tienen los trabajadores frente a las órdenes ilegítimas (recuérdese el principio jurisprudencial de “primero obedece y luego reclama”<sup>37</sup>), parece lógico que en sede judicial se pretenda anular las pruebas de tales incumplimientos (sin ni siquiera intentar, por las pocas posibilidades de éxito que se auguran con este ordenamiento jurídico actual, cuestionar la licitud de las órdenes).

Órdenes tales como no poder hacer pausas, no poder tener ningún tipo de distracción durante el tiempo de trabajo, no poder hablar con los compañeros de trabajo porque se considera una “pérdida” de tiempo, tener que estar trabajando con un rendimiento al 100% durante toda la larga jornada laboral, en el fondo exigen que las personas se comporten cual robots durante su tiempo de trabajo y si no lo hacen, ahí estarán los medios de vigilancia empresariales para sancionarlo.

#### v) Desequilibrio en el contrato de trabajo

El aumento de las posibilidades de vigilancia y control gracias a la tecnología está provocando un desequilibrio en las obligaciones y derechos que regula el contrato de trabajo<sup>38</sup>. En efecto, sin que el art. 20.3 ET haya sido modificado, el hecho de que actualmente la tecnología permita un mayor control (exhaustivo e intrusivo) de los trabajadores indirectamente ha incrementado el poder del empresario sobre el trabajador con efectos muy reales.

Tal y como el premio Nobel de economía Joseph Stiglitz estableció en su teoría de los Salarios de Eficiencia<sup>39</sup>, los empresarios tienen incentivos para pagar salarios superiores a los del mercado como forma de motivar a los trabajadores a esforzarse y cumplir las instrucciones del empresario. Así, el empresario sustituye un control exhaustivo (que históricamente era caro) de la actividad laboral por unos mejores salarios que incentivarán a los trabajadores a cumplir sin defraudar. Sin embargo, conforme los controles tecnoló-

---

<sup>37</sup> GÓMEZ ABELLEIRA F.J., *La causalidad del despido disciplinario*, Civitas, 2009, p 175; TODOLÍ SIGNÉS, A., “El despido disciplinario”, en Sala Franco T., (Dir), *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant, 2020, pp 77– 164.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2015, p 40.

<sup>39</sup> SHAPIRO CARL Y STIGLITZ JOSEPH E., “Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device”, *American Economic Review*, 1984, pp 433-444; TODOLÍ SIGNÉS, A., *Salarios y productividad*, Tirant, 2016, p 165 y ss.

gicos son más baratos –y la jurisprudencia más permisiva–, los empresarios tendrán menos incentivos para pagar mejores salarios, prefiriendo vigilar exhaustivamente el trabajo.

Los datos parecen acompañar esta tesis. En España, desde el año 2000, mientras que la productividad laboral ha aumentado un 14,07%, los salarios reales han disminuido un 1,1%<sup>40</sup>. Algo que no ha ocurrido únicamente en España, sino que es generalizado en el mundo occidental<sup>41</sup>. Esto es, mientras que el valor que aporta un trabajador a la empresa se incrementó, los salarios se redujeron. En efecto, sin que se pretenda señalar que el control tecnológico sea la única razón, sin duda, el hecho de que el empresario pueda exigir cada vez más a los trabajadores derivado del control tecnológico, a la vez que no necesita pagar buenos salarios para incentivar un buen comportamiento ya que puede realizar un control absoluto de la actividad laboral ha permitido que el empresario pueda retener todo el beneficio de esos incrementos de la productividad laboral. En definitiva, se ha producido un desequilibrio dentro del contrato de trabajo.

### 3. LA MINUSVALORACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

#### 3.1. Relevancia constitucional de los requisitos de protección de datos

En el altar supremo de la confirmación de las sanciones disciplinarias, no solamente se han sacrificado los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones, la autonomía del trabajador, la salud mental e incluso el propio equilibrio sinalagmático y recíproco del contrato de trabajo, sino también la regulación en materia de protección de datos (art. 18.4 CE).

El RGPD establece obligaciones fuertes para el empresario en materia de transparencia en el tratamiento de datos personales que no solamente incluyen obligación de informar de un sistema de control tecnológico, sino también explicitar las concretas finalidades para las que se va a emplear ese sistema de vigilancia, no pudiendo ser usados con objetivos distintos a los anunciados. A su vez, la norma exige que los fines sean legítimos y que la cantidad de datos recogidos se ajuste a los principios de proporcionalidad y minimización (Art 5 y 6 RGPD). De esta forma, la regulación en materia de protección de datos es altamente restrictiva a la hora de permitir el control tecnológico.

<sup>40</sup> FINANCIAL TIMES (2022) <https://www.ft.com/content/d7680c3c-0bea-4531-9154-ce291d5f9d77> y la productividad del trabajo obtenida a partir de la Contabilidad nacional y el IPC del INE. Resultados similares para un periodo anterior ver, CRUCES AGUILERA J., *Los salarios en España 2005/2010. Moderación salarial, pérdida de peso en la distribución de la renta y desigualdades salariales*, Estudios de la Fundación 1º de mayo, 2010, p 22-25.

<sup>41</sup> Así de acuerdo con un análisis realizado por la OIT durante el periodo 1999-2013, el incremento de productividad laboral media fue el doble que el incremento de los salarios medios IT, *Informe mundial sobre salarios 2012/2013*, Ginebra, 2013, p. 48-49, grafico 36. También la OCDE corrobora estos datos estableciendo que el salario real medio en los países desarrollados entre 1995 y 2013 creció anualmente de media un 0,8% mientras que la productividad laboral aumentó un 1,5%.

Concretamente, de un lado, el principio de transparencia y, de otro lado, el principio de minimización de los datos que pueden recogerse conduce a la idea de que la legalidad de un sistema de control debe resolverse bajo el triple test constitucional de proporcionalidad clásico (adecuación, necesidad y proporcionalidad), interpretado desde la perspectiva de la minimización de los datos y, en aplicación de los requisitos, de la información explícita de la finalidad perseguida (transparencia)<sup>42</sup>.

A pesar de que el Tribunal Constitucional ha elevado la protección de datos a la categoría de Derecho fundamental<sup>43</sup>, la realidad es que, en su aplicación al ámbito laboral, para calificar la prueba como lícita o ilícita ante un despido, estos dos principios (transparencia y minimización) parecen obviados.

En efecto, desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con López Ribalda II (que permite la grabación sin información previa<sup>44</sup>), pasando por el Tribunal Constitucional (en la conocida sentencia 39/2016 que permite la videovigilancia sin que se haya informado de la finalidad disciplinaria de dicha grabación y la reciente STC de 160/2021, de 4 de octubre) hasta el Tribunal Supremo<sup>45</sup>, todos parecen coincidir en que la infracción de normas de protección de datos, a la hora de obtener una prueba para un despido disciplinario, por sí mismo, no va a implicar la calificación de ilicitud de esa prueba<sup>46</sup>.

Particularmente todo este grupo de sentencias de los máximos tribunales interpretativos mantiene la validez del uso de pruebas electrónicas a efectos disciplinarios, aunque no se cumplieran las obligaciones de informar explícitamente de la finalidad perseguida recogida por la normativa de protección de da-

---

<sup>42</sup> RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679”, *RTSS.CEF*, 423, 2018, p 23 y ss; MIÑARRO YANINI, M., “Impacto del reglamento comunitario de protección de datos en las relaciones laborales: un –pretendido– “cambio cultural”, *CEFRTSS*, 423, 2018; GONZALEZ ORTEGA, S., “Las facultades de control a distancia del trabajador...”, op cit, p 52; NAVARRO NIETO, F., “Las facultades de control a distancia del trabajador...”, op cit, p 83; LÓPEZ BALAGUER M y RAMOS MORAGUES F., “Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad”, *Lex Social*, 10 (2), 2020.

<sup>43</sup> STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, en la doctrina ver, GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales...”, op cit, p 39. MERINO SEGOVIA A., “Tecnologías y tratamiento de datos en los procesos de selección y contratación laboral”, *Trabajo y Derecho*, smartec, 87, 2022.

<sup>44</sup> Al respecto ver, ALTÉS TÁRREGA, J.A., “La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos digitales laborales y la incidencia de la STEDH López Ribalda II”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 55, 2020, pp. 335 y ss; LAHERA FORTEZA, J., “Videovigilancia laboral y grabación de sonidos en el lugar de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 148, 2021, p. 266.

<sup>45</sup> SSTs de 2 de febrero de 2017 (rec. 554/2016) de 21 de julio de 2021 (rec. 4877/2018), STS de 13 de octubre de 2021 y la reciente STS de 25 de enero de 2022 (rec 4468/2018).

<sup>46</sup> En este sentido, y siendo críticos todos ellos con estos posicionamientos, ver GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales...”, op cit, p 39; MOLINA NAVARRETE, “Control tecnológico del empleador...”, op cit, p 342; GARCÍA RUBIO, A., “Control tecnológico empresarial y nuevos problemas aplicativos tras la L.O. 3/2018: una mirada desde el deber de información previa”, *foro de labos* (preprint), 2022.

tos (Art. 5 RGPD)<sup>47</sup>. Un posicionamiento doctrinal que acaba incluso recogido por la normativa interna cuando en el art. 89.1 LOPDGDD establece que, en el supuesto de comisión flagrante de acto ilícito, el deber de informar se entenderá cumplido cuando existiese un cartel anunciando la videovigilancia.

De esta forma, la legislación incorpora el criterio jurisprudencial por el cual, aunque no se haya anunciado la finalidad disciplinaria del control tecnológico, si éste capta un ilícito del trabajador, la prueba tecnológica se deberá considerar lícita. Esto se traduce en que, en la mayoría de casos, las cámaras de vigilancia instaladas por motivos de seguridad (para que los consumidores no roben en un establecimiento) y que están grabando a los trabajadores de forma continua y constante puedan ser usadas por razones disciplinarias sin haber informado previamente a los trabajadores que la finalidad última de esas cámaras no es solamente cuestiones de seguridad, sino también laborales.

Así, la jurisprudencia considera que lo único relevante para la calificación como lícita de la prueba es que ésta supere el juicio constitucional de proporcionalidad, esto es, que el control tecnológico sea una medida justificada, que sea idónea para el logro de los objetivos de control de la actividad laboral, que sea necesaria, por no existir una medida menos invasiva de la intimidad para alcanzar el mismo objetivo y, por último, que sea proporcionada en sentido estricto, esto es, que no cause más perjuicios que los fines que quiere alcanzar<sup>48</sup>.

Los máximos tribunales argumentan que las obligaciones nacidas de la normativa en materia de protección de datos no tienen relevancia constitucional, sino de legalidad ordinaria. Por esta razón, aunque su incumplimiento por parte de la empresa pueda originar un derecho de resarcimiento de daños y perjuicios a favor del trabajador, no anulará la prueba. En definitiva, se sostiene que vulnerar la normativa europea en materia de protección de datos no afecta a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Esto ha permitido, en contra de los deseos del legislador europeo, la normalización de formas no transparentes de videovigilancia<sup>49</sup>, el control en lugares y momentos distintos a la ejecución del trabajo<sup>50</sup>, la autorización (validez) de cualquier tipo de medida de control bastando con argumentar mínimamente la conveniencia empresarial de obtener dicho dato<sup>51</sup>.

Sin embargo, en mi opinión, estos argumentos deberían ser rechazados por las siguientes razones:

<sup>47</sup> Incluso admiten que el empresario pueda anunciar expresamente –y acordar con los representantes de los trabajadores– que no usará dicho control a efectos disciplinarios y posteriormente hacerlo igualmente como en la STC 160/2021 de 4 de octubre.

<sup>48</sup> Por todas, STC 186/2000, de 10 de julio.

<sup>49</sup> DESDENTADO BONETE, A y MUÑOZ RUIZ, A.B., “El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 44, 2010, p 20 y ss.

<sup>50</sup> GARCÍA QUINONES J.C., “La regulación de los derechos digitales en el ordenamiento español: una oportunidad para la ampliación de los derechos laborales”, *Derecho de las relaciones laborales*, 8, 2020, p 1064.

<sup>51</sup> GONZALEZ ORTEGA, S., “Las facultades de control a distancia del trabajador...”, op cit, p 60.

1) *Alcance constitucional*: El propio Tribunal Constitucional ha reconocido la vinculación de la protección de datos con los derechos fundamentales del art. 18.4 CE, por lo que no parece que sea coherente negar la misma en el ámbito laboral ni en el ámbito probatorio<sup>52</sup>. En este sentido, el RGPD, y su traslación en la normativa interna a través de la LOPDGDD, viene a cumplir con el mandato del art. 18.4 CE donde se establece que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar (a los ciudadanos) *el pleno ejercicio de sus derechos*”. La propia LOPDGDD manifiesta en repetidas ocasiones que su objetivo es proteger los derechos fundamentales de las personas. También se pronuncian diversas sentencias de tribunales superiores de justicia en este sentido<sup>53</sup>.

2) *Ponderación legislativa*: La regulación en materia de protección de datos desarrolla precisamente los derechos fundamentales estableciendo una ponderación entre los distintos derechos. Es decir, parece lógico que, ante la inexistencia de una normativa concreta que desarrolle la protección de datos, los Tribunales realicen una ponderación conforme al test de proporcionalidad con objeto de resolver el conflicto entre varios derechos enfrentados (intimidad, secreto comunicaciones, protección de datos, de un lado, y libertad de empresa, de otro). Ahora bien, desde el momento en el que el legislador orgánico (y en este caso también el europeo) se pronuncia, determinando una serie de garantías mínimas (transparencia) y desarrolla un test específico para resolver conflictos (minimización de datos), los tribunales deberían quedar vinculados al mismo para resolver conflictos entre distintos derechos fundamentales para determinar cuándo quedan vulnerados.

3) *Importancia del requisito de informar de la finalidad del control*: Aunque no se exprese directamente por la jurisprudencia, el hecho de negarle eficacia constitucional a la protección de datos, y concretamente a la obligación de informar de la finalidad para la que se va a usar el control tecnológico, revela una desconfianza de los tribunales respecto a la relevancia de este requisito para proteger los derechos de las personas. Sin embargo, muy al contrario, se debe defender el acierto del legislador europeo al incluir este requisito por ser de suma importancia para proteger los derechos fundamentales. Dos razones llevan a esta conclusión. De un lado, la obligación de manifestar expresamente la finalidad disciplinaria protege especialmente el derecho a la intimidad. En efecto, si el empresario anuncia que se van a realizar ciertos controles solamente por razones de mejora de la salud de las personas, es probable que el trabajador revele toda la información íntima que se le solicite, algo que no haría de saber que se usará esa información para razones disciplinarias<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Por todas, STC 186/2000, de 10 de julio.

<sup>53</sup> Así, diversas sentencias de Tribunales inferiores, anulan pruebas por incumplimiento de la normativa de protección de datos (deber de informar), ver STSJ de Galicia de 28 de junio de 2021 (rec. 1545/2021); STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2019 (rec. 1618/2019); STSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2018 (rec. 275/2018) anulada precisamente por entender que no existe vulneración de derecho fundamental por la STS de 21 de julio de 2021 (rec. 4877/2018); y la STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2018 (rec. 226/2018)

<sup>54</sup> Como así resolvió acertadamente en mi opinión la STC 196/2004, de 15 de noviembre.

De otro lado, el comportamiento de las personas no es el mismo si se sienten observadas como si no pero, sobre todo, no será el mismo si se sabe que esas grabaciones serán usadas a efectos disciplinarios. Así pues, para proteger la intimidad, el honor, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad es necesario que se obligue al empresario simplemente a informar de la finalidad verdadera para la que va a usar dicho control tecnológico. De esta forma, el juicio de proporcionalidad (en el que debe incluirse los efectos que el control tecnológico tiene sobre la salud emocional y psicológica, la intimidad, el honor, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad) debe realizarse conforme a las finalidades anunciadas<sup>55</sup> –que son las que provocarán dicha modificación de comportamiento y posibles perjuicios–, sin que se debiera admitir que el empresario use esos datos para finalidades no anunciadas o incompatibles con las expresadas (tal y como hace la vigente regulación europea).

Adicionalmente, con esta doble obligación (informar del control tecnológico y de la finalidad), el legislador señala que el objeto de la vigilancia tecnológica debe ser, principalmente, a efectos de disuasión y no de castigo. En efecto, el legislador podría haber otorgado al empresario la posibilidad de realizar vigilancias electrónicas ocultas o engañosas (anunciar una finalidad y usarlo para otra) para facilitarle la investigación de ilícitos y castigarlos. Sin embargo, muy al contrario, la potestad que se concede al empresario para poder usar las más avanzadas tecnologías de vigilancia está limitado a efectos de disuadir al trabajador de que realice actos ilícitos o delictivos con objeto de poder proteger la productividad empresarial: dejando los poderes de investigación en manos de las autoridades públicas. Esto no significa que el empresario no pueda investigar ilícitos mediante metodologías “oscuras”, poco transparentes o engañosas, solamente implicará que si desea usar estas técnicas no podrán ir acompañadas del uso de tecnologías de vigilancia.

4) *Modernización de la legislación a las posibilidades tecnológicas actuales*: El legislador europeo con una moderna y actualizada legislación, que desarrolla el derecho fundamental a la protección de datos, pretende, precisamente, poner límites a los excesos que la tecnología puede provocar realizando una ponderación de intereses mucho mejor adaptada a las posibilidades tecnológicas actuales que la realizada por el art. 20.3 ET hace más de cuarenta años. Adicionalmente, el propio Estatuto de los Trabajadores cuenta con un nuevo art. 20 bis que remite concretamente a la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales como límite a los controles digitales anunciando expresamente la vinculación de estos límites con los derechos fundamentales<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Así lo señala el TJUE en Sentencia de 24 de noviembre de 2011, C-468/10 y C 469/10, entre otras.

<sup>56</sup> Si bien es cierto que la remisión hace referencia solamente al derecho a la intimidad olvidando otros derechos fundamentales que deberían haberse incorporado también, no es menos cierto que la remisión que hace el art. 20 bis ET es a toda la legislación vigente en materia de protección de datos y no solo a los art. 87 a 91 de la LOPDGD. De ahí que se sostenga que los

5) *No sustitución del test constitucional, sino regulación del mismo*: El legislador europeo no pretende sustituir el necesario test de proporcionalidad que en cada caso concreto deben realizar los tribunales. Sin embargo, sí parece que establezca unos límites mínimos (información previa obligatoria del método de control usado y de la finalidad de la misma) y unos principios de obligado seguimiento por los tribunales cuando aplican el test (minimización de datos). En este sentido, el legislador europeo está haciendo una ponderación entre el interés legítimo del empresario a recoger datos para la ejecución del contrato y el derecho de las personas trabajadoras a sus derechos fundamentales y no parece que los Tribunales debieran sustituir la ponderación realizada por el legislador por otra distinta. De esta forma, se debería entender que la normativa de protección de datos tiene alcance constitucional, adicionalmente, esta normativa (y sus requisitos) no deberían poder ser rebajados por los tribunales, ni siquiera por el noble objetivo de “pillar” a los incumplidores.

### **3.2. Adaptación del test de constitucionalidad a la ponderación decidida por legislador**

Se debe partir de la idea de que no parece que haya incompatibilidad entre el test de proporcionalidad constitucional (interno) y el principio de minimización de datos (europeo). Por el contrario, lo determinante para una correcta aplicación de la normativa sería, en mi opinión, modernizar (en sentido de adaptarlo a las tecnologías actuales y a la perspectiva del legislador europeo) los conceptos de “necesidad” y “proporcionalidad en sentido estricto”.

Así, respecto a la “necesidad” del uso de las tecnologías para legitimar su utilización en el control empresarial, los Tribunales españoles han entendido que prácticamente cualquier control es necesario si otorga utilidad para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales<sup>57</sup>.

Por el contrario, el legislador europeo impone el principio de minimización de datos obtenidos con objeto de que este debate, entre el interés empresarial de recoger datos para controlar la actividad laboral y el derecho de protección de datos, se resuelva a favor de este último incorporando la idea de que no cualquier justificación de utilidad empresarial será suficiente para legitimar la obtención de datos, imágenes, sonidos del trabajador. En efecto, el principio de minimización de datos no es un test de proporcionalidad al uso, sino un principio de funcionamiento. La aplicación de este principio debería llevar a autorizar la recolección de datos dentro del contrato de trabajo, no cuando es necesario en el sentido de útil, sino solamente cuando es completamente imprescindible.

---

principios de transparencia y de minimización de datos deben ser tenidos en cuenta en la ponderación entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

<sup>57</sup> En este sentido, se pronuncia de manera elocuente GONZALEZ ORTEGA, S., “Las facultades de control a distancia del trabajador...”, op cit, p 60.

Incluso, dentro de la definición clásica del test de “necesidad”, entendida como aquella medida que se tiene que realizar “por no existir una menos invasiva de los derechos fundamentales para alcanzar el mismo objetivo”, no parece que se esté aplicando en sus propios términos. En efecto, en muchos casos, existen métodos menos invasivos, como son la vigilancia humana –y no tecnológica– solo que esta es más costosa para el empresario y, por ello, se descarta. Así, parece que los tribunales, en su aplicación, están sustituyendo el concepto de “necesidad” de la medida, por el de “conveniencia” empresarial. Sin embargo, en puridad si existen formas menos invasivas, la comodidad o el ahorro en costes no deberían ser razones suficientes para entender las mismas como “necesarias”.

Respecto a la proporcionalidad en sentido estricto (que la medida invasiva no cause más perjuicios que los fines que quiere alcanzar) tampoco parece que se esté aplicando en toda su extensión. Como se ha visto en este trabajo, los derechos de intimidad y secreto a las comunicaciones no son los únicos derechos que se deberían valorar, también es necesario que se considere el resto de derechos como la salud, la no discriminación, dignidad, libre desarrollo de la personalidad o el equilibrio interno del contrato de trabajo.

En este sentido, no deja de ser sorprendente que se admita como proporcional, sin demasiado debate en la jurisprudencia, la grabación continua y permanente con efectos laborales. Esto es, no es que solamente se acepte la grabación de imágenes de forma permanente para cuestiones de seguridad de las personas o cosas (evitar delitos), sino también para imponer sanciones por incumplimientos puramente de “rendimiento en el trabajo” o de calidad de la prestación laboral.

De esta forma, considero que, para que una prueba tecnológica supere el juicio de proporcionalidad, es necesario que se cumplan los dos siguientes requisitos de forma acumulada.

1) La medida se haya instaurado (o activado<sup>58</sup> si ya estaba instaurada) derivado de alguna “sospecha previa” de comportamiento ilícito, dado que el control tecnológico permanente y continuo no parece que supere el test de la proporcionalidad en sentido estricto (ni el de minimización de datos, art. 5 RGPD). Ahora bien, se debe aceptar que existan otras razones, además, de las “sospechas previas”, para admitir la proporcionalidad del control continuo durante un tiempo limitado. Así sería en el supuesto de vigilar el cumplimiento de las obligaciones de unos vigilantes de seguridad durante el tiempo que dura, estrictamente, una alerta de amenaza terrorista (STS de 25 de enero de 2022<sup>59</sup> (rec 4468/2018)).

---

<sup>58</sup> La activación podría ser tecnológica (encender el sistema que de normal está apagado) o la “activación” podría ser jurídica, esto es, informar al trabajador de su uso disciplinario a partir de un determinado momento y durante un espacio temporal concreto. Esta última activación se debería hacer incluso de un sistema que está encendido permanentemente para cuestiones generales de seguridad frente a clientes o terceros.

<sup>59</sup> El problema es que, esta sentencia, derivado de la amenaza terrorista acepta, no solamente la proporcionalidad de la medida, sino también usa el mismo argumento para permitir

2) Que se haya informado de forma clara y expresa de la existencia del sistema de control y de su finalidad disciplinaria (art. 5 RGPD). En este sentido, se debe descartar la validez de la doctrina del “hallazgo casual”. Esta doctrina sostiene que será válida la prueba obtenida mediante un sistema de videovigilancia por razones de seguridad, aunque no se haya informado de su finalidad disciplinaria, si se capta la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores. De nuevo, con esta doctrina, se revela la intención última de “pillar a los incumplidores” por encima de otros derechos.

Tres razones llevan a rechazar la validez de la doctrina del “hallazgo casual” en el control tecnológico de las personas trabajadoras. De un lado, la obligación de información sobre la finalidad para la que se instauran videocámaras no contiene excepciones en su versión europea. Y cabe tener en cuenta que el RGPD es jerárquicamente superior a la normativa interna y de aplicación directa. De otro lado, la existencia de una grabación indiscriminada, continua y permanente de una cámara de seguridad que, en última instancia, será usada en beneficio del empresario si capta algún ilícito laboral difícilmente puede superar el juicio de proporcionalidad. Esto es, no se debe confundir el hecho de que una cámara de seguridad pueda grabar permanentemente a los usuarios y consumidores, dado que para cada uno de ellos la monitorización es solamente durante el breve espacio de tiempo que estos se encuentran en las instalaciones, que aceptar ese mismo razonamiento para grabar a los trabajadores que se encuentran durante toda la jornada laboral bajo el foco de la cámara. Así pues, mientras que soportar la grabación durante breves espacios de tiempo (consumidores) puede ser proporcional, no lo debería ser para la grabación durante toda la jornada laboral y menos para un mero control de la actividad laboral. La tercera razón es que la carga impuesta al empresario de informar sobre las verdaderas razones para las que usará el control tecnológico, no parece en absoluto excesiva ni difícil de cumplir. Es solamente una cuestión de diligencia mínima, y de buena fe, de cumplimiento relativamente sencillo y poco costosa, cuyos efectos positivos para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores son enormes.

En fin, en mi opinión, la legislación de protección de datos impone un cambio de perspectiva a los tribunales para que, a la hora de entender un control como lícito, el test de constitucionalidad no se centre en la utilidad de la vigilancia tecnológica para “cazar” trabajadores incumplidores, sino pensar en las consecuencias que autorizar este tipo de controles provoca en los derechos fundamentales (de intimidad, de salud, de autonomía y de equilibrio interno en el contrato de trabajo) de las personas trabajadoras.

Y esto debería ser así, no solo por razones de humanidad, y de tomar conciencia del daño emocional y psicológico que provoca que las personas sean

---

que no sea necesario informar de la finalidad disciplinaria con la que se usará esa grabación. Algo que, en mi opinión, ya no es tan aceptable, dado que, la función de informar de la finalidad disciplinaria es un requisito muy poco gravoso para el empresario y que, además, sirve para la finalidad última de este control laboral: disuadir al trabajador de no cumplir con sus obligaciones laborales, especialmente, durante la alerta terrorista.

tratadas como si fueran robots, sino porque esta perspectiva protectora de los derechos de las personas es la elegida por el legislador europeo frente a los avances de la tecnología.

#### 4. DEBILITAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DE PROTECCIÓN FRENTE A CONTROLES TECNOLÓGICOS

##### 4.1. Importancia de la negociación colectiva

Existe consenso entre la doctrina y el propio legislador en determinar el importante papel que la negociación colectiva debe desarrollar en materia de control tecnológico<sup>60</sup>. Así, de un lado, el legislador europeo, en el art. 88 RGPD establece que a través de convenios colectivos se podrán establecer “*normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral*”. De otro lado, el legislador nacional, en el art. 91 de la LOPDGDD repite la misma idea<sup>61</sup>.

Ambos preceptos, además de “recordar” la posible intervención de la negociación colectiva en esta materia<sup>62</sup>, resaltan que el papel de la negociación colectiva debe circunscribirse exclusivamente a la mejora de la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras (*garantías adicionales...*), advirtiendo de la imposibilidad de que el convenio suprima, cercene o excepcione esos derechos laborales digitales<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Por todos ver, BAYLOS GRAU, A., “El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España”, *Labour and Law Issues*, 5 (1), 2019; MERCADER UGUINA, J.R., “Nuevas señales y paradojas de la protección de datos en la reciente doctrina de los Tribunales y de la Agencia Española de Protección de Datos”, *Trabajo y Derecho* n° 85/2022, smarteca, pp. 15; VALLE MUÑOZ, F.A., “La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva”, *TL*, 149, 2019, pp 13-49; RODRIGUEZ FERNANDEZ M.L. “Sindicalismo y negociación colectiva 4.0”, *TL*, 144, 2018, p. 27-42; FERNANDEZ COLLADOS M.B., “La negociación colectiva ante los riegos laborales en la nueva era digital”, *Lan Harremanak*, 44, 2020, 56-78; SEPÚLVEDA GÓMEZ M., “EL acuerdo marco europeo sobre digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada”, *TL*, 158, 2021, págs. 213-244; SERRANO GARCÍA, J.A.M., *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, Bomarzo, 2019.

<sup>61</sup> Así el art. 91 POPDGDD establece que “Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”

<sup>62</sup> De hecho, con anterioridad a la presente regulación, tanto la AEPD (Informes 252/2006, 0154/2010 y 0384/2010) como el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de diciembre de 2006 rec. 140/2005) habían reconocido esta capacidad a la negociación colectiva.

<sup>63</sup> CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, op cit, p 21 y 23; PRECIADO DOMENECH C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras: aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos y garantía de los derechos digitales*, Aranzadi, 2019, p 189; GARCÍA QUIÑONES J.C., “La regulación de los derechos digitales...”, op cit, p 71.

En este sentido, la normativa de protección de datos, en su aplicación al ámbito laboral, debe considerarse como una norma de derecho mínimo necesario mejorable en la negociación colectiva solamente a favor de las personas trabajadoras.

## 4.2. Debilitamiento de la efectividad de la negociación colectiva por la jurisprudencia

A pesar de este consenso en la importancia de la intervención de la negociación colectiva y la claridad con la que el legislador remite a la misma para reducir los poderes empresariales, el Tribunal Constitucional, y varias sentencias de instancia<sup>64</sup>, han rechazado de pleno esta posición. En este sentido, la STC 160/2021, de 4 de octubre<sup>65</sup>, analiza un supuesto donde el trabajador es despedido al constatar, realizando escuchas y monitorizando las llamadas con los clientes, que el trabajador no desarrollaba correctamente su trabajo. Las escuchas se realizaban con amparo en un acuerdo de empresa en el que la empresa pactó que las grabaciones se efectuarían solamente para la identificación de carencias formativas de los trabajadores y elaborar planes individuales de formación, a la vez, que acordaba que “la monitorización no tendrá en ningún caso como objetivo su utilización como un mecanismo disciplinario”<sup>66</sup>.

En la resolución de este caso, los juzgadores van a aceptar la validez de la prueba de las escuchas a efectos disciplinarios. Se alega que, aunque la empresa haya renunciado mediante pacto colectivo al uso del poder disciplinario ese acuerdo debe considerarse ineficaz (o nulo), dado que la empresa no puede renunciar al poder disciplinario. Cuestión que el Tribunal Constitucional vendrá a validar al entender que la efectividad del acuerdo colectivo y su interpretación es una cuestión de legalidad ordinaria ajena al contenido del art. 18.4 CE (y del 37 CE).

Con este posicionamiento, los Tribunales, parecen conducir a la inefectividad de la negociación colectiva para limitar los poderes del empresario en materia de controles. Esto es, los tribunales consideran que el empresario

---

<sup>64</sup> STSJ de Aragón de 27 de mayo 2016 rec 379/2016 y la sentencia de primera instancia.

<sup>65</sup> Al respecto ver, MOLINA NAVARRETE, C., “Eficacia de gestión versus protección de datos: ¿reactividad jurisdiccional a la «inflación de derechos humanos» (en el trabajo)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2021, de 4 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 465, 2021, pp. 109-122. También, *vid.* MERCADER UGUINA, J.R., “Nuevas señales y paradojas de la protección de datos en la reciente doctrina de los Tribunales y de la Agencia Española de Protección de Datos”, *Trabajo y Derecho* nº 85/2022, smarteca, pp. 20-21.

<sup>66</sup> La empresa firmó el 18 de noviembre de 2003 con la representación de los trabajadores un documento de desarrollo de compromisos en que, en relación con la monitorización de las llamadas de los asesores, «la dirección de la empresa manifiesta que la finalidad del proyecto es la identificación de carencias formativas para la prestación de los servicios de atención y ventas, que permita la elaboración de planes individuales de formación y mejora de competencias capaces de superar las referidas carencias [...] asumiendo la empresa el compromiso de que la monitorización no tendrá en ningún caso como objetivo su utilización como un mecanismo disciplinario»

por acuerdo colectivo no puede renunciar a usar mecanismos de control para probar incumplimientos contractuales de los trabajadores.

Adicionalmente, con esta doctrina, los Tribunales vienen a permitir que la negociación colectiva sí sea usada como fórmula válida para restringir los derechos fundamentales de las personas<sup>67</sup>.

En efecto, es posible que sin la existencia del acuerdo colectivo la medida de monitorización constante y permanente de todas las llamadas telefónicas hubiera sido calificada de desproporcionada al existir otras fórmulas menos invasivas para alcanzar el mismo objetivo de control de la actividad laboral<sup>68</sup>. Sin embargo, las sentencias aquí comentadas –incluyendo la del Tribunal Constitucional– parecen admitir todas ellas que la monitorización constante de todas y, cada una, de las llamadas es “necesario y proporcional”, precisamente porque hay un acuerdo colectivo que lo admite.

Ahora bien, siendo la normativa (art. 91 LOPDGDD) de derecho mínimo necesario, el acuerdo colectivo por sí mismo no debería poder avalar una medida que realmente fuera desproporcionada sin la existencia del acuerdo<sup>69</sup>.

De esta forma, de nuevo, se vislumbra en alguna doctrina judicial, la perspectiva de “pillar” a los incumplidores. Esto es, el test de proporcionalidad y la aplicación de la normativa (en este caso el art. 91 LOPDGDD) se reevalúa con el objetivo último de “castigar” al trabajador incumplidor. En el presente caso, esto provoca una devaluación de la efectividad de la negociación colectiva en materia de control tecnológico (art. 37 CE) hasta el punto de que los acuerdos colectivos acaban siendo utilizados para legitimar los controles tecnológicos en beneficio de la empresa (una perspectiva no buscada por la legislación), pero no se le da validez cuando lo pactado pretende restringir los usos de los mismo.

### 4.3. La remisión a la negociación colectiva como fórmula de desregulación

Pese a las altas expectativas fijadas por el legislador en la negociación colectiva como fórmula para establecer mayores garantías en beneficio de las personas trabajadoras, la realidad es que existe poca intervención en la materia<sup>70</sup> y la que ha habido ha sido por lo general solo a efectos disciplinarios.

<sup>67</sup> No siendo la primera vez que esto ocurre, como sostiene CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, *op cit*, p 23.

<sup>68</sup> Piénsese que monitorizar todas y cada una de las llamadas parece desproporcionado a efectos de control de la actividad laboral, dado que la monitorización de una selección aleatoria de llamadas podría ser suficiente para alcanzar el objetivo.

<sup>69</sup> Cabe decir que las sentencias de los Tribunales ordinarios aquí comentadas fueron previas a la LOPDGDD y al RGPD, por tanto, es posible que de producirse actualmente este conflicto la solución hubiera sido distinta tras la aprobación de los art. 88 RGPD y 91 LOPDGDD.

<sup>70</sup> ALMENDROS GONZALEZ M.A., “Nuevas tecnologías y derechos digitales laborales en la negociación colectiva (y II)”, *TyD*, 83, 2021, p 7; RODRIGUEZ-PINERO ROYO, M., “Las facultades de control de datos biométricos del trabajador”, *TL*, 150, 2019, p 99; ÁLVAREZ CUESTA H., “El

Esto es, disponiendo de sanciones por uso indebido de los medios de trabajo electrónicos<sup>71</sup>.

Tristemente, cada vez es más habitual que el legislador delegue las funciones que le son inherentes (de protección de la parte contractual débil, entre otros) en una debilitada negociación colectiva que pocas veces puede realmente intervenir para regular la situación.

En efecto, en muchas ocasiones, la remisión por parte del legislador a la negociación colectiva para intervenir en una materia encubre, en el fondo, una desregulación<sup>72</sup>. Piénsese que si, en los últimos veinte años, la negociación colectiva ha sido incapaz de conseguir que los salarios mantengan el poder adquisitivo en España, difícilmente se les puede exigir que consigan mejoras en otros campos. No obstante, esta realidad apreciable a cualquiera que observe atentamente los datos, no ha impedido que cada vez más el legislador cargue con mayores responsabilidades a los sindicatos para que lo “solucione” en la negociación colectiva.

Una dejación de funciones del legislador que se ha producido en el campo de la conciliación de la vida laboral y familiar, en el teletrabajo<sup>73</sup>, en la desconexión digital y también en materia de control tecnológico, entre otros. En efecto, el legislador con sus remisiones no busca la mera adaptación de la norma al sector o territorio correspondiente, sino que se le exige casi un papel de creación de derechos o de establecer “garantías adicionales”. En este sentido, cabría señalar que si el legislador considera que son necesarias “garantías adicionales” debió fijarlas y no esperar que la negociación colectiva cubra su dejadez. O al menos, el legislador, debería darle las herramientas necesarias para que la negociación colectiva tenga poder de negociación para poder negociar dichas garantías adicionales.

#### 4.4. Propuestas para reforzar la negociación colectiva

Una de las cuestiones transversales en la nueva normativa de protección de datos es la obligación de establecer salvaguardas, por parte del empresario, para proteger a los afectados frente al tratamiento y procesamiento automatizado de datos (art. 25 y 35 RGPD). En este sentido, el Reglamento impone una obligación de resultado –la protección del derecho a la protección de datos– dejando en manos del responsable del tratamiento de los datos (empresario) la libertad para elegir la fórmula –los métodos y las salvaguardas– para cumplir ese objetivo.

---

diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa”, *Lan Harremanak*, 42, 2019, pp 1-32.

<sup>71</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las facultades de control...”, op cit., p 102.

<sup>72</sup> También crítico con que el legislador no establezca en la norma estatal al menos una regulación subsidiaria, ver CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, op cit, p 23.

<sup>73</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., “El derecho del trabajo, la digitalización y el trabajo a distancia”, *Derecho de las relaciones laborales*, 11, 2020, p 1434.

Esta formulación –la potestad unilateral por parte del responsable de datos para elegir las salvaguardas– tiene sentido en el ámbito de los consumidores derivado de la poca “representatividad” que tienen las asociaciones de estos. Precisamente la falta de interlocutores con representatividad legal entre las asociaciones de consumo, parece que impide una gobernanza colectiva de la protección de datos de los consumidores. Sin embargo, en el mundo de las relaciones laborales quizá tendría más sentido que los métodos y salvaguardas para proteger el derecho fundamental a la protección de datos fueran obligatoriamente consensuados con los representantes de los trabajadores<sup>74</sup>. Esto es, la ley podría obligar a que cada medida de control tecnológico, para poder ser instalada en el seno de la empresa, tuviera que ser consensuada con la representación legal de los trabajadores o en el ámbito de la negociación colectiva sectorial y no permitir que las salvaguardas en materia de protección de datos sean diseñadas e implementadas unilateralmente por el empresario como ocurre ahora.

También podrían instaurarse, subsidiariamente, otras herramientas que empoderaran a la negociación colectiva. Así, se echa en falta derechos que ya se encuentran en materia de prevención de riesgos laborales, como son el “derecho de propuesta” (art. 11.1 de la Directiva marco 89/391/CEE del Consejo), que permitiera a la representación legal de los trabajadores exponer fórmulas de garantía de los derechos en materia digital en cualquier momento o la existencia de un verdadero comité de protección de datos *mixto* análogo al comité de seguridad y salud que existe en la regulación de prevención de riesgos laborales<sup>75</sup>.

## 5. FALTA DE ESPECIFICIDAD LABORAL DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS

La defensa que se hace en este trabajo sobre la regulación de protección de datos como una norma adaptada a los nuevos contextos tecnológicos (sobre todo frente a un art. 20.3 ET de más de cuarenta años de antigüedad) no debe confundirse con complacencia. Por el contrario, esta normativa no queda exenta de críticas. En este sentido, no está pensada ni está adaptada a los principios de funcionamiento de las relaciones industriales.

Así, la regulación en materia de protección de datos funciona en una lógica de garantías decididas unilateralmente por el responsable del tratamiento; de relevancia determinante del consentimiento; de derechos de ejercicio individual, etc. Reglas de funcionamiento muy alejadas de los principios básicos del ordenamiento laboral cimentados en limitaciones a la autonomía de la vo-

<sup>74</sup> En este sentido, CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, op cit, p 22, establece que las medidas deberían obligatoriamente negociarse.

<sup>75</sup> En profundidad ver TODOLÍ SIGNES A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *RDS*, 84, 2018.

luntad; reconocimiento de la autonomía colectiva; intervenciones legislativas con garantías de derechos claras; normas de derecho mínimo necesario, etc<sup>76</sup>.

Es especialmente reseñable el hecho de que la construcción de los derechos de protección de datos parte de la “autodeterminación informativa”, entendido como el control de todo individuo sobre la información que le concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar la propia identidad, la dignidad y libertad<sup>77</sup>. Esto es, un derecho de corte eminentemente individual que se sostiene sobre la base del consentimiento para legitimar el tratamiento de datos y una serie de facultades que permiten al individuo retirar el consentimiento.

De esta manera, partiendo de que el consentimiento del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales no pasa de ser una simple manera satírica de dar un “sello de aprobación” a todo aquello que el empresario desee implementar<sup>78</sup> esta formulación individual debe ser rechazada. Precisamente, con este fundamento, el considerando 43 del RGPD establece que no es posible aceptar la licitud para el tratamiento y procesamiento de datos basadas en el consentimiento en una relación donde exista un fuerte desequilibrio de poder entre las partes.

Concretamente, el Grupo de Trabajo del art. 29, en su Guía sobre el consentimiento bajo el RGPD<sup>79</sup> entiende que el consentimiento de un trabajador difícilmente puede ser otorgado cumpliendo los requisitos exigidos en el Reglamento (específicamente de forma “libre”). Por esta razón, el Grupo de Trabajo dictamina que, dada la naturaleza de la relación entre empresario y trabajador, como regla general, no se deberá entender válido el otorgamiento de consentimiento por parte del trabajador, teniendo que ser solamente aceptado como válido de forma excepcional. Concretamente, el GP29 entiende que el consentimiento podrá considerarse libremente dado, solamente cuando se pueda demostrar que el trabajador sabía que no había consecuencias adversas con independencia de si otorgaba consentimiento o no<sup>80</sup>. Un hecho que parece difícil que se de en una relación laboral común.

Hasta aquí la solución –no considerar que el consentimiento del trabajador pueda ser prestado libremente– parece sensata. El problema viene por el hecho de que la imposibilidad de otorgar consentimiento para legitimar el

---

<sup>76</sup> En este sentido, ver RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO M., y TODOLI SIGNES, A., “Las dos almas del Derecho del trabajo digital”, en RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO M., y TODOLI SIGNES, A (Dir.), *Vigilancia y control en el Derecho del trabajo digital*, Aranzadi, 2018, p 1 y ss.

<sup>77</sup> MURILLO DE LA CUEVA, “Informática y protección de datos personales (estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)”, *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp 32 y 51; en sentido similar, HEREDERO HIGUERAS, *Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter Personal: comentario y textos*. Madrid, Tecnos, 1996.

<sup>78</sup> AJUNWA I., CRAWFORD, K., SCHULTZ J., “Limitless worker surveillance”, *California Law Review*, 105, 2017, p 774.

<sup>79</sup> Adoptado el 28 de noviembre de 2017, p. 8.

<sup>80</sup> De acuerdo con el art. 7.1 RGPD la empresa es responsable de demostrar que el consentimiento fue dado libremente.

control tecnológico de los trabajadores no es sustituida por ningún otro mecanismo específico de protección.

Por el contrario, lo que se hace es entender legítimo todo control que sea “necesario” para la ejecución del contrato de trabajo. De esta forma, se vuelve a centrar la validez de los controles, de nuevo, en la interpretación judicial de lo que se considera “necesario”. Una solución que ha producido resultados poco satisfactorios como se ha podido observar.

Una adaptación más adecuada del derecho a la “autodeterminación informativa”, proveniente del art. 18.4 ET, a la lógica de las relaciones laborales podría haber sido sustituir la exigencia de un consentimiento individual, por un consentimiento de carácter colectivo (autodeterminación informativa colectiva). Esto es, conforme a lo propuesto en el epígrafe anterior, parece oportuno entender que los controles tecnológicos requieren de consenso en el ámbito de la negociación colectiva.

Con esto se aseguraría que la negociación colectiva desarrollara efectivamente esta parte en los convenios, al verse, la parte empresarial, compelida a negociarlo si quiere poder usar esta vigilancia electrónica. Además, con ello, de un lado, se recuperaría, al menos en parte, el desequilibrio en el contrato de trabajo generado por la actual libre disposición de tecnologías cada vez más avanzadas para controlar de forma omnipresente a los trabajadores y, de otro lado, se recuperaría parte del poder negociador perdido en las últimas décadas por los agentes sociales.

## 6. CONCLUSIONES

La jurisprudencia, en materia de control tecnológico, está siendo ampliamente permisiva con las posibilidades de uso de las nuevas tecnologías para controlar a los trabajadores, sin que los derechos fundamentales ni la nueva regulación de protección de datos parezca modificar el criterio jurisprudencial.

De esta forma, se han validado pruebas recogidas por el empresario sin informar a las personas trabajadoras del tipo de control que se iba a realizar (cámaras ocultas), sin informar de las finalidades para las que se realizaba dicho control (cámaras de seguridad usadas para fines de control de la actividad laboral), controles realizados en contra de la finalidad expresada por el empresario (renunciar mediante pacto colectivo el uso disciplinario de las grabaciones y hacerlo igualmente), controles realizados fuera del lugar de trabajo y del tiempo de trabajo (activar el GPS fuera de la jornada para saber si el empleado usa el vehículo de la empresa). También se admite con naturalidad, y sin considerar desproporcionado, la grabación permanente de conversaciones de las personas trabajadoras con los clientes, el control permanente vía GPS, y tacógrafos, de la actividad realizada, la videograbación continua de la prestación de servicios durante toda la jornada, etc.

En este trabajo se defiende que esta posición jurisprudencial viene inducida por la forma en la que se resuelve el conflicto entre el interés legítimo del empresario de controlar la prestación de servicios y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. En efecto, la judicialización del conflicto se produce, casi siempre, dentro de un proceso disciplinario donde el control elegido por el empresario ha tenido éxito. De esta forma, el tribunal, cuando debe analizar la validez del sistema de control electrónico, no lo hace en abstracto, sino en un supuesto en el que, de declarar la vulneración del derecho fundamental y la nulidad de la prueba, el despido se declararía improcedente o nulo e incluso tendría el incumplidor derecho a una indemnización adicional (art. 183 LRJS).

Así, “pillar a los incumplidores” se vuelve el objetivo principal, sacrificando los derechos fundamentales (intimidad y secreto comunicaciones), la protección de datos (18.4 CE), e incluso, a la efectividad de la negociación colectiva (37 CE).

Ahora bien, aunque los tribunales resuelvan supuestos concretos, las consecuencias son estructurales para el sistema de relaciones laborales. Con la validación en sede judicial de las pruebas en los supuestos en que los controles han “cazado” un incumplidor, están permitiendo que este tipo de vigilancias se admitan como regla general, incrementando e incentivando su uso, en definitiva, convirtiéndolos en habituales.

En este proceso de asimilación a los sistemas de control electrónico se están despreciando las consecuencias negativas que tal tipo de observación permanente ocasionan en los derechos fundamentales de las personas incluyendo en la salud (aumento de intensidad y disminución de autonomía) y en el equilibrio interno del contrato de trabajo.

De esta forma, en este trabajo se defiende que el test de proporcionalidad usado por los tribunales para analizar si un determinado control tecnológico vulnera los derechos fundamentales debería tener en cuenta estos efectos estructurales. Concretamente, el requisito de “necesidad” del control elegido, no debería ser interpretado como mera conveniencia empresarial del sistema escogido, sino que el empresario debiera demostrar una verdadera imposibilidad de usar otro método menos invasivo. A su vez, la proporcionalidad en sentido estricto debería impedir la monitorización electrónica constante del trabajador por excesiva y es que, los beneficios de “cazar” a unos pocos incumplidores, no parece que compense a los cambios estructurales que este tipo de vigilancia electrónica provoca. A saber, los problemas de salud provocados por los incrementos de intensidad, la reducción de la autonomía y las posibilidades del empresario de extraer mayor rendimiento pagando menores salarios.

En apoyo de esta aplicación más protectora del test de proporcionalidad, además de los derechos nombrados y de los efectos no deseados que provoca, se defiende que esta es la perspectiva elegida por el legislador europeo que vincula a los tribunales. En efecto, el RGPD, siendo consciente de las posi-

bilidades cada vez más dañinas para las personas de los medios electrónicos de control, adopta una posición protectora (y no la anterior perspectiva de la “libertad” de elección del medio de control por parte del empresario). Así, el principio de minimización de los datos recogidos (art. 5) obliga a los tribunales a tomar una posición de aplicación garantista de los derechos fundamentales en la que solamente se admitirá la vigilancia electrónica, nunca como regla general, sino cuando fuera imposible usar otra medida menos invasiva.

Adicionalmente, en este trabajo se sostiene que las obligaciones impuestas por el RGPD que implican informar de los sistemas de control tecnológico que recogen información y de la finalidad última para los que estos datos van a ser usados (art. 5, 6 y 13 RGPD) y el principio de minimización de datos como informador del principio de proporcionalidad tienen relevancia constitucional y, por ello, impiden al empresario usar las pruebas recogidas por estos controles tecnológicos sin cumplir dichos requisitos en un proceso de despido disciplinario y, mucho menos, como forma habitual de control.

Así, se defiende que la regulación de protección de datos implica el fin de la tradicional libertad de elección del empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas para la vigilancia y control. Por el contrario, actualmente, tal elección debe estar constreñida por el principio de minimización de datos y la transparencia respecto a medio elegido y finalidad del sistema de control.

En cualquier caso, siendo consciente de las dificultades de abstracción de los tribunales que, a la postre, deben resolver casos concretos y sensibles, parece exigible una nueva intervención del legislador en materia de vigilancia electrónica que traslade los principios, eminentemente basados en el consentimiento, de la regulación de protección de datos, al ordenamiento laboral. En este sentido, se propone que se deberían otorgar mayores poderes a la autonomía colectiva. Así, se sugiere regular la obligación de obtener el consentimiento colectivo para usar este tipo de medidas invasivas de los derechos fundamentales como forma de incentivar una regulación completa y adaptada al sector o empresa mediante convenios o pactos colectivos.

LA GESTIÓN LABORAL A TRAVÉS DE ALGORITMOS

JESÚS R. MERCADER UGUINA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad Carlos III de Madrid

## SUMARIO

I. ALGORITMOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: DOS COMPAÑEROS EN EL VIAJE HACIA EL DERECHO DIGITAL DEL TRABAJO. II. ALGORITMOS Y NUEVAS FÓRMULAS NORMATIVAS: UNA MIRADA CON OJOS NUEVOS AL SISTEMA JURÍDICO, SI SE PREFIERE, AL SISTEMA DE FUENTES. III. LA EMPRESA Y EL EMPLEADOR ALGORÍTMICO. IV. LA GESTIÓN ALGORÍTMICA DEL EMPLEO. 1. La selección de trabajadores y las funciones de los algoritmos. 2. Los algoritmos dirigen la empresa: La dependencia algorítmica. 3. El control algorítmico del trabajo en la era del capitalismo de la vigilancia. 4. ¿Pueden despedir los algoritmos? V. SISTEMA DE GARANTÍAS (PRESENTES Y FUTURAS) DE LA GESTIÓN LABORAL A TRAVÉS DE ALGORITMOS. 1. El principio de transparencia y explicabilidad algorítmica. 1.1 Garantía de transparencia informativa individual. 1.2. Garantía de transparencia colectiva. 1.3 Garantía de explicabilidad. 2. Principio de gobernanza de los datos. 3. Principio de aproximación basada en el alto riesgo. 4. Principio de humano al mando. VI. LA VIGILANCIA DE LA GESTIÓN EMPRESARIAL ALGORÍTMICA: LA ADMINISTRACIÓN LABORAL ALGORÍTMICA. VII. ¿NOS SUSTITUIRÁN LOS ALGORITMOS?

## I. ALGORITMOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: DOS COMPAÑEROS EN EL VIAJE HACIA EL DERECHO DIGITAL DEL TRABAJO

El devenir de la existencia se define como un eterno retorno. Seguramente no se sorprendería Jesús Ibáñez, dada su inteligencia y mente abierta, cuando, a mediados de los ochenta, publicara su famosa obra “Del algoritmo al sujeto” que la referida imagen pudiera quedar redefinida años después en sentido inverso. Hoy recorremos la misma senda, pero caminamos en sentido contrario; podría decirse que ahora vamos “del sujeto al algoritmo”<sup>1</sup>.

Pero, ¿qué es un algoritmo? Se entiende por algoritmo, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”. Una tecnología intelectual, se ha dicho, que supone, en última instancia, la sustitución de juicios intuitivos por una respuesta objetivada. Y ello en la medida en que un algoritmo es una receta, un conjunto de instrucciones matemáticas, una secuencia de tareas destinada a conseguir un cálculo o un resultado. Los algoritmos se basan en simples correlaciones (que indican probabilidad, pero no necesidad) eligiendo entre opciones dadas de antemano, pero ofrecen información y predicciones tanto o más útiles que las que se basaban en la causalidad y en el razonamiento deductivo.

---

<sup>1</sup> *Del algoritmo al sujeto*. Madrid, Siglo XXI, 1985. La presente ponencia es tributaria y, por tanto, incorpora las reflexiones que sobre esta materia inicié en mi trabajo, “*Algoritmos y derecho del trabajo*”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2019, nº 52, pp. 63 a 70 y en otras publicaciones posteriores, significadamente, “*Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico*”, Trabajo y Derecho, 2020, nº 63, pp. 45 a 65. Tuve oportunidad de seguir profundizando en esta materia en la Conversación online desarrollada en la Fundación Ramón Areces, dirigida por la Profesora María Emilia Casas Baamonde, en la que junto a Alejandro Huergo reflexioné sobre “La regulación de los algoritmos”. Dicha conversación puede verse en este enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=ZFFQ9rk46lA&t=46s>. Resultado de aquella intervención fue el trabajo posterior: *Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del trabajo*, Diario La Ley, Nº 48, Sección Ciberderecho, 24 de febrero de 2021. Más recientemente he seguido acercándome a esta cuestión desde otras perspectivas en “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2021, nº 2, vol. 2., pp. 4-10.

Desde nuestra limitada perspectiva, tan alejada de las ciencias exactas, resulta imposible conocer qué son exactamente los algoritmos, aunque sí podemos saber para qué sirven, qué hacen, cuál es su lógica, etc... Si ensayáramos una definición podríamos decir que los algoritmos son formulaciones matemáticas que analizan experiencias pasadas de las que sabemos qué resultado produjeron<sup>2</sup> utilizando para ello grandes cantidades de datos (no “muestras”)<sup>3</sup>, de modo que por medio de lenguaje algébrico y el uso de determinados “indicadores” (“*proxy*”), se extraen predicciones, correlaciones o aproximaciones (no inferencias causales) a partir de las cuáles se identifica qué características o grupo de características han llevado a los mejores resultados que, sobre esta base, permitirían adoptar decisiones automáticas o humanas<sup>4</sup>.

Los algoritmos se alimentan de datos. Los datos son el aire de los nuevos ecosistemas productivos, su nutriente fundamental. Las posibilidades del análisis de macro datos y el desarrollo del aprendizaje automático permiten, a través de estas fórmulas, reelaborar gran cantidad de informaciones simples, de forma que, combinados entre sí a través de técnicas estadísticas y lógicas, hacen posible determinar y analizar ciertos aspectos de la personalidad o el comportamiento, los intereses y los hábitos de una persona. Esa “huella estadística” permite medir relaciones o predecir la evolución futura de un determinado comportamiento y es que “vivimos en la era de la estadística y cada aspecto de la actividad humana es medido e interpretado en términos estadísticos”<sup>5</sup>.

Las tecnologías Big Data están conduciendo a la consideración del dato como materia prima capital de la sociedad de la información y del conocimiento<sup>6</sup>. El rápido desarrollo de las tecnologías emergentes, como los sistemas de inteligencia artificial (en lo sucesivo, “IA” o “sistemas de IA”), los servicios del internet de las cosas y las nanocosas<sup>7</sup>, el metaverso<sup>8</sup>, la tecnolo-

<sup>2</sup> Y es que, como decía, L. WITTGENSTEIN, “Si el fundamento de nuestra certeza es la experiencia, debe tratarse obviamente, de la experiencia pasada” (*Sobre la certeza*, §275)

<sup>3</sup> V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big data. La revolución de los datos masivos*, Turner, Madrid, 2013, pp. 49-98.

<sup>4</sup> Pues como señala BYUNG-CUL HAN, *No cosas. Quiebras del mundo de hoy*, Barcelona, Taurus, 2021, p. 59, “no sale de lo antes dado hacia lo intransitado” y “resulta ciega para los acontecimientos”. En suma, “IA es incapaz de pensar, porque es incapaz de “faire l’idiot”. Es demasiado inteligente para ser un idiota”.

<sup>5</sup> Pues como certeramente señala D. PEÑA, *Fundamentos de Estadística*, Madrid, Alianza Editorial, 2013, p. 22.

<sup>6</sup> Al respecto, D.E HOLMES, *Big Data, una breve introducción*, Barcelona, Bosch, 2018, que habla del “estallido de los datos”. Para sus específicas proyecciones en materia jurídica, W. HOFFMANN-RIEM, *Big Data. Desafíos también para el Derecho*, Pamplona, Civitas, 2018.

<sup>7</sup> S. DEL REY GUANTER (Dir.), PROYECTO TECHNOS. *Internet of Things y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales*, Madrid, La Ley, 2017.

<sup>8</sup> “Un metaverso es en esencia un mundo virtual 3D, una *infraestructura* canalizada a través de una red inteligente que mediante un sistema de inteligencia artificial recapta y genera datos a tiempo real de cada usuario conectado”, tal y como lo definen, C. ÁLVAREZ LÓPEZ, Á. CARRASCO PEREA, ¿Qué es un metaverso?, GA-P, 2022, febrero. <https://www.ga-p.com/publicaciones/que-es-el-metaverso/>

gía 5G, o las mutaciones en las formas de trabajo derivadas de la COVID-19<sup>9</sup>, están planteando nuevos problemas jurídicos. Tras muchas de estas cuestiones se sitúa el debate sobre las limitaciones en el uso de los datos. Hasta ahora, el interés por su análisis había prestado atención a los potenciales peligros y riesgos para la privacidad y la autonomía de los individuos y, sobre esta base, se centraba en la elaboración de marcos de regulación que limitasen su uso y tratamiento. Ello explica la importancia del derecho a la autodeterminación informativa y la formidable expansión que ha vivido en los últimos tiempos, por lo que con agudeza se ha señalado que “la protección de datos, si bien nació tímidamente, se ha convertido en un agujero negro que lo absorbe todo y no deja escapar nada de su entorno”<sup>10</sup>.

Por ello, como ha dicho el Plan coordinado sobre la inteligencia artificial, el Reglamento (EU) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en lo sucesivo, “RGPD”) “es el ancla de confianza en el mercado único de datos”<sup>11</sup>. Pero esa ancla se aferra a un firme inestable y debe soportar mares tempestuosos. Y es que los algoritmos se caracterizan por su complejidad y ello porque, en primer lugar, el estatus profesional de quienes trabajan en el campo es incierto, no hay calificaciones obligatorias o ética profesional compartida. En segundo lugar, la comunidad de “creadores de algoritmos” pertenece casi en su totalidad al sector privado que es el principal consumidor de estos productos. Esta comunidad es global y constantemente interconectada: soluciones desarrolladas en Shanghái en unas pocas semanas podría ser utilizadas por otra persona en Hamburgo o San Francisco<sup>12</sup>. Además, poseen un notable dinamismo, esto es, se actualizan con frecuencia para mejorar su rendimiento e, incluso, cuando un algoritmo sigue siendo el mismo, es probable que el entorno en el que se usa cambie drásticamente con el tiempo<sup>13</sup>. En el caso de algoritmos cuánticos,

---

<sup>9</sup> Es imprescindible en este punto la lectura de la obra de M.E CASAS BAAMONDE, *El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19 ¿Y después?*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2021.

<sup>10</sup> D. CORDOVA y I. DIEZ PICAZO, “Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Madrid, CEPC, 2016, p. 109.

<sup>11</sup> COM (2018) 795 final.

<sup>12</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, “Smart contract”, “Granular Norms” and Non-Discrimination, en Busch/De Franceschi, *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, Munich, Verlag CH Beck, 2021, p.277.

<sup>13</sup> La doctrina laboral ha venido prestando atención a este amanecer de la IA en materia laboral. Tempranamente, S. DEL REY GUANTER (Dir.), *Inteligencia artificial y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales*, Madrid, La Ley, 2018. También, H. ÁLVAREZ CUESTA, *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Pamplona, Aranzadi, 2020; P. RIVAS VALLEJO, *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*; Pamplona, Aranzadi, 2020; J.A. BAZ TEJEDOR, *Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible*, en J. BAZ TETEJODOR (Dir.); *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Madrid Wolters Kluwer, 2021, pp. 315-349; y, más recientemente, I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *La irrupción de los algoritmos en el*

las dificultades de control se incrementan ya que incluso pequeños cambios en las condiciones iniciales conducen a grandes diferencias en su salida. Finalmente, el algoritmo será altamente confidencial y las organizaciones serán muy sensibles a que sea revelado a un regulador o sujeto a un escrutinio público en cualquiera de sus formas.

Este último punto es importante y conviene que nos detengamos en él. El art. 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, incorpora una definición que requiere para su existencia de una serie de presupuestos: que tal información sea secreta, que tenga un valor empresarial real o potencial, precisamente por ser secreta, y, finalmente, que haya sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantener el secreto<sup>14</sup>. De esta forma el concepto de secreto empresarial remite a un conocimiento o información que no es notoria; que tiene para la empresa un valor económico, actual o potencial, por suponer una ventaja para el empresario frente a los competidores que la desconocen; y respecto de la cual se adopten medidas razonables y apropiadas para preservarla o evitar su divulgación, tanto hacia el exterior, impidiendo que los terceros puedan acceder a la misma, como hacia el interior, disponiendo lo necesario para que puedan acceder a ella únicamente empleados o colaboradores que por sus funciones en la organización empresarial deban conocerla o manejarla, y siempre sometidos a un deber de secreto. En cuanto a la información o conocimientos susceptibles de integrar un secreto empresarial, la Ley 1/2019 incluye expresamente, en una enumeración bastante completa pero no exhaustiva, los referidos a aspectos tecnológicos, científicos, industriales, comerciales, organizativos o financieros. Los algoritmos y los sistemas de IA quedan claramente incluidos dentro de la referida delimitación<sup>15</sup>.

Si se utilizan en sistemas de IA, es probable que el algoritmo opere, además, en una suerte de “caja negra”<sup>16</sup>. El aprendizaje automático (*machine learning*) es una técnica de IA que usa algoritmos matemáticos para crear modelos predictivos. Un algoritmo se utiliza para analizar los campos de datos y para “aprender” de esos datos mediante patrones que se encuentran dentro de él para generar modelos. Estos modelos se usan para realizar predicciones o tomar decisiones fundamentadas sobre nuevos datos. Mediante el reentrenamiento periódico, los modelos de aprendizaje automático mejoran con el tiempo. Otra dimensión es el aprendizaje profundo (*deep learning*) que usa redes neuronales artificiales, las cuales están compuestas de varias capas de algoritmos.

---

*Derecho del Trabajo*, en la entrada de su Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales” de 17 de enero de 2022.

<sup>14</sup> A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Impacto laboral de la Ley de Secretos Empresariales. Una norma para proteger la competitividad empresarial*, en A. DE LA PUEBLA PINILLA, J. R. MERCADER UGUINA (Dir.), *Tiempo de reformas, En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019. pp. 497-536.

<sup>15</sup> Como señala A. HUERGO, “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo”, en AA.VV., *La regulación de los algoritmos*, Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 43, que precisa que están protegidos por el secreto empresarial y no de la patente.

<sup>16</sup> F. A. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, Harvard University Press, 2015.

Cada capa examina los datos entrantes, realiza su propio análisis especializado y genera una salida que otras capas pueden entender. Esta salida se pasa a la siguiente capa, donde un algoritmo diferente realiza su propio análisis, etc.

Estas series algorítmicas complejas contribuyen a formalizar reglas de decisión y a efectuar cadenas de cálculos que permiten el análisis de múltiples variables seleccionando, de entre ellas, la mejor. Por hacer gráfica la idea, se puede crear un traductor de idiomas sin necesidad de enseñarle las reglas gramaticales, sólo a base del análisis de millones de textos en ambos idiomas, que le permitirá saber cuál es la palabra española que constituye la mejor equivalencia de determinada palabra inglesa en un determinado contexto. Una realidad lejana y difícilmente comprensible para los juristas, quienes, por inercia natural, miramos con desconfianza la esférica perfección de las matemáticas.

Una desconfianza que tiene su fundamento. Se ha dicho que las estadísticas, cuya proyección en la gestión del Big Data es esencial y que están en la base, por tanto, del diseño algorítmico, son como los presos: con la suficiente mala intención se les puede torturar hasta que confiesen<sup>17</sup>. Y es que las informaciones estadísticas, aunque se nos aparecen como hechos fríos, sólidos, realidades reveladas que nos ofrece la naturaleza, y por ello incuestionables, son, en última instancia, resultado del actuar humano. Por ello, como dice Levitin en un libro cuyo título es revelador<sup>18</sup>, es importante recordar que quienes “*elaboran*” (reténgase la noción) las estadísticas, quienes, añadiríamos, manejan los datos son personas. Y son, precisamente, éstas las que deciden qué contabilizar, cómo hacerlo y qué parte de las cifras resultantes van a compartir con nosotros. En suma, concluye el citado autor, “las estadísticas no son hechos. Son interpretaciones”.

Sea como sea, los recientes progresos en el ámbito de los algoritmos, la proliferación de conjuntos de datos digitales y las mejoras en cuanto al procesamiento, incluidos los aumentos de su potencia, los tiempos logarítmicos de ejecución y, por qué no decirlo, la disminución de los precios, se han unido para dar vida a una nueva clase de tecnología. La lógica algorítmica como instrumento de toma de decisiones irradia sus efectos en múltiples campos del actuar humano y, como no podía ser de otro modo, también en el laboral. Aquí, es la empresa la que, hasta el momento, ha incorporado su uso hasta el punto de que parece que el empresario está dispuesto a delegar o, si se prefiere, a descentralizar parte de sus poderes tradicionales trasladando un importante número de decisiones a la presunta objetividad y plena fiabilidad que proporciona el recurso al Big Data y, por extensión, a la IA. Y ello en la medida en que su uso actual se proyecta sobre prácticamente la totalidad de las facetas que componen su autonomía organizativa, recorriendo transver-

---

<sup>17</sup> Muy expresivo es el libro de H. DARELL, *How to Lie with Statistics*, Nueva York, W.W. Norton & Co, 1993 y, también, el muy sugerente, *La estadística. Una guía hacia lo desconocido*, Alianza Editorial, 1992.

<sup>18</sup> *La mentira como arma*, Madrid, Alianza Universidad, 2019.

salmente la libertad de actuación empresarial, abarcando desde la selección de trabajadores hasta la forma y modo de ejercicio del poder de dirección, incluyendo las decisiones empresariales de despedir.

Y es que resulta sumamente complicado cerrar las puertas a la innovación, aunque debemos estar muy atentos a sus riesgos por lo que no deja de ser un objetivo la creación de métodos que permitan diseñar algoritmos éticos y (laboralmente) socialmente responsables. Así lo pone de manifiesto la Recomendación CM / Rec (2020) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, 8 de abril de 2020 (en lo sucesivo, “Recomendación CM/Rec (2020) 1”) en la que se subraya que “los Estados deben incentivar la innovación tecnológica de acuerdo con los derechos humanos existentes, incluidos los derechos sociales y las normas laborales y de empleo reconocidas internacionalmente”. Por ello, no resulta ni mucho menos sorprendente que se empiecen a proponer fórmulas para dar respuesta a esta realidad que se mueve a una vertiginosa velocidad. Ejemplo de ello es la disposición adicional centésima trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 que autoriza al Gobierno a impulsar una Ley para la creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial en España entre cuyos cometidos estaría el desarrollo de “medidas destinadas a la minimización de riesgos significativos sobre la seguridad y salud de las personas, así como sobre sus derechos fundamentales”. En esta misma línea, el sindicato español UGT ha manifestado que considera ineludible promulgar una *Ley de justicia algorítmica en las relaciones laborales*.

La lectura del art. 6.2 en relación con el Anexo III de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (en lo sucesivo, “Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial”)<sup>19</sup>, ratifica de modo concluyente la referida proyección a nuestro campo. Dicho Anexo III incorpora entre los sistemas de IA de alto riesgo los que afecten al “empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo” y, en concreto, “a) sistemas de IA destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas; b) IA destinada a utilizarse para tomar decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones”.

<sup>19</sup> COM/2021/206 final. Como han dejado claro los debates políticos de los últimos meses, es probable que la Ley de IA propuesta se someta a importantes debates y enmiendas en los próximos meses, si no años. Para una reflexión de conjunto, J. ADAMS-PRASSL, *Regulating Algorithms at Work: Lessons for a ‘European Approach to Artificial Intelligence’*, European Labour Law Journal. 2022, 2 : <https://ssrn.com/abstract=4024374>

El Considerando (36) justifica dicha inclusión sobre la base de que los mismos “*pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales y los medios de subsistencia de dichas personas (...)*” *Dichos sistemas pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo contra las mujeres, ciertos grupos de edad, personas con discapacidad o personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, la promoción o la retención de personas en relaciones contractuales de índole laboral. Los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden afectar a sus derechos a la protección de los datos personales y a la privacidad*”.

## II. ALGORITMOS Y NUEVAS FÓRMULAS NORMATIVAS: UNA MIRADA CON OJOS NUEVOS AL SISTEMA JURÍDICO, SI SE PREFIERE, AL SISTEMA DE FUENTES

El auge de la sociedad basada en los datos y los sistemas de IA podría cambiar la forma en que se diseñan las normas. La idea de un Derecho también granular, esto es, de un Derecho adaptado a las concretas y particulares circunstancias de cada persona no es nada remota. Es evidente que los sistemas legales han crecido granular y gradualmente a través de la jurisprudencia, es decir, por medio de decisiones establecidas caso por caso sobre la base de los hechos, las cualidades y la relación entre las partes en cada concreto y particular supuesto. La sentencia pulveriza la regla general en sus miles de posibles situaciones y aplica las normas casuísticamente. Pero los ejemplos se multiplican. Cuando una empresa cotiza a la Seguridad Social o se solicita una pensión de jubilación con la ayuda de un software público se observa una forma de “normativa granular”. En estos casos, hay un marco legal de referencia, pero la cantidad por la que la empresa debe cotizar o la pensión que el trabajador debe recibir depende de la información proporcionada o ya disponible para el organismo público y la “clase” a la que pertenece el individuo. La norma está incorporada en el software que establece de forma unívoca las exigencias que cada individuo debe cumplir. En estos casos, no hay apenas margen de error porque el software no permite completar el procedimiento si detecta desviación de la regla.

Esta proyección de la “sociedad de singularidades”, como la califica Reckwitz, resulta sorprendente para cualquier jurista y ello porque las transformaciones operadas en la definición del Estado de Derecho desde finales del XIX habían servido para construir un sistema normativo caracterizado por la generalidad de las normas y su abstracción. Sin duda por ello se ha dicho que la estabilidad, la permanencia y la generalidad son características esenciales de la Ley o, más gráficamente expresado, que la ley es expresión de la voluntad general acatada por todos, configurando el mundo de la seguridad en el que el Derecho fija reglas de juego generales y abstractas que serán utilizadas por cualquier persona en cualquier circunstancia. En este contexto, la idea de “normas granulares” no dejaría de ser un oxímoron ya que legislar significa generalizar.

Una herramienta para generalizar comúnmente utilizada por el legislador son las que podríamos denominar “tipificaciones”<sup>20</sup>. Estos son modelos normativos que dividen las infinitas variaciones del mundo social en ciertas categorías que crean un orden significativo. Un ejemplo clásico es la determinación de capacidad por referencia a una determinada edad lo que evita hacer indagaciones concretas sobre la facultad cognitiva y madurez de una persona. Las normas sobre capacidad jurídica no tienen en cuenta la madurez real y juicio de un específico individuo, no miden la aptitud de cada persona. Esta individualización ha sido vista hasta ahora como arbitraria e insegura. Lo mismo ocurre en materia de derecho de daños cuando se establecen criterios de imputación objetivos o culpabilísticos generalizados. En estos casos, estas aproximaciones legales pueden conducir a errores de regulación y desigualdades. En tan incierto escenario, las reglas legales personalizadas o “granulares” a través de fórmulas de Big Data podrían tener en cuenta la heterogeneidad de los actores en un grado que las leyes generales y abstractas no pueden contemplar.

Igualmente, Big Data e IA pueden contribuir también a individualizar los estándares legales de conducta presentes en muchas normas. Así, se entiende que una norma tiene carácter de estándar cuando tiende a llevar al intérprete a la interpretación directa del principio o valor subyacente a una concreta situación. De este modo, los estándares rebajan el margen de error de las decisiones otorgando al intérprete la posibilidad de tomar en consideración todos los factores relevantes de la totalidad de las circunstancias a través de un proceso de ponderación entre los distintos intereses en juego. En el caso, por ejemplo, del estándar de “persona razonable” no hay precepto que defina lo que es razonable y lo que no lo sería. La granularidad permitiría construir lo que Porat llama el estándar de “usted razonable”<sup>21</sup>, un nivel personalizado de diligencia que se requiere a cada actor individual para cumplir con un estándar de atención personalizado basado en la información sobre sus concretas e individuales características. Ello permitiría resolver lo que Oliver Wendell Holmes llamó la “ecuación personal” de cada sujeto.

Algunos autores<sup>22</sup> llevan la idea del derecho personalizado incluso un paso más allá y prevén un escenario en el que los avances tecnológicos podrían permitir a los legisladores promulgar leyes complejas a través de micro-directivas. Estas micro-directivas se adaptarían con precisión a todos los escenarios posibles y proporcionarían instrucciones claras en tiempo real (posiblemente a través de asistentes digitales personales o mediante reali-

---

<sup>20</sup> En expresión de C. BUSCH, *Algorithmic Regulation and (Im)Perfect Enforcement in the Personalized Economy*. en Busch/De Franceschi, *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, Munich, Verlag CH Beck, 2021.

<sup>21</sup> Citado por C. BUSCH & A. DE FRANCESCHI, “Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law”, en V. Mak, E. Tjong Tjin Tai y A. Berlee, *Research Handbook in Data Science and Law Research Handbooks in Information Law*, 2018

<sup>22</sup> A. J. CASEY & A. NIBLETT, “The Death of Rules and Standards” (Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, 2015, n° 738; (uchicago.edu).

dad aumentada) sobre cómo cumplir con la ley. Lo cierto es que la idea de granularidad normativa vuela por los aires los cimientos del modelo clásico de Estado de Derecho en la medida en que el desarrollo de los sistemas de Big Data podría permitir personalizar la ley y lograr un nivel de hiperindividualización que hasta ahora no se ha conseguido, lo que llevaría consigo una transformación radical del equilibrio entre la equidad individual y la seguridad jurídica.

Probablemente, antes de llegar a ese resultado el Big Data podría convertirse en un instrumento si no de transformación si de modulación del alcance de las normas jurídicas. Las nuevas técnicas pueden servir para precisar los supuestos de lógica borrosa presentes en muchas disposiciones. Es este método divergente, alejado de los modelos binarios clásicos que habían venido siendo aplicados al Derecho sobre la base del carácter cerrado del ordenamiento jurídico. Como explica B. Kosko, la mayoría de los conceptos son borrosos porque tienen fronteras imprecisas. No existen líneas de trazo definido entre el agua que está caliente y la que no lo está. Nuestras ideas son intrínsecamente borrosas y nuestro razonamiento aproximado. En el Derecho sucede algo parecido, la realidad ofrece fronteras difusas en la construcción y en el diseño de las normas. Los sistemas de IA pueden contribuir decisivamente a dar respuestas a realidades normativas borrosas. Como se ha dicho, la lógica borrosa es un instrumento adecuado para captar y detectar algunos rasgos destacados del actuar jurídico en situaciones de incertidumbre<sup>23</sup>.

De igual modo, la transformación digital llevará consigo nuevas formas de acercamiento a la realidad normada. Es el caso de los “sandboxes regulatorios”, esto es, espacios controlados de pruebas para la IA establecidos por las autoridades competentes que proporcionarán un entorno controlado que facilite el desarrollo, la prueba y la validación de sistemas innovadores de algoritmos o sistemas de IA durante un período limitado antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio, en virtud de un plan específico<sup>24</sup>. La incorporación de la técnica de ensayo y error en el Derecho puede ayudar a implementar, en la dinámica de las relaciones laborales, nuevos proyectos de la mano de la autonomía colectiva. Su desarrollo va a requerir procedimientos transparentes en los que la participación de empresa y trabajadores deberá ir acompañada de un cuidadoso balance de las consecuencias que traigan consigo las nuevas formas operativas y las modificaciones tecnológicas.

---

<sup>23</sup> T. MAZZARESE, *Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista*, Doxa, 1996, nº 19

<sup>24</sup> A estas fórmulas se refiere el art. 53 Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial. También empezamos a contar con experiencias de este tipo en nuestro país llamadas, incluso, desde la negociación colectiva, tal y como analizo en: *Sandboxes para la transición digital en la negociación colectiva: la luz de un tiempo nuevo*, El Foro de Labos, entrada de 21 de diciembre de 2021.

### III. LA EMPRESA Y EL EMPLEADOR ALGORÍTMICO

Los algoritmos vienen también a revolucionar la idea misma de empresa. La reformulación de los tejidos productivos está llevando consigo su progresiva desmaterialización que, por otra parte, viene acompañada de un paralelo proceso de valorización de otros componentes de la organización empresarial. Y es que su valor reside, cada vez más, en los activos intangibles<sup>25</sup>. Un nuevo activo del que las empresas extraen un beneficio económico y competitivo real: en 2020, se estimaba que más de un tercio del valor actual de las empresas está relacionado con valores intangibles<sup>26</sup>. Las ideas son el verdadero patrimonio empresarial. De modo que, en esta nueva realidad disruptiva, el empresario no tiene que adquirir un nuevo algoritmo cada vez que quieran ampliar o reformar su negocio; solo tiene que adaptarlo a los nuevos patrones de referencia y éste podrá ser utilizado en cualquier vehículo y en cualquier ciudad.

Los algoritmos se encuentran en el corazón de las empresas y son, en muchos casos, un elemento esencial de muchas de ellas. La utilidad de los algoritmos en el sector privado, donde han propulsado a los gigantes tecnológicos, en especial Facebook, Amazon, Google y Netflix, es incuestionable y en este mundo empresarial han florecido los algoritmos predictivos. Los algoritmos producen un enorme incremento de eficiencia que ha catapultado a estas empresas. Un ejemplo muy claro: frente a la televisión de pago tradicional (“pasiva”), que ofrecía canales o contenidos para que el usuario los viera si quería, Netflix “persigue” al usuario, ofreciéndole contenidos adaptados a sus gustos tal como éstos son revelados por los datos, una vez analizados algorítmicamente.

Una realidad que plantea numerosos problemas desde la perspectiva mercantil, fiscal, laboral, de propiedad intelectual. Se ha planteado, incluso, la necesidad de controlar el desarrollo de las empresas algorítmicas. Así, la Comisión Alemana de Ética de Datos ha publicado propuestas para la regulación de algoritmos<sup>27</sup> basadas en ese riesgo y ha propuesto la separación estructural de la parte de la organización responsable de administrar el algoritmo. Se recomienda, así, que esta unidad de actividad podría ubicarse en una unidad de negocio separada, con objetivos e incentivos claramente definidos, y hacerse independiente de las partes de la empresa favoreciendo, por ende, un mayor control de la parte segregada. Existe un precedente en la regulación de telecomunicaciones de la UE que con-

---

<sup>25</sup> A la idea de la “empresa algorítmica” me acerqué en el estudio: “*La transformación de la empresa en la era de la disrupción tecnológica*”, en M. LÓPEZ BALAGUER, M., (Coord.), *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018. pp. 173 a 187.

<sup>26</sup> UGT, *Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales*, Madrid, Servicio de Estudios, 8 de febrero de 2021, p. 11.

<sup>27</sup> Como recoge A. MUÑOZ RUIZ, *¿Se deben regular los algoritmos? Un breve análisis a la propuesta normativa alemana: la pirámide de criticidad basada en el riesgo*, Foro de Labos, 11 de diciembre de 2019.

tiene una fórmula de “separación funcional” destinada a escindir las funciones y departamentos<sup>28</sup>. Sin embargo, se trata de un remedio complejo.

Desde el punto de vista laboral, la gran cuestión está en si las reglas de imputación de responsabilidades empresariales que favorecen la tutela de los trabajadores se proyectarán también sobre este ámbito. Es cierto que la idea de empresa regulada por nuestra legislación es material, física, tangible pero también lo es que la tendencia hacia la ingravidez empresarial pone en cuestión el alcance la normativa sobre transmisión de empresas. Es evidente que la delimitación del elemento objetivo que integra el presupuesto de hecho de este precepto no puede prescindir de las nuevas características que acompañan a la empresa. La interpretación del art. 44 ET deberá así adaptarse al momento en que se aplica lo que implica un esfuerzo por adecuar el concepto de empresa o entidad económica a esta nueva realidad.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019<sup>29</sup>, ha puesto definitivamente sobre la mesa las transmisiones inmateriales de empresas. La peculiaridad del asunto debatido es que en el mismo no se había producido cesión de elementos materiales dado que, como el propio pronunciamiento ponía de manifiesto, “la actividad económica perseguida por la entidad de que se trata no requiere elementos materiales significativos para su funcionamiento”. Pero tampoco hubo, en el momento de la operación, cesión de los activos inmateriales –instrumentos financieros y los demás activos de los clientes, la gestión de su contabilidad, los demás servicios de inversión y los servicios accesorios, así como los archivos relativos a los servicios y a las actividades de inversión prestadas a los clientes–. Y, sin embargo, tal operación constituye, como resuelve el TJUE, una efectiva transmisión de empresa. Si esto es así ¿qué impediría considerar que la transmisión de un algoritmo constituye una transmisión de empresa? Creemos que nada. Esto explica que sentencias como la anotada vengán a subrayar la lógica anticipatoria de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, probablemente, empieza a ver en el horizonte la necesidad de proyectar la regla de la transmisión de empresas a ámbitos desmaterializados, virtuales o algorítmicos.

#### IV. LA GESTIÓN ALGORÍTMICA DEL EMPLEO

##### 1. La selección de trabajadores y las funciones de los algoritmos

Los sistemas algorítmicos se reivindican como un instrumento eficaz a la hora de valorar a un amplio conjunto de individuos de idéntica manera y,

---

<sup>28</sup> En los términos del art. 16 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

<sup>29</sup> ECLI:EU:C:2019:385. Unos interesantes comentarios a esta sentencia pueden encontrarse en, A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?*, El Foro de Labos, 9 de mayo de 2019 e I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *La transmisión de la clientela puede ser suficiente para aplicar el art. 44 ET (STJUE 8/5/19, Dodic)*, Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”, entrada de 6 de junio de 2019.

por tanto, vienen a constituirse en un eficaz aliado para el desarrollo de las políticas de gestión empresarial (también conocidas como ‘people analytics’ o ‘Big Data HR’). Lo mejor de los algoritmos es que son hiperlógicos: extrapolan o extraen conclusiones para maximizar la eficiencia. Su uso permite, a priori, tratar de evitar que las contrataciones o las extinciones de contratos “no se basen en corazonadas, impresiones o prejuicios”<sup>30</sup>.

El uso de los algoritmos se está generalizando como un método de selección del personal. Así lo pone de manifiesto la Recomendación CM/Rec (2020) 1, cuando señala que los sistemas algorítmicos se emplean “con fines predictivos (...) en entornos laborales (...), incluso como parte de los procesos de contratación y selección públicos y privados”. Algunas empresas han puesto en manos de un software los procesos de selección de sus trabajadores en la medida en que “los seres humanos son muy buenos en especificar lo que se necesita para un determinado puesto y obtener información de los candidatos, pero son muy malos en la ponderación de los resultados”<sup>31</sup>. Las funciones algorítmicas permiten, una vez definido en detalle un perfil profesional determinado (titulación, años de experiencia, etc. y unos pesos asociados a cada una de esas características), extraer de los «currícula» de los candidatos la información relevante y calcular el más preciso ajuste al perfil deseado.

El art. 22.1 RGPD sienta, por ello, una prohibición general de las decisiones basadas en el tratamiento automatizado, al establecer “el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”<sup>32</sup>. El “únicamente” limita de forma importante su alcance dado que, en el caso de decisiones relevantes, lo normal será que las predicciones algorítmicas no se tomen de modo puramente automático, sino que se integren como un elemento más de juicio.

No obstante, el art. 22.2 RGPD contempla una serie de excepciones. En concreto, precisa que la regla anterior no sería de aplicación si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado. En todo caso, cuando sea posible, el considerando (71) RGPD afirma que “dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se deben incluir la información espe-

<sup>30</sup> F. A. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, cit., p. 35

<sup>31</sup> N. R. NATHAN D. S. ONCE, D. M. KLIEGER, *In Hiring, Algorithms Beat Instinct* /hbr.org/2014/05/in-hiring-algorithms-beat-instinct

<sup>32</sup> Extensamente, C. SARRA, *Il diritto di contestazione delle decisioni automatizzate nel GDPR*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares, 2019, XII, pp. 33-69.

cífica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión”.

La regla tiene dos excepciones con significados efectos en lo laboral: una si el procesamiento es necesario para la ejecución de un contrato y otra si la persona trabajadora da “consentimiento explícito”<sup>33</sup>. Si bien estas excepciones parecen relevar a los empleadores de los requisitos del art. 22 RGPD, no son tan amplias como pudiera, a simple vista, parecer. La expresión “necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato” significa que el cumplimiento debe ser relevante sin el procesamiento automatizado y la excepción de consentimiento posee severas limitaciones en el terreno laboral<sup>34</sup>.

Los efectos que en el espacio que venimos analizando puede producir la introducción de algoritmos fue puesto de relieve por el el GT29 (actual Comité Europeo de Protección de Datos), que, en sus “Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679” (en lo sucesivo, WP251rev.01), subrayó los riesgos de estas fórmulas al señalar que: “la elaboración de perfiles y las decisiones automatizadas pueden plantear riesgos importantes para los derechos y libertades de las personas que requieren unas garantías adecuadas. Estos procesos pueden ser opacos. Puede que las personas no sean conscientes de que se está creando un perfil sobre ellas o que no entiendan lo que implica. La elaboración de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Asimismo, puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que se le sugieren (...) En algunos casos, la elaboración de perfiles puede llevar a predicciones inexactas. En otros, puede llevar a la denegación de servicios y bienes, y a una discriminación injustificada”. En esta línea se sitúa también la Recomendación CM / Rec (2020) que ha subrayado que debe evitarse que los “desequilibrios sociales y laborales que aún no se han eliminado de nuestras sociedades no se perpetúen deliberada o accidentalmente a través de sistemas algorítmicos”.

Y es que, a diferencia de las personas, los algoritmos son en su esencia sumamente precisos y ciegos a las emociones no tiene “corazón”. Y es que

---

<sup>33</sup> El RGPD no define el “consentimiento explícito”. El WP259 y rev.01, Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 (en adelante, “WP 259 del GT 29”), el GT 29, viene a clarificar, sin embargo, su alcance. Señala a tal efecto que: “El término explícito se refiere a la manera en que el interesado expresa el consentimiento. Significa que el interesado debe realizar una declaración expresa de consentimiento. Una manera evidente de garantizar que el consentimiento es explícito sería confirmar de manera expresa dicho consentimiento en una declaración escrita. Cuando proceda, el responsable podría asegurarse de que el interesado firma la declaración escrita, con el fin de eliminar cualquier posible duda o falta de prueba en el futuro. No obstante, dicha declaración firmada no es el único modo de obtener el consentimiento explícito”.

<sup>34</sup> Tal y como señala el WP 249 del GT29. En general, sobre los severos límites del consentimiento en materia laboral, J.R. MERCADER UGUINA, *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019, 3ª ed., pp. 40-42.

la IA es “apática, es decir, actúa sin pasión”. Solo calcula”<sup>35</sup>. Por sí solos no crean nada ni cumplen más tareas que aquellas que se les encargan. Como decía Alan Turing, no pueden sorprendernos. Somos los seres humanos los que les insuflamos vida y, a su través, sentimientos, lo que hace que pierdan su fría lógica y, por tanto, se humanizan y pueden también, como los humanos, discriminar. Ello ocurre porque el aire que respiran los algoritmos, los datos, puede encontrarse viciado por lo que las decisiones automatizadas resultantes se encontrarán, igualmente, corrompidas (sesgos, discriminación, etc.). Por ello, un importante problema al que se enfrenta esta realidad es la “discriminación algorítmica” entendiéndolo por tal la que se produce cuando un individuo o colectivo recibe un tratamiento arbitrario como consecuencia de la toma de decisiones automatizadas. Una discriminación que obtiene, por el momento, respuestas desde nuestras actuales técnicas conceptuales pero que requeriría probablemente también de nuevas herramientas jurídicas de análisis. La discriminación afronta, como seguidamente veremos, nuevos retos.

Lo cierto es que, aunque los ingenieros de software definen parámetros de análisis de minería de datos, crean los clusters, enlaces, y árboles de decisión aplicados que generan los modelos predictivos aplicados, los valores humanos están incrustados en cada paso en su diseño, por lo que el establecimiento de sistemas automatizados de decisión y los datos que les sirven de base pueden encontrarse sesgados en su origen, con lo que su tratamiento debe encontrarse sometido a importantes cautelas. La discriminación algorítmica en el acceso al empleo comienza a ser una realidad y los derechos de los interesados deben contar con garantías reforzadas en estos casos. Así lo ha venido a subrayar la que en su apartado VIII de la Carta de Derechos Digitales donde expresamente se señala que: “*Se fomentará que los procesos de transformación digital apliquen la perspectiva de género adoptando, en su caso, medidas específicas para garantizar la ausencia de sesgos de género en los datos y algoritmos usados*”.

Las discriminaciones por razón de género han aparecido con especial intensidad en las primeras implementaciones de estos sistemas. Por poner el ejemplo más conocido<sup>36</sup>, Amazon trató de crear un algoritmo para seleccionar candidatos potenciales para el software trabajos de desarrollador de software y otros puestos técnicos, pero lo abandonó después de apreciar que sistemáticamente solicitantes femeninas cualificadas eran excluidas. La razón de ello se encontraba en que sus modelos informáticos estaban entrenados para

<sup>35</sup> Los entrecomillados pertenecen a BYUNG-CUL HAN, *No cosas. Quiebras del mundo de hoy*, Barcelona, Taurus, 2021, p. 56.

<sup>36</sup> Múltiples ejemplos de esta realidad pueden encontrarse en L. ORTIZ DE ZÁRATE ALCA-RAZO, A. GUEVARA GÓMEZ, *Inteligencia artificial e igualdad de género. Un análisis comparado entre la UE, Suecia y España*, Estudios de Progreso. Fundación Alternativas, 101/2021. En el plano laboral, C. SÁEZ LARA, “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 2020, nº 232, pp. 83-126 y “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, *Temas laborales*, 2020, nº 155, pp. 41-60.

examinar a los solicitantes mediante la observación de patrones en los currículos enviados a la empresa durante un período de diez años. Durante este período la mayoría provenía de hombres, un reflejo del dominio masculino en la industria tecnológica<sup>37</sup>. El fantasma de Ada Lovelace parece haber venido a tutelar los riesgos que ha generado su creación<sup>38</sup>.

Pero es importante tener presente que este tipo de resultados discriminatorios no pueden ser evitados simplemente eliminando de los algoritmos atributos especialmente protegidos como el género u otros factores discriminatorios. Cuando las herramientas de IA se construyen utilizando perfiles ricos en datos, pueden terminar confiando en distintos indicadores (“proxies”) a la hora de concretar los criterios de selección. El concepto es relevante jurídicamente, porque esos indicadores son los presupuestos de hecho en cuya virtud se va a tomar una decisión<sup>39</sup>. Así, los algoritmos pueden tomar en consideración criterios adicionales como el lugar de residencia, que está estrechamente relacionado con determinadas circunstancias sociales o personales en muchas ciudades. Un algoritmo que clasifica a los candidatos según el código postal podría situar a numerosos colectivos en desventaja. Del mismo modo, un algoritmo de contratación que selecciona candidatos comparándolos con los empleados actuales puede discriminar si las prácticas pasadas del empleador excluyeron a ciertos grupos. Si, por ejemplo, el empleador tiene muy pocas mujeres trabajando como computadora programadores, el algoritmo probablemente reproducirá ese patrón cuando trate de predecir las contrataciones más exitosas. De manera similar, un algoritmo que trate de maximizar el “ajuste cultural” recomendará a los solicitantes que son similares a los empleados actuales lo que podría excluir a los candidatos que no se adaptan a ese patrón histórico<sup>40</sup>.

El riesgo es aún mayor en el caso de algunos tipos de IA que utilizan técnicas en las que las herramientas de IA “aprenden” extrayendo patrones de los datos, en lugar de que los programadores decidan qué “proxies” son relevantes y que pesos darles. Los algoritmos resultantes son a menudo excesivamente complejos y completamente opacos, de tal manera que es difícil para los humanos su interpretación. Como consecuencia, los empleadores que confían en estos tipos de algoritmos no pueden ni siquiera conocer ni explicar las razones de sus selecciones. Esta suerte de cogeneración algorítmica puede conducir también a situaciones de discriminación. Y es que no solo se prohíben los actos que tienen la intención de discriminar, si no los que lo terminan produciendo en su resultado.

Las situaciones anteriores buscan ser tuteladas por el art. 6.2 en conexión con el Anexo III Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artifi-

---

<sup>37</sup> J. DASTIN, *Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool That Showed Bias Against Women*, [https://perma.cc/T6NZ-T4ZW].

<sup>38</sup> J. ESSINGER, *El algoritmo de Ada. La vida de Ada Lovelace, hija de lord Byron y pionera de la era informática*, Barcelona, Alba Trayectos, 2014.

<sup>39</sup> A. HUERGO, “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo”, cit. p. 45.

<sup>40</sup> Ejemplos que se toman de P. T. KIM & M. T. BODIE, *Artificial Intelligence and the Challenges of Workplace Discrimination and Privacy*, *Journal of Labor and Employment Law*, 2021, Vol. 35, No. 2, pp.294-296.

cial, que considera como de alto riesgo los sistemas de IA “*destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas*”. Ello significa que quedan sometidos, como más adelante veremos con más detalle, al cumplimiento de un conjunto de garantías que, resumidamente, incluyen al establecimiento de un sistema de gestión de riesgos (art. 9); la calidad de los conjuntos de datos empleados (art. 10); la documentación y registro (arts. 11 y 12); la transparencia y la divulgación de información a los usuarios (art. 13); la supervisión humana reforzada (art. 14); y la solidez, la precisión y ciberseguridad (art. 15) y una evaluación de conformidad con carácter previo a su introducción en el mercado, puesta en servicio y uso.

## 2. Los algoritmos dirigen la empresa: la dependencia algorítmica

Pero la promesa de un trabajo hipereficiente da un paso adelante y se inserta también en la propia raíz del poder de dirección empresarial. Los algoritmos están pasando a convertirse en un instrumento básico en la ordenación y gestión de los poderes empresariales. Aunque el recurso a estas fórmulas contaba con antecedentes como criterio matemático de identificación y clasificación, lo cierto es que el desarrollo de estas técnicas permite no solo repetir un proceso mecánicamente, sino además aprender de la experiencia, redefinir las reglas e, incluso, como observábamos líneas atrás, poder llegar a independizarse de su creador a la hora de definir la toma de decisiones.

La “*on-demand economy*” representa la última ola de una también nueva economía digital y un terreno en el que los algoritmos han alcanzado un más extenso desarrollo. Este sector económico posee una amplia definición, pero son las plataformas “*gig*” las que concentran el interés en materia laboral, al permitir a los proveedores individuales proporcionar directamente sus servicios al mercado. Estas plataformas profesionales basan su actuación en algoritmos y, a través de los mismos, efectúan asignaciones de actividades a los profesionales incluidos dentro de las mismas. Los usuarios registrados son clientes de la plataforma y corresponde a esta elaborar una planificación perfecta que permite la asignación más eficiente entre la oferta y la demanda de servicios. En otras palabras, el sistema informático procede a la asignación de tareas asignando el servicio al profesional que en cada momento concreto reúna los requerimientos mejor adaptados a las necesidades del cliente. En resumen, el jefe parece que termina siendo un algoritmo.

No debe sorprendernos, por ello, que la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 805/2020, de 25 de septiembre, precisase en los hechos las funciones algorítmicas que realiza la plataforma de entrega de comida a domicilio que estaba en la base de la controversia, aportando una reflexión sobre la relevancia de la gestión algorítmica por parte de la empresa para organizar el trabajo de los repartidores. Pues para prestar estos servicios la plataforma, dice

la sentencia, “se sirve de un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor”, en suma, termina diciendo, “la empresa ha establecido instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo a través de medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante”.

En estas plataformas, las finalidades a las que sirven los algoritmos se concretan, esencialmente, en tres específicas funciones<sup>41</sup>.

En primer lugar, procede a la asignación de la concreta actividad, de modo que, a través de la app se asignan al prestador de servicios los trabajos más cercanos. El sistema funciona mediante el rastreo de la proporción de trabajos que el prestador ha aceptado y realiza un promedio de la evaluación/puntuación que los usuarios han otorgado a quién ha desarrollado el servicio. Se produce, en cierto modo, una cierta subasta de servicios que el algoritmo se encarga de coordinar<sup>42</sup>.

En segundo lugar, estos sistemas asignan tarifas y modifican los precios de los servicios durante los picos de demanda. El precio está determinado por una tarifa estándar y fluctúa de acuerdo con un algoritmo de precios dinámico. Por ejemplo, cuando la demanda supera la oferta, los algoritmos de precios dinámicos lo aumentan hasta que se alcanza el equilibrio de mercado. Su extraordinaria capacidad de análisis les permite establecer precios dinámicos<sup>43</sup>. Como es obvio, su interés estriba no solo en la originalidad de su cometido, sino en su extraordinaria velocidad y precisión, al analizar una inmensa cantidad de datos. Pero este modo de gestión es bilateral. Los prestadores de servicios pueden utilizar también estos instrumentos para valorar de forma precisa el momento óptimo en el que prestar sus servicios, al poder controlar también los precios de los ofertantes.

Finalmente, el algoritmo permite la evaluación algorítmica del rendimiento puesto que estos sistemas permiten clasificar y valorar el grado de aceptación de la prestación de los servicios. En efecto, entre las singularidades que ofrecen estas fórmulas se encuentra el establecimiento de sistemas para garantizar la confianza en los prestadores de servicios a través de la valoración de los usuarios. Es una práctica generalizada en todas estas plataformas la existencia de sistemas de evaluación de las tareas. A título de ejemplo, en las plataformas especializadas en transporte de viajeros, después de cada viaje, a los pasajeros y conductores se les da la oportunidad de evaluarse

---

<sup>41</sup> M. KYUNG LEE, D. KUSBIT, E. METSKY, L. DABBISH, *Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers*, <http://www.cs.cmu.edu>

<sup>42</sup> A. TODOLÍ SIGNES, *The evaluation of workers by customers as a method of control and monitoring in firms: Digital reputation and the European Union's regulation on data protection*, *International Labour Review*, 2020.

<sup>43</sup> Cuestión que también se proyecta en el ámbito mercantil, A. PÉREZ HERNÁNDEZ, *Algoritmos y derecho de la competencia: un estudio sobre la alineación automática de precios*, *Revista de Derecho Mercantil*, 2019, nº 311.

los unos a los otros en base a su experiencia durante el viaje. Es importante tener presente que el valor añadido del modelo de negocio empleado por las plataformas digitales se encuentra, también, en la capacidad de emplear la plataforma para extraer datos sobre el uso del servicio<sup>44</sup>.

La “gestión algorítmica del empleo” se ha convertido en un elemento que puede ser utilizado, incluso para definir el propio concepto de trabajador<sup>45</sup>. Así, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, incorpora una nueva Disposición adicional vigesimotercera al ET de acuerdo con la cual: “Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”.

Una dirección a la que había apuntado el Comité Económico y Social Europeo durante la tramitación de la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, al señalar que: “el criterio según el cual trabajador actúa bajo la dirección de otra persona podría dificultar la inclusión de los trabajadores en las plataformas en línea. Por lo tanto, debería especificarse (...) que los algoritmos pueden ser vinculantes para los trabajadores

---

<sup>44</sup> N. SRNICEK, *Platform capitalism*, Cambridge, Polity Press, 2017, p. 47. La referida cuestión posee importantes implicaciones. En primer lugar, en la gestión de los propios datos por los interesados. Especial atención presta a este tema la Resolución del Parlamento Europeo, 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2016/0000(INI)), cuando subraya la importancia de que los trabajadores de las plataformas “puedan beneficiarse de la portabilidad de las evaluaciones y calificaciones, que constituyen su valor en el mercado digital, así como de facilitar la transferibilidad y acumulación de las evaluaciones y calificaciones en las diferentes plataformas al tiempo que se respetan las normas relativas a la protección de datos y la privacidad de todas las partes implicadas”. Por otro lado, la trazabilidad de las operaciones genera un alto nivel de confianza que se establece entre los proveedores de servicios y quienes los reciben.

<sup>45</sup> Entre los muchos trabajos que han analizado los presupuestos de la laboralidad en estas relaciones, remito especialmente a A. GINÉS I FABRELLAS, *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, Pamplona, Aranzadi, 2021. También, S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas*, Temas Laborales, 2017, nº 138; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Economía de las plataformas (platform economy) y contrato de trabajo*. En “XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves Tecnologies i relacions laborals”, 2019 y G. GARCIA GONZALEZ, *Trascendencia jurídico laboral de la economía colaborativa: cuestiones controvertidas y propuesta de resolución*, en A. ORTÍ VALLEJO, G. RUBIO GIMENO (Dir.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Pamplona, Thomson Reuters, 2019.

del mismo modo que lo son las instrucciones orales o escritas<sup>46</sup>. También camina por esta misma senda la Propuesta de Directiva para mejorar las condiciones laborales de las personas que trabajan a través de plataformas digitales<sup>47</sup>, que se dirige, en primer lugar, a consolidar la presunción de laboralidad de todos los trabajadores de plataformas en todos los sectores productivos en aquellas plataformas que “actúen como empresario”, esto es, que “controlen” el trabajo y, en segundo lugar, a asegurar los derechos de información y transparencia de cómo se usan los algoritmos en el trabajo, derechos de consulta sobre el uso de algoritmos y, por último, obligaciones empresariales de que haya un “humano al mando” en las decisiones que afecten a trabajadores.

Dentro de este espacio se desarrollan fórmulas más difusas como las de crowdsourcing<sup>48</sup> que se convierten en un verdadero reto al control de la normativa laboral en la medida en que se construyen desde la deslocalización geográfica e individual de los prestadores de servicios. Las economías de plataforma muestran el potencial de transformación que desafía el paradigma actual de la empresa<sup>49</sup>.

La “discriminación algorítmica en el empleo” puede ocupar importantes espacios en este ámbito. Buen ejemplo es la sentencia del Tribunale Ordinario di Bologna que, en su sentencia de 31 de diciembre de 2020 (N. R.G. 2949/2019) que declaró discriminatorio el algoritmo Frank utilizado por Deliveroo en su plataforma online para clasificar o definir el “ranking reputacional” de los riders<sup>50</sup>. Según quedó acreditado, los repartidores gozan de dos vías para recibir encargos de viajes por parte de la empresa: pueden reservar sesiones con antelación a través del sistema de reserva SSB (“Self-Service Booking”) o pueden iniciar sesión en tiempo real. El sistema de reserva SSB proporciona a los riders un calendario de disponibilidad de la semana entrante para poder recibir encargos de viaje de acuerdo con un ranking (una clasificación) establecido. Los parámetros de dicha clasificación son la llamada “tasa de fiabilidad” (número de veces en el que el rider no atendió una sesión que

---

<sup>46</sup> Como agudamente había recogido, J.M. MIRANDA BOTO, *Algo de ruido. ¿Cuántas nuevas? la nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la unión europea y su impacto en el derecho español*, Temas Laborales, 2019, n° 149, p. 81.

<sup>47</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Consultation Document. First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work*, European Commission, Brussels, 2021. Una reflexión de conjunto sobre esta cuestión puede encontrarse en D. PEREZ DEL PRADO, *El debate europeo sobre el trabajo de plataformas. Propuestas para una Directiva*, Trabajo y Derecho, 2021, n° 77.

<sup>48</sup> A. GINÉS I FABRELLAS, *Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo el caso de Amazon Mechanical Turk*, Revista Derecho Social y Empresa, 2016, n° 6, pp. 66-85.

<sup>49</sup> V. DE STEFANO, *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, Conditions of Work and Employment Series n° 71, International Labour Organization, 2016, p. 3-4.

<sup>50</sup> Seguimos el excelente resumen que realiza de este pronunciamiento, R. OLIVA LEÓN, *¿Es discriminatorio el algoritmo de Deliveroo que «rankea» a sus riders?*, <https://www.algoritmolegal.com/tecnologias-disruptivas/es-discriminatorio-el-algoritmo-de-deliveroo-que-rankea-a-sus-riders/>.

previamente reservó) y la “tasa de participación en los picos” (número de veces en que el prestador estuvo disponible para los horarios más relevantes, es decir, de las 20h a las 22h de viernes a domingo). Sobre esta base, la empresa utiliza un algoritmo que, a juicio del referido Tribunal, penaliza de igual forma y sin distinción alguna tanto a los riders que se ausentan temporalmente por motivos injustificados como a los que lo hacen por motivos justificados de enfermedad, cuidado de menores o para ejercer su derecho de huelga. Tal diferencia, concluye el Tribunal, encubre una discriminación algorítmica en el empleo. Y llega a esta conclusión indicando que es indiferente que a los repartidores se les considere trabajadores por cuenta ajena o trabajadores autónomos, dado que en cualquiera de los casos estarán protegidos frente a la discriminación en el acceso al trabajo.

Pero el espacio de los algoritmos no solo se encuentra en las economías de plataforma. Estamos seguros de que los mismos están llamados a instalarse en el conjunto de empresas como instrumentos a los que éstas van a recurrir y por lo que están llamados a convertirse en un instrumento de gestión capaz de proyectar su uso sobre cualquier tipo y modelo de actividad económica. Pensemos en el uso que puede darse a los mismos en cualquier proceso de decisión que requiera elecciones complejas y uso masivo de datos: procesos de evaluación del desempeño y evaluación de objetivos tan utilizados a la hora de establecer sistemas de retribución variable. Aquí los riesgos tampoco desaparecen. La IA también puede producir resultados sesgados si se entrena con métodos sesgados. Un algoritmo entrenado usando las evaluaciones subjetivas de un supervisor sesgado hará predicciones sistemáticamente sesgadas del futuro desempeño laboral<sup>51</sup>. La consideración por el futuro Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial como los sistemas de alto riesgo aquellos que se utilizan para la “*promoción y (...) asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento*”, pone de manifiesto la tutela reforzada que merecen este tipo de situaciones.

### 3. El control algorítmico del trabajo en la era del capitalismo de la vigilancia<sup>52</sup>

El control a través de sistemas de videovigilancia, microfónicos y telefónicos, el rastreo a través de sistemas de geolocalización; los controles biométricos; el control informático de los niveles de productividad de los trabajadores en tiempo real; el seguimiento de los correos electrónicos y de las navegaciones por internet, conforman una realidad en permanente transformación en la que la vigilancia empresarial se ha convertido en algo más

<sup>51</sup> Como señalan, P. T. KIM & M. T. BODIE, *Artificial Intelligence and the Challenges of Workplace Discrimination and Privacy*, Journal of Labor and Employment Law, 2021, Vol. 35, No. 2, p. 295.

<sup>52</sup> Parafraseando la conocida obra de S. ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia*, Barcelona, Paidós. 2020.

impersonal, pero no por ello menos invasivo. Ciertamente, la idea de la empresa panóptica se hace cada vez más fuerte y los mecanismos de control y seguimiento empresarial adquieren nuevos contenidos y también nuevas dimensiones<sup>53</sup>.

La importancia de esta materia aparece subrayada por el art. 88.2 RGPD cuando precisa que los tratamientos de datos en el ámbito laboral “incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a (...) los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”. La LOPD ha venido a incorporar importantes novedades que se proyectan de forma especial en el ámbito que nos ocupa. Ha sido, sin duda, su Título X, en materia de garantías de los derechos digitales, en el que se ha puesto más intensamente el foco de atención. Garantías a las que se añadirían las que incorporase el futuro Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial que, como venimos recordando, añade también entre los sistemas de alto riesgo los que “*se utilizan (...) para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral*”.

La introducción de nuevas tecnologías en el mundo laboral ha ayudado a reforzar la visión panóptica de la relación de trabajo, así como la idea de un remozado feudalismo virtual. El inspector que ve sin ser visto y los vigilados que no pueden escapar a la mirada vigilante y omnipresente que parece situarse en un mundo incorporal, aunque penetre en el mundo corporal hasta hacerlo transparente. Por ello, los límites a este control invasivo resultan especialmente relevantes en una relación donde los ojos empresariales se encuentran siempre presentes. El uso de algoritmos puede suponer un salto adelante en muchos de estos sistemas y son muchos los ejemplos.

La métrica de las personas, la biometría, es uno de los terrenos en los que de forma más evidente se puede apreciar el desarrollo presente y futuro de los sistemas algorítmicos como instrumentos de control laboral<sup>54</sup>. Un ejemplo: el tratamiento del rostro con software de reconocimiento facial. Los instrumentos que permiten esa identificación utilizan sistemas de IA incorporando complejos algoritmos matemáticos. Son muchos los riesgos que plantea la posibilidad de un uso desproporcionado como, por ejemplo, que el empleador pueda controlar las expresiones faciales de sus empleados o identificar desviaciones de patro-

---

<sup>53</sup> Una evolución que empezamos a analizar en J. R. MERCADER UGUINA, “*Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?*”, *Relaciones Laborales*, 2001, nº 10, pp. 11 a 31. La idea del “panóptico” sigue siendo usada por la doctrina como muestra la obra de M. FERNANDEZ RAMÍREZ, *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa “neopanóptica”*, Pamplona, Aranzadi, 2021.

<sup>54</sup> Sobre esta materia me remito más ampliamente a mi estudio: *Datos biométricos en los centros de trabajo*, en J. BAZ RODRIGUEZ (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 169 a 198.

nes de movimientos predefinidos durante el desarrollo de su actividad laboral<sup>55</sup>. No sorprende, por ello, que el WP 249, Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, del GT 29, pusiera de manifiesto que son muchos los riesgos que plantea el uso de estos sistemas de reconocimiento unidos a los de video vigilancia. Esto es lo que ha llevado al GT29 a llamar la atención sobre la necesidad de que “los empleadores se abstengan de utilizar estas tecnologías pues, aunque admite que podría haber algunas excepciones marginales, éstas no pueden ser utilizadas para invocar una legitimación general que dé cobertura, sin más, al uso de dicha tecnología”.

Especialmente interesante, por su novedad, es el modelo francés, establecido por la Délibération n° 2019-001 de 10 de enero de 2019, de la Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (en adelante, CNIL), que aprueba el Règlement type relatif à la mise en oeuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d’accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail (en los sucesivos, Délibération n° 2019-001). Esta norma concreta el mandato contenido en la loi no 2018-493 de 20 de junio de 2018 relative à la protection des données personnelles, que atribuye la función de establecer y publicar «regulaciones tipo para garantizar la seguridad de los sistemas de tratamiento de datos personales y para regular el tratamiento de datos biométricos, genéticos y de salud». El art. 1 de la Délibération define un “patrón” o “modelo” como “el resultado del procesamiento de la grabación sin procesar (foto, grabación de audio, etc.) de la característica biométrica por un algoritmo que hace imposible reconstruirla”. En concreto, su art. 10 exige al responsable del tratamiento de estos datos adoptar medidas en ámbitos como la métrica de datos, lo que se materializa en medidas tales como la de cifrar datos biométricos, incluidos los “patrones”, utilizando un algoritmo criptográfico y de gestión de claves de acuerdo con el estado de la técnica; en particular, se debe definir claramente una política de cifrado y gestión de claves (cambio de claves predeterminadas, algoritmos y tamaño de claves de acuerdo con el estado del arte, renovación planificada, etc.).

A su vez, los algoritmos permiten estudiar también datos recabados a través de ropa inteligente y otros accesorios (*wearables*). La tecnología

---

<sup>55</sup> Ejemplo de esos riesgos es el asunto resuelto por el PS/00120/2021 de la AEPD en relación con la empresa Mercadona y que conllevó para la misma una sanción de 2,5 millones de euros. La AEPD indica que al tratarse de un sistema de identificación que usa datos biométricos dirigidos a identificar unívocamente a una persona concreta entre varias (uno-a-varios, o 1:N), nos encontramos ante un tratamiento de datos de categoría especial sujeto a las garantías recogidas en el art. 9 RGPD. La AEPD considera, además, el sistema de reconocimiento facial empleado como un sistema de reconocimiento facial masivo y remoto (“identificación biométrica remota”) según define este concepto el Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea y ahora la el futuro Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial. Esta Propuesta pretende prohibir que los servicios policiales utilicen la identificación biométrica a distancia en tiempo real (mediante el reconocimiento facial, por ejemplo) y clasificar esta práctica como «de alto riesgo» cuando se utilice con otros fines. Quedando pues permitido el reconocimiento biométrico «posterior» y «próximo».

wearable es habitualmente referenciada en la jerga tecnológica como WT (*Wearable Technology*), y los dispositivos asociados como WD (*Wearable Devices*) o, simplemente, wearables. En castellano, es habitual acompañar a estos dispositivos con los adjetivos «tecnológico» o «inteligente»: chaqueta tecnológica, reloj inteligente, etc. Señala el GT29, en el citado WP 249, en relación con los *Wearable devices*, que los empleadores están cada vez más tentados de proporcionar dispositivos portátiles a sus empleados con el fin de rastrear y registrar su salud y actividad dentro, y algunas veces incluso fuera del lugar de trabajo. Lo cierto es que, a través de estos sistemas, los empresarios podrían además fomentar el uso de estos dispositivos durante el tiempo de ocio, para medir los patrones de sueño y los niveles de ejercicio, basándose en su posible vinculación con la productividad y con comportamientos ligados a la idea de empresa saludable. El riesgo está en el acceso y control a datos especialmente sensibles: los relativos a la salud de los trabajadores. Datos en relación con los cuales el RGPD establece como principio general la prohibición de tratamiento.

Pero el control algorítmico está llamado a tener un papel relevante en la nueva era del trabajo a distancia. En el teletrabajo interactivo, el trabajador se encuentra expuesto a vigilancia directa en tiempo real y, en otros casos, sin conexión telemática, este control también es posible, aunque diferido en el tiempo, mediante la utilización de determinados programas *in accounting*. El control computerizado, especialmente utilizado sobre trabajadores informáticos, permite a los supervisores efectuar chequeos periódicos a la actividad del supervisado controlando el número de tecleos por minuto, el número de errores y el tiempo total pasado en el ordenador. En efecto, el llamado *software "in accounting"* permite, previa identificación personal del operador, memorizar el número de operaciones efectuadas por el mismo, el número de errores cometidos al efectuarlas, el tiempo empleado para cada una, el tiempo total de trabajo, la memoria utilizada, el número de frecuencia y la duración de las interrupciones. El control y seguimiento algorítmico puede servir para evitar soluciones excesivamente invasivas y, por ende, desproporcionadas, que conlleven una vulneración de la intimidad de las personas.

Un terreno en el que también está llamado a proyectarse el control mediante algoritmos de la actividad laboral es el de las amenazas internas (*Insider Threat*). Las mismas tienen por finalidad prevenir, identificar y mitigar las amenazas internas que tengan su origen en las propias personas trabajadoras, que de forma consciente o inconsciente puedan comprometer la actividad empresarial en procesos esenciales de su actividad. De este modo, y a través de la ponderación de una serie de indicadores, los algoritmos predicen la posibilidad de que exista o no una amenaza. Sobre esta base, la empresa podrá tomar medidas adicionales de control sobre los trabajadores que queden identificados. Un modelo de intervención que entra de lleno en las situaciones de alto riesgo (*"seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones"*) que, como venimos diciendo, *identifica* el futuro Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial. Este

tipo de instrumentos son mirados con reticencia y algunos análisis recomiendan que se debe prohibir a los empleadores hacer predicciones o inferencias sobre el desempeño de un trabajador. Del mismo modo, se afirma que las empresas no deberían utilizar fórmulas algorítmicas para predecir o emitir juicios sobre el desempeño de un trabajador emoción, personalidad o salud<sup>56</sup>.

Y es que los algoritmos pueden colaborar a reconstruir el ser más profundo de los trabajadores a través de métodos de gestión digitalizados que permiten integrar datos, patrones e interacciones cibernéticamente esparcidas por ellos con el uso de los sistemas informáticos dentro y fuera de la empresa. Nuestro rastro algorítmico compone, al fin y a la postre, nuestro ser social y laboral. Los riesgos del desarrollo de estas nuevas fórmulas se proyectan como sombras en el ámbito empresarial al permitirse una mayor capacidad de transmisión de datos y de combinación de los mismos, con el peligro añadido de la descontextualización de la información, lo que puede crear un clima psicossociológico de control e invasión de su privacidad, esto es, la conciencia en los trabajadores de poder ser conocidos en todos los aspectos de su personalidad, el trabajador se hace plenamente transparente.

No obstante, no todo es negativo en este escenario que parece anunciar la definitiva muerte de la privacidad. Los algoritmos también pueden ayudarnos. Como en su reciente informe ha señalado la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, “*Estudio prospectivo sobre riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025*”, estos nuevos sistemas pueden facilitar la comprensión de los problemas relativos a la seguridad y salud en el trabajo, la toma de mejores decisiones y la predicción de los problemas en materia preventiva antes de que ocurran, así como pueden favorecer intervenciones más oportunas y eficaces. Incluso puede facilitar que las empresas demuestren el cumplimiento de las normas, y que las inspecciones laborales investiguen de forma más eficaz los eventuales incumplimientos.

#### 4. ¿Pueden despedir los algoritmos?

Los algoritmos están aterrizando también en el ámbito de los despidos<sup>57</sup> y la realidad lo pone de manifiesto. Xsolla, la filial rusa de una empresa de *software* y servicios interactivos con sede en Los Ángeles, ejecutó una vanguardista reestructuración de su plantilla siguiendo únicamente el dictamen de un algoritmo de rendimiento laboral que los consideraba “improductivos” y

---

<sup>56</sup> A. BERNHARDT, L. KRESGE R. SULEIMAN, *Data and Algorithms at Work: The Case for Worker Technology Rights*, UC Berkeley Labor Center, 2021, p. 23

<sup>57</sup> Como apunta A. TODOLÍ SIGNES, *La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos*, Revista de Derecho Social, 2018, n° 84, pp. 69 a 88.

“poco comprometidos” con los objetivos de la empresa<sup>58</sup>. Jeff Bezos afirmaba que las únicas decisiones empresariales que es imprescindible dejar en manos de seres humanos son “las estratégicas”. El resto, las decisiones “cotidianas”, por trascendentes que resulten, es preferible que las tomen algoritmos de IA, porque actúan “teniendo en cuenta toda la información relevante y sin interferencias emocionales”.

Aun tratándose de realidades normativas distantes y con difícil acomodo en la nuestra, lo cierto es que algoritmos se están ganando espacios, por ejemplo, en el ámbito de la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo. Ejemplo de ello es STS 25 de septiembre de 2018<sup>59</sup> en la que la selección se realizó aplicando la Skill Competence Matrix, un programa evaluativo dirigido a garantizar que las personas que permanezcan en la plantilla de la empresa son las que tienen mejor valoración y un más elevado índice de polivalencia, cuyo funcionamiento se describe del siguiente modo: herramienta informática, en forma de tabla donde se valoran las capacidades técnicas de la plantilla, considerando solamente la mano de obra directa. El recurso a sistemas de objetivización en la identificación de los trabajadores afectados por el despido puede resultar, por supuesto, una fórmula útil y eficiente pero su tratamiento, como se ha advertido respecto de otros usos laborales de los algoritmos, “debe someterse a las debidas cautelas para evitar que la identificación de los trabajadores afectados por el despido genere riesgos de discriminación o, sin llegar tan lejos, seleccione trabajadores sin atender a las razones que originan la medida de reestructuración”. Es preciso, “si estos sistemas se utilizan para seleccionar a los trabajadores afectados por el despido, que el algoritmo forme parte de periodo de consultas, de modo que se asegure la transparencia en su diseño e incluso la participación de los trabajadores para definir la lógica aplicada en el sistema”<sup>60</sup>.

¿Calcularán las indemnizaciones los algoritmos? No hace falta recordar que estamos en un tiempo en que el modelo de indemnizaciones tasadas se observa con desconfianza. Dicho modelo indemnizatorio es rígido y no graduable en relación a diversos parámetros (como la antigüedad en el empleo). Se niega, además, cualquier posibilidad al juzgador de tomar en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, algo que para el Tribunal italiano es necesario para poder “personalizar” el daño sufrido por la parte trabajadora y adoptar la decisión que se estime más adecuada sobre la cuantía resarcitoria<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> <https://elpais.com/icon/2021-10-10/150-despidos-en-un-segundo-asi-funcionan-los-algoritmos-que-deciden-a-quien-echar-del-trabajo.html>. Véase también el caso de Amazon, C KLECHER, ‘How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for ‘productivity’’, <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivityfiring-terminations>

<sup>59</sup> ECLI: ES:TS:2018:3463.

<sup>60</sup> A. DE LA PUEBLA PINILLA, *El despido por causas empresariales*, en XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Reestructuraciones empresariales, Madrid, MTES, 2021, p. 206.

<sup>61</sup> El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de 23 de abril de 2021 (R<sup>o</sup> 5233/2020), y en relación con la solicitud de ampliación de la indemnización legal en base en

La cuestión está en saber si en el “Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI” la indemnización por despido terminará estando definida en función de una pluralidad de factores integrados algorítmicamente. Mientras lo decidimos, la ya citada Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial incluye en el art. 6.2 en conexión con el Anexo III, como en los casos anteriores, entre los sistemas de alto riesgo aquellos que se utilizan en “*la resolución de relaciones contractuales de índole laboral*” o, como mejor prefiere el Considerando (38) en la “*rescisión de contratos*”.

## V. SISTEMA DE GARANTÍAS (PRESENTES Y FUTURAS) DE LA GESTIÓN LABORAL A TRAVÉS DE ALGORITMOS

Como explica Ferrajoli, “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales”. Por ello, continúa, “reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela y satisfacción ha sido previstas”. En todo caso, “el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia de tales vínculos”<sup>62</sup>.

El sistema de garantías frente a la gestión algorítmica del empleo encuentra su base en el RGPD y en el marco general del Derecho antidiscriminatorio<sup>63</sup>. A ellos se unirá, cuando vea la luz, el Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial, una disposición que vendrá a “complementar” el anterior régimen normativo<sup>64</sup> y que incorporará un conjunto de normas armonizadas aplicables al diseño, el desarrollo y la utilización de determinados sistemas de IA de alto riesgo y que establecerá requisitos específicos que tienen por

---

el artículo 10 del Convenio 158 de la OIT y a la Carta Social Europea (1966), ha considerado que en determinados “supuestos excepcionales” la indemnización resultante por aplicación de la ley puede no resultar “adecuada” y, por tanto, contraria al art. 10 del Convenio 158 OIT. Para lo que se requiere el cumplimiento de dos requisitos: (i) La notoria y evidente insuficiencia de la indemnización establecida legalmente por resultar la misma manifiestamente exigua. (ii) La clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato. No resulta descartable que la “indemnización adecuada” incorpore otros conceptos resarcitorios cuando la conducta extintiva del empleador cause perjuicios a la persona asalariada que superen el mero lucro cesante (daño emergente, daño moral...).

<sup>62</sup> L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 25.

<sup>63</sup> En esta línea se sitúa también el proyecto de Algorithmic Accountability Act de 2019 que inició su tramitación en el Senado de Estados Unidos. El texto que se basa en el RGPD sigue siendo un borrador (<https://quandarypeak.com/2020/03/on-our-radar-the-algorithmic-accountability-act/>). Un análisis su impacto en la normativa de los diferentes Estados, Y. CHASE, ‘U.S. AI Regulation Guide: Legislative Overview and Practical Considerations’, *The Journal of Robotics, Artificial Intelligence and Law*, 2020, 3(1), pp. 17 a 40.

<sup>64</sup> Como expresamente reconoce la Exposición de Motivos (I.2) de la Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial.

objeto reducir al mínimo el riesgo de discriminación algorítmica, en particular en lo tocante al diseño y la calidad de los conjuntos de datos empleados para desarrollar sistemas de IA, los cuales van acompañados de obligaciones referentes a la realización de pruebas, la gestión de riesgos, la documentación y la vigilancia humana durante todo el ciclo de vida de tales sistemas.

Del análisis conjunto de las realidades normativas presentes y futuras cabe extraer un conjunto de principios que vendrían a informar y conformar el sistema de garantías frente a la gestión algorítmica por parte de las empresas. Estos serían los principios de transparencia y explicabilidad algorítmica; el de gobernanza de los datos; el de aproximación basada en el alto riesgo y, en fin, el de humano al mando.

## 1. El principio de transparencia y explicabilidad algorítmica

El principio de transparencia posee una importancia extraordinaria en el conjunto de instrumentos de garantía frente al uso de algoritmos en el mundo laboral. Importancia que queda subrayada por el propio RGPD cuando señala que dentro de “las disposiciones legislativas o de convenios colectivos, que establezcan normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores, se incluirán medidas adecuadas y específicas «prestando especial atención a la transparencia del tratamiento» (art.88.2 RGPD). Como ha señalado Molina Navarrete, dentro de este ámbito cabe distinguir dos espacios diferentes de transparencia, “aunque convergentes en la mayor efectividad posible de la misma”. Por un lado, “la garantía de transparencia informativa individual, contenido esencial de sus derechos” y, por otro, la “garantía de participación (presupone la transparencia previa, pues sin información no hay posibilidad de participación real) colectiva (información activa y pasiva, recibida y aportada por sus representaciones)”<sup>65</sup>. A las anteriores dimensiones cabría añadir, cuando estamos en presencia de modelos algorítmicos y, muy en particular, de sistemas de IA, la garantía de explicabilidad.

### 1.1. Garantía de transparencia informativa individual

El responsable del tratamiento ha de tomar las medidas oportunas para facilitar al interesado toda la información indicada en los art.13 y 14 RGPD, así como cualquier comunicación con arreglo a sus artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo (art. 12.1 RGPD).

---

<sup>65</sup> C. MOLINA NAVARRETE, *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos) covid19: Entre eficiencia, gestión y garantías*, Albacete, Bomarzo, 2021, pp.171-172.

En el caso de los algoritmos, como recuerda el WP251, se hace necesaria la existencia de una información significativa sobre la «lógica aplicada», naciendo así un derecho a la transparencia algorítmica. El art. 14.2 g) RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada («la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado»), no necesariamente una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo. No obstante, la información facilitada debe ser suficientemente exhaustiva para que el interesado entienda los motivos de la decisión. La complejidad no es una excusa para no ofrecer información al interesado.

El responsable del tratamiento debe hallar formas sencillas de informar al interesado acerca de la lógica subyacente o los criterios utilizados para llegar a la decisión. El considerando (58) RGPD establece que el principio de transparencia «es especialmente pertinente en situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen, como es en el caso de la publicidad en línea». El propio Consejo de Europa así lo subraya en su Proyecto de Informe explicativo sobre la versión modernizada del Convenio 108, apartado 75: «Los interesados deben tener derecho a conocer la lógica subyacente del tratamiento de sus datos, incluidas las consecuencias de dicha lógica, que lleve a conclusiones definitivas, en particular en casos que supongan la utilización de algoritmos para tomar decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles».

Como nuevamente recomienda el WP251, en estos casos, «en lugar de ofrecer una compleja explicación matemática sobre cómo funcionan los algoritmos o el aprendizaje automático, el responsable del tratamiento debe considerar la utilización de formas claras y exhaustivas de ofrecer información al interesado, por ejemplo: (i) las categorías de datos que se han utilizado o se utilizarán en la elaboración de perfiles o el proceso de toma de decisiones; (ii) por qué estas categorías se consideran pertinentes; (iii) cómo se elaboran los perfiles utilizados en el proceso de decisiones automatizadas, incluidas las estadísticas utilizadas en el análisis; (iv) por qué este perfil es pertinente para el proceso de decisiones automatizadas; y (v) cómo se utiliza para una decisión relativa al interesado».

La exigencia de transparencia resulta especialmente importante cuando los algoritmos suplen la función directora de la empresa como ocurre en el caso de las plataformas profesionales, pero también cuando se trata de cualquier otra intervención que afecta a los derechos y las libertades de las personas trabajadoras. Por ello, es perfectamente generalizable la afirmación según la cual, «la opacidad en la configuración del algoritmo y la práctica de las empresas de modificar las métricas utilizadas para mejor adaptar la asig-

nación de servicios y tareas a sus necesidades organizativas sin información a las personas trabajadoras genera una situación de especial inseguridad”, “una nueva forma de inseguridad, denominada inseguridad algorítmica, que obliga a las personas a conectarse a la plataforma, aceptar tareas y no rechazar servicios en contra de sus intereses individuales para evitar el riesgo de afectar a sus puntuaciones y, en consecuencia, a sus capacidades para obtener ingresos en el futuro”<sup>66</sup>.

## 1.2. Garantía de transparencia colectiva

No debe sorprender que se llame, por ello, a una intervención efectiva de los representantes de los trabajadores en estos casos como instrumento de refuerzo de la garantía de transparencia<sup>67</sup>. En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano» ha recordado “la necesidad de consultar e informar a los trabajadores y sus representantes a la hora de introducir sistemas de IA que pudieran provocar cambios en la organización del trabajo, la vigilancia y su control, así como en los sistemas de evaluación y contratación de los trabajadores”.

Una primera materialización de esta idea la podemos encontrar en nuestro país en Ley 12/2021, de 28 de septiembre, que incorpora un apartado d) en el art. 64.4 ET, que confiere a la representación legal de la plantilla el derecho a ser informada por la empresa “de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. De este modo, los cambios que vienen de la mano de los algoritmos al mundo del trabajo requieren de una importante reformulación y adaptación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre estos instrumentos delegados del poder de dirección y organización empresarial<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Como lo califica A. GINÉS I FABRELLAS, *El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica*, Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, 2021, n° 1, Vol.2, 2021, pp. 19-42.

<sup>67</sup> En esta dirección, G.F. MORAU, *Los derechos de comunicación de los representantes de los trabajadores. Nuevas dimensiones a la luz de las TIC*, Albacete, Bomarzo, 2020.

<sup>68</sup> Para un completo análisis del contenido y alcance de esta disposición son referencia obligada los trabajos de: A. BAYLOS GRAU, A.: “A vueltas con el algoritmo: Derechos de información y negociación colectiva”, <https://baylos.blogspot.com/2021/05/a-vueltas-con-el-algoritmo-derechos-de.html>. J. CRUZ VILLALÓN, “La participación de los representantes de los trabajadores en el uso de los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial”; <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/05/>; E. GARRIDO PEREZ, Derecho de información sobre algoritmos y sistemas de inteligencia artificial en <https://www.net21.org/derecho-informacion-algoritmos-inteligencia-artificial/>; R. GOMEZ GORDILLO, Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras, *Temas Laborales*, 2021, n° 157, pp. 161 – 182; J. GORELLI HERNANDEZ, Algoritmos y transparencia: ¿pueden mentir los números? Los derechos de información, Trabajo y Derecho, 2022, n° 86; A. TODOLÍ, *Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos* iUSLabor 2/2021.

El convenio colectivo posee también un lugar importante en un terreno especialmente sensible a los algoritmos: la protección de datos personales. El RGPD incorpora una regulación específica en materia laboral al establecer que “los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral (...)” (art. 88 RGPD). La llamada a la negociación colectiva también se ha producido por la legislación española. En concreto, el art. 91 LOPD, prescribe que “los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”, lo que da entrada a la autonomía colectiva en la determinación del contenido de estos derechos<sup>69</sup>.

Los convenios y acuerdos colectivos pueden cumplir una tarea fundamental a la hora de determinar las modalidades, contenido y periodicidad de acceso de la representación de las personas trabajadoras a la información relativa a los parámetros y a las reglas en los que se basan los algoritmos utilizados por la empresa para la toma de las decisiones que puedan incidir directa o indirectamente en las condiciones de trabajo, el acceso o el mantenimiento del empleo. Es buen ejemplo el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca que en precepto dedicado a los “Derechos digitales” dedica un elocuente apartado al: “Derecho ante la IA”. En él se incorporan reglas reforzadas de transparencia colectiva en aquellos procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen, exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana. En estos casos, se dice, se informará a la representación legal de las personas trabajadoras sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial y dicha información abarcará, como mínimo, “los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados”.

---

<sup>69</sup> El papel de los acuerdos colectivos en materia de protección de datos está llamada a tener un enorme protagonismo en el futuro como a subrayado J. BAZ RODRIGUEZ, *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019, pp. 334-339. Por ello se ha perdido una buena oportunidad para fijar algunos criterios sobre su intervención en el diseño de este derecho fundamental en la reciente STC 160/2021, de 4 de octubre. El hecho de remitir a los órganos judiciales ordinarios la solución de casos como éste por considerarlo ajeno al contenido del art. 18.4 CE resulta, cuando menos, cuestionable. El cambio unilateral de la empresa en el ejercicio de la finalidad pactada posee indudables efectos en materia de protección de datos al ser un principio esencial el que los datos deben ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines (art.5.1 b) RGPD). Los fines para los que son recabados u obtenidos los datos son la pauta de la proporcionalidad en su tratamiento, pues la idoneidad, necesidad y proporcionalidad se miden en función del fin para el que se han obtenido, como ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reiteradamente, entre otras en el STJUE 24 de noviembre de 2011, C-468/10 y C-469/10, ASNEF. No era pues, a nuestro juicio, una mera cuestión de legalidad ordinaria la que estaba en juego sino, antes bien, un elemento directamente conectado con el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales que hubiera requerido de una respuesta más fundada por nuestro Tribunal Constitucional.

### 1.3. Garantía de explicabilidad

El Big Data puede suponer un cambio de paradigma que se “centra en el abandono de la causalidad como criterio central y su sustitución por la correlación, una transformación tan relevante que “puede generar dificultades en la explicabilidad de las decisiones que se tomen basadas en algoritmos de Big Data”<sup>70</sup>.

En esta línea se viene insistiendo desde que, en 2019, la OCDE publicó sus Principios sobre Inteligencia artificial con el objetivo de promover una inteligencia artificial innovadora y que genere confianza, y que respete los derechos humanos y los valores democráticos. El libro blanco de la Comisión sobre Inteligencia Artificial, prelude de la futura propuesta legislativa europea sobre el particular, identifica criterios para determinar qué usos de la inteligencia artificial pueden representar un riesgo importante para el ser humano, para evaluarlo y mitigarlo. La propuesta de Reglamento para garantizar la equidad en la asignación de valor en toda la economía de datos (Data Act) de la Comisión, vendrá a establecer que siempre que un titular de datos esté legalmente obligado a proporcionar datos a un tercero dicha información se realizará en términos justos, razonables y no discriminatorios y de manera transparente.

El art. 13 de la Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial, se dirige en esta dirección al señalar que los sistemas deberán estar diseñados de forma que los usuarios interpreten y usen correctamente la información suministrada por el sistema; además, deberán ir acompañados de unas instrucciones de uso concisas, correctas, completas y claras. En concreto, precisa los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de un modo que garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los usuarios interpreten y usen correctamente su información de salida. En este sentido, deberán garantizar un tipo y un nivel de transparencia adecuados para que el usuario y el proveedor cumplan las obligaciones oportunas previstas normativamente. Por otra parte, los sistemas de IA de alto riesgo irán acompañados de las instrucciones de uso correspondientes en un formato digital o de otro tipo adecuado, las cuales incluirán información concisa, completa, correcta y clara que sea pertinente, accesible y comprensible para los usuarios. Esa información especificará, entre otras cosas, la identidad y los datos de contacto del proveedor y, en su caso, de su representante autorizado; las características, capacidades y limitaciones del funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo y la vida útil prevista del sistema de IA de alto riesgo, así como las medidas de mantenimiento y cuidado necesarias para garantizar el correcto funcionamiento.

---

<sup>70</sup> M<sup>a</sup> M. SERRANO Y M<sup>a</sup> C. FERNÁNDEZ ALLER, *El valor del dato en la economía digital*, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo 21/2020.

## 2. Principio de gobernanza de los datos

El gobierno de los datos constituye un principio medular en la gestión y control de los sistemas de IA y su desarrollo a las transformaciones que viva el RGPD<sup>71</sup>. Como señala el Considerando (44) de la Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial: “*Muchos sistemas de IA necesitan datos de alta calidad para funcionar correctamente, en especial cuando se emplean técnicas que implican el entrenamiento de modelos, con vistas a garantizar que el sistema de IA de alto riesgo funciona del modo previsto y en condiciones de seguridad y no se convierte en la fuente de alguno de los tipos de discriminación prohibidos por el Derecho de la Unión*”. Por ello “*es preciso instaurar prácticas adecuadas de gestión y gobernanza de datos para lograr que los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba sean de buena calidad*”.

Aunque en el desarrollo y entrenamiento de los procesos desarrollados por algoritmos predictivos no será necesario el tratamiento de datos personales al utilizarse, normalmente, datos anonimizados<sup>72</sup>, lo cierto es que la inseguridad que proporcionan estos sistemas<sup>73</sup> y, de forma más relevante, el hecho de que se proyecten en un terreno que, como el laboral, resulta especialmente sensible a los peligros derivados del tratamiento de datos (dada su perdurabilidad, su carácter personal, la diversidad de escenarios para los que pueden ser relevantes; y, en fin, el elevado número de personas trabajadoras que quedan afectadas), imponen controles de calidad muy severos sobre su tratamiento.

Especialmente importantes son por ello, las exigencias derivadas del principio de minimización, que obligan a escoger aquella tecnología que resulte menos intrusiva desde el punto de vista de la protección de datos. El art. 5.1 c) RGPD establece con carácter general que los datos deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. Una exigencia cobra especial importancia en el terreno de los tratamientos automatizados porque, como pone de manifiesto el WP251 en las Directrices a las que nos referíamos en líneas anteriores, “los algoritmos de aprendizaje automático están diseñados para procesar grandes volúmenes

<sup>71</sup> Y es que, como recientemente señaló el parlamentario europeo Axel Voss, padre del RGPD, es necesario “ser conscientes de que RGPD no está hecho para blockchain, reconocimiento facial o de voz, minería de texto y datos (o la) inteligencia artificial”: <https://www.ft.com/content/b0b44dbe-1e40-4624-bdb1-e87bc8016106>

<sup>72</sup> Tal y como señala el Considerando (26) RGPD: “(...) los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación”.

<sup>73</sup> A título de ejemplo, Y. DE MONTJOYE, L. RADAELLI, V. KUMAR SINGH, A. PENTLAND, *Unique in the shopping mall: On the reidentifiability of credit card metadata*, Science, 2015, v. 347, pp. 536–539, pusieron de manifiesto en un estudio durante tres meses de registros de tarjetas de crédito de 1,1 millones de personas que cuatro puntos espacio-temporales son suficientes para reidentificar de manera única al 90% de los individuos.

de información y generar correlaciones que permitan a las organizaciones crear perfiles de personas muy exhaustivos y sólidos. Aunque, en el caso de la elaboración de perfiles, conservar datos puede presentar ventajas, dado que el algoritmo podrá aprender de un mayor número de datos, los responsables del tratamiento deben cumplir el principio de minimización de datos al recoger datos personales y garantizar que conservan dichos datos durante no más tiempo del necesario y de forma proporcional a los fines del tratamiento de los datos personales”.

La calidad de los datos a través de los cuáles se entrenan los algoritmos resulta, por todo ello, esencial en la medida en que dicha depuración evitará la existencia de sesgos selectivos. Sobre esta base, el art. 10.3 de la Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial viene a precisar que “*los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba deben ser lo suficientemente pertinentes y representativos, carecer de errores y ser completos en vista de la finalidad prevista del sistema*”. Asimismo, deberán tener las propiedades estadísticas adecuadas, también en lo que respecta a las personas o los grupos de personas en las que en un principio se usará el sistema de IA de alto riesgo. En concreto, concluye el apartado 4 del citado art. 10 que: “los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba tendrán en cuenta, en la medida necesaria en función de su finalidad prevista, las características o elementos particulares del contexto geográfico, conductual o funcional específico en el que se pretende utilizar el sistema de IA de alto riesgo”. Se admite, la posibilidad de tratar categorías especiales de datos personales (art. 9.1 RGPD) “ofreciendo siempre las salvaguardias adecuadas para los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas, lo que incluye establecer limitaciones técnicas a la reutilización y la utilización de las medidas de seguridad y protección de la privacidad más recientes, tales como la seudonimización o el cifrado, cuando la anonimización pueda afectar significativamente al objetivo perseguido”.

### 3. Principio de aproximación basada en el alto riesgo

Como ha señalado Luhman, el riesgo “es una forma de descripción presente del futuro”<sup>74</sup>. Por ello la idea de controlar los efectos de las situaciones actuales sobre las futuras constituye un principio fundamental ligado al desarrollo del vertiginoso cambio tecnológico que estamos viviendo, Contundente en este sentido es el Considerando (85) RGPD que nos avisa de que: “Si no se toman a tiempo medidas adecuadas, las violaciones de la seguridad de los datos personales pueden entrañar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales para las personas físicas, como pérdida de control sobre sus datos personales o restricción de sus derechos, discriminación, usurpación de identidad, pérdidas financieras, reversión no autorizada de la seudonimiza-

---

<sup>74</sup> N. LUHMAN, *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 133.

ción, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, o cualquier otro perjuicio económico o social significativo para la persona”.

La aproximación basada en el riesgo constituye un principio medular del sistema de garantías aplicable a la protección de datos en el RGPD<sup>75</sup> y se articula a través de diversas instituciones vinculadas a la misma. De manera singular, el art. 25 RGPD bajo el epígrafe “Protección de datos desde el diseño y por defecto”, incorpora a la normativa de protección de datos la práctica de considerar los requisitos de privacidad desde las primeras etapas del diseño de productos y servicios<sup>76</sup>, exigencia a la que se añade la obligación que tienen los responsables de los tratamientos de datos de realizar una evaluación de impacto (art. 35.1 RGPD) con carácter previo a la puesta en funcionamiento de tales tratamientos cuando sea probable que éstos por su naturaleza, alcance, contexto o fines entrañen un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas<sup>77</sup>.

La noción de “alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas” no se encuentra definida en el RGPD, aunque el Considerando (91) ofrece algunos ejemplos para precisar que debemos entender por tal. Así orienta tal calificación cuando: “en función del nivel de conocimientos técnicos alcanzado, se haya utilizado una nueva tecnología a gran escala” o cuando la sensibilidad de los datos personales puede afectar “los derechos y libertades de los interesados, en particular cuando estas operaciones hacen más difícil para los interesados el ejercicio de sus derechos”<sup>78</sup>. No obstante, el citado concepto tiene un papel esencial en la Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial quedando definida la noción de “alto riesgo” en el art. 6.1 y 2 por relación con lo establecido en el Anexo III. Una definición que se orienta, como expresa el Considerando (31), hacia aquellos sistemas de IA que “tengan consecuencias perjudiciales importantes para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas de la Unión, y dicha limitación reduce al mínimo cualquier posible restricción del comercio internacional, si la hubiera”. El Título III, que consta de un total de 46 artículos (del 6 al 51), agrupados en cinco capítulos, más los Anexos III a VIII, que vienen a definir los límites de su actuación.

<sup>75</sup> M. RECIO GAYO, “Aproximación basada en el riesgo, evaluación de impacto relativa a la protección de datos personales y consulta previa a la autoridad de control”, en J.L. PIÑAR MAÑAS, *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid, Reus, 2016, pp. 351 a 366.

<sup>76</sup> Nos remitimos para la definición de su alcance a AEPD, *Guía de Privacidad desde el Diseño*, Madrid, AEPD, 2019. y Guía de Protección de datos por defecto, Madrid, AEPD, 2020. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-10/guia-proteccion-datos-por-defecto.pdf>

<sup>77</sup> La AEPD ha publicado una lista de actividades de tratamiento que requieren la realización de una evaluación de impacto. En el ámbito laboral la referida evaluación resultará imprescindible en la medida en que, por un lado, se trate de “tratamientos que impliquen la observación, monitorización, supervisión, geolocalización o control del interesado de forma sistemática y exhaustiva” y, por otro, que los tratamientos “impliquen el uso de datos biométricos con el propósito de identificar de manera única a una persona física”. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/listas-dpia-es-35-4.pdf>

<sup>78</sup> El Considerando (77) RGPD remite al Comité Europeo de Protección de Datos la posibilidad de emitir informes en esta materia.

La Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial incorpora nuevas ideas y dimensiones de las inicialmente proyectadas por el RGPD. Así, art. 11.1 de la Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial, establece una garantía que posee un claro aire de familia con los sistemas de protección desde el diseño y por defecto, al establecer que “la documentación técnica de un sistema de IA de alto riesgo se preparará antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio, y se mantendrá actualizada”. Esta documentación, se añade, se redactará de modo que demuestre que el sistema de IA de alto riesgo cumple los requisitos establecidos normativamente y proporcionará a las autoridades nacionales competentes y los organismos notificados toda la información que necesiten para evaluar si el sistema de IA de que se trate cumple con dichas exigencias<sup>79</sup>.

Igualmente, se establece como garantía la necesidad de contar con un sistema de gestión de riesgos. Según detalla el art. 9 de la Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial: “Se establecerá, implantará, documentará y mantendrá un sistema de gestión de riesgos asociado a los sistemas de IA de alto riesgo”. Este sistema consistirá en un proceso dinámico que se llevará a cabo durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo y que requerirá actualizaciones sistemáticas periódicas. Los sistemas de IA de alto riesgo serán sometidos a pruebas destinadas a determinar cuáles son las medidas de gestión de riesgos más adecuadas y comprobarán que los sistemas de IA de alto riesgo funcionan de un modo adecuado para su finalidad prevista y cumplen los requisitos previstos normativamente. Un proceso de auditoría algorítmica permanente en línea con lo apuntado por el WP251 en el que se señalaba que debe utilizarse medidas “de forma cíclica, no solo en la fase de diseño, sino también de forma continua, ya que la elaboración de perfiles se aplica a personas”, permitiendo todo ello comprobar que “los algoritmos utilizados y desarrollados por los sistemas de aprendizaje automático funcionan según lo previsto, y que no producen resultados discriminatorios, erróneos o injustificados”.

Finalmente, dentro del enfoque basado en el riesgo, la Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial establece que los sistemas deberán contar con un sistema de registro automático de eventos que garanticen la trazabilidad de su funcionamiento. A tenor el art. 12 establece que “los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán con capacidades que permitan registrar automáticamente eventos («archivos de registro») mientras están en

---

<sup>79</sup> Señala el Anexo IV de la Propuesta que la misma contendrá, como mínimo: (i) una descripción general del sistema (incluyendo, entre otros datos, su finalidad prevista, la persona o personas responsables de su desarrollo y las instrucciones de uso y, en su caso, de instalación); (ii) Una descripción detallada de los elementos del sistema de IA y de su proceso de desarrollo; (iii) Información detallada acerca del seguimiento, el funcionamiento y el control del sistema; (iv) Una descripción detallada del sistema de gestión de riesgos; (v) Una descripción de todo cambio introducido en el sistema a lo largo de su ciclo de vida; (vi) Una lista de las normas armonizadas aplicadas total o parcialmente; (vii) Una copia de la declaración UE de conformidad y, (viii) Una descripción detallada del sistema establecido para evaluar el funcionamiento del sistema en la fase posterior a su comercialización.

funcionamiento” a lo que añade que “estas capacidades de registro garantizarán un nivel de trazabilidad del funcionamiento del sistema de IA durante su ciclo de vida que resulte adecuado para la finalidad prevista del sistema”.

#### 4. Principio de humano al mando

La “reserva de humanidad”, como se la ha calificado<sup>80</sup>, constituye un soporte fundamental en el diseño de los nuevos sistemas de IA y en dicha dirección ya caminaba el art. 22,3 RGPD al establecer que: “En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”.

La Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial da un paso más en esta dirección y precisa que los sistemas de IA deberán estar diseñados de forma que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas para prevenir o reducir al mínimo los riesgos derivados de su uso. El objetivo de la vigilancia humana será, conforme establece el art. 14 de la Propuesta será prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando un sistema de IA de alto riesgo se utiliza conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando dichos riesgos persisten a pesar de aplicar otros requisitos establecidos en el presente capítulo.

Las medidas a adoptar permitirán que las personas a quienes se encomienda la vigilancia humana puedan, en función de las circunstancias: a) entender por completo las capacidades y limitaciones del sistema de IA de alto riesgo y controlar debidamente su funcionamiento, de modo que puedan detectar indicios de anomalías, problemas de funcionamiento y comportamientos inesperados y ponerles solución lo antes posible; b) ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en la información de salida generada por un sistema de IA de alto riesgo («sesgo de automatización»), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión; c) interpretar correctamente la información de salida del sistema de IA de alto riesgo, teniendo en cuenta en particular las características del sistema y las herramientas y los métodos de interpretación disponibles; d) decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o desestimar, invalidar o revertir la información de salida que este genere; e) intervenir en el funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo o interrumpir

---

<sup>80</sup> J. PONCE, “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50 (2019).

el sistema accionando un botón específicamente destinado a tal fin o mediante un procedimiento similar.

Establece a este respecto el art. 15.3 de la Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial que: “Los sistemas de IA de alto riesgo serán resistentes a los errores, fallos e incoherencias que pueden surgir en los propios sistemas o en el entorno donde operan, en particular a causa de su interacción con personas físicas u otros sistemas”. En particular, se precisa que: “Los sistemas de IA de alto riesgo que continúan aprendiendo tras su introducción en el mercado o puesta en servicio se desarrollarán de tal modo que los posibles sesgos en la información de salida debidos al uso de esta como datos de entrada en futuras operaciones («bucle de retroalimentación») se subsanen debidamente con las medidas de mitigación oportunas”.

Queda por ver cuán potente será este derecho para restringir el uso de IA y queda, igualmente, por ver qué alcance tendrá la intervención humana en estos procesos y si las herramientas que utilizan el aprendizaje automático se limitarán, simplemente, a poner nominalmente a cargo al final del proceso a un humano<sup>81</sup>. El hecho de que la negociación colectiva comience a incorporar expresas obligaciones en esta materia es un indudable signo de la importancia de esta cuestión. Nuevamente XXIV Convenio colectivo del sector de la banca sirve de referencia. Su art. 80.5 viene a precisar que el desarrollo creciente de la aportación de la tecnología requiere de una “implantación cuidadosa” cuando se aplica en el ámbito de las personas. Por ello, establece que: “las personas trabajadoras tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos previstos por la Ley, así como derecho a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos, cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos, pudiendo solicitar, en estos supuestos, el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la Empresa, en caso de discrepancia”.

## VI. LA VIGILANCIA DE LA GESTIÓN EMPRESARIAL ALGORÍTMICA: LA ADMINISTRACIÓN LABORAL ALGORÍTMICA

Quedan por analizar múltiples cuestiones, pero la extensión de este trabajo no lo permite. Una que desde luego no es menor es el espacio que pue-

---

<sup>81</sup> Un ejemplo que pone de manifiesto estas limitaciones es el que se planteó en su día en relación con determinadas actuaciones de Agencia de Empleo austriaca. Desde el 2016 evalúa las oportunidades de empleo de los candidatos a un puesto de trabajo con apoyo en un algoritmo que divide a los interesados en tres grupos según las posibilidades de encontrar empleo y que concede menor puntuación a las mujeres, a las personas discapacitadas y a los mayores de 30 años. El algoritmo está compuesto por una serie de modelos estadísticos basados en registros de empleo anteriores. Los programadores realizaron regresiones estadísticas para averiguar qué factores eran mejores para predecir las posibilidades de un individuo de encontrar un trabajo. El esquema, en principio, no iría en contra del art. 22 RGPD porque los trabajadores sociales podrían, según los casos, anular el juicio del algoritmo <https://algorithmwatch.org/en/austrias-employment-agency-ams-rolls-out-discriminatory-algorithm/>

de ocupar en el futuro la Administración laboral algorítmica<sup>82</sup>. El cambio tecnológico está llegando a ella, pero, como acertadamente se ha dicho, “la Administración sigue siendo Administración”, organización pública que tiene como finalidad la satisfacción del interés general. Lo que varía son sus formas: tanto la organización administrativa como el ejercicio de la función administrativa quedan marcadas por el empleo de las nuevas tecnologías para “el mejor cumplimiento del principio de eficacia que ello trae consigo”<sup>83</sup>.

No obstante, el uso de los algoritmos abre múltiples posibilidades pero también interrogantes a los que la doctrina administrativista ya está comenzando a dar respuestas<sup>84</sup>: ¿Los algoritmos son reglamentos?; ¿Se pueden utilizar algoritmos predictivos para determinar el contenido de las resoluciones administrativas?; ¿Los órganos judiciales pueden controlar una decisión basada en algoritmos con el mismo tipo de argumentación y de elementos que ante otros conocimientos o técnicas utilizadas por la Administración en su actividad?; o, en fin, ¿en los procedimientos en los que intervenga un algoritmo el mismo formará parte del expediente administrativo? Cuestiones de enorme importancia que marcarán el futuro de la actividad de la Administración pública y, por supuesto, de la laboral.

La Exposición de Motivos del RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo explica que “la disposición final cuarta modifica el párrafo a) del artículo 53.1 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, para la adecuación del procedimiento administrativo sancionador en el orden social a las posibilidades que las nuevas tecnologías permiten, a través de un procedimiento especial iniciado mediante la extensión de actas de infracción automatizadas, es decir, sin intervención directa de un funcionario actuante en su emisión y sin reducción de las garantías jurídicas de los administrados”. A tal fin, se modifican los datos que deben reflejar las actas de infracción de la Inspección de Trabajo. Hasta el momento, estas debían plasmar “los hechos constatados por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social o Subinspector de Empleo y Seguridad Social actuante”. A partir de ahora, no será siempre necesaria la actuación de este personal funcionario, por lo que se añade que también se podrá reflejar, “en el caso de actas extendidas en el marco de actuaciones administrativas automatizadas, los hechos constitutivos de la infracción cometida”.

En un mundo digital, la Inspección de Trabajo está obligada a integrar estas herramientas, pero los efectos sobre trabajadores y empresas van a ser notables, por lo que queda la duda de si esta incorporación no debería haber cobrado más protagonismo y haber estado dotada de una regulación más

---

<sup>82</sup> Para un análisis integral de estas cuestiones me remito a J. M. GOERLICH PESET, *Decisiones administrativas automatizadas en materia social: algoritmos en la gestión de la Seguridad Social y en el procedimiento sancionador*, Labos, 2021, Vol. 2, nº 2, pp. 22-42.

<sup>83</sup> I. MARTIN DELGADO, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, RAP, 2009, nº 180, p. 356-366.

<sup>84</sup> A. HUERGO, “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo”, cit. p. 45.

completa e integral. Una regulación global de la Administración Laboral en la era digital o, más específica, de la Inspección de Trabajo en este nuevo escenario hubiera sido, probablemente, un inicio más brillante. Como concluye Cruz Villalón, en una excelente reflexión sobre este tema, “es posible introducir actuaciones administrativas automatizadas en el procedimiento de sanciones en el orden social, si bien ello sólo puede llevarse a cabo respecto de determinadas infracciones laborales y de Seguridad Social, que deberían quedar perfectamente identificadas por la normativa aplicable al efecto”. Y, en todo caso, “dicha fórmula requiere de un desarrollo legal preciso y detallado, que garantice los derechos de los ciudadanos, especialmente en el campo de la protección de datos personales, objetividad de la actuación administrativa, transparencia, igualdad de trato y no tratamiento discriminatorio”<sup>85</sup>.

Todo ello porque esta nueva realidad incorpora también riesgos asociados a la discriminación algorítmica<sup>86</sup>. Ejemplo es el algoritmo SyRI (System Risk Indication) que fue utilizado por autoridades públicas para predecir la probabilidad de fraude a la Seguridad Social y al fisco por parte de los solicitantes de beneficios estatales<sup>87</sup>. El Tribunal de lo Civil de la Haya, en sentencia de 5 de febrero de 2020<sup>88</sup>, indicó que existe una responsabilidad especial en el uso de las tecnologías emergentes y concluye que el empleo de SyRI supone un incumplimiento del artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (el derecho al respeto de la vida privada y familiar) debido a la falta de transparencia y uso sesgado de este instrumento, utilizado exclusivamente en barrios donde viven personas con rentas bajas o zonas donde residen personas pertenecientes a minorías. Un supuesto de discriminación por asociación que recuerda la STJUE (Gran Sala) de 16 de julio de 2015 en el asunto C-83/14, *Chez Razpredelenie Bulgaria AD*, en la que se debatía, precisamente, sobre la proporcionalidad de una medida que suponía un perjuicio excesivo para un grupo étnico que se veía estigmatizado sobre la base de consideraciones puramente económicas<sup>89</sup>.

## VII. ¿NOS SUSTITUIRÁN LOS ALGORITMOS?

Y, para concluir, una breve reflexión sobre el futuro de un trabajo que camina entre algoritmos. En el momento actual, las características de la sociedad

<sup>85</sup> J. CRUZ VILLALÓN, *Algoritmo, digitalización y sanciones laborales “automatizadas”*, <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/03/algoritmo-digitalizacion-y-sanciones.html>

<sup>86</sup> Como pone de manifiesto. L. ARROYO, <https://almacendederecho.org/algoritmos-y-reglamentos>.

<sup>87</sup> Un completo análisis de este tema ha sido realizado A. MUÑOZ RUIZ, *La inteligencia artificial y el uso de algoritmos para dirigir el trabajo: la deshumanización del trabajador*, Foro de Labos, 18 de septiembre de 2020. También, L. COTINO, “‘SyRI, ¿a quién sanciono?’ Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020”, *La Ley Privacidad*, 2020, nº 4.

<sup>88</sup> ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

<sup>89</sup> Sobre la discriminación por asociación es de referencia el excelente trabajo de Y. MANERO VÁZQUEZ, *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Pamplona, Aranzadi, 2021.

postindustrial con la intensificación de los procesos de automatización, incorporación de nuevas tecnologías, etc., ejercen en sí mismas –como factor de base objetiva de aumento del desempleo– una fuerza de expulsión de mano de obra y una reducción de la fuerza de trabajo necesaria en la producción. A medida que la economía lentamente se reactiva, este componente de desempleo tecnológico puede pesar en unos mercados de trabajo debilitados: muchos puestos de trabajo que se destruyeron ya no volverán jamás, serán sustituidos por máquinas más eficientes. La mayor parte del trabajo táctico, algorítmico y estructurado será automatizado por las máquinas a lo largo del tiempo<sup>90</sup>.

Desde hace tiempo en numerosos trabajos vengo hablando de una idea que me parece importante: la empresa tecnológicamente responsable (o, si se prefiere, algorítmicamente responsable). Creo que el gran objetivo de poner diques de contención al irrefrenable cambio tecnológico pasa por la plena concienciación de todos los agentes sociales, económicos y políticos sobre los devastadores efectos del “tsunami tecnológico” que se atisba en el horizonte. Podemos hablar también de una “transición justa” como lo hace la OIT, pero, en todo caso, el reto consiste en que la transición entre empleos que se crean y se destruyen en este proceso sea lo más eficiente y equitativa posible, el objetivo es proteger a las personas y no los puestos de trabajo. En todo caso lo que es evidente es que “la IA posee tanto riesgos como oportunidades en términos de creación y mantenimiento de un modelo de trabajo decente”<sup>91</sup>.

Por ello, no podemos dejar de estar de acuerdo con quienes piensan que: “A las empresas que utilicen los mismos análisis razonables de Big data o algoritmos de IA les costará diferenciarse estratégicamente. Las personas pueden llevar la contraria, hacer preguntas difíciles o ilógicas. Tienen imaginación y saltos intuitivos que la IA tardará en replicar”<sup>92</sup>. Y es que, por mucho que avancen, hay una tarea a la que los algoritmos nunca podrán ayudarnos a resolver: dónde, cómo y cuándo utilizarlos.

---

<sup>90</sup> Extensamente, J.R. MERCADER UGUINA, “Reflexiones sobre la simultánea creación, destrucción y transformación del empleo en la era digital”, en C. MOLINA NAVARRETE (Dir.), *De la economía digital a la sociedad del E-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Pamplona, Aranzadi/Thomson Reuters, 2022, pp. 93-115.

<sup>91</sup> A. DESHPANDE, et al., *Improving working conditions using Artificial Intelligence, Publication for the Special Committee on Artificial Intelligence in a Digital Age*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Parlamento Europeo, Luxembourg, 2021, p. 16. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>

<sup>92</sup> B. CASSIMAN, *Las personas son la ventaja competitiva*, Insight, 2018, n° 150, pp. 10-11.

LA GESTIÓN ALGORÍTMICA DEL TRABAJO: NUEVOS RETOS  
JURÍDICOS, TECNOLÓGICOS Y ÉTICOS\*

ANNA GINÈS I FABRELLAS  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo*  
Universitat Ramon Llull, Esade

\* El presente artículo se desarrolla en el contexto del proyecto LABORAlgorithm (Algoritmos y relación laboral. Tratamiento jurídico del uso de Big Data, tecnología inteligente y algoritmos para la elaboración de perfiles y toma de decisiones automatizada en el ámbito laboral), financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación (Proyecto PGC2018-100918-A-100).

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. IMPACTO LABORAL DE LA GESTIÓN ALGORÍTMICA DEL TRABAJO. 2.1. Incremento infinito del control y vigilancia empresarial y afectación a los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos personales. 2.2. Discriminación algorítmica y magnificación de sesgos existentes de género, raza, interseccionalidad y clase. 2.3. Intensificación del trabajo y afectación sobre la seguridad y salud laboral. 2.4. Desafíos éticos del uso de inteligencia artificial en el ámbito laboral. 3. LA REGULACIÓN DEL USO DE ALGORITMOS PARA LA ELABORACIÓN DE PERFILES Y DECISIONES AUTOMATIZADAS Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL. 3.1. La prohibición general de decisiones íntegramente automatizadas y sus excepciones. 3.2. Garantías de transparencia, información y protección de datos personales. 4. NUEVOS RETOS JURÍDICOS, TECNOLÓGICOS Y ÉTICOS PARA GARANTIZAR UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL ÉTICA Y JUSTA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Aunque parezca extraído de alguna de las mejores novelas de ciencia ficción, la utilización de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial para la gestión del trabajo es una realidad. Son muchas las empresas que en los últimos años han introducido tecnología inteligente para la gestión de personas. Mediante el uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial, las empresas pueden elaborar perfiles de las personas y adoptar decisiones de forma totalmente automatizada<sup>1</sup>. Decisiones de selección, contratación, distribución de tareas, configuración de horarios, fijación de salarios, promociones o, incluso, despidos, pueden técnicamente adoptarse de forma íntegramente automatizada sin intervención humana.

La utilización de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial está principalmente extendida en el ámbito de la selección y contratación de personas<sup>2</sup>. Empieza a resultar común la utilización de softwares de evaluación de personas, especialmente en empresas dedicadas a la intermediación laboral. Mediante la utilización de sistemas de reconocimiento facial y/o test de personalidad e inteligencia, estos softwares elaboran un perfil de las personas candidatas con la intención de hacer predicciones sobre su capacidad de organización, trabajo, liderazgo, etc. y, en esencia, determinar su encaje en el puesto de trabajo y en la empresa<sup>3</sup>.

La elaboración de perfiles se encuentra definida en el artículo 4.4) Reglamento General de Protección de Datos<sup>4</sup> (RGPD, en adelante) como “*toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar da-*

---

<sup>1</sup> Cathy O'NEIL, *Weapons of Math Destruction. How Big Data increases inequality and threatens democracy*, Penguin Books, Reino Unido, 2016, p. 105 y ss.

<sup>2</sup> McKenzie RAUB, “Bots, Bias and Big Data: Artificial Intelligence, Algorithmic Bias and Disparate Impact Liability in Hiring Practices”, *Arkansas Law Review*, vol. 71, nº 2, 2018, p. 529-570; Swatee KULKARNI y Xiangdong CHE, “Intelligent Software Tools for Recruiting”, *Journal of International Technology and Information Management*, vol 28, núm. 2, 2019, p. 6-7.

<sup>3</sup> Marc CHEONG, Reeva LEDERMAN, Aidan MCLOUGHNEY, Sheila NJOTO, Leah RUPPANNER y Anthony WIRTH, “Gender Occupational Sorting: The role of Artificial Intelligence in Exacerbating Human Bias in STEM Employment”, *CIS & Policy Lab*, The University of Melbourne, 26.6.2020, p. 11.

<sup>4</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 datos

*tos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física*". Es decir, la elaboración de perfiles consiste en el tratamiento automatizado de datos personales para evaluar determinados aspectos de una persona con el fin de determinar o predecir sus preferencias, comportamiento, intereses o hábitos.

En el ámbito laboral, como se ha apuntado, la elaboración de perfiles es una práctica muy utilizada en procesos de selección de personas. Por ejemplo, la empresa HireVue ha desarrollado un software, ya utilizado por grandes empresas como Hilton o Unilever, que actúa en procesos de selección<sup>5</sup>. Mediante un sistema de reconocimiento facial, el software analiza a la persona durante la entrevista, analizando las palabras utilizadas, el tono de voz o los movimientos faciales para elaborar un perfil profesional referente a sus capacidades laborales, comportamiento, responsabilidad o estabilidad personal. El objetivo final del sistema es ranquear a todas las personas candidatas a un puesto de trabajo en atención a sus competencias, empleabilidad y encaje con la empresa, con la finalidad de seleccionar a la mejor persona para ocupar el puesto de trabajo<sup>6</sup>.

El uso de algoritmos y tecnología inteligente en el ámbito laboral está también muy extendido en la gestión automatizada o algorítmica del trabajo. Es común encontrar empresas que utilizan algoritmos para adoptar decisiones de gestión de personas de forma automatizada sin intervención humana.

En este punto, resulta crucial citar a las plataformas digitales, tales como Uber, Glovo, Deliveroo, TaskRabbit o Amazon Mechanical Turk, que han sido pioneras en la utilización de algoritmos para la gestión del trabajo<sup>7</sup>. Así, mediante el uso de complejos algoritmos, las plataformas adoptan decisiones de asignación de tareas y franjas horarias de forma absolutamente automatizada. El algoritmo distribuye las tareas entre las personas trabajadoras en atención a métricas o parámetros fijados por la plataforma, tales como el número de horas de conexión a la plataforma, la mayor disponibilidad en momentos de alta demanda o el número de pedidos rechazados. Aquellas personas con más horas de conexión, mayor disponibilidad y menor tasa de rechazo son premiadas con la asignación de más o mejores tareas o con preferencia en la elección de franjas horarias.

Estos sistemas de gestión algorítmica del trabajo son muy efectivos para aparejar los intereses de las personas trabajadoras con los de la plataforma y

---

personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

<sup>5</sup> Drew HARWELL, "A face-scanning algorithm increasingly decides whether you deserve the job", *The Washington Post*, 6.11.2019 (disponible en: <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/10/22/ai-hiring-face-scanning-algorithm-increasingly-decides-whether-you-deserve-job/>; consulta 29.3.2022).

<sup>6</sup> McKenzie RAUB, "Bots, Bias and Big Data...", *op. cit.*, p. 538.

<sup>7</sup> Anna GINÉS I FABRELLAS, *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 154.

son un fuerte indicio de subordinación<sup>8</sup>, por cuanto denota la sujeción de la persona a la dirección de la plataforma, quien fija los parámetros a utilizar por el algoritmo y gestiona la asignación de tareas<sup>9</sup>. Además, implican una monitorización constante del trabajo y actúan como instrumentos de “lock-in” en la plataforma<sup>10</sup>, de tal manera que las personas que ya han generado una determinada reputación personal en la plataforma tienen muy pocos incentivos en cambiar a otra, donde deberían empezar de nuevo a crear su reputación.

Si bien menos extendido en la actualidad, la utilización de algoritmos para la gestión automatizada del trabajo está también presente en decisiones de despido. Así, por ejemplo, la plataforma Uber desactiva –eufemismo utilizado para referirse al despido– a las personas que no alcanzan una puntuación mínima<sup>11</sup>. Similarmente, Amazon monitoriza constantemente la productividad de las personas que trabajan en sus almacenes en Estados Unidos, midiendo el número y velocidad de cajas empaquetadas, y genera avisos automáticos o, incluso, despide de forma automatizada a las personas que no alcanzan una mínima productividad<sup>12</sup>.

Sin duda alguna, el uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial para la gestión automatizada del trabajo genera valiosos beneficios empresariales. La adopción de decisiones automatizadas permite a las empresas adoptar decisiones de gestión laboral de forma rápida y efectiva<sup>13</sup>, lo que puede incrementar su productividad y competitividad<sup>14</sup>. Procesos de selección con centeneros de currículums y entrevistas pueden simplificarse extraordinariamente mediante tecnología inteligente que permite identificar a las mejores personas candidatas para el puesto de trabajo, automáticamente descartando a las demás.

Asimismo, la utilización de sistemas de inteligencia artificial y algoritmos es presentada como oportunidad para tomar decisiones libres de errores y sesgos. Sin duda, la tecnología inteligente se encuentra envuelta de un aura de objetividad, certeza y precisión, que convierte en prácticamente inverosímil la idea que las máquinas puedan equivocarse. Así, la utilización de algoritmos para tomar decisiones automatizadas es vista como una oportunidad para garantizar decisiones matemáticamente objetivas, basadas íntegramente en méritos y exentas de errores humanos y sesgos inconscientes<sup>15</sup>.

---

<sup>8</sup> Ver, en este sentido, STS, 4<sup>a</sup>, 25.9.2020 (rec. núm. 4746/2019).

<sup>9</sup> Anna GINÉS I FABRELLAS, *El trabajo en plataformas digitales...*, op. cit., p. 154.

<sup>10</sup> Jeremias PRASSL, *Humans as a service. The promise and perils of work in the gig economy*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, p. 111-112.

<sup>11</sup> Anna GINÉS I FABRELLAS, *El trabajo en plataformas digitales...*, op. cit., p. 113.

<sup>12</sup> Colin LECHER, “How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for “productivity””, *The Verge*, 25.4.2019 (disponible en: <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations>; consultado el 29.3.2022).

<sup>13</sup> Pauline KIM, “Big Data and Artificial Intelligence: New Challenges for Workplace Equality”, *University of Louisville Law Review*, vol. 57, 2019, p. 316; Swatee KULKARNI y Xiangdong CHE, “Intelligent Software Tools for Recruiting”, op. cit., p. 13.

<sup>14</sup> Nathan R. KUNCCEL, Deniz S. ONES y David M. KLIEMER, “In Hiring, Algorithms Beat Instinct”, *Harvard Business Review*, Mayo 2014.

<sup>15</sup> Swatee KULKARNI y Xiangdong CHE, “Intelligent Software Tools for Recruiting”, op. cit., p. 8.

Sin embargo, también existen importantes desafíos y riesgos asociados al uso de tecnología inteligente para la toma de decisiones automatizadas en el ámbito laboral, que cuestionan la relevancia o realidad de las anteriores ventajas. Según sostiene el Parlamento Europeo en su resolución de 14 de marzo de 2017 sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales<sup>16</sup>, uno de los riesgos más relevantes que plantea el uso de tecnología inteligente en la actualidad es su impacto sobre los derechos fundamentales de las personas a la privacidad, protección de datos y no discriminación.

En el contexto del XXXII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social dedicado a “Digitalización, recuperación y reformas laborales” y a modo de interlocución a la ponencia del profesor Jesús Rafael Mercader Uguina “La gestión laboral a través de algoritmos”, el presente artículo tiene como objeto analizar la gestión automatizada del trabajo. En concreto, se analiza el impacto laboral que genera el uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial para la elaboración de perfiles y la adopción de decisiones automatizadas en el ámbito del trabajo, la actual regulación y su adecuación para afrontar los nuevos retos que plantea el uso de tecnología inteligente en el ámbito laboral.

## 2. IMPACTO LABORAL DE LA GESTIÓN ALGORÍTMICA DEL TRABAJO

El uso de algoritmos para la elaboración de perfiles y toma de decisiones automatizadas genera, tanto en el ámbito laboral como en otros ámbitos, potenciales riesgos de vulneración de los derechos fundamentales de las personas. Lo anterior es especialmente cierto si tenemos en cuenta que, en muchas ocasiones, esta tecnología es el resultado de innovaciones técnicas o proyectos empresariales, sin una evaluación científica<sup>17</sup>.

### 2.1. Incremento infinito del control y vigilancia empresarial y afectación a los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos personales

El uso de tecnología inteligente y algoritmos en el ámbito laboral genera un riesgo de afectación a los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos personales.

Los sistemas de inteligencia artificial se alimentan de datos, sin los cuales no pueden funcionar. Sin duda, la extracción y procesamiento de grandes volúmenes

<sup>16</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2017 sobre las implicaciones de los macrodatos en los Derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, Seguridad y aplicación de la ley (2016/2225(INI)).

<sup>17</sup> Ben DATTNER, Tomas CHAMORRO-PREMUZIC, Richard BUCHBAND y Lucinda SCHESSLER, “The Legal and Ethical Implications of Using AI in Hiring”, *Harvard Business Review*, 25.4.2019.

de datos o *big data* es la esencia de la inteligencia artificial. Datos obtenidos de distintas fuentes y de distinta tipología –redes sociales, reconocimiento facial, historial de búsquedas en internet, aplicaciones informáticas, etc.– son analizados por sistemas de inteligencia artificial que identifican patrones estadísticos de comportamiento de las personas<sup>18</sup>. Gracias a técnicas de *machine learning* y *deep learning*<sup>19</sup>, los sistemas de inteligencia artificial analizan grandes volúmenes de datos a una velocidad inimaginable e identifican conexiones y patrones estadísticos invisibles al ojo humano. Estos patrones son introducidos en los algoritmos que, como un engranaje, proporcionan la información necesaria para la posterior formulación de predicciones y toma de decisiones automatizadas<sup>20</sup>.

El nivel de extracción de datos necesario para el entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial es extraordinario. La identificación de conexiones y patrones estadísticos requiere un volumen tan grande de datos que resulta prácticamente inimaginable. Esta extracción y procesamiento de datos genera un riesgo de incremento sin fin de control y vigilancia social, lo que ha sido denominado como capitalismo de vigilancia por Shoshana ZUBOFF<sup>21</sup>, economía de vigilancia por Carissa VÉLIZ<sup>22</sup> o vigilancia infinita por Ifeoma AJUNWA, Kate CRAWFORD y Jason SCHULTZ<sup>23</sup>.

La utilización de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial para la gestión del trabajo está generando un incremento sin precedentes de las capacidades empresariales de vigilancia y control de las personas trabajadoras<sup>24</sup>, afectando incluso a su vida privada<sup>25</sup>. La empresa tiene hoy en día capacidad para acceder a información hasta ahora desconocida de las personas, convirtiéndolas en prácticamente transparentes. Sin duda este acceso a tal nivel de datos de las personas supone una seria amenaza para sus derechos fundamentales a la privacidad e intimidad.

Este incremento de las facultades de vigilancia y control de la empresa proviene, por un lado, de la elevada información personal que puede extraer-

<sup>18</sup> Pauline KIM, “Big Data and Artificial Intelligence...”, *op. cit.*, p. 317.

<sup>19</sup> El *machine learning* es una técnica de inteligencia artificial que permite el aprendizaje automático mediante la experiencia, identificando conexiones y patrones estadísticos. A su vez, el *deep learning* es una técnica avanzada de *machine learning* que permite al software entrenarse a sí mismo, sin instrucciones preestablecidas en su programación (McKenzie RAUB, “Bots, Bias and Big Data...”, *op. cit.*, p. 532).

<sup>20</sup> McKenzie RAUB, “Bots, Bias and Big Data...”, *op. cit.*, p. 532; Marc CHEONG *et al.*, “Gender Occupational Sorting...”, *op. cit.*, p. 7.

<sup>21</sup> Shoshana ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power*, Profile Books, Reino Unido, 2019.

<sup>22</sup> Carissa VÉLIZ, *Privacy is power. Why and how you should take back control of your data*, Transworld publishers, Londres, 2020, p. 3.

<sup>23</sup> Ifeoma AJUNWA, Kate CRAWFORD y Jason SCHULTZ, “Limitless Worker Surveillance”, *California Law Review*, vol. 105, núm. 3, 2017, p. 735-776.

<sup>24</sup> Valerio DE STEFANO, “Algorithmic Bosses and How to Tame Them”, *C4E The Future of Work in the Age of Automation and AI*, 2020, p. 14.

<sup>25</sup> Jeremias ADAMS-PRASSL, “When Your Boss Comes Homes”, *C4E The Future of Work in the Age of Automation and AI*, 2020, p. 5.

se de dispositivos digitales o disponible en Internet y redes sociales<sup>26</sup>, configurando una verdadera ventana indiscreta para la empresa. Sin embargo, lo que convierte a esta vigilancia en prácticamente infinita es la capacidad de los sistemas de inteligencia artificial para inferir información personal más allá de la proporcionada o disponible.

Como se ha apuntado, los sistemas de inteligencia artificial analizan grandes volúmenes de datos para identificar conexiones e identificar patrones estadísticos de conducta que, posteriormente, son utilizados para, tomando como referencia estos patrones, hacer predicciones en casos concretos. En consecuencia, la empresa puede acceder a, incluso, más información de las personas, afectando, no solamente a los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad, sino también a la protección de datos personales.

Sin perjuicio de la regulación europea en materia de protección de datos, las personas pueden no saber qué datos sobre ellas se están recolectando, si la empresa incumple sus obligaciones de información. Pero, más importantemente, las personas pueden no saber qué datos se están infiriendo de ellas, por cuanto, como se analiza en el apartado siguiente, el Reglamento General de Protección de Datos no extiende los derechos de información a los datos inferidos<sup>27</sup>, que pueden ser, incluso, datos sensibles.

En ocasiones, la empresa no dispone de la información necesaria para tomar una decisión y, alternativamente, acude a variables proxy, que se ha identificado por el sistema que están correlacionadas con aquella y, por tanto, actúan como sustitutas<sup>28</sup>. Por ejemplo, la empresa puede estar interesada en conocer la capacidad de trabajo, compromiso o profesionalidad de las personas candidatas a un puesto de trabajo. Sin embargo, al no ser esta información disponible, puede acudir a variables relacionadas con las anteriores, como formación, experiencia profesional previa, tiempo de mantenimiento del trabajo anterior, etc.

Sin perjuicio de lo mágico que todo ello parece, el problema reside que, en ocasiones, las variables proxy revelan información sensible de las personas. Así, existe evidencia que los “likes” en Facebook actúan como proxy de variables como sexo, orientación sexual, origen racial, opiniones políticas, edad, inteligencia, uso de sustancias adictivas o situación parental<sup>29</sup>. Similarmente, la actividad en redes sociales permite formular un perfil psicográfico de las personas, haciendo predicciones sobre su personalidad, nivel de inteli-

---

<sup>26</sup> En el ámbito laboral, los datos pueden ser datos facilitados por la propia persona –por ejemplo, sexo, curriculum, dirección, formación, experiencia, etc.–, datos de su actividad laboral extraídos mediante dispositivos digitales, sistemas de geolocalización, sensores o *wearables*, etc. e, incluso, datos obtenidos de redes sociales.

<sup>27</sup> Sandra WACHTER y Brent MITTELSTADT, “A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI”, *Columbia Business Law Review*, vol. 2, 2019, p. 500.

<sup>28</sup> Cathy O’NEIL, *Weapons of Math Destruction...*, op. cit., p. 17.

<sup>29</sup> Michal KOSINSKI, David STILLWELL y Thore GRAEPEL, “Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior”, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 110, núm. 15, 2013, p. 5803.

gencia, orientación sexual, ideas políticas y religiosas y nivel de satisfacción con la vida<sup>30</sup>. La información más inocente puede servir de proxy para revelar información verdaderamente sensible. Así, existe evidencia de que el código o dirección postal es una variable proxy del origen racial de las personas<sup>31</sup> y de su capacidad económica<sup>32</sup>. No hay duda de que existen errores en estas predicciones, pero el grado de fiabilidad de estos modelos predictivos es tan alarmante como es extraordinario.

Incluso cuando las personas no interactúan en redes sociales o son muy reservadas y conscientes de su privacidad, es posible inferir características personales de ellas. Como argumenta Carissa VÉLIZ<sup>33</sup>, las conexiones y patrones estadísticos de comportamiento identificados por el sistema con los datos disponibles de unas personas son utilizados para predecir el comportamiento de otras personas. La base de los modelos predictivos es que las personas que comparten determinadas características se comportan de la misma manera, lo que le permite hacer predicciones de comportamiento.

Información no personal puede ser utilizada para predecir información muy personal; información de unas personas es utilizada para predecir características o comportamientos de otras. Sin duda, esto supone una afectación sin precedentes a los derechos fundamentales a la privacidad, intimidad y protección de datos personales. Una afectación que se retroalimenta como una dinamo en movimiento. Cuantos más datos personales puedan conocerse o inferirse de las personas, mayor el impacto sobre la intimidad y privacidad. Es más, algunos sistemas se alimentan de los datos generados por el propio sistema, lo que permite el aprendizaje continuado para ofrecer mayor exactitud de las predicciones del sistema.

## 2.2. Discriminación algorítmica y magnificación de sesgos existentes de género, raza, interseccionalidad y clase

El uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial plantea también una amenaza sobre el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación. Los sesgos y estereotipos de género y raciales presentes en muchos sistemas de inteligencia artificial generan verdaderas situaciones de discriminación, lo que no resulta sorprendente teniendo en cuenta la crisis de diversidad que caracteriza la industria de la inteligencia artificial<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Este es el caso de la aplicación Magic Sauce, un proyecto de investigación sin ánimo de lucro desarrollada por el Centro de Psicometría de la Universidad de Cambridge, cuyo objetivo es empoderar a las personas para que tomen consciencia sobre la información sobre su personalidad que exhiben en redes sociales (ver <https://applymagicsauce.com/about-us>).

<sup>31</sup> Pauline KIM, "Big Data and Artificial Intelligence...", *op. cit.*, p. 317.

<sup>32</sup> Cathy O'NEIL, *Weapons of Math Destruction...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>33</sup> Carissa VÉLIZ, *Privacy is power...*, *op. cit.*, p. 88-96.

<sup>34</sup> Sarah WEST, Meredith WHITTAKER y Kate CRAWFORD, *Discriminating Systems: Gender, Race and Power in AI*. AI Now Institute, 2019, p. 10-11; WEF, *Global Gender Gap Report*

Sesos en las variables utilizadas por el algoritmo, en los datos de entrenamiento, en las variables proxy utilizadas o en el impacto diverso del algoritmo en la toma de decisiones pueden traducirse en discriminaciones por sexo, género, raza, interseccionalidad, clase o capacidad económica<sup>35</sup>.

Así, por ejemplo, la sentencia del *Tribunale Ordinario di Bologna* de 27 de noviembre de 2020<sup>36</sup> declaró la existencia de discriminación en una variable del algoritmo utilizado por Deliveroo para la asignación de tareas al penalizar la falta de asistencia en franjas horarias reservadas, impidiendo, incluso, su justificación por causas de enfermedad, discapacidad, tareas de cuidado o el ejercicio del derecho de huelga. Nótese que la discriminación está, no en la penalización de la ausencia, sino en la imposibilidad de justificar ausencias por causas protegidas jurídicamente.

El conocido caso del software de Amazon para la selección de personas ilustra el impacto discriminatorio de sesgos en los datos de entrenamiento. Los algoritmos, entrenados para reproducir decisiones humanas, reproducen también los sesgos de género, raza, religión, etc. existentes en los datos sobre los que se ha entrenado. Así, cuando los datos de entrenamiento incluyen sesgos, estos son reproducidos por el algoritmo<sup>37</sup>. Este es el caso de Amazon, que creó un sistema de inteligencia artificial para la selección de personas. El sistema, entrenado sobre las contrataciones de la empresa en los últimos 10 años, tenía como finalidad identificar las personas candidatas que mejor encajarían en la empresa. Sin embargo, como las contrataciones en la empresa durante este periodo habían sido mayoritariamente de hombres, el sistema automáticamente descartaba los currículums de mujeres<sup>38</sup>, entendiéndolo que no encajarían bien en la empresa. Si bien Amazon intentó corregir el algoritmo para neutralizar la variable sexo, continuó reproduciendo el patrón que había aprendido, lo que llevó a Amazon a dejar de utilizar tal sistema<sup>39</sup>.

---

2020, World Economic Forum, 2020, p. 37; UNESCO, *I'd blush if I could. Closing gender divides in digital skills through education*. EQUALS Global Partnership, UNESCO, 2019, p. 34; McKenzie RAUB, "Bots, Bias and Big Data...", *op. cit.*, p. 541; Mutale NKONDE, "A.I. Is Not as Advanced as You Might Think", *Zora*, 10.6.2019 (disponible en: <https://zora.medium.com/a-i-is-not-as-advanced-as-you-might-think-97657e9eedc>; última consulta 29.3.2022).

<sup>35</sup> Para un análisis completo de la discriminación algorítmica desde un punto de vista jurídico, ver Anna GINÉS I FABRELLAS, "Sesgos discriminatorios en la automatización de decisiones en el ámbito laboral: evidencias de la práctica", en Pilar RIVAS VALLEJO (Directora), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

<sup>36</sup> Asunto Deliveroo Italia S.R.L. (n.º 2949/2019).

<sup>37</sup> Marc CHEONG *et al.*, "Gender Occupational Sorting...", *op. cit.*, p. 1; James ZOU, "Removing gender bias from algorithms", *The Conversation*, 26.9.2019 (disponible en: <https://the-conversation.com/removing-gender-bias-from-algorithms-64721>; última consulta 29.3.2022); Daniel MCFARLAND y Richard MCFARLAND, "Big Data and the danger of being precisely inaccurate", *Big Data & Society*, 2015, p. 1.

<sup>38</sup> James VINCENT, "Amazon reportedly scraps internal AI recruiting tool that was biased against women", *The Verge*, 10.10.2018 (disponible en: <https://www.theverge.com/2018/10/10/17958784/ai-recruiting-tool-bias-amazon-report>; última consulta 29.3.2022).

<sup>39</sup> Jeffrey DASTIN, "Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women", *Reuters*, 11.10.2018 (disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>; última consulta 29.3.2022).

Cuando los distintos grupos no están igual representados en los datos de entrenamiento utilizados por el sistema, se magnifican los tributos del grupo dominante, que se toman como estándar de referencia a la hora de tomar las decisiones. Otro ejemplo igualmente preocupante fue identificado por Joy BOULAMWINI<sup>40</sup>, que encontró evidencias que los softwares de reconocimiento facial son muy acurados cuando identifican a hombres blancos con un porcentaje de error mínimo del 0,8%, si bien presentan errores de hasta el 34,7% en la identificación de mujeres negras. Similarmente, el software de reconocimiento facial utilizado por Uber fallaba en identificar a personas transgénero, suspendiéndoles automáticamente la cuenta al no poder comprobar su identidad<sup>41</sup>. Si bien una verificación humana permitía la reanudación de la actividad, el impacto discriminatorio es evidente al generarse una pérdida de trabajo y remuneración.

La utilización de variables proxy también puede generar situaciones de discriminación algorítmica, especialmente por cuanto las variables más inofensivas pueden revelar información protegida. Así, por ejemplo, si bien la distancia entre el domicilio y el trabajo es una variable que permite predecir la mayor o menor probabilidad de mantenerse en el empleo, puede conducir a una discriminación por renta, teniendo en cuenta los astronómicos precios de la vivienda en muchas ciudades<sup>42</sup>.

El ejemplo que explica Cathy O'NEIL en su libro *Weapons of Math Destruction* de la start-up Gild es también muy revelador del impacto discriminatorio de variables proxy<sup>43</sup>. Gild ofrecía servicios a empresas tecnológicas de elaboración de perfiles de personas candidatas a un puesto de trabajo, midiendo su capital social. En este proceso, el algoritmo, entrenado sobre una base de datos de más de 6 millones de personas programadoras, encontró una correlación entre las habilidades de codificación y la participación en foros de programación y visita a una concreta página web de manga japonés<sup>44</sup>. Como argumenta Caroline CRIADO PEREZ<sup>45</sup>, teniendo en cuenta la todavía desigual distribución de tareas de cuidado entre mujeres y hombres –tanto en países más ricos como más pobres–, resulta fácil entender porqué esta correlación podía tener un efecto discriminatorio sobre las mujeres, con menor disponibilidad para pasar horas y horas en foros de programación o visitando páginas web de manga japonés –sin mencionar su contenido altamente sexual.

---

<sup>40</sup> Joy BOULAMWINI y Timnit GEBRU, “Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification”, *Conference of Fairness, Accountability, and Transparency. Proceedings of Machine Learning Research*, vol. 81, 2018, p. 9.

<sup>41</sup> Steven MELENDEZ, “Uber driver troubles raise concerns about transgender face recognition”, *Fast Company*, 8.9.2018 (disponible en: <https://www.fastcompany.com/90216258/uber-face-recognition-tool-has-locked-out-some-transgender-drivers>; última consulta 29.3.2022).

<sup>42</sup> Cathy O'NEIL, *Weapons of Math Destruction...*, op. cit., p. 119.

<sup>43</sup> Cathy O'NEIL, *Weapons of Math Destruction...*, op. cit., p. 120-121.

<sup>44</sup> Don PECK, “They're Watching You at Work”, *The Atlantic*, diciembre 2013 (disponible en: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2013/12/theyre-watching-you-at-work/354681/>; última consulta 29.3.2022).

<sup>45</sup> Caroline CRIADO PEREZ, *Invisible Women. Exposing data bias in a world designed for men*, Vintage, Londres, 2019, p. 107.

Finalmente, es importante no olvidar el impacto discriminatorio que pueden tener los algoritmos en las decisiones adoptadas. Así, por ejemplo, los algoritmos utilizados para la organización automatizada de horarios en atención a patrones de compra y datos de demanda a tiempo real pueden tener un efecto discriminatorio para muchas mujeres con responsabilidades de cuidado, para quien horarios imprevisibles y absolutamente fragmentados no son una opción<sup>46</sup>.

Como puede observarse de los anteriores ejemplos, los sistemas de inteligencia artificial no solo no cumplen su promesa de ofrecer modelos matemáticamente objetivos y libres de sesgos, sino que reproducen las discriminaciones existentes<sup>47</sup>; lo que, por otro lado, no debería resultar sorprendente teniendo en cuenta que se limitan a reproducir los patrones observados en los datos disponibles en nuestra sociedad<sup>48</sup>, con sus vergüenzas incluidas.

En cualquier caso, la discriminación algorítmica añade problemáticas nuevas, que, como se analiza en apartados siguientes, generan nuevos retos jurídicos, técnicos y éticos. Por un lado, los sistemas de inteligencia artificial no solo reproducen discriminaciones existentes, sino que las sistematizan –sin margen de error– y las magnifican<sup>49</sup>. Como preocupadamente alertan algunos estudios, los algoritmos entrenados sobre bases de datos sesgadas reproducen dichos sesgos en mayor medida que los presentes en los datos<sup>50</sup>. Por otro lado, algunos algoritmos han sido creados mediante técnicas complejas que generan verdaderas “cajas negras”, lo que limita o dificulta la posibilidad de explicar decisiones concretas<sup>51</sup>, complicando el acceso a evidencias de discriminación.

Finalmente, el uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial puede hacer emerger “nuevas” causas de discriminación en el ámbito laboral, como la clase, renta económica o interseccionalidad. La capacidad de inferencia de datos por parte de modelos predictivos permite acceder a informa-

<sup>46</sup> Cathy O'NEIL, *Weapons of Math Destruction...*, op. cit., p. 128; Caroline CRIADO PEREZ, *Invisible Women...*, op. cit., p. 136.

<sup>47</sup> Surya DEVA, “Addressing the gender bias in artificial intelligence and automation”, *Open Global Rights*, 10.4.2020 (disponible en: <https://www.openglobalrights.org/addressing-gender-bias-in-artificial-intelligence-and-automation/>; última consulta 29.3.2022).

<sup>48</sup> Julia POWEL y Helen NISSENBAUM, “The Seductive Diversion of “Solving” Bias in Artificial Intelligence”, *OneZero*, 7.12.2018 (disponible en: <https://onezero.medium.com/the-seductive-diversion-of-solving-bias-in-artificial-intelligence-890df5e5ef53>; última consulta 29.3.2022).

<sup>49</sup> Tolga BOLUKBASI, Kai-Wei CHANG, James ZOU, Venkatesh SALIGRAMA y Adam KALAI, “Man is to Computer Programmer as Woman is to Homemaker? Debiasing Word Embeddings”, *NIPS'16: Proceedings of the 30th International Conference on Neural Information Processing Systems*, 2016, p. 1; Jieyu ZHAO, Tianly WANG, Mark YATSKAR, Vicente ORDONEZ y Kai-Wei CHANG, “Men Also Like Shopping: Reducing Gender Bias Amplification using Corpus-level Constraints”, Research paper Artificial Intelligence, Cornell University, 2017, p. 1.

<sup>50</sup> Marc CHEONG, Reeva LEDERMAN, Aidan MCLOUGHNEY, Sheila NJOTO, Leah RUPPANNER y Anthony WIRTH, *Ethical implications of AI bias as a result of workforce gender imbalance*, Universidad de Melbourne, 2020, p. 9; Tolga BOLUKBASI et al., “Man is to Computer Programmer as Woman is to Homemaker?...”, op. cit.; James ZOU, “Removing gender bias from algorithms”, op. cit.

<sup>51</sup> Paul B. DE LAAT, “Algorithmic Decision-Making Based on Machine Learning from Big Data: Can Transparency Restore Accountability?”, *Philosophy & Technology*, nº 31, 2017, p. 11; Marc CHEONG et al., *Ethical implications of AI bias...*, op. cit., p. 14.

ción hasta ahora inaccesible para la empresa, como la capacidad económica de las personas trabajadoras, penalizando todavía más a las más pobres<sup>52</sup>. Similarmente, el tratamiento de grandes volúmenes de datos puede hacer florir o incrementar casos de discriminación por interseccionalidad, entendida como un supuesto de discriminación por dos o más causas prohibidas, donde la discriminación reside, precisamente, en la interacción de estas distintas causas de discriminación<sup>53</sup>.

### 2.3. Intensificación del trabajo y afectación sobre la seguridad y salud laboral

El uso de inteligencia artificial en el ámbito laboral tiene un gran potencial para mejorar la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras. Mediante el uso de sensores digitales y el análisis de datos de actividad laboral y contingencias profesionales, la empresa puede obtener más información en materia de seguridad y salud laboral en la empresa que, bien tratada y analizada, puede mejorar las medidas de prevención y control.

Sin embargo, el uso de algoritmos en el ámbito laboral también puede tener un impacto negativo sobre la seguridad y salud laboral de las personas<sup>54</sup>, especialmente cuando son utilizados para el control de la productividad.

Así, por ejemplo, existe evidencia que el uso de sistemas de dirección algorítmica en el ámbito de las plataformas digitales tiene un impacto negativo sobre la seguridad y salud de las personas<sup>55</sup>. La evaluación continua y el control constante de la actividad puede provocar una intensificación del ritmo de trabajo que, a su vez, incrementa el riesgo de lesiones físicas, accidentes o riesgos psicosociales. Este riesgo de intensificación de la actividad existe, incluso, cuando la monitorización de la actividad es realizada como servicio para las personas consumidoras.

Los riesgos sobre la seguridad y salud de las personas no se presentan solamente en el ámbito de las plataformas digitales, sino también en empresas de la economía tradicional que emplean sistemas de control digital de la actividad y decisiones automatizadas de gestión del trabajo. Este es el caso,

---

<sup>52</sup> Cathy O'NEIL, *Weapons of Math Destruction...*, op. cit., p. 8.

<sup>53</sup> Kimberlé CRENSHAW, "The urgency of intersectionality", *TEDWomen*, 2016 (disponible en: [https://www.ted.com/talks/kimberle\\_crenshaw\\_the\\_urgency\\_of\\_intersectionality/up-next#t-4093](https://www.ted.com/talks/kimberle_crenshaw_the_urgency_of_intersectionality/up-next#t-4093)).

<sup>54</sup> Josh DZIEZA, "How hard will the robots make us work?", *The Verge*, 27.2.2020 (disponible en: <https://www.theverge.com/2020/2/27/21155254/automation-robots-unemployment-jobs-vs-human-google-amazon>; última consulta 29.3.2022).

<sup>55</sup> Sacha GARBEN, *Protecting workers in the online platform economy: an overview of regulatory and policy developments in the EU*, European Risk Observatory Discussion paper, European Agency for Safety and Health at Work, Luxemburgo, 2017, p. 24-28; Ursula Huws, Neil H. SPENCER, Dag S. SYRDAL y Kaire HOLTS, *Work in the European Gig Economy. Research results from the UK, Sweden, Germany, Austria, The Netherlands, Switzerland and Italy*, Foundation for European Progressive Studies, UNI Europa y University of Hertfordshire, 2017, p. 47.

por ejemplo, de Amazon, cuyos sistemas de control de la productividad tienen efectos corrosivos sobre la seguridad y salud de las personas. Amazon utiliza sensores digitales para el control de la productividad de las personas que trabajan en sus almacenes y centros de distribución, penalizando incluso pausas para ir al baño o a comer<sup>56</sup>. La intensificación del trabajo alcanza niveles tan inaceptables, especialmente durante las campañas de Black Friday y Cyber Monday, que los índices de lesiones y accidentes incrementan exponencialmente<sup>57</sup>. La referencia de la empresa al término “atleta industrial” para referirse a las altas exigencias físicas que requiere el trabajo<sup>58</sup> resulta, sin duda, insultante dado este escenario.

#### 2.4. Desafíos éticos del uso de inteligencia artificial en el ámbito laboral

Finalmente, el uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial para la elaboración de perfiles y toma de decisiones automatizadas en el ámbito laboral plantea también desafíos éticos o de justicia. Los retos que plantea esta nueva tecnología exceden del ámbito técnico y jurídico, extendiéndose también sobre el ámbito de la ética.

Es esencial abordar el debate ético –tanto desde un punto de vista social, como en la configuración de normas jurídicas– sobre el rol que puede y debe tener esta tecnología específicamente en el ámbito laboral. Además de limitar la utilización de datos personales y la inferencia de información potencialmente discriminatoria de las personas, el debate ético debe abordar el espacio del uso de esta tecnología en el ámbito laboral.

Desde mi punto de vista, no es ético que la mayor empleabilidad de una persona esté determinada por características genéricas como, por ejemplo, el tono de voz medido mediante un software de reconocimiento facial en una entrevista de trabajo<sup>59</sup>. Tampoco que decisiones tan relevantes como el acceso al empleo sean tomadas por máquinas; especialmente dada la complejidad

---

<sup>56</sup> Shannon LIAO, “Amazon warehouse workers skip bathroom breaks to keep their jobs, says report”, *The Verge*, 16.4.2018 (disponible en: <https://www.theverge.com/2018/4/16/17243026/amazon-warehouse-jobs-worker-conditions-bathroom-breaks>; última consulta 29.3.2022).

<sup>57</sup> Isobel Asher HAMILTON y Áine CAIN, “Amazon warehouse employees speak out about the “brutal” reality of working during the holidays, when 60-hour weeks are mandatory and ambulance calls are common”, *Insider*, 19.2.2019 (disponible en: <https://www.businessinsider.com/amazon-employees-describe-peak-2019-2>; última consulta 29.3.2022); Jay PETERS, “Internal documents show automated Amazon warehouses have higher injury rates”, *The Verge*, 29.9.2020 (disponible en: <https://www.theverge.com/2020/9/29/21493752/amazon-warehouses-robots-higher-injury-rates-report-reveal>; última consulta 29.3.2022).

<sup>58</sup> Mitchell CLARK, “Amazon’s newest euphemism for overworked employees is “industrial athlete””, *The Verge*, 2.6.2021 (disponible en: <https://www.theverge.com/2021/6/2/22465357/amazon-industrial-athlete-warehouse-worker-wellness-pamphlet>; última consulta 29.3.2022).

<sup>59</sup> Ben DATTNER *et al.*, “The Legal and Ethical Implications of Using AI in Hiring”, *op. cit.*

técnica de analizar expresiones faciales<sup>60</sup> y la posibilidad que los sistemas de reconocimiento facial confundan el nerviosismo o errores lingüísticos de personas no nativas con un mal perfil profesional<sup>61</sup>.

### 3. LA REGULACIÓN DEL USO DE ALGORITMOS PARA LA ELABORACIÓN DE PERFILES Y DECISIONES AUTOMATIZADAS Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

El uso de algoritmos para la elaboración de perfiles y la adopción de decisiones automatizadas se encuentra regulado en el Reglamento General de Protección de Datos y, si bien es una práctica ya extendida en el ámbito laboral, genera todavía muchas dudas sobre su alcance y regulación, que se analizan a continuación.

#### 3.1. La prohibición general de decisiones íntegramente automatizadas y sus excepciones

El artículo 22 RGPD establece una prohibición general a las decisiones íntegramente automatizadas. Este precepto establece que las personas tienen “*derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él [ella] o le afecte significativamente de modo similar*”. Es decir, existe una prohibición general a las decisiones íntegramente automatizadas con efectos jurídicos o similarmente significantes.

Esta prohibición general, no obstante, cuenta con tres excepciones. El apartado segundo del artículo 22 RGPD establece que no resultará de aplicación cuando la decisión (a) sea necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato, (b) esté autorizada por el Derecho de la Unión Europea o de los estados miembros, sin perjuicio de las medidas de salvaguarda de los derechos y libertades e intereses legítimos de las personas, o (c) se fundamente en el consentimiento explícito de la persona.

Además, existen más restricciones a las decisiones automatizadas cuando están en juego categorías especiales de datos *ex* artículo 9.2 RGPD. En concreto, el artículo 22.4 RGPD establece que las decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, no se basaran en categorías especiales de datos, tales como origen étnico o racial, opiniones políticas, convicciones religiosas, orientación sexual, etc. No obstante, se permite cuando exista el consentimiento explícito de la persona o razones de interés público (artículo

---

<sup>60</sup> Lisa FELDMAN, Ralph ADOLPHS, Stacy MARSELLA, Aleix M. MARTINEZ y Seth D. POLLAK, “Emotional Expressions Reconsidered: Challenges to Inferring Emotion From Human Facial Movements”, *Psychological Science in the Public Interest*, vol. 20, nº 1, 2019, p. 1-68.

<sup>61</sup> Cathy O’NEIL, *Weapons of Math Destruction...*, op. cit., p. 116.

9.2.a) o g) RGPD, respectivamente) y “*se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos*” de la persona interesada.

La regulación del artículo 22 RGPD genera cuatro dudas interpretativas importantes, específicamente en relación con su aplicación en el ámbito laboral, a las que se pretende dar respuesta en las páginas siguientes.

En primer lugar, la prohibición general se refiere a decisiones íntegramente automatizadas con efectos jurídicos o similarmente significantes. En consecuencia, están generalmente permitidas –y, por tanto, excluidas del régimen jurídico del artículo 22 RGPD– las decisiones íntegramente automatizadas cuando no tienen efectos jurídicos o similarmente significantes.

Como establece el Grupo de Trabajo del Artículo 29, actual Comité Europeo de Protección de Datos, en su informe *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, se considera que una decisión tiene efectos jurídicos cuando afecta a la situación legal de una persona o a sus derechos –como, por ejemplo, el acceso a una prestación pública– y tiene efectos similarmente significantes cuando esa decisión (i) impacta en las circunstancias, comportamiento u opciones de las personas, (ii) pueda tener un efecto permanente o prolongado o (iii) genere su exclusión o discriminación.

Teniendo en cuenta lo anterior, desde mi punto de vista, cualquier decisión de selección, contratación o gestión de personas en el ámbito laboral debe entenderse que tiene efectos jurídicos o similarmente significantes y, por tanto, quedará incluida en el ámbito de aplicación del artículo 22 RGPD.

En segundo lugar, el artículo 22 RGPD se circunscribe a decisiones íntegramente automatizadas, excluyéndose aquellas semiautomatizadas en las que existe intervención humana. No obstante, según el Grupo de Trabajo del Artículo 29, es necesaria una intervención humana significativa para excluir la existencia de una decisión íntegramente automatizada. En concreto, se considera que la intervención humana es significativa cuando se evalúa toda la información relevante y es realizada por una persona con autoridad y competencia en relación con la decisión, incluyendo la capacidad para revertir la decisión adoptada por el sistema. La intervención humana, además, debe ser efectiva y no meramente formal o simulada. Así, el propio Grupo de Trabajo del Artículo 29 expone que no se consideraría una intervención humana significativa aquella en que la persona se limita sistemática y automáticamente a aceptar la decisión del modelo sin influencia real sobre los resultados.

Asimismo, téngase en cuenta que la intervención humana se requiere en cada una de las decisiones individuales adoptadas por el algoritmo, sin que pueda entenderse que existe cuando se limita a una decisión concreta del proceso. Así, por ejemplo, cuando en un proceso de selección se hace una primera selección automatizada de las personas candidatas para identificar a las diez mejores no existe intervención humana, aunque posteriormente la

selección de estas diez se realice por parte de una persona humana<sup>62</sup>. Es decir, es necesario analizar la intervención humana en cada decisión individual de forma parcelada.

En tercer lugar, resulta esencial determinar el alcance de las tres excepciones a la prohibición general del artículo 22 RGPD y, en concreto, determinar si las decisiones íntegramente automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, adoptadas en el ámbito laboral pueden o no incluirse en alguna de ellas.

En el contexto de la relación laboral, parece posible excluir la segunda excepción, por cuanto no existe una previsión expresa en el derecho de la Unión Europea o en el ordenamiento jurídico-laboral español que prevea la utilización de algoritmos para la elaboración de perfiles o adopción de decisiones automatizadas en el ámbito laboral. Similarmente, también es posible descartar la excepción basada en el consentimiento explícito de la persona, dado el débil carácter del consentimiento como base jurídica para el tratamiento de datos personales en el ámbito laboral, tal y como concluye el Grupo de Trabajo del Artículo 29.

La primera excepción referente a la necesidad para la celebración o ejecución de un contrato, no obstante, sí parece base jurídica suficiente para la adopción de decisiones automatizadas en el ámbito laboral. Sin embargo, es necesario interpretar el alcance del requisito de necesidad que incluye el artículo 22.2.a) RGPD. En este punto resulta interesante acudir nuevamente a las conclusiones del Grupo de Trabajo del Artículo 29, que establece que se considera necesario cuando la intervención humana sería impracticable o imposible dado el volumen de datos a procesar y cuando no exista un método menos intrusivo e igualmente efectivo. En concreto, utiliza como ejemplo de decisión automatizada necesaria para la celebración de un contrato la selección entre decenas de miles de solicitudes para ocupar una vacante en la empresa. Por el contrario, considera que no es suficiente para apreciar la necesidad el interés empresarial de querer mejorar la consistencia, justicia o eficiencia del proceso de selección.

Sin perjuicio de estos ejemplos, existen dudas del alcance del requisito de necesidad, especialmente a la luz de prácticas empresariales ampliamente extendidas. Del ejemplo utilizado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 parece deducirse que la necesidad debe medirse en la complejidad numérica de adoptar una decisión. La duda está si esta necesidad podría justificarse por la complejidad numérica del número de datos tratados o del modelo empresarial utilizado. Así, por ejemplo, ¿se considera necesaria la asignación automatizada de tareas en plataformas digitales por querer utilizar un modelo de contratación a demanda o el uso de softwares de fijación de horarios para mejorar la competitividad de la empresa?

---

<sup>62</sup> Adrián TODOLÍ SIGNES, “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 84, 2018, p. 77.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 tiene, sin duda, una interpretación restrictiva del principio de necesidad, que no parece terminar de encajar con la propuesta de Directiva de trabajo en plataformas digitales<sup>63</sup> o con la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial<sup>64</sup>, que parten de la legalidad de las prácticas de gestión algorítmica<sup>65</sup> –sin perjuicio, claro está, de las limitaciones y garantías reguladas. Es necesario, pues, determinar el alcance del principio de necesidad de la excepción del artículo 22.2.a) RGPD para determinar, a su vez, el alcance de la prohibición general de decisiones automatizadas y su aplicación en el ámbito laboral.

En cuarto lugar, conviene determinar qué decisiones de gestión de personas pueden quedar incluidas en esta excepción y, por tanto, excluidas de la prohibición general del artículo 22 RGPD. El redactado literal del apartado 2.a) se refiere a la necesidad “*para la celebración o la ejecución de un contrato*”. En concreto, la duda es si la extinción del contrato de trabajo quedaría incluida o no en esta excepción. Decisiones automatizadas sobre despido no son, en sentido estricto, necesarias para la celebración ni ejecución de un contrato, por cuanto, precisamente, se pretende su terminación. Así, una interpretación literal o restrictiva del precepto permitiría defender que las decisiones sobre despido quedan excluidas de la excepción y, por tanto, afectadas por la prohibición general de decisiones automatizadas, exigiendo intervención humana.

### **3.2. Garantías de transparencia, información y protección de datos personales**

La empresa que utiliza algoritmos para la elaboración de perfiles y decisiones íntegramente automatizadas en el ámbito de la gestión de personas debe cumplir con las exigencias en materia de transparencia, información y protección de datos personales fijados por el Reglamento General de Protección de Datos.

En primer lugar, en la recogida y tratamiento de datos personales –incluyendo, por tanto, también la elaboración de perfiles o decisiones automatizadas–, la empresa debe respetar los principios de licitud, lealtad y transparencia, limitación de la finalidad, minimización de datos, exactitud, limitación del plazo de conservación e integridad y confidencialidad regulados en el artículo 5 RGPD. Efectivamente, sin perjuicio de una regulación específica

---

<sup>63</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para la mejora de las condiciones de laborales de las personas que trabajan a través de plataformas digitales, 9.12.2021 (COM(2021) 762 final).

<sup>64</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, 21.4.2021 (COM(2021) 206 final).

<sup>65</sup> Como se analiza a continuación, la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial califica en su Anexo III como de alto riesgo el uso de sistemas de inteligencia artificial en la gestión del empleo y trabajo, no prohibiéndolos en su artículo 5.

para las decisiones automatizadas, son de aplicación los principios generales de protección de datos en la recogida y tratamiento de datos, como recuerda el Grupo de Trabajo del Artículo 29.

En concreto, el apartado 1.a) de este precepto exige que los datos personales sean “*tratados de manera lícita, leal y transparente*”, identificando el artículo 6 RGPD como base jurídica legítima para el tratamiento de datos personales en el ámbito laboral, entre otras, la necesidad del tratamiento para la ejecución de un contrato. Resulta esencial precisar que la base legítima necesaria para el tratamiento de datos personales no es la misma que para justificar las decisiones automatizadas. Es decir, por un lado, resultará necesario acreditar la necesidad de recogida y tratamiento de datos personales para la ejecución del contrato de trabajo y, por el otro, la necesidad de adoptar decisiones automatizadas *ex artículo 22.2.a) RGPD*.

Entre los principios de tratamiento de datos, es interesante destacar también el principio de minimización de datos *ex artículo 5.1.c) RGPD*, según el cual los datos personales tratados deben ser “*adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados*”. Es decir, la empresa debe recolectar y tratar solamente los datos personales mínimos y necesarios para la necesidad de tratamiento.

En segundo lugar, el artículo 35 RGPD establece la obligación de la empresa de realizar una evaluación de impacto cuando lleve a cabo un tratamiento de datos mediante el uso de nuevas tecnologías que, “*por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas*”. En concreto, el apartado 3.a) de este precepto establece que dicha evaluación de impacto deberá realizarse cuando se lleva a cabo una “*evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar*”. Como puede observarse, se identifica la adopción de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles<sup>66</sup>, con efectos jurídicos o similarmente significativos como un tratamiento de alto riesgo para los derechos y libertades de las personas y, en consecuencia, que requiere una evaluación de impacto previa.

Interesantemente, esta es también la posición adoptada por la propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial, cuyo Anexo III, en relación con su artículo 6, califica como de alto riesgo los sistemas que afecten al “*empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo*”, incluyendo aquellos para la contratación y selección de personas, decisiones de promoción, retri-

---

<sup>66</sup> Nótese, no obstante, como el precepto no se refiere solamente a las decisiones íntegramente automatizadas, pudiéndose interpretar, por tanto, que debe realizarse una evaluación de impacto también cuando se utilizan decisiones semiautomatizadas; así lo interpreta también el Grupo de Trabajo del Artículo 29, p. 29.

bución, asignación de tareas y evaluación del rendimiento y conducta de las personas trabajadoras. El artículo 9 de la propuesta de Reglamento establece la obligación de adoptar un sistema de gestión de riesgos en los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, debiendo analizarse y documentarse de forma periódica y previo a su introducción en el mercado, el funcionamiento del sistema para identificar, analizar y evaluar los posibles riesgos derivados del sistema, así como medidas de mitigación de dichos riesgos.

En tercer lugar, el Reglamento General de Protección de Datos establece unas garantías adicionales respecto de las decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, *ex* artículo 22 RGPD.

Por un lado, los artículos 13.2.f), 14.2.g) y 15.1.h) RGPD reconocen el derecho de las personas sujetas a decisiones automatizadas incluidas en el ámbito del artículo 22 RGPD a obtener información sobre la existencia de tales prácticas e “*información significativa sobre la lógica involucrada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho procesamiento*”. Es decir, se consagra un derecho de información individual, que incluye el derecho a obtener información sobre la existencia de decisión automatizada, la lógica involucrada en tal decisión y las consecuencias que pueden derivarse para la persona interesada.

Según interpreta el Grupo de Trabajo del Artículo 29, el derecho a obtener información sobre la lógica involucrada en el tratamiento de datos se define como el derecho a obtener información clara y simple sobre el funcionamiento del proceso de elaboración de perfiles o decisión automatizada, con el fin de entender los motivos de la decisión. Es decir, se identifica con el derecho a obtener información sobre las variables o parámetros utilizados por el algoritmo para la elaboración de perfiles o la toma de decisiones automatizadas, su importancia relativa en el modelo y las consecuencias que pueden derivarse<sup>67</sup>.

En cualquier caso, este derecho de información no puede interpretarse como el derecho a acceder al código fuente del algoritmo, como se deriva de una interpretación literal del precepto, que se refiere expresamente a la “*lógica involucrada*”. Así se deriva también del artículo 12 RGPD que exige que la información sobre el tratamiento de datos, incluyendo la elaboración de perfiles y las decisiones automatizadas, sea presentada de forma concisa, transparente, inteligible, en un formato accesible y utilizando un lenguaje claro y llano. Seguramente el acceso al código fuente del algoritmo no cumpliría con estos requisitos, al suponer acceder a páginas y páginas de códigos jeroglíficos absolutamente indescifrables e incomprensibles. Además, el algoritmo puede estar protegido por secreto empresarial<sup>68</sup>, lo que, en cualquier caso, no exime a la empresa de cumplir con esta obligación de información.

<sup>67</sup> Anna GINÉS I FABRELLAS, “El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la “Ley Rider”, *IUSLabor*, nº 3, 2021, p. 1-5.

<sup>68</sup> Artículo 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

Veº en este sentido, el capítulo de Jesús R. MERCADER UGUINA, “La gestión laboral a través de algoritmos”, incluida en esta obra.

Por otro lado, el artículo 22.3 RGPD consagra la obligación de la empresa que adopte decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, con efectos jurídicos o similarmente significativos a adoptar “*las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos*” de la persona interesada. En concreto, y como mínimo, la empresa debe reconocer el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. Es decir, es necesario establecer un proceso de revisión que permita a la persona expresar su punto de vista y obtener la revisión de la decisión por una persona humana con autoridad y competencia y que revise toda la información disponible, incluyendo, como se precisa en las conclusiones del Grupo de Trabajo del Artículo 29, la proporcionada por la persona interesada en sus alegaciones.

En cualquier caso, para concluir este apartado, es importante recordar que estos derechos de información e impugnación se aplican únicamente ante supuestos de decisiones automatizadas del artículo 22 RGPD sin intervención humana. Las decisiones semiautomatizadas se encuentran, por tanto, excluidas de estas garantías. Téngase en cuenta, no obstante, que el derecho de información sí se predica de la elaboración de perfiles, incluso cuando se adopta de forma semiautomatizada. Así se deriva de los artículos 13.2.f), 14.2.g) y 15.1.h) RGPD y lo confirma las conclusiones del Grupo de Trabajo del Artículo 29.

Finalmente, en cuarto lugar, es importante destacar el derecho de información colectiva introducido en el artículo 64.4.d) ET por la denominada “Ley Rider”<sup>69</sup>, según el cual la representación legal de la plantilla tiene derecho a ser informada por la empresa de los “*parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento de empleo, incluida la elaboración de perfiles*”. Se introduce un nuevo derecho de información colectivo sobre las métricas o variables utilizadas por los algoritmos y sistemas de inteligencia artificiales empleados por la empresa. Esta regulación, pionera en Europa, resulta de aplicación a toda empresa –no solamente plataformas– que utilice tecnología inteligente para la gestión algorítmica del trabajo, incluso cuando haya intervención humana.

#### 4. NUEVOS RETOS JURÍDICOS, TECNOLÓGICOS Y ÉTICOS PARA GARANTIZAR UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL ÉTICA Y JUSTA

El análisis realizado en las páginas anteriores pone de relieve que, sin perjuicio de la extensa regulación en materia de protección de datos personales y la concreta regulación aplicable a las decisiones automatizadas, el uso

---

<sup>69</sup> Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, sustituido por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/20215, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial en el ámbito laboral plantea retos jurídicos, tecnológicos y éticos que habrá que abordar para garantizar una inteligencia artificial ética y justa.

En primer lugar, resulta esencial deconstruir el discurso de la neutralidad de los datos<sup>70</sup> y la supremacía de los algoritmos y la inteligencia artificial para adoptar decisiones. Los algoritmos no son modelos puros y matemáticamente objetivos, sino que, por suerte o por desgracia, incorporan las vergüenzas de nuestra sociedad. Así, es necesaria la adopción de medidas jurídicas, técnicas y sociales para avanzar en algoritmos y sistemas de inteligencia artificial libres de sesgos.

Incorporar mayor diversidad en los equipos encargados del diseño de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial como propone la Comisión Europea<sup>71</sup> o la alfabetización racial, de género, identidad de género, clase, etc. de la industria de la inteligencia artificial<sup>72</sup> son, sin duda, propuestas en este sentido. Similarmente, medidas técnicas para garantizar la ausencia de sesgos en los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial son altamente importantes. Así, por ejemplo, existen propuestas de configurar bases de datos desagregadas por sexos e identidades de género, origen racial, edad, etc. para garantizar que todos los grupos estén igual representados en los datos<sup>73</sup>; o propuestas para entrenar a los algoritmos a que eliminen los sesgos de género presentes en los datos<sup>74</sup>.

En segundo lugar, sin perjuicio de la regulación ya existente, es importante dotar a la normativa de protección de datos personales de la centralidad que reclama y merece para garantizar de forma real y efectiva los derechos fundamentales a la privacidad, intimidad y protección de datos personales. Así, por ejemplo, el principio de minimización de datos *ex* artículo 5.c) RGPD debe centralizar la recogida y tratamiento de datos, de tal manera que las empresas

<sup>70</sup> Sara WACHTER-BOETTCHER, *Technically wrong. Sexist apps, biased algorithms, and other threats of toxic tech*, W. W. Norton & Company, Nueva York, 2018.

<sup>71</sup> “En cada una de las fases de desarrollo de la IA debe estar garantizada la diversidad en cuanto al género, el origen racial o étnico, la religión o las creencias, la discapacidad y la edad” (Comisión Europea (2019): *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones EMPTY, Bruselas, 8.4.2019 (COM(2019) 168 final)).

<sup>72</sup> En este sentido, ver también Surya DEVA, “Addressing the gender bias in artificial intelligence and automation”, *op. cit.*; McKenzie RAUB, “Bots, Bias and Big Data...”, *op. cit.*, p. 569.

<sup>73</sup> Jessie DANIELS, ““Color-blindness” is a bad approach to solving bias in algorithms”, *Quartz*, 3.4.2019 (disponible en: <https://qz.com/1585645/color-blindness-is-a-bad-approach-to-solving-bias-in-algorithms/>; última consulta 29.3.2022).

<sup>74</sup> Surya DEVA, “Addressing the gender bias in artificial intelligence and automation”, *op. cit.* En esta línea, el artículo 10.3 de la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial establece que las bases de datos de entrenamiento, validación y prueba serán relevantes, representativas, libres de errores y completas, con las características estadísticas apropiadas referentes a las personas o grupos respecto las cuales se utilizará el sistema de inteligencia artificial de alto riesgo.

<sup>75</sup> Tolga BOLUKBASI *et al.*, “Man is to Computer Programmer as Woman is to Homemaker? Debiasing Word Embeddings”, *op. cit.*, p. 8.

solamente accedan a los datos estricta y restrictivamente necesarios<sup>75</sup>, sin que escaneos indiscriminados de la actividad de las personas candidatas en redes sociales o sistemas de reconocimiento facial en entrevistas de trabajo cumplan con este principio.

Asimismo, resulta esencial concretar el alcance del principio de necesidad para la recogida y tratamiento de datos personales *ex* artículo 5.1.c) RGPD, por cuanto parece existir una divergencia entre la interpretación realizada por parte del Grupo de Trabajo del Artículo 29 y muchas prácticas empresariales. Similarmente, es esencial también concretar el alcance de la prohibición general de decisiones automatizadas del artículo 22 RGPD y, en concreto, la excepción de la necesidad para la celebración o ejecución de un contrato, identificándose concretamente en qué supuestos puede apreciarse tal necesidad y en qué no.

En tercer lugar, avanzar en mayor transparencia en los sistemas de inteligencia artificial es, sin duda, un gran consenso político y doctrinal<sup>76</sup>, por cuanto la transparencia es esencial para garantizar algoritmos y sistemas de inteligencia artificial no sesgados.

Las medidas de transparencia e información –tanto individual como colectiva– actualmente reguladas no parecen cumplir adecuadamente tal objetivo. En este sentido, es altamente criticable el restrictivo alcance del artículo 22 RGPD, limitado a decisiones íntegramente automatizadas con efectos jurídicos o singularmente similares.

En consecuencia, hay que avanzar en mayor transparencia en el uso de tecnología inteligente, especialmente en el ámbito laboral. A mi entender, los derechos de transparencia e información deberían reconocerse también cuando los sistemas de inteligencia artificial cuentan con intervención humana –en línea con la propuesta de Directiva sobre el trabajo en plataformas digitales. Además, la información que la empresa debería proporcionar debería incluir, no solamente las métricas o variables utilizadas, sino también aquellos datos inferidos<sup>77</sup>.

Asimismo, es esencial mejorar los derechos colectivos de información, consulta y negociación del uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial en el ámbito laboral, aspecto absolutamente olvidado en la regulación europea. Pri-

---

<sup>75</sup> Carissa VÉLIZ, *Privacy is power...*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>76</sup> OIT, *Work for a brighter future*. Global Commission on the Future of Work, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 44; Henar ÁLVAREZ CUESTA, *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 100; Valerio DE STEFANO, “Algorithmic Bosses and How to Tame Them”, *op. cit.*, p. 14; Pilar RIVAS VALLEJO, *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 265; Jesús R. MERCADER UGUINA, “Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del trabajo”, *La Ley*, nº 48, 2021, p. 10; entre otras muchas.

<sup>77</sup> Ver Sandra WACHTER, Brent MITTELSTADT y Luciendo FLORIDI, “Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation”, *International Data Privacy Law*, vol. 7, nº 2, 2017, p. 89; Henar ÁLVAREZ CUESTA, *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo*, *op. cit.*, p. 77.

meramente, el derecho de información de la representación legal de la plantilla debería extenderse –además de lo actualmente recogido en el artículo 64.4.d) ET– también a información sobre (i) los datos recogidos e inferidos necesarios para la elaboración de perfiles o decisiones automatizadas e (ii) información estadística sobre los efectos de dichos algoritmos<sup>78</sup>, incluyendo también su impacto sobre la seguridad y salud laboral. Sin duda, el acceso a esta información por parte de la representación legal de la plantilla es esencial para poder supervisar y monitorizar el cumplimiento empresarial de los derechos fundamentales a la intimidad, protección de datos personales, no discriminación y seguridad y salud.

Como argumentan Sarah WEST, Meredith WHITTAKER y Kate CRAWFORD<sup>79</sup> y Cathy O’NEIL<sup>80</sup>, la transparencia en los datos utilizados y en los efectos es esencial para evaluar la legalidad de los sistemas de inteligencia artificial y su potencial impacto discriminatorio, no olvidando el posible impacto sobre “nuevas” causas de discriminación como clase, capacidad económica o interseccionalidad.

En cuarto lugar, es interesante destacar el rol que pueden jugar las normas legales<sup>81</sup> y la negociación colectiva<sup>82</sup> en el impulso de una inteligencia artificial ética y justa. Así, por ejemplo, es importante instaurar mecanismos de supervisión y control de sistemas de inteligencia artificial y algoritmos en el ámbito laboral.

Más allá de sistemas internos de evaluación, control y documentación *ex* artículo 35 RGPD o la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial, es indispensable instaurar la exigencia de auditorías externas en la utilización de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito laboral<sup>83</sup>. Así se incluye, por ejemplo, en las *Directrices para una IA fiable* elaboradas por el grupo de personas expertas sobre inteligencia artificial creado por la Comisión Europea<sup>84</sup>. Es esencial que el impacto de los sistemas de inteligencia artificial utilizados en el ámbito laboral sean auditados por organismos externos, incluyendo su impacto en términos de género, origen racial, edad, discapacidad o capacidad económica, así como la intersección de múltiples identidades y el impacto sobre la seguridad y salud de las personas.

Más allá, existen voces, como las de Valerio DE STEFANO<sup>85</sup> y Jesús R. MERCADER UGUINA<sup>86</sup>, que proponen reconocer el derecho de la representación

<sup>78</sup> Anna GINÉS I FABRELLAS, “El derecho a conocer el algoritmo...”, *op. cit.*, p., 4.

<sup>79</sup> Sarah WEST, Meredith WHITTAKER y Kate CRAWFORD, *Discriminating Systems...*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>80</sup> Cathy O’NEIL, *Weapons of Math Destruction...*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>81</sup> Carmen SÁEZ LARA, “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, *Temas Laborales*, nº 155, 2020, p. 46.

<sup>82</sup> Valerio DE STEFANO, “Algorithmic Bosses and How to Tame Them”, *op. cit.*, p. 3-4.

<sup>83</sup> Sarah WEST, Meredith WHITTAKER y Kate CRAWFORD, *Discriminating Systems...*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>84</sup> Comisión Europea, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>85</sup> Valerio DE STEFANO, “Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence and labour protection”, Working paper nº 246, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.

<sup>86</sup> Jesús R. MERCADER UGUINA, “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data”, *LABOS. Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, vol. 2, nº 2, 2021, p. 10.

legal de la plantilla a la negociación del algoritmo, medida admitida por los artículos 88 RGPD y 91 LOPD, que habilitan a la negociación colectiva a establecer normas más específicas en materia de protección de datos personales en el ámbito laboral.

En quinto lugar, el uso de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito laboral debe abordar el debate ético. Más allá del respeto a los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, privacidad e intimidad, protección de datos personales y seguridad y salud laboral, es esencial que se aborde el debate sobre el rol y límites del uso de algoritmos para la gestión de personas en el trabajo desde un plano ético.

Es esencial determinar qué tecnología es admisible en el ámbito laboral y que no. Aunque no es esta la aproximación adoptada por la propuesta de Reglamento en Inteligencia Artificial, deben atenderse las peticiones de prohibición en el ámbito laboral de tecnología de reconocimiento facial, de detección de emociones o estado mental<sup>87</sup>, así como información sensible, como orientación sexual o identidad de género<sup>88</sup> de las personas.

Asimismo, es crucial determinar qué decisiones pueden tomar las máquinas y cuáles no. En este punto, existe un amplio consenso a favor de una aproximación humanística o “human-in-command” de la inteligencia artificial. Esta es la posición adoptada por la Organización Internacional del Trabajo<sup>89</sup>, el Comité Económico y Social Europeo<sup>90</sup> o la Comisión Europea<sup>91</sup> para garantizar una inteligencia artificial responsable, segura y útil. Similarmente, el grupo de personas expertas sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea<sup>92</sup> incluye entre los requisitos para una inteligencia artificial fiable, legal, ética y robusta la intervención y supervisión humana<sup>93</sup>. Esta es también la posición de la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial, cuyo artículo 14 establece que los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgos deberán ser diseñados y desarrollados para permitir supervisión humana dirigida a prevenir o minimizar los riesgos sobre la salud, seguridad

---

<sup>87</sup> Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, 8.6.2017; Carissa VÉLIZ, *Privacy is power...*, op. cit., p. 184.

<sup>88</sup> Sarah WEST, Meredith WHITTAKER y Kate CRAWFORD, *Discriminating Systems...*, op. cit., p. 19; Foad HAMIDI, Morgan KLAUS SCHEUERMAN y Stacy M. BRANHAM, “Gender Recognition or Gender Reductionism?: The Social Implications of Embedded Gender Recognition Systems”, *CHI '18: Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, 2018, p. 10.

<sup>89</sup> OIT, *Work for a brighter future*, op. cit., p. 43.

<sup>90</sup> CESE (2016): *Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consume, el empleo y la Sociedad*. Comité Económico y Social Europeo (INT/806).

<sup>91</sup> Comisión Europea, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, op. cit.

<sup>92</sup> AA.VV., *Directrices éticas para una IA fiable*. Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre Inteligencia Artificial creado por la Comisión Europea en junio de 2018, p. 18.

<sup>93</sup> Incluyen también la solidez y seguridad técnica, privacidad y gestión de datos, transparencia, diversidad, no discriminación y equidad, bienestar social y medioambiental y rendición de cuentas.

o derechos fundamentales que puedan derivarse de estos sistemas de alto riesgo. En cualquier caso, sin perjuicio del valor del consenso en este punto, queda por ver, como argumenta Jesús R. MERCADER UGUINA<sup>94</sup>, el alcance que esta “reserva de humanidad” tendrá en el uso de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito laboral.

Finalmente, es importante reflexionar sobre la finalidad de la inteligencia artificial y su encaje en nuestra sociedad. ¿De qué nos sirve la tecnología si no nos sirve para mejorar como humanidad? ¿De qué nos sirve la tecnología si todo para los que nos sirve es para invadir espacios de privacidad, discriminar más y mejor y agotar hasta el infarto? Personalmente, me resisto a pensar que innovación tecnológica y derechos fundamentales son irreconciliables. Sin embargo, si así fuese, creo que sin duda debemos renunciar a capacidad de extracción de datos, eficiencia de predicción de conductas o rapidez en la toma de decisiones automatizadas en favor del respeto de los derechos fundamentales de las personas<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> Jesús R. MERCADER UGUINA, “La gestión laboral a través de algoritmos”, *op. cit.*

<sup>95</sup> Cathy O’NEIL, *Weapons of Math Destruction...*, *op. cit.*, p. 210.

SOBRE LA BRECHA DIGITAL GENERACIONAL DE LA CLASE  
MEDIA ESPAÑOLA. UN ANÁLISIS PERSPECTIVÍSTICO DE DERECHO  
COMPARADO, RELATIVO A UN COLECTIVO GIGANTE DE  
CONTRIBUYENTES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña

## **SUMARIO**

I. PLANTEAMIENTO. II. LA RETROSPECTIVA ESPAÑOLA. III. LA PERSPECTIVA FRANCESA. IV. LA PROSPECTIVA NORTEAMERICANA. V. EPÍLOGO. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## I. PLANTEAMIENTO

Aunque el mundo occidental tienda a ser generalmente contemplado como si se tratase de una unidad, en mi opinión es claro –si es que se observa desde el punto de vista de la digitalización de la clase media, en cuanto que estructura social más importante del llamado primer mundo<sup>1</sup>– que no existe un solo mundo occidental, sino dos de ellos distintos. Uno es el mundo occidental norteamericano, cuya digitalización era ya evidente en 1986, cuando yo vivía por aquel entonces en los Estados Unidos. En aquellos lejanos tiempos, por poner sólo un ejemplo –pero que a mí me impactó profundamente–, toda la gente que me rodeaba y con la que me trataba, en la Universidad de California, en Los Ángeles (UCLA), hablaba del «pc». Y yo no entendía nada, pues para mí «pc» era el acrónimo de «partido comunista», no el de ordenador personal (o *personal computer*), que muchos norteamericanos de mi edad tenían y manejaban, y acerca de cuyas funcionalidades yo no sabía entonces absolutamente nada de nada<sup>2</sup>. Como es lógico, la sociedad norteamericana ha evolucionado mucho en estos últimos treinta y cinco años, digitalizándose cada vez más y más, hasta el punto de poder afirmarse que en la primera década del corriente siglo XXI, hace ahora diez años, ya no existía allí ninguna brecha digital entre generaciones, que provocase ningún grave problema de orden social (por cierto, la expresión genérica «brecha digital [*digital divide*]» también fue acuñada en los Estados Unidos, en 1995)<sup>3</sup>. Cabe imaginar, consecuentemente, qué es lo que ocurre en dicho gran país a día de hoy, en

---

<sup>1</sup> Sobre el concepto moderno de clase media, en cuanto que síntesis (¿hegeliana?) superadora de las dos clases sociales del pensamiento marxista, véase Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., Mohr Siebeck (Tubinga, 1972), págs. 177 y ss. La primera edición de este libro clásico, que no he podido manejar, publicada por partes, se remonta a 1921-1922.

<sup>2</sup> Siete años más tarde, don Manuel ALONSO OLEA calificaba el ordenador personal como «cacharro», afirmando –al hilo de su tratamiento del trabajo a domicilio– que «la sujeción al cacharro refuerza la dependencia». Véase Manuel ALONSO OLEA y María Emilia CASAS BAA-MONDE, *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Facultad de Derecho-Universidad Complutense (Madrid, 1993), pág. 141.

<sup>3</sup> Por la agencia federal de comunicaciones (*Federal Communications Commission*). Al respecto, véase Grace M. MILLS, «The digital divide: Left behind on the other side», *University of La Verne Law Review*, núm. 30 (2009), págs. 381 y ss.

2022. Y lo que allí sucede ahora mismo es que la generalidad de mayores activos de clase media, de 65 o más años de edad, tiene su teléfono móvil conectado a Internet, con el que poder realizar operaciones bancarias y todo tipo de compras (incluida la semanal gigante de artículos de supermercado), y con el que poder integrarse y relacionarse con otros mayores, a través de muy diversos tipos de redes sociales telemáticas. Ahora bien, frente a este mundo, el otro mundo occidental –si contemplado, repito, desde la perspectiva de los mayores de clase media– es el que se encuentra ubicado en Europa, en donde resulta evidente la existencia de un retraso digital (que la Unión Europea reconoce), también en comparación con el mundo oriental extremo (Japón, por ejemplo)<sup>4</sup>, a todos los niveles, derivándose de dicho retraso, entre otras varias consecuencias, que exista una brecha digital generacional entre los jóvenes y no tan jóvenes, de un lado, y el grueso de personas de la llamada tercera edad (no la de la cuarta, ya dependientes) de clase media, del otro. Se trata de una brecha que tiene evidentes repercusiones laborales y de seguridad social. Y que voy a analizar, en lo que sigue, con una metodología perspectivística de Derecho comparado. En mi análisis, el punto de partida será español, al tratarse del término de comparación ineludible e inesquivable en estudios de Derecho comparado realizados precisamente por un español, como es mi caso<sup>5</sup>, y que focalizaré en nuestro pasado más reciente, inmediatamente anterior al estallido de la pandemia (lo que llamo «La retrospectiva española»; cfr. *infra*, II). Tras esto, mi estudio pasará a centrarse en el presente, examinando lo que la República francesa está haciendo ahora mismo para atenuar y combatir el riesgo de exclusión social de los mayores franceses de clase media no digitalizados, con la activación –como comprobaremos– de fondos europeos asignados a Francia para superar la crisis ocasionada por la pandemia (lo que llamaré «La perspectiva francesa»; cfr. *infra*, III). En fin, concluiré analizando lo que previsiblemente podría llegar a ocurrir en un futuro próximo, en nuestro país (y con toda seguridad, también en Francia), al hilo de lo que está sucediendo ahora mismo en los Estados Unidos, en donde –repito– los mayores de clase media llevan ya mucho tiempo digitalizados (todo ello, bajo el rótulo «La prospectiva norteamericana»; cfr. *infra*, IV).

## II. LA RETROSPECTIVA ESPAÑOLA

En España, el pasado más reciente sobre mi tema está marcado por la promulgación de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales

<sup>4</sup> Dudando si Japón es oriental u occidental (norteamericano), desde el punto de vista de su Derecho colectivo del Trabajo, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Recensión» de Kazutoshi KOSHIRO (con la colaboración de Charles WEATHERS), *A fifty years history of industry and labor in Japan*, The Japan Institute of Labor (Tokio, 2000), 270 págs.; publicada en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 104 (2001), págs. 331 y ss.

<sup>5</sup> Sobre dicha premisa metodológica iuscomparatista, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on community and comparative, European and USA, labor and social security law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), pág. XXIII.

y garantía de los derechos digitales. En esta norma –aparte alguna contradicción de su exposición de motivos (por ejemplo, la afirmación de que «nuestra Constitución fue pionera en el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales»<sup>6</sup>, desmentida más adelante por la afirmación contraria, ilusoria e ingenua<sup>7</sup>, de que «una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales»<sup>8</sup>)–, en dicha Ley, repito, lo que más poderosamente me ha llamado la atención es su artículo 81 (rotulado «Derecho de acceso universal a Internet»). Dentro de este precepto, a mis concretos efectos, la clave radica en su apartado 4, donde se proclama que «el acceso a Internet procurará la superación de la *brecha generacional* mediante acciones dirigidas a la formación y el acceso a las *personas mayores*», resultando evidente que este concreto precepto reconocía la existencia del retraso digital de nuestros mayores, en 2018. Pero también es importante su artículo 97 (rotulado «Políticas de impulso de los derechos digitales»). De un lado, por poner el acento en que dicha brecha digital generacional creaba un riesgo de exclusión social de nuestros mayores de clase media (habla, literalmente, de «fomentar medidas educativas que promuevan la formación en competencias y habilidades digitales básicas a personas y colectivos *en riesgo de exclusión digital*»<sup>9</sup>, pero refiriéndose a todos sin matices, incluidos consecuentemente los colectivos no «económicamente desfavorecidos» y, por tanto, la clase media<sup>10</sup>). Y de otro lado, porque preveía realizar actuaciones orientadas a impedir que dicho riesgo de exclusión digital de nuestros mayores de clase media se actualizase en siniestro y se convirtiese en un problema de orden social, mencionando entre las actuaciones en cuestión la confección de un «Plan de Acceso a Internet» (elaborado por «el Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas»)<sup>11</sup>, así como la presentación por el propio Gobierno de «un informe anual ante la comisión parlamentaria correspondiente del Congreso de los Diputados»<sup>12</sup>. Pues bien, para concluir esta retrospectiva española, confieso haber buceado en muy diversas bases de almacenamiento de datos jurídicos sin haber podido encontrar nada, absolutamente nada, ni sobre la elaboración del citado plan de acceso a Internet, ni tampoco sobre los informes que el Gobierno de la nación debería rendir anualmente a Las Cortes. Es cierto, en todo caso, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, que acabaron precipitándose y sucediéndose acontecimientos entorpecedores e, incluso, enervantes del cumplimiento de los citados deberes gubernamentales, pues en los

---

<sup>6</sup> Cfr. apartado I, párrafo primero.

<sup>7</sup> Sobre el procedimiento (en mi opinión, más impracticable que meramente rígido) para la reforma de la sección 1ª del Capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución, véase el artículo 168 de la propia Constitución.

<sup>8</sup> Cfr. apartado IV, párrafo tercero.

<sup>9</sup> Cfr. apartado I, letra c).

<sup>10</sup> Cfr. *a contrario*, la letra a) del apartado 1 del propio precepto.

<sup>11</sup> Cfr. apartado 1, párrafo primero.

<sup>12</sup> Cfr. apartado 3.

cuatro meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley (lo que sucedió el 8 diciembre 2018) todos recordamos que se celebraron elecciones generales en España, las cuales tuvieron que volver a repetirse sólo ocho meses después, resultando que una vez constituido el nuevo y actual Gobierno de la nación, en enero de 2020, se produjo la declaración del estado de alarma, para hacer frente al estallido de la pandemia, en marzo de 2020.

### III. LA PERSPECTIVA FRANCESA

Al igual que España, Francia también ha acabado beneficiándose del programa «*Next Generation*» de la Unión Europea, orientado a acelerar la «doble transición ecológica y digital», el cual fue acordado por el Consejo Europeo extraordinario celebrado en Bruselas, en julio de 2020<sup>13</sup>. En Francia, el correspondiente plan nacional de ejecución de dicho programa europeo se conoce con el nombre de «Recuperación de Francia [*France Relance*]»<sup>14</sup>, cabiendo destacar que su cuantía es mucho más modesta que la del correspondiente plan nacional español, pues Francia movilizará un total de 100 mil millones de euros (de los que sólo 40 mil millones provendrán de fondos europeos), claramente contrastantes con los 140 mil millones, asimismo provenientes de fondos europeos, de nuestro «Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia». En mi concreto asunto, resulta evidente que Francia no ha perdido el tiempo. En efecto, a comienzos del pasado año 2021, el Gobierno francés articuló un sub-plan, enmarcado en el recién citado plan «*France Relance*», orientado a mitigar el retraso digital que padecen los franceses mayores y no tan mayores de clase media, cuyos perfiles se habían acentuado dramáticamente durante la fase aguda de la pandemia. El instrumento jurídico elegido para ejecutar este sub-plan fue una «Circular» del Ministerio de Cohesión de Territorios y de Relaciones con las Colectividades Territoriales, de 21 enero 2021, sobre «Puesta en práctica del componente “inclusión digital” del plan de recuperación [*Mise en oeuvre du volet “inclusion numérique” du plan de relance*]»<sup>15</sup>. Se dirige imperativamente a los prefectos de los 101 departamentos franceses, metropolitanos y de ultramar, imponiéndoles el cumplimiento de diversos objetivos enmarcados en un cronograma sumamente estricto. Lógicamente, esta «Circular» (que cuenta con cinco densos anexos) menciona muy diversas cifras, aunque me referiré únicamente a tres de ellas. En primer lugar, la relativa a la necesidad de que el Estado dé «una

<sup>13</sup> Sobre el tema, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Reestructuraciones empresariales», en el volumen *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2021), págs. 25 y ss.

<sup>14</sup> Su sitio en Internet está ubicado en <https://www.economie.gouv.fr/plan-de-relance>.

<sup>15</sup> Se trata de una «Circular» comunicada (y consecuentemente, no publicada en el *Journal Officiel de la République Française*), cuya referencia oficial es TERB2102382J. Puede localizarse en el sitio oficial del servicio público de difusión del Derecho francés en Internet, ubicado en <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

respuesta a la urgencia de acompañar a cerca de 13 millones de franceses alejados de lo digital», calificando luego esta cifra gigante de franceses como una cifra de ciudadanos pertenecientes a todos los públicos, al igual que en el tradicional cine familiar de clase media, que era cine para ser visto por mayores, medianos y pequeños (literalmente, «*les publics* [así, en plural] *en situation de fragilité numérique*»). En segundo lugar, la cifra relativa a que «en el marco del plan de reactivación, se destinan 250 millones de euros [en 2021] a facilitar, para todos los franceses, el uso cotidiano de lo digital». En tercer lugar, la cifra relativa al despliegue por todo el territorio francés de 24.000 nuevos profesionales, a clasificar en dos grandes grupos distintos, aunque ambos compartan el común denominador de tratarse de profesionales de proximidad al ciudadano carente de competencias digitales (literalmente, profesionales «*de proximité*», que prestarán sus servicios en lugares tan diversos como bibliotecas municipales o centros comerciales). Evidentemente, estos 24.000 nuevos puestos de trabajo acaban atrayendo como un imán la atención de cualquier iuslaboralista, lo que justifica que tenga que referirme con algún detalle a ellos.

De esos 24.000 nuevos profesionales, el grueso se conoce con el nombre de «Ayudantes de Conexión [*Aidants Connect*]»<sup>16</sup>, afirmando la «Circular» que «el objetivo del Gobierno es formar 20.000 agentes habilitados como *Ayudantes de Conexión*, en 2021». Su tarea –como la propia denominación de la figura indica– es la de ayudar al ciudadano necesitado en la realización de tareas digitales cotidianas y corrientes, incluida la cumplimentación de «trámites administrativos [*démarches administratives*]», «consultar a un médico» o «comprar en línea», entre otras varias, pero utilizando siempre un «*kit*» informático especial, que tiene que facilitarles a dichos profesionales el Gobierno francés (en esto último, al estar afectados fondos europeos, también se cuida la vertiente ecológica, pues la «Circular» habla de «la adquisición de material informático proveniente de industrias de reutilización y de reciclaje»). Lógicamente, se trata de un trabajo sumamente delicado, puesto que puede implicar tener que utilizar datos íntimos de carácter personal (por ejemplo, contraseñas) del ciudadano ayudado. Lo pone crudamente de relieve la «Circular», al afirmar que «los ayudantes digitales, que acompañan a las personas en dificultades con lo digital en la realización de trámites, no están protegidos [*ne son pas sécurisés*] cuando manipulan los datos personales de los usuarios (por ejemplo, identificadores y contraseñas almacenados en un soporte papel)». Por eso, para protegerles (pero también para evitar la ocurrencia de posibles fraudes, así como para fortalecer la confianza del ciudadano ayudado), que la «Circular» prevea la estipulación de un contrato especial, que denomina «mandato en línea [*mandat en ligne*]»<sup>17</sup>. El régimen jurídico de este contrato es el siguiente: 1) en cuanto a las partes del mismo, se concluye «entre la estructura habilitada y el usuario acompañado»; 2) en cuanto a su forma y objeto, «este mandato se firma por el usuario vía conexión al servicio

---

<sup>16</sup> De ellos trata monográficamente el Anexo 4 de la «Circular».

<sup>17</sup> *Ibidem*, párrafo quinto.

“FranceConnect”, y delimita el perímetro y la duración en los que se habilita a la estructura para acompañar al usuario»; y 3) en cuanto a su dinámica, «el ayudante puede entonces conectarse al conjunto de sitios administrativos accesibles vía “FranceConnect”, desde su cuenta profesional, y seleccionar el perfil a utilizar por el usuario, para el que realiza el trámite».

Ahora bien, la digitalización de la sociedad occidental es irreversible, hasta el punto incluso de que el dinero físico desaparecerá y será sustituido por dinero digital (el dólar digital y el euro digital, que ya están siendo objeto de estudios académicos; por no hablar, también, de la realidad actual de las criptomonedas, tan vinculadas a la delincuencia global y al mundo de la economía sumergida)<sup>18</sup>. Por eso, consciente de que la digitalización es imparable e inevitable, que la «Circular» también ordene desplegar en toda Francia otros 4.000 nuevos profesionales más, que denomina «consejeros digitales [*conseillers numériques*]»<sup>19</sup>. Su misión, tras su despliegue por toda la geografía francesa, es la de formar a los citados 13 millones de ciudadanos franceses de todos los públicos, en riesgo de exclusión social, para que dejen de ser dependientes digitales (literalmente, «convertirlos en autónomos, para que sepan utilizar en soledad lo digital [*rendre autonomes pour savoir utiliser seul le numérique*]»). Lógicamente, la «Circular» se explaya (especialmente, en sus anexos), detallando cómo deben ser los «talleres digitales individuales y colectivos» (atractivos, de iniciación, de proximidad, intuitivos), a organizarse por estos nuevos profesionales, y en los cuales yo no entro. Sí voy a entrar, en cambio, en otros dos aspectos que me parecen cruciales, pues acreditan que la «Circular» se mueve a ras de suelo y con los pies pisando firmemente en tierra. De un lado, la delimitación de funciones entre los 20.000 nuevos ayudantes digitales y estos nuevos 4.000 consejeros digitales, afirmando que los consejeros no están para atender urgencias digitales de los ciudadanos, sino para formarles, aunque podrían, eso sí, «desbloquear una situación ligada a una falta de habilidad digital», pero teniendo en cuenta que «pasado este eventual primer “empujón [*coupe de pouce*]”, deben reenviar al usuario hacia los France Services más próximos, para su acompañamiento [por los ayudantes]». De otro lado, y supuesto que estos consejeros son piezas esenciales de la irreversible transformación digital de Francia, la fijación por la «Circular» de la horquilla salarial que cobrarán por la prestación de sus servicios profesionales, oscilante entre 40.000 y 50.000 euros anuales (literalmente, «*40 à 50K€ par conseiller*»), parcialmente subvencionados por el Estado, constanding ya en Internet –en el corriente año 2022– ofertas de trabajo que acreditan que estos consejeros digitales pueden llegar a cobrar perfectamente más de 3.000 euros mensuales.

---

<sup>18</sup> Véase Robert HOCKETT, «Money’s past is Fintech’s future: Wildcat crypto, the digital dollar, and citizen central banking», *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, núm. 2 (2019), págs. 221 y ss., sosteniendo la tesis de que la regulación del dólar digital es la pieza jurídica clave para considerar ilícitas las transacciones con criptomonedas.

<sup>19</sup> De ellos tratan monográficamente los Anexos 1 y 2 de la «Circular».

## IV. LA PROSPECTIVA NORTEAMERICANA

Lógicamente, lo que pretende conseguir esta «Circular» es que en un futuro próximo todos los ciudadanos franceses activos, incluidos las abuelas y abuelos pensionistas, sean capaces de manejarse en solitario con las nuevas tecnologías digitales; un futuro —como puse de relieve antes—, que ya es presente en los Estados Unidos. Ahora bien, habrá que tener en cuenta, si todas las abuelas y todos los abuelos de clase media navegasen en Internet, que inevitablemente acabará planteándose un nuevo problema de orden social, que está marcando ahora mismo el presente de la digitalización de la clase media (y especialmente, de la digitalización de los mayores de clase media) en los Estados Unidos. Este problema es el de la ciber-delincuencia que padecen dichos ciudadanos. Allí, los ciber-delincuentes han caído en la cuenta de que los mayores digitalizados de clase media son, por regla general, personas ingenuas o crédulas, y muy obedientes; también, que tienen tarjeta de crédito y ahorros depositados en cuentas bancarias, que administran y gestionan digitalmente; y por último y lo que es quizá más públicamente alarmante, que no denuncian —por miedo o por vergüenza— la ciber-criminalidad que padecen. Todo esto explica la necesidad de actuar en los Estados Unidos, mediante la promulgación de una Ley federal, denominada Ley de persecución y prevención del abuso contra los mayores (*Elder Abuse Prevention and Prosecution Act*), promulgada por el Presidente Donald TRUMP el 18 octubre 2017<sup>20</sup>. Se trata de una Ley «*bipartisan*» (esto es, una Ley de consenso entre los dos grandes partidos políticos norteamericanos), cuya elaboración —que comenzó en 2010, durante el segundo mandato del Presidente Barack OBAMA— fue precedida de muchos trabajos preparatorios, y que resulta realmente grata de leer. Su telón de fondo es muy parecido al que tenemos con la violencia de género en España, reconducible al de animar a los mayores a denunciar las ciber-estafas que padecen, haciendo hincapié en que la posibilidad de recuperar el dinero que han perdido no es sólo una mera hipótesis, sino una posibilidad tangible y real, gracias al empeño y a la movilización, entre otras muchas personas, de todos los fiscales de los Estados Unidos, obligados a investigar este tipo de asuntos también en el extranjero<sup>21</sup>. Aparte sus referencias a la Ley federal de seguridad social de 1935<sup>22</sup>, a mí me ha llamado especialmente la atención, en esta Ley de 2017, la obligación que tiene el Fiscal General de los Estados Unidos de presentar un informe anual al Congreso norteamericano sobre la aplicación de la propia Ley<sup>23</sup>. Allí, las leyes que se promulgan se cumplen, y el Fiscal General de los Estados Unidos viene presentando periódicamente sus informes anuales, de los cuales yo he manejado el últi-

<sup>20</sup> La recién citada es su denominación breve (*short title*), según la sección 1(a) de la Ley, cuya referencia oficial es Public Law 115-70.

<sup>21</sup> Completamente a ras de suelo, lo que conforta, véase Peter E. DEEGAN JR., «Elder financial fraud schemes: The case for federal investigation and prosecution», *Department of Justice Journal of Federal Law and Practice*, núm. 66 (2018), págs. 31 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. sus secciones 2, 402, 403 y 501.

<sup>23</sup> Cfr. su sección 503.

mo, fechado el 18 octubre 2021<sup>24</sup>. Es divertidísimo, porque está construido sobre la base de casos reales, enjuiciados ya en firme por las Cortes federales de los Estados Unidos, y en los que se describen las concretas ciber-estafas padecidas por los mayores (incluidas las que llama ciber-estafas «románticas [*romantic*])»<sup>25</sup>, esto es, las ocurridas a mayores enamorados de alguien a través de Internet, que acaba desplumándolos). Les animo a todos ustedes a leerlo, entre otras razones, también por su seguridad y por su propia autoprotección. No hace falta ser crédulo, ingenuo u obediente, como al parecer son muchos mayores norteamericanos digitalizados, para acabar siendo estafados a través de Internet.

## V. EPÍLOGO

Y ya casi concluyo, volviendo a la realidad española, actualmente marcada por el incumplimiento de la Ley Orgánica 3/2018, allí donde se refiere a la necesidad de impedir la exclusión social de nuestros mayores no digitalizados de clase media, un incumplimiento no desmentido por la promulgación de sendos neutrones legislativos (esto es, normas carentes de toda carga jurídica)<sup>26</sup>, relativos a la brecha digital generacional y no generacional, en enero de 2021<sup>27</sup> y en diciembre de 2021<sup>28</sup>. El Ministerio competente en este

<sup>24</sup> Se denomina *Annual Report to Congress on Department of Justice Activities to Combat Elder Fraud and Abuse*. Este volumen, que consta de 163 páginas, puede manejarse en el sitio en Internet del Ministerio federal de Justicia, ubicado en <https://www.justice.gov>.

<sup>25</sup> *Ibidem*, págs. 20-21.

<sup>26</sup> Sobre el tema, véase Tomás Ramón FERNÁNDEZ, «De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad: Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 0 (2008), págs. 46 y ss.

<sup>27</sup> El Real Decreto-ley 1/2021, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, se refiere –en su exposición de motivos– a toda una constelación de personas consumidoras vulnerables (mayores, mujeres, víctimas de violencia de género, integrantes de familias monoparentales, niños y adolescentes, así como discapacitados), mencionando expresamente la «brecha digital» de los mayores (literalmente, «sólo el 17,1% de la población mayor de 74 años hace uso diario de internet»; cfr. apartado I, párrafo vigesimonoveno). Pero nada de esto se traduce luego en el articulado de la norma, flagrantemente inconstitucional, como cuando afirma que «los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención, que será recogida reglamentariamente [*sic*]» (cfr. artículo primero); o también, que «las políticas públicas que inciden en el ámbito del consumo y las prácticas comerciales orientadas a las personas consumidoras vulnerables estarán destinadas, en su caso y siempre dentro del ámbito de las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, a prevenir y remover, siempre que sea posible [*sic*], las circunstancias que generan la situación de vulnerabilidad» (*ibidem*).

<sup>28</sup> La Ley 22/2021, de presupuestos generales del Estado para 2022, vuelve a acreditar que seguimos todavía, en este concreto tema, sin traspasar el umbral retórico de las meras buenas intenciones. En efecto, contiene una única y pelada alusión expresa a la «brecha digital», en los siguientes términos literales: «corresponderá a la Agencia [Estatal de Administración Digital, recién creada por la propia Ley] el impulso en la definición, desarrollo, ejecución y seguimiento, entre otros, de los proyectos de transformación digital incluidos en el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025 para mejorar la accesibilidad de los servicios públicos digitales a la ciudadanía y empresas, superar la actual brecha digital [*sic*] y favorecer la eficiencia y eficacia de

concreto tema es el de Asuntos Económicos y Transformación Digital, dirigiendo por la Sra. Nadia CALVIÑO, que es coruñesa. Si yo tuviese que hablar con ella sobre este asunto, le contaría una muy estudiada conversación que tuvo lugar, hace ahora casi cien años, entre un secretario de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el Juez HOLMES<sup>29</sup>, cuando todavía estaba fresca la aprobación en 1913 de la Decimosexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que creó la figura del impuesto sobre la renta, evidenciando –en 1913, repito– el genio jurídico norteamericano. Pues bien, en esa conversación, el secretario le preguntó al Juez, con ironía, «¿No odia usted pagar impuestos [*Don't you hate to pay taxes*]?». Y el famosísimo Juez HOLMES le replicó, a su vez, «No, joven. Me gusta pagar impuestos. Con ellos compro civilización [*No, young feller. I like to pay taxes. With them I buy civilization*]»<sup>30</sup>. Con este telón de fondo, yo a la ministra empezaría recordándole que nuestras viudas y nuestros jubilados son contribuyentes al Fisco, vía IRPF, a diferencia de lo que sucedía en el franquismo (según acreditaban los textos de nuestras dos primeras Leyes Generales de la Seguridad Social de 1966 y 1974)<sup>31</sup>, habiendo acabado convirtiéndose a día de hoy en un colectivo gigante de contribuyentes en situación de exclusión social, por su falta de competencias y habilidades digitales. Si pagan impuestos con sus pensiones y el Juez HOLMES no está equivocado –que no lo está–, tendrán derecho a recibir del Estado «civilización». Y llegados aquí, estoy totalmente seguro de que la Sra. CALVIÑO admitiría sin grandes reparos que en este concreto tema, para muchos españoles, yo incluido, la civilización por antonomasia –desde el siglo XVIII– es la civilización francesa<sup>32</sup>, que antes intentaba describir. Pero podría plantearme una objeción procedimental. Según ella –y tiene toda la razón–, Francia no es España. Allí, el ministro da una orden, y se cuadran los 101 prefectos de los 101 departamentos franceses. En España, en cambio, tenemos autonomías. Y me recordaría –de nuevo, con toda razón– que el fa-

---

los empleados públicos, avanzando hacia una Administración del siglo XXI y contribuyendo a la consecución de objetivos de resiliencia y transición digital perseguidos también por el Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia» (cfr. disposición adicional 117ª, apartado tres).

<sup>29</sup> Sobre este jurista clásico, fundador del realismo jurídico norteamericano, véase Alberto ARUFE VARELA, «El voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr en el caso *Coppage v. Kansas* (1915). Un texto jurídico norteamericano clásico contra el despido libre», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. I (2009), págs. 13 y ss.

<sup>30</sup> Acerca de dicha conversación, de fecha incierta, que aparece citada incluso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, véase Yair LISTOKIN y David M. SCHIZER, «I like to pay taxes: taxpayer support for government spending and the efficiency of the tax system», *Tax Law Review*, núm. 66 (2013), pág. 179 y nota 1; y Ajay K. MEHRTRA, «Reviving fiscal citizenship», *Michigan Law Review*, núm. 113 (2015), pág. 944 y nota 4.

<sup>31</sup> Sobre el cambio en este concreto punto, reflejado ya en nuestra tercera Ley General de la Seguridad Social de 1994, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), pág. 286.

<sup>32</sup> Sacándole partido al dicho decimonónico relativo a que –en España– «las novedades [incluida la de la cigüeña] vienen de París», véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La Ley española de Accidentes de Trabajo de 1900. Orígenes, tramitación y nombres propios asociados a ella», en el volumen *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, tomo I, Laborum (Murcia, 2020), pág. 27.

moso plan de inclusión digital de la clase media, que prevé la Ley Orgánica 3/2018, tienen que elaborarlo el Gobierno y nuestras diecisiete Comunidades Autónomas. En consecuencia, nada de circulares jerárquicas y expeditivas, como la famosa «Circular» francesa. Yo podría replicarle que tenemos la figura del Real Decreto-ley, y que el asunto –al igual que en Francia– apremia. Y anticipándome a su previsible objeción de que una Ley Orgánica no puede ser tocada por ningún Real Decreto-ley, le recordaría que ni el artículo 81 de la Ley Orgánica 3/2018, ni tampoco su artículo 97, que son los preceptos que abordan frontalmente mi tema, poseen el rango de Ley Orgánica. Son meros preceptos normativos ordinarios, según aclara la disposición final primera de la propia Ley Orgánica 3/2018, cuando procede a fijar –son sus palabras– la «naturaleza de la presente Ley». Ahora bien, yo no le recordaría a la ministra CALVIÑO nada de esto. En mi opinión, frente al uso y al abuso actuales de la figura del Real Decreto-ley, siempre resulta preferible la elaboración de una Ley de consenso, como la Ley «*bipartisan*» norteamericana que antes mencionaba, y que bien podría tramitarse parlamentariamente como Ley de urgencia. Esto último, repito, porque el asunto apremia. Y ahora, sí, ya acabo. Nuestros mayores contribuyentes al Fisco y no digitalizados no están recibiendo del Estado español civilización. No digo que reciban barbarie. Pero lo cierto es que el sálvese quien pueda, que actualmente padecen, está mucho más cerca de la barbarie que de la civilización, sea o no civilización francesa.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Manuel ALONSO OLEA y María Emilia CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Facultad de Derecho-Universidad Complutense (Madrid, 1993).
- Alberto ARUFE VARELA, «El voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr en el caso *Coppage v. Kansas* (1915). Un texto jurídico norteamericano clásico contra el despido libre», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. I (2009).
- Peter E. DEEGAN JR., «Elder financial fraud schemes: The case for federal investigation and prosecution», *Department of Justice Journal of Federal Law and Practice*, núm. 66 (2018).
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ, «De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad: Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 0 (2008).
- Robert HOCKETT, «Money's past is Fintech's future: Wildcat crypto, the digital dollar, and citizen central banking», *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, núm. 2 (2019).
- Yair LISTOKIN y David M. SCHIZER, «I like to pay taxes: taxpayer support for government spending and the efficiency of the tax system», *Tax Law Review*, núm. 66 (2013).
- Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Recensión» de Kazutoshi KOSHIRO (con la colaboración de Charles WEATHERS), *A fifty years history of industry and labor in Japan*, The Japan Institute of Labor (Tokio, 2000), 270 págs.; publicada en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 104 (2001).

- Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La Ley española de Accidentes de Trabajo de 1900. Orígenes, tramitación y nombres propios asociados a ella», en el volumen *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, tomo I, Laborum (Murcia, 2020).
- Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Reestructuraciones empresariales», en el volumen *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2021).
- Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on community and comparative, European and USA, labor and social security law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010).
- Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).
- Ajay K. MEHRTRA, «Reviving fiscal citizenship», *Michigan Law Review*, núm. 113 (2015).
- Grace M. MILLS, «The digital divide: Left behind on the other side», *University of La Verne Law Review*, núm. 30 (2009).
- Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., Mohr Siebeck (Tubinga, 1972).

Son muchas las cuestiones jurídico-laborales de actualidad que han pretendido englobarse en la temática común "Digitalización, recuperación y reformas laborales" de este XXXII Congreso Anual de la AEDTSS. Asuntos todos derivados de los compromisos asumidos por España en Europa y de las distintas reformas acometidas a través de planes como el de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Todo ello en un contexto de cambio, en un escenario nuevo, que resulta de la experiencia proporcionada por la crisis de 2008, la emergencia sanitaria de la covid-19 y el contexto de transformación digital en el que estamos inmersos.

Se afrontan temas tan estimulantes como el impacto de la digitalización en el mercado de trabajo y la transición, inclusiva y con derechos, hacia un nuevo modelo económico, verde y digital; las condiciones de trabajo y la protección social del trabajo en plataformas, con propuestas para su regulación internacional; la "contrarreforma" de la Seguridad Social derivada de un proceso de diálogo y búsqueda de consensos; el impacto del nuevo modelo en la protección social internacional, europea e interna, de distintos colectivos vulnerables; las principales consecuencias de la transición tecnológica y digital sobre el fundamento y función propios del Derecho del Trabajo; la adaptación del test de proporcionalidad a la "necesidad" de control tecnológico; el de los algoritmos y la inteligencia artificial como nueva tecnología al servicio de la toma de decisiones en el ámbito laboral; la utilización de la tecnología inteligente en todo tipo de decisiones empresariales; para terminar con una sugerente reflexión sobre la brecha digital generacional de la clase media.

En fin, destaca la Conferencia inaugural del Congreso que quizá llega el momento de revisar la totalidad del modelo, en particular el Estatuto de los Trabajadores, ya debilitado por las sucesivas reformas, con el fin de recuperar su función constitucional de ser norma central impregnada de derechos fundamentales para quien trabaja y no escorado a la protección del mercado.

ISBN: 978-84-8417-591-9



9 788484 175919