

Reproducido en www.relats.org

ARTICULOS SOBRE ECONOMIA DIGITAL Y TRABAJO

Jesús Cruz Villalón

Publicados en el blogspot del autor

<http://jesuscruzvillalon.blogspot.com>

Marzo-Mayo 2021

I.ALGORITMO, DIGITALIZACIÓN Y SANCIONES LABORALES “AUTOMATIZADAS”

Marzo 2021

La irreversible digitalización de los trámites administrativos

El proceso de digitalización se encuentra cada vez más generalizado en todos los ámbitos. Con la expresión digitalización podemos aludir a fenómenos diversos, que conviene diferenciar a los efectos de realizar una valoración de su impacto y del tratamiento jurídico que requieren las diversas manifestaciones a las que nos estamos refiriendo. Por decirlo

resumidamente, la digitalización puede comportar un tratamiento masivo de datos a través de los big data, puede implicar la utilización de algoritmos a los efectos de adoptar criterios uniformes en el tratamiento de una determinada materia, puede implicar la aplicación de fórmulas de inteligencia artificial que supongan cierta autonomía en el funcionamiento de la tecnológica en la adopción de decisiones y, a la postre, pueden suponer una respuesta o decisión automatizada.

En ese territorio, la Administración Pública también se está incorporando intensamente al proceso de digitalización, con mayor o menor calado tanto en la gestión de ciertos servicios públicos, como en la tramitación de ciertos procedimientos administrativos. La utilización de diversas aplicaciones digitales se encuentra ya en el orden del día de muchas materias. En unas ocasiones, afectan al modo como el ciudadano se relaciona con la administración, que para ciertos actos cada vez más se generaliza un modo de acceso a la información, articular peticiones y en general realización de trámites, al extremo que comienza a excluirse la posibilidad de utilizar los procedimientos tradicionales. Solicitudes que a veces se deben presentar a través de ciertos formularios automatizados que, al mismo tiempo, contienen datos imprescindibles que, de no cumplimentarse, no permiten su presentación, de imposibilidad de realizar alegación que superen determinado número de caracteres, o bien de limitación de los documentos a adjuntar y del peso de los mismos. En ocasiones, se articula un primer filtro de control relativamente automatizado del cumplimiento de requisitos legales de formulación de ciertas solicitudes, que incluso llegan a convertirse en insubsanables con la duda de si es posible excluir el principio general de subsanación de errores o insuficiencia de documentos presentados. Al mismo tiempo, se extiende la entrega automatizada de ciertos documentos, certificativos de la situación del ciudadano. Otras veces, la actuación resolutoria de la Administración se automatiza, sin actuación individualizada y personal decisión al efecto: cobro de ciertos recibos e impuestos automáticos por vía bancaria, compensación ejecutiva de

sanciones con pagos efectuados por la Administración al ciudadano. La propia normativa general define en qué consiste una actuación de este tipo “Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público” (art. 41.1 [Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público). En estos casos como garantía para los administrados se indica que “deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación” (art. 41.2).

Por su parte, la Administración laboral y de Seguridad Social está actuando también en muchos frentes, en la medida en que muchos de los trámites administrativos afectan a una elevadísima masa de actos, sea de los ciudadanos como de la propia Administración Pública: afiliación, altas y bajas en la Seguridad Social, registro de contratos de trabajo y de convenios colectivos, presentación de declaraciones responsables, posible emisión de certificados de diversa naturaleza tanto laborales como de Seguridad Social, como podrían ser los certificados negativos de descubiertos a la Seguridad Social, etc.

Como se puede comprobar, el cúmulo de actuaciones, bien del ciudadano o bien de la Administración laboral o de la Seguridad Social, es tan amplio, que no permite un abordaje del conjunto de manifestaciones que todo ello presenta, ni, por tanto, del amplísimo abanico de aspectos jurídicos involucrados. Por ello, nos vamos a centrar en esta entrada exclusivamente en lo que ha constituido la novedad más reciente y la que ha provocado un importante debate acerca de sus posibles problemas de articulación y de garantías

jurídicas al efecto: la posible digitalización de los procedimientos administrativos sancionadores en el orden social.

Posiblemente de todos los trámites susceptibles de digitalización, los relacionados con la imposición de sanciones son los más delicados, en la medida en que afectan a la facultad de imperium más contundente de las ejercitadas por la Administración y a las que tradicionalmente el ordenamiento jurídico ha impuesto mayores condicionantes y garantías jurídicas. De ahí, la relevancia del asunto y la especial sensibilidad que se muestra en el análisis de esta materia.

La novedad legislativa en el procedimiento sancionador laboral

La modificación legal que ha provocado el debate al que nos venimos refiriendo se encuentra en una adición puntual introducida al precepto regulador del contenido de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, a través de un Real Decreto-ley de finales de enero de 2021 ([disposición final 4ª RDL 2/2021, de 26 de enero](#)). Hasta ahora la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), preveía que dichas actas de infracción deben reflejar los hechos constatados por el Inspector o Subinspector, que motivan el acta, destacando los relevantes a efectos de la determinación y tipificación de la infracción y de la graduación de la sanción (art. 53.1 a LISOS).

La adición efectuada a resultas de este cambio legal consiste exclusivamente en precisar que “en el caso de actas extendidas en el marco de actuaciones administrativas automatizadas”, en dichas actas deben reflejarse “los hechos constitutivos de la infracción cometida”.

Sin pretender restar trascendencia al cambio introducido, conviene advertir que se trata de una precisión muy puntual, que en la práctica no introduce tanta novedad como se ha dado a entender. Es cierto que con ello se anuncia la apertura hacia una ampliación de la intervención

inspectora con el uso de actuaciones automatizadas, pero que, o bien como tales no derivan de la nueva norma, o bien ya se encontraban presentes en nuestra realidad administrativa por otras vías. Es cierto que la elevadísima parquedad de la novedad introducida provoca indudables silencios que, más allá de que habrán de resolverse por vía de sucesivas intervenciones legales de implementación, pueden entenderse como de todo insuficientes desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y del Derecho interno como indicaremos más adelante, incluso no dejan de provocar lógicas desconfianzas respecto de lo pretendido con ello por parte del legislador. Por añadidura, ha de advertirse que la exposición de motivos de la nueva norma poco viene a aclarar su significado; se limita a indicar que con ello se pretende “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”. Más aún, podría pensarse que lo previsto en el articulado del precepto no coincide con lo que afirma la exposición de motivos, de modo que ello no deja de provocar mayor incertidumbre todavía, si cabe. Intentaremos aclararlo más adelante, cuando precisemos los detalles de la nueva previsión legal, si bien sea oportuno arrancar de consideraciones más generales sobre la digitalización del procedimiento sancionador y, en su caso, la automaticidad de la emisión de las actas.

Conviene tener presente que en estos momentos el Gobierno está tramitando una reforma del actual Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social, que pretende justamente adaptar la actuación Inspectora a estos mecanismos de actuación administrativa automatizada, que contiene un capítulo específico integrado por cinco artículos relativos a las especialidades del “procedimiento sancionador promovido por actuación

administrativa automatizada en el ámbito de la Administración General del Estado” ([Real Derecho de modificación del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo](#)).

Las posiciones encontradas en el debate, la posición personal

Como hemos indicado, esa puntual reforma ha desencadenado un importante debate que, sin lugar a dudas, trasciende la medida concreta introducida y ha ampliado la discusión, provocando un cierto espejismo de otorgar a la novedad legal una trascendencia muy superior de la que tiene. En todo caso, aunque haya constituido más bien la espita desencadenante, ha abierto un necesario y más que interesante debate en general acerca de estos procesos de digitalización de los procedimientos administrativos sancionadores.

Aunque todavía lo sea de manera embrionaria y simplificando mucho las cosas, mi impresión personal es que se están decantando dos posiciones bastante diferenciadas al respecto. Con todos los matices que se requieren a la vista de las muchas voces que participan en el debate, se detectan esas dos posiciones: por un lado, quienes cargan el análisis sobre los impedimentos y las trabas legales existentes en nuestro ordenamiento, sea nacional, supranacional e internacional, para, sin decirlo expresamente, dar a entender que en la práctica resulta materialmente inviable implantar sistemas automatizados en el ámbito de los procedimientos sancionadores laborales; por otro lado, quienes se decantan por los beneficios y la eficacia de la implantación de los sistemas automatizados, apostando por su extensión, a partir de la aceptación de que ello debe realizarse con las debidas garantías de respeto a los derechos e intereses legítimos en juego.

Avanzando lo que es mi posición personal, me sitúo esencialmente en la segunda de las posiciones. Así, de un lado, creo plenamente defendible la viabilidad y conveniencia de la utilización de los sistemas

automatizados a ciertos procedimientos sancionadores, si bien anticipando que ello, cuando menos hoy en día, no es posible ni respecto de todas las infracciones laborales, ni tampoco en relación con todas las fases del procedimiento sancionador. Del mismo modo, de otro lado, considero que su articulación práctica requiere adoptar las necesarias cautelas, estableciendo los necesarios condicionantes en el desarrollo del procedimiento, que se deben exigir a los efectos de que queden garantizados el correcto funcionamiento de la Administración Pública como defensor del interés general, así como la efectividad de las garantías de los derechos o deberes decisivos en esta materia, como son los relativos a la privacidad del administrado, el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales, la objetividad de la actuación administrativa y, en general, las especiales exigencias constitucionales en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa.

Como punto de partida en positivo ha de recordarse que uno de los imperativos constitucionales es el del funcionamiento de la Administración Pública conforme al principio de “eficacia” (art. 103.1 CE). Hoy en día, a la vista de la extensión por parte de las empresas y de los trabajadores de procesos en masa, tanto en el ámbito de lo laboral como de la Seguridad Social, la única forma de llegar a lograr la necesaria eficacia en la actuación inspectora asignada a la autoridad laboral y de Seguridad Social es a través de la utilización de los medios que les ofrece a la Administración el uso de las tecnologías vinculadas a los big data, que requiere del uso de procesos automatizados. Basta tener presente el elevadísimo número de contratos de trabajo que se conciertan anualmente, con el correspondiente registro de los mismos ante las oficinas de empleo, el correlativo elevadísimo número de altas y bajas en la Seguridad Social, las constantes variaciones en los datos de afiliación de los trabajadores y de inscripción de empresas, el constante registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos y planes de igualdad que se registran de igual forma de manera constante, la

cantidad de notificaciones de diverso tenor que se le efectúan a la Administración laboral y de Seguridad Social, el considerable número de certificaciones que se le pueden requerir, los reiterados cambios que se pueden producir en las situaciones de los beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social, etc. Ya de por sí la gestión de estos datos sólo resulta viable si la Administración se encuentra digitalizada, pero más complejo si cabe es cuando, por añadidura, se le está exigiendo que asuma una importante labor de control de la legalidad y, en su caso, de abrir procedimientos sancionadores que actúen como revulsivo para el cumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social. Llevar a cabo tales tareas de control y de posible sanción con eficacia sólo se puede realizar hoy en día con el uso de procesos automatizados; con todas las garantías jurídicas, pero no hay alternativa a los mismos si realmente se pretende que aquellas logren su objetivo. De lo contrario, nos instalaremos en una conciencia general muy extendida de que la Administración no puede llevar a cabo esa labor de control y, por ende, los riesgos frente a los incumplimientos laborales se minimizan.

Más aún si cabe, la utilización de procedimientos automatizados en la tramitación de sanciones laborales, cuando se realicen respetando las garantías jurídicas de los administrados, con seguridad se atenderán en mayor medida al respeto estricto de los principios informadores de las sanciones administrativas y de la transparencia de la Administración, comparativamente a cómo quedan tutelados por los procedimientos tradicionales de la actuación sancionadora. En efecto, la utilización de mecanismos de control generalizado conforme a criterios objetivos, que permite el tratamiento masivo de datos, posibilita reforzar los principios de transparencia y de igualdad de tratamiento de todos los administrados, de modo que se evita sesgos selectivos más o menos justificados en los ciudadanos que son objeto de control frente a quienes escapan del mismo. De otro lado, la aplicación de procedimientos automatizados o semi-automatizados en la decisión permite que el

conjunto de la Inspección de Trabajo y de la autoridad laboral gestione el ejercicio del poder sancionador utilizando parámetros de valoración, fundamentos y criterios homogéneos para una masa importante de expedientes que presentan elementos fácticos similares, cuando no idénticos.

Límites y garantías en los procedimientos automatizados

Eso sí, llevar a cabo la precedente implantación de los procesos automatizados no resulta tan sencilla, no ya desde el punto de vista tecnológico, cuanto que la tecnología sea respetuosa con los presupuestos irrenunciables de un Estado de derecho, garante de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, comenzando por los presuntos infractores de la legislación laboral y de Seguridad Social.

A tal efecto, ya hemos avanzado los principales principios y derechos a garantizar a resultas de la introducción de estos procesos automatizados: derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), actuación objetiva de la administración que evite incurrir en la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), respeto del principio de igualdad por parte del poder público (art. 14 inciso primero CE), en particular no incurriendo en conductas discriminatorias (art. 14 inciso segundo CE), garantías del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (art. 25 CE), así como el reflejo último que todo ello pueda tener sobre el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). La doctrina ha tenido la ocasión de poner de manifiesto la necesidad de establecer un régimen legal plenamente garantista a estos efectos (por todos, [Lorenzo Cotino Hueso](#)).

A estos efectos, la previsión más contundente se encuentra en la normativa europea, que establece que todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento

automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos o le afecte significativamente de modo similar (art.

22 [Reglamento UE 2016,679, de 27 de abril](#), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales). Bien es cierto, que inmediatamente a continuación, habilita una importante excepción, a nuestro juicio perfectamente aplicable al asunto que estamos tratando, cuando contempla que caben decisiones basadas exclusivamente en el tratamiento automatizado de datos, entre otros supuestos, cuando ello se encuentre autorizado por el derecho de los Estados miembros y siempre que se establezcan medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.

A tal efecto, habría que advertir que debe existir una autorización expresa y clara a estos efectos en la legislación nacional. Más aún, por imperativo del sistema interno de fuentes relativo a la regulación de la potestad sancionadora pública, entendemos que dicha autorización debe incorporarse dentro de una norma con rango de Ley, que en estos momentos no existe como tal. De un lado, la previsión ya referida recogida en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015) no puede interpretarse como la autorización exigida por la normativa europea, dado que el precepto se limita a definir qué se entiende por actuación administrativa automatizada y los requisitos que debe contener la legislación específica que lo prevea (art. 41). De otro lado, tampoco la nueva norma que venimos comentando contiene dicha autorización, sino que se limita a contemplar un elemento puntual como es el relativo a detallar el contenido del acta (disp. final 4ª Real Decreto-ley 2/2021). En definitiva, el hecho de que se haga por vía del Reglamento General de Procedimientos para la imposición de sanciones en el orden social, como se pretende llevar a cabo por el borrador en estos momentos en discusión, a nuestro juicio no tiene el rango legal suficiente.

Por añadidura, las garantías de transparencia y seguridad jurídica exigibles en estos casos requieren que la autorización por parte de la norma nacional identifique el tipo de infracciones susceptibles de sometimiento a un procedimiento automatizado. A estos efectos, el borrador de Real Decreto se limita a establecer que ello será posible respecto de las actas de infracción que resulten pertinentes en virtud de los datos, antecedentes e informes que obren en el mismo, así como en las bases de datos de las entidades que le prestan su auxilio y colaboración. Ello, a mi juicio, resulta insuficiente, pues su apertura genérica afecta negativamente a la seguridad jurídica y a la necesaria transparencia de la actuación administrativa. Más aún, esta normativa ha de entenderse que forma parte de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 CE), por lo que no puede dirigirse exclusivamente al ámbito de la Administración General del Estado, sino que debe ser una regulación común, que se dirija también a la Administración autonómica en el ejercicio de su competencia de ejecución de la legislación laboral.

Incluso en la hipótesis de que se establezca dicha autorización por parte de la legislación nacional, la misma debe someterse a las reglas generales sobre protección de datos personales. Es cierto que para otros supuestos para los que se admite la decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado se exige que, en tales casos, queden salvaguardados los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable del tratamiento de datos, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión (art. 22.3 Reglamento). Expresamente ello no se requiere cuando la excepción deriva, como sería en este caso, de una autorización por el Derecho del Estado miembro; sin embargo, a nuestro juicio, la aplicación de las reglas comunes sobre el procedimiento administrativo sancionador laboral, así como la legislación laboral nacional sí que lo exigirían. Ello no plantearía particulares problemas en la articulación en este ámbito del tratamiento

automatizado, pero hay que tomarlo en consideración a los efectos de su desarrollo normativo.

Las diversas fases del procedimiento susceptibles de automatización

Más importante que todo lo anterior es que el precepto que venimos comentando, cuando impide o limita el tratamiento automatizado lo hace en relación con la adopción de “una decisión”.

A estos efectos, conviene llamar la atención sobre que en el debate se hace un análisis de brocha gorda de esta materia, sin deslindar las diferentes fases del procedimiento administrativo sancionador, incluyendo todo tipo de actuaciones orientadas al control del cumplimiento de la legislación laboral y de Seguridad Social. El tratamiento jurídico de estas diversas fases en ocasiones puede ser idéntico, pero en otras es bien diferente.

En concreto, la norma europea se refiere exclusivamente a establecer límites o impedimentos al tratamiento automatizado de decisiones, pero no a cualquier tipo de actuación, en concreto, esos límites o impedimentos no afectan a la totalidad de las actuaciones de la actividad administrativa laboral o de Seguridad Social. A tal efecto, conviene recordar que en materia de sanciones en el orden social, la Inspección se limita a levantar acta de infracción, de la que deriva una propuesta de sanción, pero, como tal, la Inspección no decide. El acta de infracción se presenta como un presupuesto de la sanción, pero no se presenta como el acto administrativo decisorio. Quien adopta la decisión, a la postre, es la autoridad laboral, como sujeto formalmente diferenciado de la Inspección de Trabajo. Ello podría llevar a concluir que lo previsto a estos efectos no afecta directamente a la Inspección, sino exclusivamente a la autoridad laboral. A pesar de ello, esta lectura de la norma puede resultar formalista en exceso, por cuanto que la actuación de la Inspección, aunque no conforme al acto final, se presenta como un

instrumento de la decisión misma y, a la postre, las garantías de los derechos e intereses del ciudadano penden no sólo de las decisiones de la autoridad laboral, sino también de lo actuado por la Inspección, en la medida en que hechos comprobados y fundamentos de la sanción impuesta dependen del acta de infracción.

En todo caso, las precisiones precedentes, obligan a consideraciones diferenciadas según las fases de la actuación administrativa que tomemos en consideración: fases previas de control e investigación, intervención de la Inspección de Trabajo, resolución sancionadora de la autoridad laboral, recurso administrativo. Analicemos brevemente cada una de ellas por separado.

Las fases previas de investigación

La Administración laboral y de Seguridad Social asume una labor genérica del cumplimiento de la legislación correspondiente, que puede efectuarse con vistas o no a abrir un expediente sancionador, pero que puede tener finalidades diversas y que, en todo caso, no se integran formalmente dentro del procedimiento administrativo sancionador propiamente dicho.

Es en esta fase donde tiene mayor impacto y eficacia la utilización de los big data a disposición de la Administración, incluso el cruce de datos entre diversas Administraciones Públicas, a efectos de detectar el grado de cumplimiento que se produce de la normativa vigente, sea a efectos de corregir sus deficiencias, de desarrollar políticas públicas de incentivo al cumplimiento, de advertencia a los presuntos incumplidores, incluso para la apretura de expedientes sancionadores. En esta fase embrionaria, ha de admitirse la capacidad de la Administración de sacarle todo el partido posible a los datos de los que dispone y al tratamiento correspondiente de los mismos a los efectos antes referidos. En concreto, a la Inspección de Trabajo como tal se le atribuyen amplias

facultades de acceder a datos de diversas Administraciones Públicas y entidades públicas o privadas, incluso contemplándose la obligatoriedad de esos otros organismos de colaborar con la Inspección (arts. 16 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social), lo que le permite un acceso generalizado a toda esa información, que puede ser tratada de manera automatizada y sin necesidad de consentimiento del interesado (art. 24). La funcionalidad al logro de finalidades públicas y al logro de la tutela del interés general, debe habilitar a la Administración Pública para hacer uso de tales datos y, por añadidura, de poderlo hacer a través de mecanismos de tratamiento automatizados.

Eso sí, lo anterior no implica una capacidad de actuación absoluta y especialmente que pueda incurrir en tratamientos contrarios a las genéricas garantías de derechos fundamentales. Elementos tales como la transparencia de qué datos se utilizan y con qué fines, la objetividad en el tratamiento de los datos, qué concretas autoridades están autorizadas para hacerlo, la cargas u obligaciones impuestas al responsable del tratamiento, el sometimiento del trato igual de todos los ciudadanos, la protección de datos personales, etc. deben quedar salvaguardados en todo caso. Por ello, una normativa que precise todos estos aspectos respecto de la actuación en el ámbito sancionador laboral sería muy recomendable, especialmente para proporcionar seguridad jurídica del tratamiento masivo de estos datos, en particular, de los protocolos conforme a los cuales se debe actuar en estos casos.

La intervención de la Inspección de Trabajo: la propuesta de sanción

Avanzando en las fases de actuación, a continuación debemos centrarnos en la actuación de la Inspección de Trabajo. A tal efecto, si bien la actuación más sensible y de superior impacto es la que desemboca en el levantamiento de un acta de infracción, conviene recordar que la Inspección despliega labores de diverso tenor que no se

concentran exclusivamente en la actividad sancionadora. Dentro de ese amplio abanico de actuaciones, la labor de control vía tratamiento masivo de datos es una vía cada vez más relevantes y, como tal, puede desembocar en tratamientos automatizados, para los cuales también deben regir los parámetros antes referidos. Eso sí, muchas de las actuaciones de la Inspección no se sitúan en el territorio estricto de lo decisonal, lo que puede permitir un tratamiento automatizado mucho más amplio. Por ejemplo, debe entenderse que presenta mayor capacidad de uso generalizado el tratamiento automatizado a los efectos de una mera acta de advertencia respecto de lo que pueda comportar un acta de infracción.

En este terreno, algunos vienen a aducir que toda actuación de la Inspección de Trabajo no solamente comparta una constatación de los hechos determinantes de la misma, sino también una valoración jurídica de la misma, de la que derive la conclusión de que se está produciendo un incumplimiento de la legislación laboral y de Seguridad Social. Ciertamente, allí donde la valoración jurídica presente una cierta complejidad, que requiera un razonamiento humano, no sustituible por un algoritmo, habrá que concluir que en esos casos resulta materialmente imposible que la actuación Inspectora se base “exclusivamente” en un tratamiento automatizado de datos. Eso sí, aunque no lo pueda ser “exclusivamente”, dicho tratamiento automatizado sí que puede ser útil herramienta de trabajo para el Inspector, de modo que lo que se refiere a ciertos datos fácticos, en ciertas ocasiones, sí que pueden estar derivados del simple tratamiento masivo de datos. En estos términos, existen ciertas infracciones administrativas tipificadas como tales que pueden permitir un tratamiento automatizado, por cuanto que la valoración jurídica en los términos indicados no requiere de un intervención caso por caso del Inspector; especialmente todo cuanto afecta al cumplimiento de datos documentales o formales y de cumplimiento dentro de determinados plazos, se podría automatizar sin mayor reparo, por cuanto que la

valoración jurídica es un resultado automático de hechos formales constatados.

Y eso podría incluso avalar en los casos precedentes un tratamiento automatizado a efectos de formalizar un acta de infracción. A semejanza de lo que sucede en el tráfico rodado con las sanciones por exceso de velocidad, derivada de una grabación automatizada, para la ausencia de ciertos actos documentales o su presentación fuera de plazo cabría articular un sistema de acta de infracción automatizada en el ámbito de la sanción laboral. Eso sí, con vistas a que haya plena seguridad jurídica al efecto, sería imprescindible un análisis pormenorizado de las infracciones administrativas posibles de gestionar a estos efectos y que la propia normativa de manera expresa así lo indicase. De forma algo superficial es lo que parece que hace la reforma del art. 53 LISOS a la que nos venimos refiriendo, cuando se limita a indicar que como especialidad el acta deberá indicar “los hechos constitutivos de la infracción cometida”, sin que ello requiera de una actuación personal de comprobación directa de los hechos por parte del Inspector o Subinspector de Trabajo.

Como elemento de transparencia a estos efectos, con buen criterio, el borrador de reforma del Reglamento General de Sanciones en el Orden Social establece que las actas habrán de reflejar los hechos comprobados como resultado de la actuación administrativa, con expresión de aquellos que sean relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta y la indicación expresa de que se trata de una actuación administrativa automatizada iniciada mediante expediente administrativo.

En todo caso, el acta de infracción sólo diferirá del resto en el modo de llevar a cabo el acopio de los datos que proporciona la identificación de los hechos que determinan la identificación de la sanción administrativa. Ello implica que en el acta generada automáticamente se debe

determinar también la concreta infracción en la que se ha incurrido y la sanción que procede. A semejanza de nuevo con lo que se contiene en una notificación de una sanción por exceso de velocidad en el tráfico rodado, también en esta se notifica el precepto infringido y la sanción que procede, realizándose todo ello de manera automatizada.

Finalmente, algunos también aducen que la actuación de la Inspección no es de automaticidad entre constatación de la infracción y la correspondiente propuesta sancionadora, por cuanto que la misma ostenta una importante capacidad discrecional de decidir si es conveniente la propuesta de sanción u otra medida alternativa como sería, por ejemplo, una mera acta de advertencia o un compromiso de la empresa de conversión de contratos formalmente temporales en indefinidos. Ciertamente si se entendiese que esta discrecionalidad se encuentra en la esencia misma de la actuación inspectora, de modo que no se puede desconocer en ningún caso, la conclusión a la que llegaríamos es que resulta de todo punto imposible introducir el tratamiento de datos automatizados en el ámbito de la potestad sancionadora de la autoridad laboral y de Seguridad Social. Sin dejar de tomar en consideración este dato, ciertamente relevante en muchas ocasiones a efectos de lograr el objetivo último del cumplimiento de la legislación, ha de partirse de la premisa de que estas formas de actuación discrecional por parte del poder público han de aceptarse con notable cautela, por cuanto que las mismas abren paso a un tratamiento desigual entre administrados y pueden desembocar en claros incumplimientos de la decisiva regla de que la actuación de los poderes públicos está sometida al principio de legalidad. En base en ello, cabría identificar legalmente también cierto tipo de infracciones para las que no cabría discrecionalidad alguna por parte de la Inspección, de modo que no podría a su libre criterio sustituir la propuesta de sanción por otra medida alternativa. En concreto, la práctica totalidad de las obligaciones documentales, formales y de plazos a las que nos hemos referido como objeto inicial del tratamiento automatizado, se encontrarían en esta

categoría de infracciones sometidas al estricto principio de legalidad, que permitiría imposición automatizada de sanciones. Permítaseme de nuevo el símil, del mismo modo que las fuerzas y cuerpos de seguridad no pueden ser tolerantes con quién supera la velocidad permitida y no poseen discrecionalidad alguna para decidir si sancionan o no a quien infringe la regla del tráfico rodado, tampoco debe ostentar tal facultad la Inspección de Trabajo para cierto tipo de infracciones administrativas, sin perjuicio de que sí le sea admisible respecto de otras.

Conviene advertir también que constituye principio informador general de la potestad sancionadora administrativa, generalizada también a las sanciones en el orden social, la facultad reconocida al interesado de disponer de un trámite de alegaciones que estime pertinentes ante el órgano competente para dictar resolución (art. 52 LISOS). Este derecho de alegaciones se mantiene y parece razonable que se deba mantener como garantía del administrado para el caso de actas de infracción que se hayan generado a través de procedimientos automatizados.

Cabría incluso articular en dos fases la actuación de la Inspección, una automatizada y otra de incorporación de esas opciones de medidas alternativas en atención a los trámites hoy en día contemplados de desarrollo del procedimiento sancionador. Recuérdese que la Inspección, en una primera fase, levanta el acta de infracción, a la que le siguen las alegaciones del presunto infractor, y que concluyen con la propuesta de sanción que se eleva a la autoridad laboral o de Seguridad Social a la vista de las alegaciones formuladas. Pues bien, siempre cabría que la primera actuación fuese la automatizada, en tanto que la propuesta de resolución de respuesta a las alegaciones fuese la que exigiese la intervención inexcusable del Inspector de Trabajo. En estos casos, resulta indispensable un análisis jurídico de las alegaciones del interesado, que abocan a una imprescindible intervención humana no automatizada. Y, precisamente, en este momento sería en el que cabría valorar la oportunidad de adoptar otras medidas alternativas a la imposición de la sanción.

Diferente sería que a resultas del levantamiento del acta de infracción, el presunto infractor no presentase alegaciones o lo hiciese extemporáneamente, sin tampoco proceder al pago de la sanción, en cuyo caso sería perfectamente viable que la propuesta de sanción también se generase automáticamente. Esto es precisamente lo que se contempla en el borrador de reforma del Reglamento General de Sanciones en el Orden Social, fórmula que a mi juicio resulta perfectamente lícita y oportuna.

Resolución sancionadora de la autoridad laboral

A partir del acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social y, cumplido el trámite de alegaciones del interesado, sucesiva propuesta de resolución sancionadora que se eleva a la autoridad laboral o de Seguridad Social, corresponde a esta dictar el acto administrativo formal de sanción administrativa. Se trata de una nueva fase del procedimiento administrativo, donde, como se sabe, la autoridad correspondiente sólo puede sancionar a partir de una previa propuesta de resolución sancionadoras, si bien no está obligada a hacerlo; no supone ello que tenga absoluta libertad para decidir si se separa o no de la propuesta formulada por la Inspección, pero con fundamento puede hacerlo.

En este marco es muy difícil, cuando no prácticamente imposible, que en estos supuestos se pueda producir una decisión del órgano competente por medio de una actuación automatizada. Eso sí, de contrario, cabe defender que sí sería posible una resolución automatizada en aquellos casos en los que a partir de un acta de infracción resultado de una actuación administrativa automatizada no se hubiesen formulado alegaciones por el interesado o bien las mismas se hubiesen presentado fuera de plazo. Naturalmente ello requeriría de todas las cautelas y de una previsión expresa al efecto.

El recurso administrativo frente a la sanción impuesta

Para concluir, frente a la resolución administrativa impositiva de una sanción laboral o de Seguridad Social, siempre cabrá la interposición del correspondiente recurso administrativo. En estos casos, necesariamente se formularan alegaciones y argumentos de contrario por parte del sujeto sancionado. De este modo, a semejanza de lo que hemos indicado respecto de las alegaciones durante la tramitación del expediente sancionador a resultas de la notificación del acta de infracción, resulta igualmente ineludible la intervención argumentativa de la Administración para resolver el correspondiente recurso, que no puede ser sustituida por un mecanismo de tratamiento automatizado. Con todo cabría establecer, incluso aquí, algún matiz. Primero, sí sería admisible establecer un control automatizado de la fecha de presentación del recurso administrativo, de modo que si el mismo es extemporáneo sería viable introducir una actuación administrativa automatizada de denegación a trámite del mismo; naturalmente, en los mismos términos ya dichos, ello requeriría de todas las cautelas y de una previsión expresa al efecto. Segundo, sin llegar a tener el carácter de tratamiento automatizado, ya se encuentra muy extendida la práctica administrativa de utilización de formularios estandarizados de respuestas a ciertos recursos; en la medida en que ello no elimine la intervención humana y constituya un simple instrumento de facilitar un trabajo cuasi rutinario y repetitivo respecto de casos idénticos en masa, el uso de esta fórmula puede proporcionar eficiencia, seguridad jurídica e incluso garantía de igualdad de trato en la actuación administrativa.

Conclusión final

A la vista de todo lo anterior, cabe señalar las siguientes conclusiones.

Primera, 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.

Segunda, 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.

II. TRABAJO DIGITAL, UNA NUEVA TAREA PARA EL DIÁLOGO SOCIAL: EUROPA Y ESPAÑA

Abril 2021

1.- Necesarias precisiones terminológicas

Tanto el trabajo digital como el diálogo social constituyen realidades sobradamente conocidas y estudiadas por parte de la doctrina jurídico-laboral en el conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea, con una ya muy amplia literatura respecto de ambos fenómenos.

Sin embargo, también es cierto, que ambas expresiones se suelen utilizar de manera ambigua para referirnos a aspectos diferentes, en unos casos en una lectura muy limitada de estos términos, en otros casos de manera muy genérica.

Por ello, aunque sea muy brevemente, conviene efectuar algunas aclaraciones del sentido y alcance que se le pretende dar en esta intervención tanto al trabajo digital como al diálogo social.

1.1. Trabajo digital

Por lo que se refiere al trabajo digital se aprecia una cierta tendencia a relacionarlo con cierto tipo de actividades profesionales que, por su impacto mediático o político, han concentrado la atención principal de la academia, a pesar de que probablemente no constituyan nada más que la parte visible del iceberg de las transformaciones tecnológicas que se están produciendo en el ámbito de las relaciones laborales. Incluso es previsible que estas manifestaciones, con el paso del tiempo, no constituyan las más emblemáticas y significativas del trabajo digital. En concreto, trabajo digital en muchas ocasiones viene a identificarse con trabajo a través de plataformas digitales, acudiéndose al trabajo de los llamados *riders* como la manifestación más típica de los efectos laborales del trabajo de plataformas. Ello probablemente encuentre su justificación en la doble circunstancia de que, de un lado, se trata de un segmento de trabajadores que están experimentando un intenso deterioro de sus condiciones laborales, al extremo de que hay fuertes presiones para excluirlos del ámbito de tutela propio de la legislación laboral, al tiempo que su visibilidad en la vía pública los hace especialmente perceptibles por la opinión pública.

Sin embargo, debe destacarse desde el inicio que la digitalización del trabajo va más allá de los distribuidores de mercancías a través de plataformas, que son muchos más los trabajadores que efectúan sus trabajos a través de plataformas digitales, si bien muchos de ellos sufren de una notable invisibilidad, e incluso cabe afirmar que la irrupción de la digitalización en las relaciones laborales va más allá de las plataformas digitales propiamente dichas, al extremo de que se puede afirmar que hoy en día la inmensa mayoría de la población ocupada, con mayor o menor intensidad, ha visto alteradas sus formas de trabajar a resultas de la universalización de las tecnologías digitales.

Por todo ello, hablar hoy en día de trabajo digital, es hablar de realidades muy diversas y ampliamente extendidas en las relaciones laborales del conjunto de Europa.

1.2. Diálogo social

La expresión diálogo social presenta a estas alturas una larga trayectoria de varias décadas entre nosotros, especialmente impulsada por la voluntad de las instituciones europeas de impulsar desde casi medio siglo el protagonismo de las organizaciones sindicales y empresariales en el desarrollo de la política social europea y, más en general, de la construcción del proyecto europeo.

Eso sí, una cierta consciente ambigüedad por parte de los impulsores de este protagonismo de los interlocutores sociales respecto del modo de desarrollarse esta intervención ha conducido a una correlativa imprecisión respecto de los contornos conceptuales del fenómeno. Posiblemente es una ambigüedad útil, porque le ha otorgado al diálogo social informalidad y capacidad de adaptación a las circunstancias del momento, de modo que ha primado la voluntad de que este protagonismo se desarrolle y que lo haga de manera no encorsetada. Eso sí, también ha provocado dificultad para aprehender el fenómeno, conocer sobre todo sus elementos caracterizadores desde el punto de vista jurídico.

A la vista de ello, también resulta necesario, ofrecer unos breves apuntes descriptivos de la realidad a la que nos queremos referir, para identificar el contenido de nuestra intervención.

En primer lugar, aunque sea instrumentalmente, debe entenderse que la negociación colectiva no forma parte de la noción estricta de diálogo social, al menos que no va a formar parte de mi intervención. De este modo, frente a la “negociación colectiva” como proceso de interlocución estrictamente bilateral entre las organizaciones sindicales y

empresariales, en el caso del “diálogo social” nos vamos a centrar en el proceso de interlocución trilateral entre el poder público (de ordinario, el poder ejecutivo estatal) y los interlocutores sociales.

En segundo lugar, lo identificativo del diálogo social es que el mismo consista en un “proceso” de intercambio de posiciones y de defensa de los respectivos intereses defendidos por cada uno de los interlocutores, que arranca de intercambio de información, sigue por un diagnóstico de la situación, valoración de las posiciones mutuas e intenta desembocar en un acercamiento de posiciones. Dicho de forma más concreta, el diálogo social en muchas ocasiones, pero no siempre, intenta convertirse en una interlocución entre actores públicos y privados con vistas a lograr un acuerdo. Cuando así sucede, cuando se trata de un diálogo social con vistas al logro de un acuerdo, hablamos en concreto de “concertación social” como la manifestación más típica del diálogo social. En sentido contrario, finalmente, diálogo social, puede no desembocar necesariamente en el logro de un “acuerdo” entre las partes; puede suceder que así ocurra, pero no puede considerarse un fracaso del proceso de diálogo social que este no desemboque en un acuerdo ni siquiera que las partes no lo hayan pretendido en ningún momento desde sus inicios.

En tercer lugar, ese diálogo social, al tener como uno de sus protagonistas más destacados al poder público, tiende a presentarse como una fase previa a la adaptación de ciertas decisiones por parte del poder público. De este modo, se trata de un procedimiento a través del cual el poder público recibe un input de la sociedad, a través de los interlocutores sociales, respecto del ejercicio de sus competencias como tal poder público, llegando pues en situaciones límites a compartir con los interlocutores sociales su proceso decisional. En estos términos, por lo que se refiere a su contenido, el diálogo social puede afectar tanto a medidas de carácter normativo como de diseño de políticas públicas.

En cuarto lugar, cuando hablamos de diálogo social nos estamos refiriendo en concreto a un proceso de interlocución que se produce en el ámbito de las relaciones laborales. Dicho en sentido contrario, pueden producirse fenómenos similares en ámbitos diversos de la actuación de los poderes públicos, especialmente en el terreno de diversas políticas económicas y sociales, pero cuando hablamos en el sentido estricto del término de “diálogo social” nos estamos refiriendo en concreto al proceso de interlocución que afecta al diseño y gestión de las relaciones laborales.

2.- El fundamento del diálogo social en el ámbito del trabajo digital

El diálogo social presenta valores positivos generales, que se materializan con especial interés respecto del trabajo digital.

Con carácter general y de forma resumida, el diálogo social refuerza la legitimación del poder público en su actuación respecto de las relaciones laborales, tiende a ofrecer soluciones más equilibrada en la respuesta frente al conflicto de interés en el mundo del trabajo, proporciona expectativas de mayor efectividad de las medidas adoptadas y, a la postre, tiene potencialidad de reducir las formas más intensas de conflictividad laboral.

Así, en primer lugar, el ejercicio de las competencias y funciones asignadas formalmente por cada ordenamiento al poder público, aunque reciban su respaldo legitimador del funcionamiento democrático de las instituciones, este respaldo se ve marcadamente reforzado cuando junto al mismo o además del mismo en el proceso decisonal intervienen las organizaciones representativas de trabajadores y empresarios. Especialmente, cuando se aprecian ciertas crisis de legitimidad del sistema político, este se ve apuntalado a partir del reforzamiento que le proporciona el diálogo social.

En segundo lugar, por mucho que formalmente el poder público ostente facultades decisorias unilaterales tras el desarrollo de un proceso de diálogo social, éste no dejará de influir en términos prácticos sobre el contenido y alcance de las medidas legislativas o de políticas públicas que se adopten sucesivamente a las mismas. Aunque no lo sea en términos de vinculabilidad jurídica, en términos prácticos el poder público tendrá que adoptar las medidas evitando la confrontación directa y, con ello, buscará ciertos puntos de encuentro, lo que a la postre supondrá el establecimiento de puntos de equilibrios entre las posiciones de los interlocutores sociales.

En tercer lugar, en la medida en que el poder público se apoya en el desarrollo del diálogo social, puede encontrar mayores expectativas en que la efectividad y eficacia de lo acordado se pueda materializar en la práctica con mayor facilidad en la sucesiva implementación de las medidas adoptadas, de modo que reciba menores resistencias a su aplicación y mayor potencialidad de lograr los objetivos pretendidos con tales medidas.

Por último, el desarrollo del diálogo social no dejará de influir igualmente sobre las actitudes de los interlocutores sociales en sus reacciones frente a las medidas adoptadas por el poder público, lo cual puede repercutir en una menor conflictividad social en la fase aplicativa de las medidas. Este resultado, en modo alguno está garantizado, pero existe la tendencia a que así suceda.

Todas estas ventajas son predicables del diálogo social en materia de actuación por parte de los poderes públicos en relación con la digitalización del trabajo. Más aún, existen razones adicionales que pueden hacer especialmente aconsejable desplegar procesos de diálogo social en esta materia, previos a la adopción de las correspondientes medidas. En concreto señalaría lo siguiente: novedad de la materia, complejidad técnica, difícil efectividad de las medidas y necesaria colaboración posterior de la negociación colectiva.

En primer lugar, se trata de una materia que ha irrumpido todavía en tiempo reciente con fuerza y de manera generalizada sobre el conjunto de las relaciones económicas y sociales, aunque especialmente en el ámbito de las relaciones laborales. Para algunas materias se trata de regular ciertas instituciones o aspectos desde sus cimientos, por cuanto que no se trata de mera reforma de contenidos tradicionales del ordenamiento laboral, o bien por cuanto que se ha de actuar sobre tradicionales instituciones que han quedado desbordadas en sus esquemas a resultas de las transformaciones tecnológicas.

En segundo lugar, la actuación sobre la digitalización del trabajo requiere de un extenso conocimiento técnico del impacto que la misma está provocando sobre los tradicionales intereses contrapuestos entre los trabajadores y los empleadores. Se trata de un fenómeno de cambio tecnológico, cuya traslación al ámbito de la organización empresarial afecta a elementos clásicos de la relación laboral, que requiere no sólo de decisiones básicas relativas a la dualidad entre trabajo autónomo y trabajo subordinado, sino que incide en aspectos nucleares de la posición de las partes: asunción de los riesgos de la actividad empresarial, requerimientos de flexibilidad laboral, garantías de estabilidad en el empleo, reparto de costes empresariales y laborales, etc.

En tercer lugar, la implantación directa de los efectos de la digitalización sobre las formas de empleo por parte de las empresas está creando un determinado *statu quo* en las relaciones laborales, modelos ya asentados en las empresas en gran medida consolidados, que previsiblemente hace compleja la efectividad de medidas que se adopten, por cuanto que tendrán que implementarse a contracorriente. El hecho de que estas medidas se puedan adoptar, tras un proceso de diálogo social, incluso de acuerdo social con las organizaciones sindicales y empresariales, podría allanar el camino para una mayor efectividad y eficacia de las medidas legislativas que se adopten en este terreno.

Por último, importantes aspectos que refieren a la regulación del trabajo digital, en ciertos modelos europeos de relaciones laborales, no pueden desarrollarse con plenitud a través de la exclusiva intervención legal por parte de los poderes públicos. La diversidad de situaciones sectoriales, profesionales, así como de dimensiones de las empresas exige que la norma estatal sea de carácter general, no pudiendo entrar en detalles, que le deben corresponder a la sucesiva intervención por parte de la negociación colectiva. Prueba elocuente de ello es que muchas de las regulaciones que se están produciendo en este ámbito contienen reiteradas remisiones a la intervención sucesiva por parte de la negociación colectiva. En la medida en que existen evidentes puentes orgánicos y personales de conexión entre quienes son los protagonistas del diálogo social, de un lado, y de quienes actúan en los procesos de negociación de los convenios colectivos en la materia, el diálogo social puede funcionar a estos efectos tanto como una fase previa, como una fase propiciadora de la sucesiva intervención en esta materia por parte de la negociación colectiva.

3.- Los resultados y los proyectos de intervención en el ámbito europeo La Unión Europea constituye un referente decisivo hoy en día para la evolución del ordenamiento laboral en el seno de los diversos Estados miembros, de modo que cada vez más se convierte en un factor indiscutible de dinamización de las reformas laborales nacionales, especialmente a resultas de la política de armonización de la Unión Europea a través de las correspondientes Directivas. Más aún, en clave de *soft law*, cierto tipo de documentos que emanan del Parlamento, Consejo o de la Comisión, que contienen meras recomendaciones a los Estados miembros, se constata en la práctica que tienen un impacto decisivo posterior sobre las políticas legislativas nacionales, convirtiéndose en un instrumento de reforzamiento de la legitimidad

política de los Gobiernos nacionales para adoptar cierto tipo de medidas en la línea con lo recomendado por tales documentos.

Por tal motivo, no resulta de menor importancia mencionar lo que hasta el momento deriva de actuaciones en el ámbito europeo, lo que no constituye un mero prurito académico, sino que tiene una decisiva influencia y, en esa clave, procedemos a describirlo.

A tal efecto, como notas caracterizadoras más señaladas de esa intervención en el ámbito europeo, destacaríamos las siguientes: una intervención centrada en aspectos muy concretos sin una actuación de conjunto, una irregular canalización de estas intervenciones a través del diálogo social, así como la percepción de un cierto repliegue del desarrollo del diálogo social por parte de las instituciones europeas.

Veamos cada uno de estos aspectos por separado y con cierta concreción; eso sí, siempre desde la perspectiva del posible desarrollo del diálogo social respecto de cada una de las materias objeto de atención.

3.1. Una intervención parcializada

El primer elemento a destacar respecto de la intervención en el ámbito europeo respecto de los procesos de digitalización es que hasta el presente no se ha diseñado un programa de desarrollo de una política integral en materia de digitalización de las relaciones laborales. Dicho en sentido contrario, lo que se advierte son actuaciones respecto de elementos concretos derivados de la digitalización, que se consideran los más influyentes y los que requieren de mayor urgencia en la adopción de medidas desde el ámbito europeo.

Para hacernos pues una idea del contenido básico sobre el que se ha intervenido, o bien sobre el que se pretende intervenir en el inmediato futuro, podemos enumerarlo por separado. Eso sí, como quiera que mi

intervención debe versar esencialmente sobre el desarrollo del diálogo social en relación con el trabajo digital, mi descripción va a ser necesariamente telegráfica y enfocada desde la perspectiva de lo que ha sucedido en estas materias respecto del diálogo social.

A tal efecto, como valoración de carácter general, cabe afirmar que las diversas intervenciones en las más de las ocasiones se han producido o se están produciendo por canales que no dan juego al diálogo social, cuando menos al diálogo social tal como lo hemos entendido en las precisiones terminológicas de arranque.

3.2. Protección de datos personales

Donde se puede detectar una mayor intervención legislativa a estos efectos es en relación con las garantías de tutela establecidas en materia de protección de datos personales, con vistas a amparar el espacio de privacidad de la ciudadanía. El referente normativo clave a estos efectos se encuentra en el Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos 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). Se trata de una regulación muy completa sobre esta materia, que incorpora también la tutela de la protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales, tanto por lo que se refiere a la gestión de datos laborales como a criterios de selección por parte del empleador en el ejercicio de sus poderes contractuales, organizativos y de control, tanto en el momento de la celebración del contrato como de su ejecución, incluidas las hipótesis de decisiones automatizadas a resultas de la digitalización de procesos decisionales que pueden llegar a alcanzar la incorporación a los mismos de la inteligencia artificial.

Por lo que se refiere a los procesos de diálogo social, los mismos inicialmente se encuentran ajenos en lo que afecta a esta normativa, tanto por lo que respecta al modo como se ha elaborado el Reglamento de la Unión Europea, como respecto de su implementación en el ámbito interno de los respectivos Estados miembros.

En lo que se refiere al proceso de elaboración del Reglamento, deben tenerse en cuenta dos elementos condicionantes, que han provocado que el mismo se haya producido extramuros del diálogo social. De un lado, ha de tenerse en cuenta que se trata de una norma con rango de Reglamento, que, como tal, en ningún caso se somete a los procesos de doble consulta previstos en el Tratado de Funcionamiento para la armonización de la legislación laboral, en la medida en que estos procesos de doble consulta quedan restringidos a la elaboración de directivas. De otro lado, ha de tenerse presente que por su contenido se trata de una normativa de carácter transversal e integral en materia de protección de datos, lo que comporta que, en sentido negativo, no sea una norma exclusivamente de carácter laboral, que es donde juega habitualmente el proceso de diálogo social. Como hemos indicado previamente, en su contenido hay reglas que indudablemente afectan al ámbito de las relaciones laborales, pero el título competencial conforme al cual intervienen las instituciones europeas no es en modo alguno la política social europea.

En concreto, la norma de referencia sobre la que se basa la aprobación del presente Reglamento es el art. 16.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que precisamente se dirige tanto al Parlamento como al Consejo para que aprueben las normas sobre protección de las personas respecto del tratamiento de datos personales “con arreglo al procedimiento legislativo ordinario”. Este último entrecomillado es el que resulta clave, en la medida en la que el procedimiento legislativo ordinario apela a un sistema de intervención conjunta de Parlamento y Consejo, a propuesta de la Comisión, donde no concurre fórmula de incorporación directa del diálogo social (art. 294 ss TFUE). Llámese la

atención que ni siquiera, a diferencia de lo que se prevé expresamente en otros preceptos del mismo Tratado de Funcionamiento que, cuando remiten a este procedimiento legislativo ordinario, vienen a añadir la exigencia de que ello se efectúe “previa consulta al Comité Económico y Social”, en este caso ni siquiera se alude a la intervención de dicho Consejo. Este Consejo, que podría entenderse como un canal institucionalizado de diálogo social, no se contempla en estos casos su intervención a efectos de la elaboración de la normativa sobre protección de datos. Si bien es cierto que, a criterio de las propias instituciones europeas, es posible consultar a este Comité “en todos aquellos casos en que lo consideren oportuno” (art. 304 TFUE), ello no se presenta como obligado nada más que para aquellos supuestos expresamente previstos por el Tratado de Funcionamiento, donde, como ya hemos señalado, no se encuentra como preceptivo consultarle en materia de protección de datos. El resultado será que en la exposición de motivos del Reglamento no se alude a que se haya producido consulta previa alguna al Comité Económico y Social.

Por lo que se refiere a la fase sucesiva de posterior intervención de los Estados miembros, aunque nos estamos refiriendo a un Reglamento de la Unión de inmediata y automática aplicación, que no requiere intermediación legislativa interna por parte de los Estados miembros, es cierto que se trata de una norma que deja un importante espacio de posible intervención posterior a cada uno de los Estados miembros. Ello comporta que el Reglamento no es incompatible con una normativa interna de desarrollo o implementación del mismo, incluso en ciertos aspectos el Reglamento está llamando a esa posterior intervención de los poderes legislativos de los Estados miembros. Eso sí, de nuevo desde la perspectiva que lo estamos analizando aquí, cabe destacar que tampoco el Reglamento entra en el procedimiento de elaboración de esa normativa interna de los Estados miembros, entre otras cosas porque ello se sitúa en el terreno de la soberanía estatal. A la postre, todo ello desemboca en que el Reglamento tampoco incite o recomiende que esa

normativa interna se elabore dando juego al diálogo social, cuando menos por lo que se refiere a los aspectos que incidan sobre el ámbito de las relaciones laborales.

3.3. El Acuerdo marco sobre el teletrabajo

La segunda materia a tratar es la que deriva de la regulación en materia de teletrabajo, entendido éste como aquella forma de organización y/o realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información que se efectúa fuera de los locales de la empresa de forma regular. De este modo, lo que define al teletrabajo no es sólo el lugar de ejecución del mismo, fuera de los locales de la empresa, sino también que el mismo se realiza utilizando las tecnologías de la información y, por tanto, en el marco de una manifestación específica de la digitalización del trabajo.

Desde la perspectiva europea, el texto de referencia en este caso es el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002. Tal como indica su texto en el arranque de las consideraciones generales, tal Acuerdo sí que se elaboró en el marco de la doble consulta prevista en el Tratado de Funcionamiento en materia de procedimiento de armonización de la legislación laboral, donde el Consejo Europeo invitó a los interlocutores sociales a negociar acuerdos para modernizar la organización del trabajo y, en particular, en la segunda fase de consulta a los interlocutores sociales, las organizaciones sindicales y empresariales de ámbito europeo anunciaron su intención de abrir negociaciones con vistas a un acuerdo sobre la materia, que con éxito se logró entre tales organizaciones. A resultas de ello, se optó por el criterio de firmar un acuerdo de los denominados como “voluntarios”, que implican un método de aplicación de los compromisos contenidos en el mismo conforme a los procedimientos y práctica específicas a los interlocutores sociales en los Estados miembros (art. 155.2 TFUE). Dicho en sentido contrario, dicho Acuerdo, por la propia voluntad de los

firmantes, no ha sido objeto de reforzamiento por parte de las instituciones europeas por vía de la aprobación de una Directiva.

En estos términos, sólo de forma muy imprecisa se podría afirmar que en estos casos nos encontramos ante una experiencia de diálogo social. No cabe la menor duda de que se atiende a un procedimiento previsto como tal en el Derecho originario de la Unión, con iniciativa del Consejo, pero donde todo el protagonismo lo asumen, desde la elaboración del Acuerdo hasta su puesta en práctica, los interlocutores sociales. En sentido contrario, no se produce una relación tripartita, donde haya algún tipo de protagonismo decisorio del poder público en el ámbito europeo. Todo ello nos lleva a entender que no ha sido un fruto típico del diálogo social, cuando menos tal como hemos entendido éste en las precisiones terminológicas iniciales de este trabajo.

Por último, debe anotarse que recientemente el Parlamento Europeo, con ocasión de la resolución relativa a la propuesta de Directiva reguladora del derecho a la desconexión digital que comentaremos más adelante, entre sus recomendaciones, solicitó a la Comisión Europea que presente un marco legislativo con vistas a establecer requisitos mínimos para el trabajo a distancia en toda la Unión Europea. Desde la perspectiva del diálogo social que estamos analizando aquí, conviene tener presente que en el procedimiento de doble consulta para las iniciativas en materia de armonización de la legislación social, se prevé la abstención de la intervención de las instituciones europeas, por tanto, la paralización de toda iniciativa legislativa por parte de la Comisión, cuando los interlocutores sociales alcanzan un acuerdo europeo sobre la materia, tanto lo sea de aplicación autónoma por parte de los propios interlocutores sociales como a resultas de una solicitud por los mismos de su reforzamiento a través de la aprobación de una Directiva. Es esto lo que sucedió precisamente a la altura del año 2002, cuando como consecuencia de la aprobación del Acuerdo marco sobre el teletrabajo que venimos comentando, las instituciones europeas desistieron de acometer ellos cualquier iniciativa de aprobación de una Directiva sobre

el teletrabajo. Ahora bien, lo anterior no significa que no resulte posible adoptar un nuevo marco legislativo por la Comisión en estos momentos en materia de trabajo a distancia, en los términos que recomienda el Parlamento Europeo. Desde esta perspectiva no puede resultar irrelevante que han transcurrido casi dos décadas desde la celebración del acuerdo marco sobre el teletrabajo en 2002. A estos efectos ha de entenderse que la aprobación del citado acuerdo marco bloquearía la elaboración de una Directiva sobre la materia de manera inmediata, cuando los interlocutores sociales en su momento optaron por la vía del acuerdo autónomo. Eso sí, conforme a una interpretación finalista y sistemática, no debe ser interpretado como un bloqueo indefinido. Pasadas prácticamente dos décadas, resulta posible considerar que Parlamento y Comisión valoren que el acuerdo marco por la vía de su aplicación autónoma no ha logrado los objetivos perseguidos, o bien que su contenido ha quedado en parte desfasado y ello requiera de una intervención más completa y actualizada. En estos términos, sería razonable iniciar un procedimiento de aprobación de una Directiva sobre el trabajo a distancia, siempre sometido al procedimiento de doble consulta, de modo que ello no resulte incompatible con el protagonismo que les corresponde a los interlocutores sociales en el marco de la política de armonización de la legislación laboral. Aunque no se trate de un supuesto idéntico, en cierta medida se podría traer a colación el hecho de que la Directiva sobre permiso parental ha sido recientemente modificada por las instituciones europeas, aunque tuviese su origen en un acuerdo marco alcanzado entre los interlocutores sociales.

3.4. El Acuerdo marco sobre digitalización del trabajo

En la misma línea respecto de lo que estamos tratando aquí se sitúa el Acuerdo marco sobre digitalización, suscrito por los interlocutores sociales el 22 de junio de 2020. Se trata ahora de un texto que pretende efectuar un diagnóstico compartido entre las representaciones

empresariales y sindicales respecto del impacto que está teniendo el profundo proceso de digitalización en el trabajo y, por tanto, ofrece una lectura común e integrada del conjunto de medidas a adoptar en el seno de las empresas para adaptar el trabajo a la digitalización, con su correlativa referencia a los efectos sobre las condiciones de empleo y de trabajo. Tiene, en esa medida, el indudable valor de establecer un marco común de gestión de la digitalización en el trabajo desde todas las perspectivas y, de ahí, que hayamos hablado de una visión e intervención integral respecto de la digitalización en el ámbito de lo laboral.

Los interlocutores firmantes del presente Acuerdo marco lo presentan como una expresión típica del diálogo social en el ámbito europeo, de modo que utilizan con reiteración la referencia a la expresión “diálogo social”. Ahora bien, por su confección se inserta en un instrumento idéntico al precedente que, conforme a la idea de arranque de lo que entendemos por diálogo social, para nosotros no se corresponde estrictamente con el mismo en el sentido estricto del concepto.

En efecto, el Acuerdo es el resultado de una iniciativa autónoma de los interlocutores sociales europeos, en el marco de su programa de trabajo para el período 2019-2021. Desde el punto de vista jurídico, el propio acuerdo se autocalifica como una iniciativa “independiente”, dando a entender que ni siquiera es resultado de una iniciativa de propuesta por parte de las instituciones europeas. Sin perjuicio de ello, igualmente el propio acuerdo, se reclama como un acuerdo celebrado en el marco del art. 155 del Tratado de Funcionamiento, que compromete a sus firmantes a promover e implementar instrumentos y medidas, de conformidad con los procedimientos y prácticas propios de la gestión y el trabajo en los Estados miembros. Dicho en sentido negativo, a resultas de su firma, los interlocutores sociales ni se dirigen a las instituciones europeas solicitando su refuerzo por medio de la aprobación de la correspondiente Directiva, ni contemplan la necesidad de que sea aplicado a través de la intervención sucesiva de los poderes

públicos de cada uno de los Estados miembros. En definitiva, ni en su origen, ni en su atribución de eficacia jurídica vinculante, ni en su implementación nacional, se contempla la intervención de los poderes públicos, sean en el ámbito europeo o sea en el ámbito nacional. Carece en todas sus fases, por tanto, del elemento tripartito a nuestro juicio definitorio del diálogo social, entendido este en el sentido estricto del término, al estar ausente el poder público. Con ello, no pretendemos minusvalorar la trascendencia del presente acuerdo, sino exclusivamente situarlo en su debida posición institucional, en el ámbito más próximo a la negociación colectiva bilateral, que al diálogo social tripartito.

3.5. Desconexión digital

En el terreno ya de las iniciativas aún no materializadas se encuentra la propuesta de Directiva sobre el derecho a la desconexión digital. En su iter procedimental, lo último hasta el presente ha sido la resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre esta propuesta de Directiva.

Se trata de una propuesta que se pretende enmarcar dentro de las orientaciones de los dos Acuerdos marcos precedente, teletrabajo (2002) y digitalización en el trabajo (2020). En concreto en este último no se incluye el derecho a la desconexión, si bien incluye medidas sobre modalidades de conexión y desconexión que deben considerar los agentes sociales en la negociación colectiva. A resultas de esta ausencia se produce la iniciativa de la Comisión Europea. Resulta significativo a estos efectos que una de las recomendaciones del Parlamento procede a recordar que el Acuerdo marco prevé que los interlocutores sociales adopten medidas de ejecución en los próximos tres años y que una propuesta legislativa presentada antes de que finalice dicho período de ejecución no tendría en cuenta el papel de los interlocutores sociales establecido en el TFUE; insiste en que toda

iniciativa legislativa debe respetar la autonomía de los interlocutores sociales a nivel nacional, los convenios colectivos nacionales y las tradiciones y modelos nacionales del mercado laboral, y no debe afectar al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos con arreglo al Derecho y a los usos nacionales. De este modo, se observa cierta discrepancia entre las instituciones europeas respecto del papel de los interlocutores sociales en este proceso de elaboración de una norma de ámbito europeo reguladora del derecho a la desconexión digital: el Parlamento recordando el protagonismo que le debe corresponder a los interlocutores sociales y, por tanto, que se debe esperar a ver si fructifica un acuerdo autónomo por parte de estos como resultado de entablar entre ellos un proceso de negociación directa, mientras que la comisión interpreta que queda constatado que esa fase ha quedado ya cerrada y, por tanto, procede ya continuar con el proceso legislativo, con vistas a aprobar directamente la correspondiente Directiva reguladora del derecho a la desconexión digital.

Por lo demás, como típica Directiva en el ámbito laboral, prevé la posibilidad de que los Estados miembros procedan a confiar a los interlocutores sociales la transposición de la misma a través de los correspondientes procesos nacionales de negociación colectiva. Sería esta una forma importante de conjunción de intervenciones públicas y de los interlocutores sociales en la regulación y transposición de esta materia, que, de forma indirecta, comportaría, esta sí, una expresión de diálogo social. Tal como hemos visto ya, el propio Parlamento en sus recomendaciones también incluye propuestas en orden a otorgar un importante protagonismo a la negociación colectiva en el desarrollo de la desconexión digital.

3.6. Trabajo a través de plataformas digitales

Igualmente, en el terreno ya de las iniciativas aún no materializadas se encuentra la iniciativa europea de ofrecer algún tipo de protección de las

personas que trabajan a través de las plataformas de trabajo digitales. A tal efecto, de acuerdo con Eurofound, para la propia Comisión Europea se viene a entender como trabajo en plataformas “una forma de empleo que utiliza una plataforma en línea para permitir que organizaciones o individuos accedan a otras organizaciones o individuos para resolver problemas o prestar servicios a cambio de un pago”. La pretensión de la iniciativa es la de actuar sobre el conjunto de vertientes laborales y, por tanto, de condiciones de trabajo, influidos por las características propias del trabajo en plataformas; y, en concreto, hacer, en el marco del pilar europeo de derechos sociales, como una de las señas de identidad del proyecto europeo, con vistas a establecer un marco de tutela a los trabajadores, evitando derivas de precarización del trabajo.

En estos momentos nos encontramos en la fase inicial, en términos tales que la Comisión Europea a finales de febrero, el 24 de febrero de 2021 en concreto, ha puesto en marcha la primera fase de consultas a los interlocutores sociales europeos, conforme al procedimiento de doble consulta previsto en el art. 154 del Tratado de Funcionamiento, con el objetivo de invitar a los mismos a que opinen sobre la necesidad y la orientación de una posible acción de la Unión para mejorar las condiciones laborales del trabajo en plataformas digitales.

En concreto, la consulta dirigida a los interlocutores sociales versa sobre las siguientes cuestiones:

¿Considera que la Comisión Europea ha identificado correcta y suficientemente los problemas y los posibles ámbitos de actuación de la UE?

¿Considera que la acción de la UE es necesaria para abordar eficazmente los problemas identificados y alcanzar los objetivos presentados?

En caso afirmativo, ¿debería la acción abarcar a todas las personas que trabajan en plataformas, ya sean trabajadores o autónomos?

¿Debe centrarse en tipos específicos de plataformas laborales digitales y, en caso afirmativo, en cuáles?

Si se considera necesaria una acción de la UE, ¿qué derechos y obligaciones deberían incluirse en esa acción? ¿Los objetivos presentados en este documento presentan una visión global de las acciones necesarias?

¿Consideraría la posibilidad de iniciar un diálogo en virtud del artículo 155 del TFUE sobre alguna de las cuestiones señaladas en esta consulta?

A la vista de ello, se está a la espera de la respuesta de los interlocutores sociales, en particular si estos consideran oportuno entablar negociaciones de forma autónoma, a través de un proceso de diálogo directo entre ellos con vistas a alcanzar un nuevo Acuerdo Marco Europeo, ahora sobre el trabajo en plataformas, que una vez más podría desembocar en un Acuerdo de aplicación autónoma por los propios interlocutores o de refuerzo vía la aprobación de una Directiva.

Finalmente, la propia Comisión adelanta que, de renunciar los propios interlocutores sociales a entablar dicha negociación, la misma continuará con el proceso legislativo ordinario en materia de armonización de la legislación laboral, con la pretensión de presentar una iniciativa legislativa antes de finales de este año 2021.

4.- La concreta experiencia española

Como elemento complementario al desarrollo en esta materia en el ámbito europeo, puede resultar de utilidad analizar las claves de la paralela influencia del diálogo social en el ámbito específico de España como uno de los Estados miembros de la Unión Europea.

4.1. Una amplia tradición de diálogo social

El punto de referencia inicial para la toma en consideración del diálogo social en España se remonta a los momentos de la transición política desde la dictadura franquista hasta el régimen democrático, siendo en ese momento en el que se conforman las claves esenciales del actual modelo nacional de relaciones laborales. Pues bien, ese proceso de transición política, caracterizado por una fuerte actitud de prevalencia del consenso político entre posiciones tradicionalmente enfrentadas desde el conflicto civil, se traslada en similares términos, posiblemente con un enraizamiento más fuerte si cabe, en el concreto ámbito de las relaciones laborales. Es a partir de esa idea fuerza del consenso que se construye el modelo constitucional del sistema de relaciones laborales, por añadidura construido a partir del desarrollo de incipientes fórmulas de diálogo social, en términos tales que el diálogo social acaba cuajando como una de las señas de identidad más genuinas del sistema español de relaciones laborales.

Tan es así que, mientras que en el terreno político esa actitud favorable al consenso entre posiciones enfrentadas apenas se mantiene durante el proceso de construcción del vigente modelo constitucional, dando paso a un escenario de agrio enfrentamiento en muy diversos ámbitos políticos, sin embargo, como elemento de contraste, incluso de contrapeso, en el terreno específico de las relaciones laborales se mantienen las experiencias de diálogo social. El modelo llega a institucionalizarse dentro del sistema español de relaciones laborales, de modo que el ordenamiento jurídico contempla la necesidad de que el Gobierno, previo a la adopción de ciertas decisiones, ha de consultar a las organizaciones sindicales y empresariales representativas, o bien que, en el seno de ciertos organismos públicos, se instauren mecanismos de participación institucional, mediante la creación de

órganos „ad hoc” con presencia estable de las citadas organizaciones sindicales y empresariales.

Conviene recordar que diálogo social no comporta necesariamente un proceso de concertación social, donde las medidas legislativas y de acción político laboral se adopten necesariamente a resultas del acuerdo conjunto entre el poder político y los interlocutores sociales. En muchas ocasiones, especialmente cuando se adoptan por el poder público medidas especialmente contrarias o rechazadas por uno de los interlocutores sociales, especialmente de los sindicatos, no existe ese acuerdo conjunto. Así, aunque en muchas ocasiones las reformas legislativas de mayor calado se abordan con el concierto de las organizaciones sindicales y empresariales, en muchas otras ocasiones ello se lleva a cabo con su disconformidad, incluso con su expresa oposición. Eso sí, incluso en los períodos de mayor antagonismo, donde las medidas se adoptan de manera unilateral por el poder público, prácticamente siempre las mismas han venido precedidas de un proceso más o menos intenso de diálogo social, donde el Gobierno no adopta las medidas por sorpresa y de manera oculta para los interlocutores sociales. Esto último sólo ha sucedido en casos muy excepcionales y de intensa gravedad en la situación de crisis económica por la que estaba pasando el país.

4.2. Sus condicionantes coyunturales políticos y económicos

Indiscutiblemente, no se puede ocultar que, a pesar de que el diálogo social ha constituido una constante del desarrollo de las relaciones laborales en España desde el inicio de la transición política, a mediados de la década de los años setenta del siglo pasado, también es cierto que este diálogo social ha experimentado ciclos de evolución diversos. En estos términos, el diálogo social ha pasado por momentos de grandes resultados, del mismo modo que ha pasado por fases de cierto declive y de pérdida de vitalidad.

En particular, factores tanto políticos como económicos han influido notablemente en el auge o el deterioro del diálogo social.

Expresado de manera simplificada, no cabe la menor duda de que durante este casi medio siglo de experiencia del diálogo social, han existido Gobiernos especialmente favorables al diálogo social, en tanto que han concurrido otros más reacios o menos convencidos de la utilidad del diálogo social. De modo muy resumido, puede afirmarse que las posiciones políticas más favorables al diálogo social coinciden con aquellas convencidas del protagonismo de la negociación colectiva en la gestión del mercado de trabajo y de las relaciones laborales, de modo que el diálogo social se concibe como un utilísimo instrumento de imbricación entre las medidas legislativas y de políticas públicas adoptadas desde el poder público, con la correlativa expectativa de implementación de las mismas por parte de la negociación colectiva. Mientras que, en paralelo, cabe detectar que cuando el Gobierno ha percibido a la negociación colectiva no sólo como un freno, sino incluso como un elemento de impedimento de la eficacia y efectividad de las medidas legislativas y políticas públicas, se ha dado la espalda a los procesos de auténtico diálogo social que buscaban el logro de elementos mínimos de consenso con los interlocutores sociales.

En iguales términos, la coyuntura económica ha constituido un condicionante decisivo de la virtualidad del diálogo social en España. De este modo, en aquellos escenarios de mayor profundidad de las crisis económicas, cuando se requerían conforme a la ortodoxia medidas especialmente impopulares y de dureza en cuanto a la austeridad exigida a la población, aunque se mantuviese en su formalidad el diálogo social, este se desarrollaba de manera casi como un mero trámite de compromiso “estético”, o bien como un mero cumplimiento formal del obligado trámite de consultas exigido por la normativa laboral, pero sin ninguna predisposición a desarrollar un auténtico proceso de diálogo social. Por el contrario, en los momentos de menor tensión en lo

económico, se han podido acometer cierto tipo de medidas estructurales sobre la base de un auténtico diálogo social.

4.3. Un reforzamiento en el último período, derivado de la situación política y de la pandemia

Centrándonos en el período más reciente, igualmente de manera muy resumida, el diálogo social pasó por momentos de marcada debilidad durante la crisis económica verificada a partir de la última crisis financiera que arranca en el año 2008. Durante ese período las medidas laborales, tanto coyunturales como, sobre todo, estructurales, orientadas a hacer frente a la crisis económica se adoptan con un muy bajo tono del diálogo social.

El punto de inflexión se produce a partir de dos hechos acumulados: de un lado, la superación del período más profundo de la última crisis financiera y, de otro lado, la terminación del Gobierno de signo conservador del Partido Popular, sustituido por el Gobierno de signo más progresista del Partido Socialista. En estos términos, desde finales del año 2018 se retoma una senda de recuperación del tono del diálogo social, con independencia de que las medidas se adopten con pleno acuerdo o no con los interlocutores sociales.

En ese marco, se pretendía acometer un programa de reformas estructurales en muy diversos ámbitos de las relaciones laborales, especialmente los relacionados con los cambios organizativos y tecnológicos que se venían produciendo en la economía española.

No obstante, ese programa se vio bruscamente truncado a resultas de la expansión de la pandemia a inicios de 2020. A partir de ese momento, se alteran todas las preferencias políticas y laborales, con la necesidad de adopción de medidas de urgencia y de choque para contener los efectos económicos y laborales derivados las decisiones de restricción de la movilidad con vistas a hacer frente a la expansión del coronavirus.

La inmediatez de las medidas laborales que habían de adoptarse, la necesidad de establecer medidas imperativas en clave de *hard law* casi todas ellas y sin contar con la correlativa colaboración de reforzamiento por parte de la negociación colectiva, sin dejar de tener presente la propia dificultad de establecer procesos de interlocución en un escenario de intenso confinamiento, provocaron que, en una primera fase, todo el conjunto de acciones acometidas en el marco de la pandemia se llevasen a cabo sin prácticas de diálogo social alguno.

Eso sí, apenas superada la fase inicial de la pandemia, cuando quedó ordenado el marco general de actuación frente a la misma, se recuperó con notable intensidad el diálogo social, de modo que, a partir de mayo de 2020, la práctica totalidad de las medidas laborales acometidas, aunque lo fuesen de carácter coyuntural y para hacer frente a la pandemia, se desarrollaron con la celebración de Acuerdos sociales, resultado de un intenso diálogo social. Por tanto, se abre a partir de esa fecha un período muy fructífero de diálogo social, con reiterados Acuerdos Sociales, avalados tanto por las organizaciones sindicales como empresariales más representativas a nivel nacional.

A partir de ese escenario, se comienzan a diseñar cierto tipo de reformas laborales que, para ciertos aspectos a la luz de la experiencia derivada de la pandemia, pretenden ser de carácter estructural y actuar sobre escenarios de uno u otro modo conectados con la digitalización del trabajo.

A partir de esta breve presentación del contexto general, podemos proceder a describir las actuaciones más relevantes que se han producido en relación con la digitalización del trabajo, vistas en particular desde la perspectiva de las experiencias que se han producido en el marco del diálogo social.

También desde el punto de vista español, las actuaciones han sido parciales, afrontando aquellas materias que se consideran de mayor relevancia o necesitadas de actuación legislativa: protección de datos

personales, trabajo a distancia, laboralidad de los riders y derechos de información de los representantes de los trabajadores. Procedamos a describirlas cada uno de ellas por separado, con el orden secuencial del tiempo en el que se han ido adoptando.

4.3.1. Protección de datos personales

Como ya vimos, en el ámbito de la Unión Europea se produjo un amplio impulso de actualización de la normativa sobre protección de datos personales, desde una perspectiva transversal e integral, que también contemplaban como una de las vertientes la relativa a las relaciones laborales. Se trataba, como vimos, de un Reglamento de la Unión Europea que, si bien por su propia naturaleza producía efectos aplicativos automáticos dentro del ordenamiento de los respectivos Estados miembros, permitía un amplio juego de intervención sucesiva, en clave de desarrollo o implementación, por parte de las respectivas legislaciones internas de cada uno de los Estados miembros.

En ese espacio de posible intervención legislativa adicional por parte de la legislación española, se aprueba a finales de 2018, una Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (Ley 3/2018, de 5 de diciembre). En clave jurídica se trata de una norma a caballo entre el período de claro declive del diálogo social y del de punto de inflexión orientado a la recuperación del pulso del diálogo social; en concreto, a caballo también entre el período de Gobierno del Partido Popular y el de Gobierno del Partido Socialista, en términos tales que su presentación como proyecto de Ley se produce durante el mandato del primero, si bien su aprobación final se lleva a cabo ya durante el mandato del segundo de ellos. Este dato resulta muy significativo a efectos de identificar su contenido y del modo como se produce en el marco de ausencia de diálogo social. En efecto, por lo que se refiere a su contenido, en la versión que se presenta al Parlamento carecía de cualquier tipo de referencia a aspectos laborales, si bien en la

fase final de su aprobación se aprueban enmiendas muy importantes relativas a las facultades de control y de gestión empresarial en el ámbito de las relaciones laborales. De este modo, en el texto finalmente aprobado se contienen regulaciones muy destacadas en materia de utilización de dispositivos digitales en la empresa, implantación de sistemas de geolocalización, de videovigilancia y de grabación del sonido en las empresas a efectos digitales, así como de reconocimiento del derecho a la desconexión digital.

Desde el punto de vista del diálogo social, como la norma se elabora en la fase de declive del diálogo social, a lo que se añade también el hecho de que en su texto de inicio no contenía medida legislativa alguna en materia laboral, la interlocución con las organizaciones sindicales y empresariales brilló por su ausencia completa respecto del correspondiente proyecto de ley. A su vez, a pesar de que en la fase final de su tramitación parlamentaria se introdujeron importantes reglas afectantes a materias relacionadas con la digitalización del trabajo, ello se verificó por vías de enmiendas presentadas por el grupo parlamentario socialista, sin asumir el rol de Gobierno y, por tanto, sin llevarlo a cabo por la vía del diálogo social.

Sin embargo, sí que se producen a través de estas enmiendas parlamentarias, una cierta apertura hacia el diálogo social, en clave de atribución de un papel relevante a la negociación colectiva para la implementación tanto de los límites a las facultades de control empresarial de la actividad laboral con uso de las tecnologías conectadas con la digitalización, así como a la concreción de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital. En particular, en un precepto concreto se establece que los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral.

4.3.2. Trabajo a distancia

Dejando al margen las medidas iniciales de carácter coyuntural adoptadas en el marco de la pandemia, para hacer frente a las restricciones de la actividad económica derivadas de las actuaciones para contener la expansión del coronavirus, sucesivamente el Gobierno consideró necesario establecer una regulación completa del trabajo a distancia. El fuerte incremento del teletrabajo con ocasión de la pandemia, pero que se vislumbraba como un modo de organización empresarial que venía a implantarse de manera estable en la economía española, unido a una manifiesta pobreza de la regulación del trabajo a distancia en la legislación laboral, así como a la muy limitada incorporación en los convenios colectivos en España del acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo de 2002, determinó al Gobierno a acometer esta regulación integral del trabajo a distancia. Recibe esta última denominación por cuanto que la actuación legislativa pretende abarcar conjuntamente tanto al tradicional trabajo artesanal efectuado a domicilio como el teletrabajo utilizando las actuales tecnologías digitales de la información y la comunicación que permite ejecutar la actividad profesional fuera de los locales de la empresa, en el sentido definido por el acuerdo marco. El resultado será la aprobación por el Gobierno de una norma con rango de ley reguladora de la materia a finales del verano (Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre).

Lo importante a destacar a los efectos que estamos tratando en este estudio es que se trata de una norma resultado de una concertación social plena, en el sentido de que la misma es producto de un completo Acuerdo Social firmado entre el Gobierno español, de un lado, y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito nacional, de otro lado. El proceso no estuvo exento de dificultades y dilaciones, de modo que el pacto se demoró por un tiempo bastante significativo.

En todo caso, lo más significativo del método de trabajo de la concertación social en esta fase liderada por este Gobierno reside en que los Acuerdos Sociales presentan una confección completa y acabada del texto legal sucesivamente aprobado por el Gobierno. En concreto, ello ha comportado que en la mesa del diálogo social los responsables del Ministerio de Trabajo, a cuyo frente se ha desplegado esta relación con los interlocutores sociales, se presentaba a consultas y debate el texto articulado, redactado en todos sus extremos, de la norma destinada a ser finalmente aprobada por el Gobierno. Dicho de otro modo, el diálogo social no versaba sobre los criterios, principios y orientaciones de la reforma legislativa, sino sobre todos los extremos, hasta el mínimo detalle, del nuevo régimen jurídico a aprobar e incorporar a la legislación laboral vigente. De este modo, cuando los interlocutores sociales firmaron el referido Acuerdo Social estaban dando el visto bueno al texto que finalmente se publicaría en el Boletín Oficial del Estado como Real Decreto-ley aprobado por el Gobierno.

Por la naturaleza de esta norma, un Real Decreto-ley aprobado por el Gobierno y de inmediata entrada en vigor a resultas de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, la intervención del Parlamento se limita a la sucesiva exclusiva ratificación o rechazo del mismo por parte del Pleno del Congreso de los Diputados. Se trata de una práctica muy extendida en el sistema político español, consistente en aprobar a través de Real Decreto-ley las medidas legislativas que son resultado del acuerdo en el marco del diálogo social y que, como efecto reflejo, provocan inicialmente una indudable pérdida de protagonismo por parte del Parlamento español como poder legislativo. Incluso en las más de las ocasiones, como quiera que estas medidas legislativas vienen avaladas por el acuerdo por parte de los interlocutores sociales, la ratificación parlamentaria se produce sin mayores controversias, por cuanto que suelen recibir incluso el voto favorable del grupo parlamentario de la oposición.

Eso sí, también dentro de las prácticas políticas establecidas, se encuentra bastante generalizado dentro de los usos parlamentarios en España que, sucesivamente a la ratificación parlamentaria de los Reales Decretos-Ley, el propio Congreso de los Diputados acuerde convertir dicho texto en un proyecto de ley ordinario. Esa conversión da pie a que pueda iniciarse una tramitación de discusión parlamentaria del texto legal, ahora por el procedimiento ordinario, que habilita a la presentación de las correspondientes enmiendas, con posibilidad de cambios al texto inicialmente acordado con los interlocutores sociales. En todo caso, comoquiera que se parte de un texto resultado del diálogo social, lo cierto es que, en la práctica, en dicha tramitación ordinaria las modificaciones o añadidos que se producen al texto resultado del acuerdo social son menores, de detalles y, en todo caso, evitando corregir la filosofía general alcanzada en el seno del Acuerdo alcanzado con los interlocutores sociales.

Todo esto es precisamente lo que ha sucedido en relación con esta norma reguladora del trabajo a distancia, que en estos momentos se encuentra en esa fase parlamentaria, convertido en proyecto de ley ordinario y sometido a un procedimiento más o menos lentos de hipotética modificación o añadidos por parte del Congreso de los Diputados.

Para concluir, conviene también señalar que, en el nuevo escenario de reforzamiento de la mutua colaboración entre norma estatal y negociación colectiva, la presente norma sobre el trabajo a distancia, de un lado, se presenta escrupulosamente respetuosa con las regulaciones precedentes en la negociación colectiva del teletrabajo, de modo que mantiene las regulaciones previstas en los convenios colectivos anteriores a la norma, que posterga su entrada en vigor a los momentos de futura renovación de tales convenios colectivos; de otra parte, la norma también contiene una reiterada remisión a la negociación colectiva, a los efectos de que esta desarrolle o integre contenidos importantes de la regulación establecidas por el Real Decreto-ley.

Por contraste, la regulación anterior sobre el trabajo a distancia presentaba un completo silencio respecto del espacio que le había de corresponder en todos estos asuntos a la negociación colectiva. No se observaba en la misma ninguna remisión a la negociación colectiva, ni un diseño en el que se otorgara un papel protagonista en esta materia al convenio colectivo.

Por contraste a lo anterior, el papel central de la negociación colectiva en nuestro sistema de relaciones laborales nos aboca a que los convenios colectivos tengan un papel destacado en este tema. Teniendo en cuenta especialmente que las variantes de ejecución del trabajo a distancia pueden ser muy diversas y que las formas de organización empresarial resultan igualmente muy variadas en cada sector o concreta empresa, el papel llamado a desempeñar por la negociación colectiva se estima que debe ser clave.

En definitiva, todavía falta mucho por hacer, pues lo más difícil es llevar a la práctica lo que se presenta como un desiderátum en la nueva norma. A tal efecto, sobre todo, le corresponde una importante responsabilidad a la negociación colectiva. De ella depende que el modelo funcione con eficiencia, ofrezca una protección efectiva a los trabajadores y proporcione a las empresas un modelo suficientemente flexible que les permita implantar sistemas de organización del trabajo acomodados a la sociedad posindustrial de la innovación basada en un uso universalizado de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones.

4.3.3. Laboralidad de los riders e información a los representantes de los trabajadores

El último aspecto hasta el momento presente en España en esta materia se ha centrado en dos aspectos puntuales, que han discurrido en paralelo, que afecta en cierto modo también a la digitalización en el

trabajo: el establecimiento de una presunción de laboralidad de los riders y la atribución de competencias de información a los representantes de los trabajadores en materia de uso por parte de las empresas de algoritmos en sus procesos decisionales. Se trata ciertamente de dos materias de naturaleza bastante diversas, si acaso con un cierto hilo conductor en la digitalización, pero que, sobre todo, la contemplamos de manera unificada en la medida en que son el resultado de un mismo proceso de decisión política y, por ende, de un mismo proceso de diálogo social.

Respecto del primero de los asuntos, se refiere a la caracterización jurídica de la relación contractual de quienes realizan labores de reparto de 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.

A semejanza de lo que está sucediendo en multitud de países, en España se ha producido un amplio debate acerca de si estos trabajos deben incluirse dentro de los sometidos a la legislación laboral como trabajos subordinados o bien pueden configurarse como modalidades de trabajo autónomos sometidas a la contratación civil o mercantil. Este asunto encuentra un hito importante en una sentencia del Tribunal Supremo de junio de 2020 que, con clara contundencia y unanimidad, se decantó por el carácter necesariamente subordinado del trabajo de los riders. El concreto, lo que se hace ahora es establecer una presunción de laboralidad, de modo que cuando se den las circunstancias antes descritas de desarrollo del trabajo de los riders, el mismo se considerará como trabajo subordinado y, por ende, sometido a todos los efectos a la legislación laboral ordinaria.

En paralelo a la acción judicial, pero con impulso decisivo a resultados del pronunciamiento del Tribunal Supremo, se desarrolló un importante

proceso de diálogo social sobre la oportunidad de intervenir en este campo. En una clave muy similar al modo como se desarrolló el diálogo social respecto de la nueva regulación del trabajo a distancia, también aquí se acometió un proceso de diálogo social complejo, con un iter temporal mucho más largo, pero que finalmente también ha concluido con pleno acuerdo entre el Gobierno y los interlocutores sociales a principios de marzo de 2021. En la misma clave, se trata de una concertación social que toma como referencia el texto íntegro a aprobar por el Gobierno a través del correspondiente Real Decreto-ley.

En este proceso de diálogo social, como segundo contenido del mismo, también se contempla una ampliación de las competencias de los representantes de los trabajadores y empresarios en las empresas (comités de empresa y delegados de personal) en relación con la utilización de los algoritmos por parte de la empresa. En concreto, lo que se contempla es que tales representantes han de ser informados 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. Ya con precedencia, estos representantes asumían competencias no sólo de información, sino también de consulta, en materias relacionadas con el ejercicio de los poderes empresariales, tanto en el ámbito de los poderes organizativos como en el terreno de los poderes de control de la actividad laboral. Lo que se hace ahora es establecer una precisión respecto del uso de las tecnologías digitales en este terreno y, específicamente, del uso de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial. Es de destacar que ahora la nueva competencia informativa tiene un alcance universal, por cuanto que no se dirige a empresas tecnológicas, sino con carácter general a todo tipo de empresas que puedan hacer uso de estas tecnologías en la gestión de sus recursos humanos.

Desde la perspectiva que estamos analizando, baste con reiterar que dicha innovación se introduce a resultas del mismo proceso de diálogo social, con idéntico resultado exitoso al señalado previamente, tanto en lo que se refiere al procedimiento como al método de desarrollo.

Por último, indicar que, en este caso, el contenido de las medidas adoptadas no prevé remisiones a la intervención sucesiva por parte de la negociación colectiva. Ello es comprensible en lo que refiere a la declaración de laboralidad de los riders, por cuanto que se contempla como una norma de orden público, como regla de derecho necesario dirigida a la actuación de los poderes públicos, bien sean judiciales o administrativos, sobre todo en clave de considerar el carácter laboral como una regla blindada frente a su posible disponibilidad jurídica, lo sea por parte del contrato de trabajo o lo sea por parte de la negociación colectiva. Mayores posibilidades de actuación posterior le cabrían a la negociación colectiva en materia de derechos de información a los representantes en materia de algoritmos e inteligencia artificial. El texto acordado sobre esta materia ha optado por introducir una competencia perfectamente definida, autosuficiente, que no requiera de la posterior intervención de la negociación colectiva para ser actuada. Eso sí, ello no impide que, con base en la amplísima capacidad negocial de las organizaciones sindicales y empresariales, se pueda dar un cierto juego posterior a los convenios colectivos. En concreto, a título de ejemplo, la norma deja algunas imprecisiones, que podrían ser cubiertas por los convenios colectivos; tal sucede con la periodicidad con la que se tiene que proporcionar la información, así como con la posibilidad de que se amplíe la información a la fase posterior de la evaluación de los resultados de las técnicas digitales implantadas en la empresa con el uso de algoritmos y de la inteligencia artificial.

III.TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y RELACIONES

LABORALES Abril 2021

El impacto generalizado de la digitalización

La digitalización a estas alturas se está presentando como una revolución tecnológica en el sentido estricto del término, con unas consecuencias que, con seguridad, sobrepasan con creces a las transformaciones tecnológicas que la han precedido desde la primera revolución industrial. En efecto, se trata de un proceso de cambio que está incidiendo sobre el conjunto de las relaciones sociales, desde luego con especial afectación a la actividad económica y profunda incidencia sobre las relaciones laborales en su conjunto. Es un cambio respecto del que, a veces, pasa más inadvertida su intensidad, por cuanto que se viene produciendo de manera pacífica y no conflictiva, de forma progresiva y no brusca, de aparente fácil asimilación por parte de la población en todos los ámbitos, sin mayores traumas ni rechazos. A pesar de ello, el que su complejidad, en muchas ocasiones, pase inadvertida, no significa que ésta deje de ser especialmente intensa, del mismo modo que su fácil asimilación no significa que se encuentre exenta de riesgos o peligros que necesariamente deben ser tomados en consideración, sin desmerecer de las grandes oportunidades y ventajas que proporciona.

La profundidad de las transformaciones tecnológicas se manifiesta en el hecho de que se trata de una revolución de expansión universal, entre todos los territorios, tanto en el medio urbano como en el medio rural, respecto de todos los sectores productivos, incluidos los más

tradicionales, en relación con cualquier tipo de empresa, con independencia de sus dimensiones y, a la postre, de afectación a la práctica totalidad de las actividades profesionales, sean de elevada cualificación profesional o de muy escasas exigencias de conocimientos y habilidades profesionales.

De manera más inmediata, respecto de estas transformaciones tecnológicas se tiende a concentrar la atención casi exclusivamente en ciertas formas emblemáticas de nuevos empleos y de nuevas formas de trabajo, apelando especialmente a los denominados como trabajos de plataformas digitales, cuando en realidad el fenómeno de la digitalización está extendiéndose a cualquier forma de trabajar, por lo que viene a alterar el modo de trabajar en la práctica totalidad de las ocupaciones, y de hacerlo en términos cualitativamente diferentes y no de manera accidental.

Ello necesariamente obliga a repensar nuestro modelo asentado de relaciones laborales en no pocos aspectos y, en particular, las instituciones jurídicas conforme al que éste se configura.

Productividad, cambio de paradigmas, destrucción de empleo y emergencia de nuevas actividades

Ante todo, elemento común a toda innovación tecnológica es el de la irreversible sustitución de cierto tipo de actividades laborales humanas por la “máquina”, en términos tales que, por necesidad, desaparecen cierto tipo de empleos, incluso de oficios o profesiones, o bien ciertas funciones dejan de ser realizadas por el ser humano a pesar de que pervivan los correspondientes puestos de trabajo. Frente a transformaciones tecnológicas precedentes, estamos acostumbrados a identificar éstas con la destrucción de aquellos puestos de trabajo o funciones más pesados, que requieren de superior esfuerzo físico y que afectan a actividades rutinarias y escasamente técnicas. Sin dejar de

concurrir este elemento ante los procesos de digitalización, como singular novedad se advierte que ello también está impactando sobre ciertos trabajos de tradicional elevada cualificación profesional y notable complejidad en su ejecución, en unos casos eliminando también funciones de nivel superior y, en otros, simplificando su dificultad o exigencia técnica. En paralelo, igualmente es evidente que emergen nuevos empleos y nuevas profesiones, prácticamente desconocidas en el pasado. Y, en paralelo, también se produce una asunción por un mismo trabajador de tareas de amplio espectro funcional y de diversa naturaleza, que, en el pasado, se encomendaban a diversos trabajadores que se adscribían a categorías o grupos profesionales diferenciados; en términos ejemplificativos, dentro del sector servicios cada vez resulta más generalizado que personal técnico asuma tareas administrativas o incluso de inferior consideración.

Ello conduce inexorablemente a la posibilidad de producir los mismos productos o de ofrecer idénticos servicios en lo cuantitativo con menos personal. En estos términos, surge la eterna cuestión relativa al reparto de los beneficios derivados del evidente incremento de productividad a resultas de las transformaciones tecnológicas; reparto que, habitualmente, se expresa en el binomio entre, de un lado, mejoras de las condiciones de trabajo en favor de los trabajadores y, de otro lado, de reducción de los costes laborales que proporciona dosis superiores de competitividad en el mercado o de incremento de los beneficios y rentas de capital.

Pero, a veces, se olvida que ese binomio en tiempos recientes se manifiesta en forma de relación triangular, por cuanto que, ante los efectos del proceso de cambios tecnológicos, se incorporan también los usuarios y consumidores, igualmente afectados por el proceso de digitalización a través de fórmulas de influencia triangular empresa-trabajador-consumidor. En concreto, este proceso de mejora de la productividad puede que, en lugar de provocar una mayor calidad de los servicios ofrecidos a usuarios y consumidores, se materialice en un

efecto de reducción de costes que aboque a fórmulas de productos y servicios low cost, con un doble efecto: por un lado, provoca que parte de las tareas no suprimidas por la digitalización vengán transferidas al exterior para ser asumidas por usuarios y consumidores, o bien canalizarlos por una mayor calidad de los servicios ofrecidos a usuarios y consumidores; y, por otro lado, ocasionan que las tareas que siguen realizando los trabajadores las realicen sobre la base de bajos salarios para poder resultar las empresas competitivas en ese modelo económico low cost.

Centralidad de las políticas formativas

En todo caso, lo que resulta evidente es que la destrucción de ciertos empleos y profesiones aboca a reflexionar acerca de las políticas públicas y empresariales a acometer respecto de aquellos trabajadores que pierden sus trabajos, o bien pueden ver sustancialmente reducida su jornada de trabajo con el paralelo riesgo de pérdida de la suficiencia retributiva para el mantenimiento de unas condiciones de vida digna. Pero también afrontar los retos que supone la emergencia de nuevos empleos y de nuevas profesiones, así como de cambios en los requerimientos de habilidades y conocimientos respecto de cierto tipo de trabajos tradicionales.

Frente a todo lo anterior, aunque lo sea desde diversos enfoques, es claro que se requiere una respuesta decisiva de reforzamiento y reorientación de las políticas de formación profesional, tanto reglada como continua, de reciclaje y actualización. Lo más apremiante y de profundo calado es proporcionar expectativas de recolocación profesional a aquellos trabajadores cuya pérdida de empleo deriva en la práctica de la desaparición de sus oficios y profesiones, obligándoles, por necesidad, a una reorientación de sus habilidades y conocimientos hacia otros sectores o actividades, terrenos diferentes donde puedan encontrar sólidas oportunidades de empleo. Pero, igualmente, ello está

llamando a una extensa e intensa actuación respecto de quienes conservan sus empleos, pero con funciones diferentes, asumiendo tareas adicionales o ejecutando su trabajo con diversidad tecnológica.

No cabe la menor duda de que este proceso puede resultar especialmente complejo respecto de los trabajadores de edad avanzada, tanto por el hecho de que a resultas de la pérdida de sus actuales empleos será mucho más difícil su recolocación, como por la circunstancia de que, a esas alturas de su ciclo vital, siempre es más compleja la asimilación de nuevas habilidades y competencias profesionales. Posiblemente ello esté exigiendo diseñar itinerarios formativos específicos para personas de edad avanzada, con cursos destinados exclusivamente para ellos como una precisa medida de acción positiva.

En todo caso, no cabe la menor duda de que el desafío en lo formativo es generalizado, por cuanto que los retos frente a esta transformación tecnológica se presentan respecto del conjunto de la población, tanto ocupada como demandante de empleo.

Incluso está llamando a una reconsideración de los modelos tradicionales de formación académica y reglada. No puede desconocerse que, aunque la impresión general es que las nuevas generaciones se han incorporado con mayor facilidad desde el inicio a los procesos de digitalización, ello, en el fondo, puede estar ocultando importantes carencias profesionales, por cuanto que su aproximación a las tecnologías digitales podría ser muy parcial, en términos muy utilitaria respecto de sus necesidades personales, pero no de amplio recorrido en lo profesional, y con riesgos de importantes insuficiencias en la capacidad de aprehensión de lo que no se sitúa en el terreno más inmediato de su vida cotidiana. Por ello, no es descartable que también se estén produciendo déficits en las capacidades formativas en lo digital de la población más joven.

Una necesaria relectura del ejercicio y tutela de los derechos fundamentales

Otra de las vertientes sobre las que está incidiendo de forma relevante la digitalización es en la relativa al reconocimiento, ejercicio y garantía de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, que están cobrando especial trascendencia a los efectos de que el ordenamiento jurídico, en general, y el laboral, en particular, logren la eficacia y efectividad necesarias para garantizar estos derechos en un entorno de acentuada digitalización.

En este terreno puede detectarse que el impacto práctico de la digitalización se presenta respecto de la generalidad de los derechos fundamentales tradicionales, incluidos los específicamente laborales, como son los relativos a la libertad sindical y al derecho de huelga.

Sin embargo, dos contenidos sufren un efecto más intenso y amplio: la tutela antidiscriminatoria y los derechos conectados con el respeto de la privacidad del trabajador entendido en sentido amplio.

En efecto, de un lado, la digitalización está mostrando un efecto de polarización del mercado de trabajo, que puede acentuar su segmentación, con dualidades entre ocupaciones que pueden desembocar en la extensión de los grupos tradicionalmente marginados o perjudicados por extendidas prácticas discriminatorias, incluso con la aparición de nuevos grupos de trabajadores afectados por conductas o políticas laborales que desembocan en una clara discriminación de éstos. A estas alturas, el recorrido legal y jurisprudencial de los mecanismos de tutela frente a las conductas discriminatorias resulta notablemente intenso, especialmente en el terreno sancionatorio. No obstante, los cambios laborales derivados de la digitalización presentan nuevas dificultades de articulación de la eliminación de las prácticas discriminatorias en algunos frentes. De un lado, emergen formas de empleo que por su intenso grado de precarización pueden llegar a desembocar en resultados discriminatorios respecto de cierto tipo de

trabajadores, escenario particularmente difícil de atajar por cuanto que estos trabajadores tienden a encontrarse en una situación de aislamiento laboral y, sobre todo, sin la necesaria presencia del control sindical que habitualmente sustituye la escasa reclamación individual en estos casos. De otro lado, se hace cada vez más patente cómo, a pesar de que la prohibición de discriminación formalmente se extiende a todo tipo de trabajos, por tanto, también a los autónomos, la ausencia total de litigiosidad al respecto muestra que no se utilizan los procedimientos de reclamación en este ámbito. Finalmente, para ciertas situaciones en las que se pueden acentuar los riesgos de que ciertos grupos de trabajadores queden atrapados en situaciones de resultados marcadamente perjudiciales respecto del resto, se hace preciso diseñar y desarrollar políticas de acción positiva que logren que el objetivo de superación de las desigualdades indeseadas no quede en las meras declaraciones de principio.

De otro lado, viene a ser resaltado por todos, la enorme capacidad invasiva de las tecnologías de la información y las comunicaciones respecto de la esfera privada de los ciudadanos, en este caso acentuada en el ámbito de las relaciones laborales por el hecho de que tal riesgo se incrementa cuando tales tecnologías son utilizadas instrumentalmente para el ejercicio de los poderes empresariales, de contratación, organizativos, de control y disciplinarios. A tal efecto, la normativa relativa a la protección de datos personales, tanto europea como española, ha desplegado un encomiable esfuerzo de garantizar de manera transversal la privacidad, con particular atención a sus singularidades en el ámbito de las relaciones laborales y, en particular, respecto del uso de determinados procedimientos en el ejercicio de las facultades de control por parte del empleador. En todo caso, se trata de una materia de indudable complejidad, por cuanto que las variantes de posible lesión a la privacidad son muy dispares y, por añadidura, no resulta fácil establecer una regulación de carácter general, por cuanto que nos enfrentamos a situaciones prácticas muy diversas en cada

caso. Ello dificulta establecer reglas generales uniformes aplicables a todos los casos de manera indiferenciada, de modo que los contextos particulares en los que se producen cada una de ellas obligan a ponderar singularizadamente un, no siempre fácil, equilibrio entre el respeto a la esfera de la intimidad del trabajador y el reconocimiento de la necesaria eficacia del ejercicio de los poderes empresariales a los que, de principio, no se le pueden prohibir la utilización de las tecnologías digitales para una gestión más eficiente de la empresa.

Por último, también resulta importante destacar cómo la implantación de ciertos modelos de digitalización no sólo comporta riesgos sino también ofrece oportunidades para una gestión de personal más respetuosa con la observancia de los derechos fundamentales y, en particular, de evitación de prácticas discriminatorias. En efecto, la digitalización también se puede poner al servicio de la transparencia en el ejercicio de los poderes empresariales, de garantía de la utilización de criterios objetivos en la adopción de las decisiones empresariales y, a la postre, de evitación de conductas arbitrarias en la gestión de personal en las empresas. En efecto, decisiones del ejercicio de los poderes empresariales que en el pasado quedaban ocultas y no se exigía su justificación por parte del empleador, ahora pueden pautarse a través de las técnicas digitales, obteniendo puntual conocimiento los trabajadores de los criterios que se toman como referencia para la adopción de sus decisiones, al tiempo que los representantes de los trabajadores pueden ejercer con mayor eficacia sus competencias de participación en la empresa. A la postre, la utilización de los algoritmos y de la inteligencia artificial, que habitualmente se analiza con desconfianza y recelo, cabe también incorporarlas a la gestión de las relaciones laborales desde la perspectiva de la transparencia y de la objetividad de la actuación empresarial.

Nuevas formas de empleo: fronteras entre autonomía y subordinación

Desde otra perspectiva, la digitalización está provocando que trabajos y funciones que en el pasado se efectuaban en términos de elevada división del trabajo y organizado jerárquicamente desde la cúspide de la organización empresarial, puedan efectuarse en términos de superior autonomía técnica por parte del trabajador, de modo que éste no tenga que desarrollar su tarea conforme a órdenes e instrucciones minuciosas en el día a día; incluso que se puedan diseñar fórmulas de trabajo por objetivos, donde para la empresa prevalecen más los resultados frente al seguimiento constante de la actividad del trabajador.

Ello, para algunos, hace pensar en que vamos hacia un modelo de incremento del trabajo autónomo, frente a la tradicional centralidad del trabajo subordinado. Sin embargo, los datos estadísticos, cuando menos hasta el momento presente y al menos por lo que se refiere a España, desmienten por completo esta presunción, de modo que se advierte que los cambios en los porcentajes de asalarización se encuentran exclusivamente vinculados a los cambios del ciclo económico (de destrucción o de creación del empleo en atención a los escenarios de crisis o crecimiento económico), mientras que, en sentido inverso, las grandes cifras no se ven afectadas por los procesos de digitalización.

En definitiva, estas formas de empleo que pueden comportar mayor autonomía en lo técnico y de extensión de las formas de trabajo por objetivo, en modo alguno están reñidas con la subordinación en lo organizativo. Más aún, en algunos casos, la digitalización, lo que provoca es una superior dependencia organizativa en la medida en que el ejercicio de los poderes organizativos se articula de manera silenciosa, pero con enorme intensidad a través de las reglas de

utilización de las tecnologías digitales titularidad del empleador puestas a disposición del trabajador; más aún, esas formas de trabajo con el uso de las tecnologías digitales propicia una clara acentuación de las facultades de control empresarial, que viene a convertirse en un relevante elemento de identificación de los tradicionales rasgos de la subordinación del trabajador. Por ello, aunque requiera de nuevas lecturas y de nuevas formas de detección en la práctica, cabe afirmar con toda rotundidad que el criterio de la subordinación goza de muy buena salud jurídica, por lo que presenta larga vida en seguir constituyendo el rasgo definitorio del trabajo sometido a la legislación laboral.

Por el contrario, si algo está cambiando en este terreno es la tendencia a la más estrecha vinculación a la empresa de ciertos trabajos tradicionalmente ejecutados en régimen de autonomía, en un escenario cada vez más extendido de incorporación de tradicionales profesiones “liberales” a las redes empresariales a través de los procesos de descentralización productiva. Respecto de este tipo de actividades, las mismas, sin dejar de ejecutarse en términos de autonomía organizativa y de titularidad propia de su negocio por parte de quien lo realiza, se establecen estrechos lazos de vinculación económica y mercantil con la empresa, que le abocan a un manifiesto condicionamiento en sus condiciones de empleo.

En definitiva, el denominado como trabajo autónomo económicamente dependiente, en el mundo digital, se confirma como una realidad social y jurídica, que no es mera ficción que quepa calificar como falsos autónomos. Por ello, también cabe afirmar que, en nuestro mercado de trabajo cada vez más digitalizado y con fórmulas intensas de descentralización productiva, el trabajo autónomo económicamente dependiente goza de buena salud jurídica, por mucho que no haya acabado de cuajar en la práctica contractual como realidad institucional. No pueden calificarse como falsos autónomos, pero también es indiscutible que se trata de profesionales que, no entrando en contacto

con el consumidor o usuario final del producto, se encuentran en una posición de marcada debilidad contractual frente a la empresa cliente, que está exigiendo una respuesta legal de compensación y reequilibrio de intereses.

En definitiva, sin necesidad de alterar en términos jurídicos la tradicional dualidad entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, de reducir las tasas de asalarización, ni de extender el contrato de trabajo a cierto tipo de trabajos autónomos, se hace necesario extender ciertos aspectos de la lógica tuitiva propia del derecho del trabajo a estas formas de trabajo autónomo económicamente dependiente en escenarios de descentralización productiva. A través de diversos canales se podría articular este objetivo de incorporación de la lógica tuitiva al autónomo en posición de debilidad contractual, que, a la postre, comporte una profundización del Estatuto del Trabajo Autónomo, sin necesidad de romper la tradicional dualidad: la materialización del principio constitucional de logro de la igualdad sustancial de personas y grupos, de extensión subjetiva de la garantía de los derechos fundamentales a los autónomos, de aplicar el concepto de trabajador respecto de ciertos derechos constitucionales a favor de quién ejecuta personalmente su trabajo: derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a una remuneración suficiente, derecho al descanso, seguridad en el trabajo, etc.

Nuevas formas de trabajar: la adaptación del régimen de condiciones de trabajo

Dentro del ámbito del trabajo subordinado, la digitalización, tal como ya hemos indicado, no sólo provoca la emergencia de nuevos oficios o profesiones, sino que altera con carácter general los modos de trabajar en el conjunto de los trabajos. Se trata de una alteración en las formas de trabajar que incide especialmente sobre algunas de las reglas tradicionales de delimitación de las condiciones de trabajo en la relación

laboral. Ello está llamando a reconsiderar el juego de algunas de las actuales regulaciones relativas a las condiciones de prestación del servicio y al modo de adaptarse las mismas a los nuevos escenarios de la economía digitalizada.

Ante todo, en la medida en que hemos advertido una fuerte tendencia al establecimiento de fórmulas de trabajos por objetivos, para el empleador comienza a resultar de menor trascendencia el control de los tiempos de trabajo, con evidentes riesgos de pérdida de virtualidad de los límites en la jornada de trabajo y los tiempos de descanso para cierto tipo de trabajos que se realizan en este régimen de objetivos. Por ello, los sistemas de trabajo por objetivos se han de efectuar de manera compatible con las reglas contractuales relativas a los tiempos de trabajo, cobrando mayor relevancia, desde la perspectiva de las garantías de los trabajadores, el efectivo cumplimiento de las exigencias legales relativas al control y registro de la jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo. Desde esta perspectiva, debe destacarse que, tanto la Directiva europea sobre ordenación del tiempo de trabajo, en aplicación de la misma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como la regulación nacional de transposición de la misma sobre el registro y control de la jornada de trabajo, constituyen exigencia universal para todo tipo de trabajo que, como tal, no admite excepciones. En definitiva, uno de los retos prácticos no menores consiste en articular mecanismos flexibles, pero también efectivos, de conciliación entre el registro y control de la jornada de trabajo con estas formas emergentes y cada vez más extendidas de trabajos por objetivos.

Adicional a lo anterior, la introducción de las tecnologías digitales está provocando una amplia diversidad de tiempos “muertos” en la efectiva ejecución de la actividad laboral de los trabajadores, pero con pervivencia de la estricta disponibilidad al servicio del empleador. Ello impacta, igualmente, tanto sobre la forma de cómputo de los tiempos de trabajo a efectos de cálculo de la jornada de trabajo, como de sistemas

retributivos de estos tiempos “muertos”. Así, por ejemplo, situaciones que determinaban tiempos de presencia en los locales de la empresa que no provocaban dudas respecto de su cómputo como parte de la jornada laboral, ahora se entiende que se pueden atender las necesidades de ocupación efectiva del trabajador sin necesidad de la presencia física del trabajador en el centro de trabajo durante esos tiempos “muertos”; que ahora basta con la proximidad del trabajador a su puesto de trabajo con simple activación inmediata de su presencia en el mismo a resultas de una respuesta a una llamada inmediata, incluso que parte del servicio se pueda comenzar a efectuar a distancia. Ello está determinando la conformación por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo de una nueva categoría de tiempo de trabajo, como tiempo de disponibilidad, diferenciado del tiempo de presencia y del mero tiempo de localización. Habrá que estar atentos al desarrollo de esta nueva categoría de tiempo de disponibilidad, bien como una variedad marginal dentro de los trabajos o en fase de expansión.

En los mismos términos, para quienes realizan sus trabajos fuera de los locales de la empresa y están a plena disposición del empleador a través de las correspondientes aplicaciones de dispositivos digitales de recepción de órdenes de trabajo, surge la cuestión de cómo han de valorarse, desde la perspectiva del régimen de jornada de trabajo, esos tiempos de disposición que no son de efectiva ejecución del trabajo. Una vez clarificada la naturaleza laboral de los repartidores de mercancías con uso de aplicaciones en dispositivos digitales, la controversia que, con seguridad, se va a plantear entre nosotros de manera inmediata va a ser precisamente la relativa al cómputo de los tiempos de trabajo y tiempos de descanso a efectos de aplicación de la normativa sobre jornada de trabajo.

Más aún, este asunto de los tiempos de disponibilidad no se va a suscitar exclusivamente respecto de los repartidores de mercancías, sino que se va a suscitar, en igual medida, respecto de quienes trabajan a distancia a través de plataformas digitales. Especialmente se va a

suscitar el debate respecto de quienes realizan esos trabajos en línea y en régimen de trabajo “a demanda”. El reparto de los riesgos empresariales y laborales va a ser clave, por cuanto que se trata de trabajadores a los que se les va a exigir una disponibilidad de atención inmediata a los trabajos que se les encomienden, pero con posibles fases de intermitencia relevantes entre tiempos de trabajo efectivo y tiempos de disponibilidad.

Incluso, superado el dilema en torno a la calificación de tales períodos de disposición como tiempos a computar dentro de la jornada de trabajo debida, surgirá el debate en torno a los sistemas de retribución de este tipo de actividades. En unos casos, se acentuarán los sistemas de retribución a resultado, incrementando significativamente la parte variable del salario, en la medida en que tenderá a establecerse un baremo importante de retribución en atención a la ejecución de cada encargo a demanda. En otros casos, aceptando la consideración de los tiempos “muertos” como tiempo de disponibilidad computable como tiempo de trabajo, en aplicación de la jurisprudencia tanto del Tribunal de Luxemburgo como del Tribunal Supremo, cabrá una diversa retribución, según se trate de tiempos de efectiva ejecución del trabajo, de tiempos de presencia, de tiempos de disponibilidad, incluso con posible retribución de tiempos de localización no computables como parte de la jornada pero que podrían también ser compensados económicamente.

Por lo demás, estas nuevas formas de trabajar pueden afectar a los objetivos de corresponsabilidad familiar que pretenden lograr el conjunto de reglas actuales sobre conciliación entre la vida laboral y familiar, especialmente aquellas que afectan a jornada y horario de trabajo. Es posible que, de un lado, estas formas de trabajo digital permitan una más fácil aplicación de las mencionadas reglas sobre conciliación entre lo laboral y lo familiar, si bien, de otro lado, pueden acentuar el dato actual en lo sociológico de que los derechos de conciliación reconocidos genéricamente a cualquier trabajador, en la práctica sean más aplicados

o ejercidos por parte de las mujeres. En definitiva, podemos encontrarnos ante una situación típica de contradicción entre la eficacia y la efectividad de las normas relativas a la conciliación: por una parte, sean eficaces en la medida en que tales derechos se ejerzan con más facilidad en un entorno digitalizado; pero, por otra parte, resulten poco efectivas, por cuanto que acentúen el reparto de roles por sexo, de modo que actúen en sentido contrario al objetivo buscado de conseguir un modelo social de más equitativo reparto de las cargas familiares y, con ello, de autenticidad práctica de la corresponsabilidad familiar. De producirse ese resultado, probablemente tengamos que reflexionar acerca de la reorientación de la normativa y, sobre todo, de las políticas públicas, en clave de garantizar no sólo el goce de los derechos reconocidos, sino de un ejercicio de derechos que materialmente desemboquen en un modelo de corresponsabilidad familiar.

Asimismo, estas formas de trabajo digital están planteando nuevos retos a una vertiente tan tradicional en el ordenamiento laboral como es la relativa a la prevención de riesgos laborales. Frente a un enfoque de la prevención orientado ante todo a evitar los resultados negativos más graves, los accidentes de trabajo, ahora hay que enfocarse también a los nuevos riesgos laborales derivados del uso intensivo de las tecnologías digitales. Los escenarios de aislamiento social que puede provocar el trabajo en plataformas, el estrés laboral derivado de que ahora los tiempos y la intensidad del trabajo lo determina el funcionamiento en línea del dispositivo digital, la emergencia de nuevos trabajos digitales caracterizados por su rutina y repetición, están llamando a un nuevo enfoque de las reglas relativas a la prevención de riesgos laborales. Desde luego, emerge, de nuevo, la gestión de los tiempos de trabajo y los tiempos de descanso, buscando fórmulas de tiempos necesarios de interrupción de la actividad desde la perspectiva de la prevención en cierto tipo de trabajos especialmente estresantes. La efectiva articulación del derecho a la desconexión digital se convierte en una de las novedades establecidas para todo tipo de trabajo, si bien

va a tener particular relevancia en el caso de los trabajos a través de dispositivos digitales en línea que acentúan los riesgos de permanente mantenimiento como activo del cordón umbilical de conexión a la organización empresarial. Pero, igualmente, mecanismos de control de la velocidad en el ritmo de trabajo forzado por la aplicación informática, que, necesariamente, en algunos casos, está llamada a “humanizarse”, de modo que el trabajo digno adquiera una nueva lectura más allá de la tradicional y más extendida.

Finalmente, sin pretender agotar los aspectos impactados por el cambio digital, es obligado referirnos al reforzamiento de los derechos/deberes de formación continua y reciclaje profesional en el curso del desarrollo del contrato de trabajo. La formación, para adaptar las habilidades y competencias del trabajador a los cambiantes escenarios tecnológicos, debe dejar de presentarse como un apéndice dentro de la causa del contrato de trabajo, para convertirse en un elemento esencial del mismo, como lo es la contraprestación de trabajo por salario. La formación debe reconstruirse desde esa doble condición dual tanto de derecho como de deber, tanto para el trabajador como para el empleador. Y debe, por añadidura, presentarse, no como un elemento puntual en el desarrollo de la relación laboral, sino de carácter constante e ininterrumpido en la ejecución del contrato de trabajo. Ello requiere que se exija, especialmente en las empresas más sometidas a cambios en la ejecución de funciones y tareas a resultas de la digitalización, y, en general, del cambio tecnológicos, planes y programas de formación adecuados.

Asimismo, habría que reforzar el deber de formación para la adaptación a los cambios tecnológicos, previo a medidas más traumáticas de reducción de empleo, otorgando a este deber una regulación propia y con identidad normativa específica, más allá de una circunstancial mención en el momento de referirse a la causa objetiva de despido por tal motivo. Y, para cerrar el ciclo, debería contemplarse como imprescindible, y no como una mera posibilidad, que los planes de

recolocación en los expedientes de regulación de empleo derivados directa o indirectamente de transformaciones tecnológicas, contengan programas de entidad de reciclaje profesional, tanto para quienes pierden su empleo a resultas de estos despidos colectivos, como para quienes los conservan si bien en un escenario tecnológico claramente diverso del precedente.

La centralidad de la negociación colectiva

No cabe la menor duda de que todos los elementos comentados hasta el momento presente están llamando a una relectura de la normativa estatal reguladora de nuestras relaciones laborales, incluso, en algunos aspectos, a la reforma o puesta al día de la misma. Eso sí, tales retos no se circunscriben a la intervención legal en nuestro sistema de relaciones laborales, sino que los mismos comportan un importante llamamiento a la intervención por parte de la negociación colectiva. Teniendo presente la elevada tasa de cobertura de la negociación colectiva, junto a la importante función regulativa que despliega el convenio colectivo en nuestro sistema de relaciones laborales, el mismo está llamado a intervenir decisivamente en la implementación de aspectos clave, a los que la norma legal apenas alcanza a contemplar en sus aspectos básicos. La capacidad adaptativa de los convenios colectivos a las peculiaridades sectoriales, territoriales, profesionales y empresariales, les otorga un rol decisivo de respuesta a los desafíos planteados por los procesos de digitalización del trabajo.

En todos los aspectos previamente enunciados, la negociación colectiva puede asumir un espacio de intervención de significativa relevancia: el desarrollo de la formación profesional ante los cambios digitales; la garantía práctica de los espacios de privacidad del trabajador en el ejercicio de los poderes empresariales de control; la introducción de medidas de acción positiva respecto de grupos laborales en riesgos de exclusión o marginación laboral; las reglas de gestión de los algoritmos y

de la inteligencia artificial en el trabajo; la regulación de los tiempos de localización, de disponibilidad y de presencia, así como de los trabajos por objetivos, tanto desde la perspectiva de la normativa sobre jornada y horario de trabajo, como desde el punto de vista de los sistemas retributivos y de la estructura del salario; la garantía de que las reglas sobre conciliación laboral desemboquen en un resultado deseable de efectiva corresponsabilidad familiar o la búsqueda de mecanismos alternativos a los actuales en este terreno; la concreción de las reglas de prevención de riesgos laborales en escenarios digitalizados. Incluso sería preciso reflexionar acerca de las causas determinantes de las escasas experiencias de negociación de los acuerdos de interés profesional en el ámbito del trabajo autónomo económicamente dependiente, así como de las posibilidades de enriquecimiento de sus posibles contenidos.

IV. LA PARTICIPACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN EL USO DE LOS ALGORITMOS Y SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Mayo 2021

Contenido y alcance general de la novedad legislativa

La presunción de laboralidad de los distribuidores de mercancías con uso de algoritmos introducida legalmente ha tenido tal difusión mediática que ha llegado a denominarse como la [ley riders](#), con el efecto de haber pasado algo más inadvertida la otra novedad de la norma: el reconocimiento de derechos de información de los representantes de los trabajadores en el uso de los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial. No se trata de efectuar comparaciones en la valoración de la

importancia de una y otra materia, por cuanto que son asuntos muy diversos, si bien tengan ese elemento común de incorporar a la legislación laboral los cambios tecnológicos que se viene produciendo en el funcionamiento de las empresas a resultas de la introducción de las tecnologías digitales. En todo caso, sí es necesario detenerse a comentar esta segunda novedad legislativa, que como tal tiene una destacada relevancia y, con seguridad, va a tener mucho impacto en el funcionamiento cotidiano de las relaciones laborales. Si acaso, cabe marcar una diferencia comparativa muy significativa entre ambas novedades, consistente en que, mientras que la regla de la presunción de laboralidad, con todas las dificultades interpretativas que pueda presente, constituye una regla cerrada y acabada sólo pendiente de cómo vaya a ser interpretada por los Tribunales laborales, por el contrario la regla que pretendemos aquí comentar es una regla pendiente de conectar con el resto de las disposiciones sobre participación de los trabajadores en la empresa y, en particular, pendiente del desarrollo y concreción que de la mismo lleve a cabo la negociación colectiva.

Lo que se establece es algo aparentemente bastante simple, pero que está por ver si ello presenta más complejidades de las que aparentemente se podrían derivar de una simple lectura de la norma. Se trata, en concreto, de introducir de manera expresa un derecho de información a los representantes de los trabajadores, y correlativa obligación de informar por parte de las empresas, a través de la inclusión de una nueva letra a la relación de competencias informativas a tales representantes: “ser informado 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” (art. 64.4 d Estatuto de los Trabajadores).

En términos aproximativos es posible adelantar los elementos más señalados de la nueva regla al respecto, donde se puede resaltar el impacto universal de esta competencia atribuida a la representación de los trabajadores en la empresa.

Primera constatación, este deber se impone a todo tipo de empresas que se basen en algoritmos o sistemas de inteligencia artificial en la gestión de sus empleados. Por tanto, no se circunscribe a ningún sector productivo, a ningún tipo de actividad empresarial, trascendiendo así tanto a las empresas de distribución de mercancías, como incluso a las empresas que desarrollan su actividad a través de plataformas digitales. Todo tipo de empresas pueden utilizar para su gestión de personal estas tecnologías, basándose en el uso de algoritmos o de inteligencia artificial.

Segunda constatación, mientras que la referencia a los algoritmos alude al uso de técnicas matemáticas automatizadas, que constituyen un fenómeno muy concreto si bien cada vez más empleado por todo tipo de empresas, se añade también la referencia a los sistemas de inteligencia artificial, que resulta algo tecnológicamente más amplio, pudiendo incorporar la adopción de cualquier mecanismo que comporte una automaticidad, plena o parcial, de ciertas decisiones empresariales.

Tercera constatación, afecta de manera genérica al conjunto de los poderes y facultades del empleador derivadas del carácter subordinado de la relación laboral; por tanto, abarca tanto a sus facultades directivas y de organización del trabajo, como a las facultades de control de cumplimiento de las obligaciones del trabajador, así como del ejercicio de los poderes disciplinarios del empleador. En particular, no se refiere exclusivamente a los poderes ejercidos a partir de la celebración e inicio de la ejecución del contrato de trabajo, sino que también abarca a las fases previas a la formalización del contrato de trabajo. Es claro esto último, cuando el precepto alude expresamente al “acceso” al empleo, incluida la elaboración de perfiles; elaboración de perfiles que, entre otras manifestaciones encuentra su expresión en el momento de la selección de los trabajadores a contratar, por supuesto abarcando también otras selecciones en las que con motivo de una decisión empresarial se tienen que establecer criterios comparativos entre los diversos empleados de la empresa.

Finalmente, presenta un carácter universal desde el punto de vista subjetivo, por cuanto que ese deber de información se extiende al doble canal de representación en la empresa. Es cierto que la inserción se produce dentro del Estatuto de los Trabajadores, cuando el mismo enumera las funciones y competencias de los comités de empresa (art. 64 ET), si bien complementariamente en otro precepto se atribuye idénticas funciones y competencias por remisión a los delegados de personal (art. 62.2 ET). Más

aún, debe traerse también a colación el dato de que adicionalmente la regulación relativa a los delegados sindicales, atribuye a estos tener acceso a la misma información y documentación que la empresa pone a disposición del comité de empresa ([art. 10.3 1º Ley Orgánica de Libertad Sindical](#)).

Las competencias adyacentes de los representantes en la materia

Quienes han efectuado una valoración a su juicio resaltando la escasa novedad de esta nueva competencia, han venido a resaltar que ya los representantes de los trabajadores ostentan competencias en este terreno, que prácticamente suponen interpretar que por distintas vías tal deber de información era ya deducible conforme a nuestra normativa ya vigente. Incluso algunos han venido a resaltar que en ocasiones dicha competencia a ciertos efectos resultaba previamente ya de superior entidad, por cuanto que no comportaba sólo un deber de información, sino incluso un deber de consulta o de información previa por parte de los representantes de los trabajadores.

Y no cabe la menor duda de que la amplitud de las competencias de los representantes en lo que refiere a la gestión empresarial ya resulta de notable exactitud, que pudiera dar esa impresión de tratarse de una adición legal carente de contenido material.

A estos efectos, la normativa laboral parte de la atribución de un derecho de información de carácter omnicomprendido, que podría dar a pensar que abarca a todo: “tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa” (art. 64.1 ET). Ahora bien, ello ha de entenderse como una declaración de carácter general, que después debe concretarse en las concretas materias para las que de forma específica y expresa se recoge ese derecho de información. Esa lista de concretas materias es igualmente cierto que ello abarca a un amplio abanico de cuestiones. Dejando de lado las que afectan a la situación de la empresa o de los trabajadores y centrándonos en las conectadas con las decisiones empresariales, que son las que afectan a la nueva norma, podríamos mencionar las siguientes: aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 64.3 ET); sanciones impuestas a los trabajadores por faltas muy graves (art. 64.4 ET); movilidad funcional del trabajador a tareas inferiores o superiores (art. 39.2 ET); contratos y subcontratos de obras y servicios (art. 42.4 y 5 ET); transmisión de empresa (art. 44 ET); despido objetivo por amortización de puesto de trabajo (art. 53.1.c ET); puesta a disposición por las Empresas de trabajo temporal (LETT); control de la contratación temporal (art. 10 RD 2720/1998, de 18 de diciembre); horas extraordinarias realizadas (disp. adic. 3ª RD 1561/1995, de 21 de septiembre).

Aparte de ello, deben tenerse en cuenta igualmente las previsiones legales que introducen el derecho de los representantes a ser consultados con carácter previo a la adopción de ciertas decisiones, en la medida en que el deber de cooperación en el cumplimiento de estos derechos (art. 64.4 p. 2 ET), viene a interpretarse, implica el previo derecho a ser informado debidamente para poder tomar posición la representación de los trabajadores con suficiente conocimiento de causa. Entre esas facultades de consulta, por cercanía a lo previsto por la nueva norma, cabría mencionar las siguientes: decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa; eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo; reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla; reducciones de jornada; traslado total o parcial de las instalaciones; procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo; planes de formación profesional en la empresa; implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo (art. 64.5 ET); elaboración y modificación del registro salarial relativo a la igualdad entre mujeres y hombres (art. 5.6 RD 902/2020, de 13 de octubre); promoción automática de los trabajadores por el ejercicio prolongado de funciones profesionalmente superiores (art. 39.2 ET); empresas de trabajo temporal (Ley de Empresas de Trabajo Temporal); política

empresarial de implementación del derecho a la desconexión digital (art. 88 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre; elaboración del calendario laboral (disp. adic. 3ª RD 1561/1995, de 21 de septiembre); gestión por las Mutuas de Seguridad Social de la prestación de incapacidad temporal (art. 69.3 RD 1993/1995).

Incluso habría que incorporar a este listado, por el mismo argumento del deber de cooperación antes mencionado, las competencias que son de desarrollo de un período de consultas con vistas a lograr un acuerdo. En este listado adicional, cabría mencionar la siguiente relación de materias: traslados (art. 40 ET), modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), transmisión de empresa (art. 44 ET), suspensión de la relación laboral (art. 47 ET), despidos colectivos (art. 51 ET); descuelgue de convenios colectivos (art. 82.3 ET).

Los aspectos en los que se concreta el plus de novedad de la norma

Pues bien, a pesar de la amplitud del deber de información antes referido, entendemos que la nueva norma incorpora novedades cualitativas que resulta conveniente resaltar, con un rápido apunte que pueda mostrar el alcance que puede llegar a tener la nueva regla incorporada al Estatuto de los Trabajadores.

Como punto de referencia inicial, conviene tener presente que cuando se trata del ejercicio del poder de dirección ordinario, al tratarse del ejercicio de facultades que se adoptan sin necesidad de comunicar la causa justificativa,

el empleador transmite a los representantes exclusivamente la decisión adoptada, sin necesidad de acompañar la misma de los motivos que le han llevado a ello, salvo cuando se trata de los casos singulares de reestructuraciones empresariales de cierta envergadura; es decir, salvo que se trate de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, de traslados, de transmisión de empresa, de suspensiones de la relación laboral, de despidos colectivos o de descuelgues empresariales, el empresario no precisa comunicar y demostrar las causas justificativas. Ello comporta que el proceso interno que precede a la adaptación de las decisiones que afectan a los poderes directivos ordinarios, aunque se deba informar de los mismos a los representantes sólo se debe informar de lo decidido, pero no de las razones a través de las cuales el empresario intelectualmente ha llegado a adoptar la decisión. Pues bien, lo que viene a introducir como decisiva novedad esta nueva competencia es que, cuando se proceden a utilizar algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, en la medida en que ha de informarse sobre “los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan” tales procedimientos, por vía indirecta necesariamente se ha de informar de los criterios acogidos por el empleador en el momento de adoptar las correspondientes decisiones. Dicho de otro modo, con ello, por vía indirecta, se ha venido a causalizar el poder de dirección ordinario del empleador cuando se emplean algoritmos o sistemas de inteligencia artificial.

Se puede producir de este modo un resultado de alteración de las perspectivas con las que habitualmente se afrontan tales tecnologías. En efecto, hasta el momento presente estas técnicas se afrontan con enorme desconfianza, al extremo que de que se reconoce el derecho de todo interesado 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 ([art. 22 Reglamento de la Unión Europea sobre tratamiento de datos personales](#)). Ello queda justificado por cuanto que preocupa que el uso de esas técnicas de automatización en la adopción de decisiones empresariales pueda esconder determinados sesgos, con repercusión en concreto de ocultamiento de tratamientos discriminatorios. Por contraste a lo anterior, al tener que comunicar a los representantes de los trabajadores los parámetros, reglas e instrucciones utilizados, como efecto derivado, afloran los criterios conforme a los que se ejercen todos los poderes directivos empresariales. En definitiva, de obtenerse toda la potencialidad a esta competencia el resultado final puede ser el contrario: ser preferible que las decisiones empresariales se adopten conforme a un tratamiento automatizado de datos, en la medida en que ello puede acabar siendo una garantía de transparencia y objetividad en la adopción de tales decisiones.

Complementariamente a lo anterior, habría que destacar el hecho de que la introducción de algoritmos y en general de sistemas de inteligencia artificial, se puede situar en fases previas a la adopción de decisiones, de modo que se pueda producir una escisión temporal entre el momento en el que se va a adoptar la relación de decisiones enumeradas en el apartado precedente y la fase previa de preparación de los datos que sucesivamente desembocan en la toma de postura por parte de la empresa. En estos términos, lo que hace la nueva norma es establecer que también en esas fases, que pueden ser generales y previas a la concreta adopción de decisiones, el uso de algoritmos y de sistemas de inteligencia artificial debe ser conocido por los representantes de los trabajadores. Es en esos momentos previos donde se gestan los criterios básicos determinantes de las posteriores decisiones y, en esa medida, se establece el deber de información en ese instante, con la voluntad de garantizar la efectividad del control atribuido a los representantes.

Adicionalmente a ello, al contemplarse de manera expresa el deber de información respecto del uso que se realiza de este tipo de tecnologías digitales, que hasta el presente se situaban en el núcleo reservado y poco transparente del proceso decisorial del empleador, emerge la capacidad de control sobre procesos decisoriales que no se controlaban hasta el momento presente. Dicho de otro modo, al contemplarse de manera expresa este deber de información de manera directa se viene a negar que la empresa pueda aducir que se le está obligando a transmitir

a los representantes algo que ellos consideran pertenece a la esfera del secreto empresarial, que no tienen por qué conocer los representantes de los trabajadores. Una cosa es que la información deducible del uso de estas tecnologías pueda resultar especialmente sensible para la empresa y ello le pueda justificar exigir a los representantes el debido sigilo conforme a la previsión legal (art. 65. 2 ET); pero, al propio tiempo, el reconocimiento de este deber de información conjura toda pretensión interpretativa que lleva a intentar la empresa aplicar su facultad excepcional de negar información relativa a secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera obstaculizar el funcionamiento de la empresa u ocasionar graves perjuicios a su estabilidad económica (art. 65.4 ET). Quede claro que, en la medida en que la nueva competencia relaciona la información con las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles, ello no puede afectar al uso de los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que pudieran referir exclusivamente a lo comercial o financiero. Pero si esta información conecta sobre lo laboral en el sentido amplio del término, el nuevo apartado legal lo que viene a dejar sentado es que ello no se sitúa en el terreno del secreto empresarial a los efectos de que la empresa pueda denegar la información a los representantes de los trabajadores.

A mayor abundamiento, en la medida en que técnicamente se pueda producir un modo de escisión entre la preparación de la política laboral de la empresa con uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial, de un lado, y las concretas decisiones del empleador, por otro lado, es viable que en términos organizativos las empresas adopten

medidas de externalización de servicios. Es decir, es posible que las empresas encomienden a empresas tecnológicas especializadas esas fases previas de tratamiento de datos con algoritmos o inteligencia artificial, para ser después implementadas por el empleador en la gestión de concretas decisiones. Pues bien, tal como se encuentra redactado el derecho de información, el mismo va referido genéricamente al uso de tales tecnologías para la adopción de decisiones, sin exigir que la gestión de tales tecnologías sea realizada de manera directa por el propio empleador. De este modo, el precepto viene a imponer al empleador un deber de información a los representantes de los trabajadores, aunque la gestión de los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial la realice una empresa externa, a tenor de mecanismos de descentralización productiva.

En esa misma línea, si el uso del algoritmo o de la inteligencia artificial se produce por parte de las empresas de trabajo temporal respecto de los trabajadores cedidos a las empresas usuarias, los representantes de éstas últimas tienen derecho a ser informados de ello, cuando ello repercuta sobre el empleo y las condiciones de trabajo de la empresa usuaria, aun cuando no sea su empleador quien gestiona directamente estos medios tecnológicos.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, por muy amplia que sea la lista de materias respecto de las que hemos indicado el empleador debe informar a los representantes de los trabajadores, la misma no es plena, quedando ciertos huecos. Desde este punto de vista lo que hace la nueva regla es utilizar un criterio general de introducir la necesidad de información en todos aquellos casos en los que se usen algoritmos y sistemas de inteligencia artificial

para la adopción de decisiones empresariales, con independencia de la materia o fase a la que refiera la correspondiente decisión empresarial. Así, a título de mero ejemplo, deberá informarse de toda decisión organizativa o de dirección cuando se usen estas tecnologías, sin necesidad de que se concrete en un preciso supuesto de los contemplados legalmente; se deberá informar de todo ejercicio del poder disciplinario del empleador con uso de estas tecnologías, con independencia de que vaya a recaer o no una infracción muy grave; se deberá informar de los criterios selectivos de contratación de los trabajadores y de los correspondientes perfiles vía estas tecnologías al margen de que se entreguen los modelos de contratos o de las copias básicas de los ya entregadas; se deberá informar de los criterios de selección a efectos de promoción profesional o de atribución de encargos de trabajo sobre todo a quienes prestan servicios por resultado como es, a título de ejemplo, el caso prototípico de los riders; se deberá informar de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por despidos objetivos cuando no se superen los umbrales que requieren tramitarlos como despidos colectivos, etc.

Finalmente, conviene recordar que, a resultas de ciertas resoluciones controvertidas, especialmente alguna muy discutida del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha considerado que en ciertas concretas circunstancias es posible adoptar medidas de control de los trabajadores, sin informar a los mismos, para garantizar la efectividad del control empresarial, cuando haya sospechas de conductas

manifiestamente ilegales por parte del trabajador ([STEDH, Gran Sala, 17 de octubre de 2019 asuntos 1874/13 y 8567/13, López Ribalda](#) y otros II). Aunque esta sentencia no entre en este asunto, puede deducirse de manera indirecta que, en la medida en que se justifica la no información al trabajador, con los mismos motivos y fundamentos se podría en estos casos denegar la información a los representantes de los trabajadores. Pues bien, sin necesidad de entrar en la compleja argumentación y debate que se ha producido a estos efectos, cabe afirmar que la presente norma se sitúa en un terreno ajeno a la influencia de esta sentencia. De un lado, se trata de una intervención que se sitúa en las fases previas a la adopción de las concretas medidas de control empresarial. De otro lado, incluso si se entendiese que en algunos casos estamos solapando la fase de preparación de las medidas y la adopción misma de las medidas (por ejemplo, criterios algorítmicos o de inteligencia artificial, para procesar o seleccionar una extensísima información de datos existentes a efectos de control del trabajador), cabe interpretar que la legislación española opta por una regulación más tuitiva de los trabajadores de la que derivaría de la simple aplicación del Convenio Europeo, de modo que con esta reforma el legislador español ha optado por exigir la información a los representantes en todo caso allí donde se usen algoritmos y sistemas de inteligencia artificial.

El posible campo de intervención sucesiva de la negociación colectiva

Para concluir, sería oportuno dejar constancia de que la nueva norma ha dejado algunos flecos sin precisar suficientemente, que podrían constituir espacios de concreción sucesiva por parte de la negociación colectiva.

Entre estas materias susceptibles de implementación de la negociación colectiva, señalaría en de manera telegráfica, los siguientes.

En primer lugar, la norma no deja meridianamente claro el momento en el que se debe informar a los representantes, especialmente si debe ser una información puntual en el momento de acudir al uso de algoritmos o inteligencia artificial, o bien se debe efectuar de proporcionar información periódicamente respecto de tales usos de estas tecnologías. Ello podría ser objeto de precisión por parte de la negociación colectiva.

En segundo lugar, la norma sólo apunta a la información respecto de la utilización de tales tecnologías, pero complementariamente a ello la negociación colectiva podría introducir un deber de información posterior respecto de posibles evaluaciones de resultados del uso de tales algoritmos o sistemas de inteligencia artificial.

En tercer lugar, dada la complejidad técnica de esta información, es posible que la misma sea difícil de procesar y comprender por parte de los representantes de los

trabajadores, que no tienen que ser expertos en esta materia. Con independencia de que el deber de cooperación y de buena fe implique que la información que se transmita resulte asequible, también podría la negociación colectiva prever mecanismos de formación a los representantes de los trabajadores sobre el funcionamiento de estas tecnologías y el modo de asimilar las consecuencias de su uso concreto en el terreno decisonal empresarial.

V.UNA PRESUNCIÓN PLENA DE LABORALIDAD DE LOS RIDERS

Mayo 2021

Cuando se detecta la presencia de falsos autónomos, a quien se les debería aplicar materialmente la legislación laboral, existe un indiscutible consenso en considerar que se trata de una conducta fraudulenta, que se debe corregir y sancionar de manera automática y sin excepciones. A estos efectos, cuando menos de manera pública, no existen desacuerdos, por cuanto que se valora que tales prácticas manifiestan un funcionamiento patológico del mercado de trabajo que, de manera inmediata, perjudica a los derechos de los trabajadores, pero que igualmente provoca efectos perversos de competencia desleal entre las empresas y, a la postre, deteriora la solidez y eficiencia del sistema económico.

Ahora bien, cuando se mencionan ejemplos concretos al respecto, empiezan a manifestarse opiniones opuestas acerca de si realmente se trata de auténticos falsos autónomos, incluso de si materialmente los que realizan estos trabajos preferirían mantenerse fuera de la legislación laboral. A veces, bajo las apariencias de presuntas nuevas formas de empleo, con uso de cierto tipo de tecnologías de última generación, se aduce que predomina una flexibilidad en la realización de estos trabajos que no se adapta bien a la regulación propia del trabajo asalariado. Sin embargo, en la práctica dichas tecnologías digitales acentúan el control empresarial y colocan en posición de mayor debilidad contractual a quien realiza estos trabajos. Ni es cierto que tales trabajadores prefieran una forma de trabajo menos tuteladora como es el trabajo autónomo, ni es posible que ellos ostenten una auténtica libertad en el momento de celebrar el contrato para decidir si prefieren un modelo laboral u otro, ni siquiera es cierto que la legislación laboral careza de fórmulas variadas para adaptarse a estas nuevas formas de trabajo que requieren de dosis superiores de flexibilidad en la organización empresarial.

Más aún, debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones este tipo de trabajos, en condiciones ciertamente precarias, son realizados por la franja más joven de la población. Si tanto se advierte de que han de adoptarse medidas específicas para corregir la fuerte brecha de condiciones de empleo y de trabajo entre la población juvenil y la más adulta, resulta necesario atajar este tipo de

prácticas abusivas para lograr un mejor empleo entre los jóvenes.

Todo esto es justamente lo que sucede con los repartidores o distribuidores de productos de consumo o mercancías que se relacionan con la empresa para las que trabajan mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo. Por ello, resulta todo un acierto el recién aprobado Real Decreto-ley a través del cual se ha contemplado el carácter laboral de estos trabajos cuando las empresas lo organizan y controlan con uso de algoritmos. A mayor abundamiento, el hecho de que esta novedad legal se haya producido a resultas de un laborioso acuerdo de concertación social refuerza la legitimidad de la medida y le otorga dosis superiores de eficacia y efectividad.

La mayor novedad que introduce la norma es que establece una presunción fuerte de laboralidad en estos casos donde, dándose el presupuesto de la situación descrita por la norma, la relación profesional entre las partes se somete necesariamente a la legislación laboral, sin admisión de prueba en contrario por parte empresarial. Y es una presunción fuerte porque el precepto expresamente se remite a la presunción del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, que precisamente recoge esta presunción plena cuando concurren los elementos de ajenidad y dependencia. Lo que hace la nueva disposición es admitir la presencia de la subordinación de forma indirecta o implícita, de modo que en este concreto caso basta con que el trabajador aporte

indicios de que la organización, dirección y control del trabajo se efectúan a través de algoritmos, de modo que, aportados estos indicios, se reconoce la condición de laborales en todo caso, por tanto sin capacidad empresarial de demostración de contrario. Del mismo modo que a principios de los noventa se estableció una exclusión plena para los transportistas, que expresamente se mantiene por remisión en la nueva disposición, ahora se introduce una presunción de inclusión plena, igualmente fuerte, para los repartidores de mercancías con uso de algoritmos si se dan las premisas de la norma. Si se quiere, un indicio de la trascendencia del cambio legislativo que se introduce es la reacción de tan fuerte rechazo por parte de algunas de estas empresas de reparto con uso de algoritmos y que, a resultas de ello, la CEOE haya justificado su apoyo al acuerdo social en que la reforma lo que ha pretendido es evitar prácticas de competencia desleal con el uso de los falsos autónomos. En suma, bienvenida la medida, que sana y proporciona coherencia a nuestro mercado de trabajo.