

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Julio 2025
Volumen 6 - Número 2

Editorial	El rostro cambiante del tiempo de trabajo <i>The changing face of working time</i> Jesús R. Mercader Uguina	4
Artículos doctrinales	Las indemnizaciones del despido en cuestión <i>The severance compensation in question</i> Jesús Lahera Fortezaa	23
	Del trabajo asalariado al trabajo vulnerable. (Apunte crítico sobre las nuevas propuestas de universalización de las regulaciones de protección del trabajo) <i>From subordinate work to vulnerable work. (Critical note on the new proposals for universalization of labor protection regulations)</i> Óscar Fernández Márquez	57
	Pensiones por contingencia profesional en situaciones de reducción coyuntural de jornada. Una regulación discriminatoria (con y sin perspectiva de género) <i>Calculation of pensions arising from occupational risks for workers on reduced working hours. A discriminatory regulation (with and without a gender perspective)</i> Iván Antonio Rodríguez Cardo	82
	Los creadores de contenido digital. ¿Una nueva zona gris del Derecho del Trabajo? <i>Digital content creators. A new grey area in labour law?</i> Carmen Jover Ramírez	109
Artículos jurisprudenciales	Dinámicas abusivas de las plataformas basadas en la web dedicadas a las microtarefas en línea y posibles vías de protección <i>Abusive dynamics of web-based platforms dedicated to online microtasks and potential avenues for protection</i> Ainhoa Nieto Garrote	136
	La regulación del trabajo en plataformas digitales. Estado de la cuestión y comentario a cambios normativos <i>Regulation of work on digital platforms. State of the art and commentary on regulatory changes</i> Rafael Pardo Gabaldón	164

	Prácticas de IA prohibidas en el ámbito laboral. Análisis y posibles soluciones desde la normativa laboral española	190
	<i>Prohibited AI practices in the workplace. Analysis and possible solutions from Spanish labour legislation</i>	
	Alejandro Morales Aragón	
<hr/>		
Debate	El aseguramiento de la responsabilidad empresarial del pago del recargo en las prestaciones de Seguridad Social	208
	<i>Ensuring corporate liability for the payment of surcharges on Social Security benefits</i>	
	Tomás Sala Franco	
	La vigencia del recargo de prestaciones de Seguridad Social del incumplimiento de medidas de prevención de riesgos laborales	212
	<i>The validity of the surcharge on Social Security benefits for failure to comply with occupational risk prevention measures</i>	
	Andrés Ramón Trillo García	
	¿Qué hacemos con el recargo de prestaciones? Reflexiones y propuestas para un debate necesario	220
	<i>What to do with the Social Security benefits surcharge? Thoughts and suggestions for a much needed debate</i>	
	Elena Desdentado Daroca	
	El recargo de prestaciones. Crónica de un anacronismo	234
	<i>The benefits surcharge. Chronicle of an anachronism</i>	
	Rodrigo Martín Jiménez	
<hr/>		
Recensiones	BLASCO JOVER, CAROLINA. <i>Cuestiones clave sobre la readmisión y los salarios de tramitación en el despido improcedente.</i>	246
	Juan Alberto Tormos Pérez	
	MONTROYA MEDINA, DAVID, <i>Enfermedad, contrato de trabajo y discriminación por razones de salud.</i>	249
	Beatriz Sánchez-Girón Martínez	

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

ISSN: 2660-7360 - www.uc3m.es/labos

Dirección

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Universidad Carlos III de Madrid

ANA MARÍA DE LA PUEBLA PINILLA
Universidad Autónoma de Madrid, España

Secretaría de redacción

PATRICIA NIETO ROJAS

Comité de redacción

AMPARO ESTEVE SEGARRA

PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI

LUIS GORDO GONZÁLEZ

Comité científico

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES
University of Glasgow, United Kingdom

IGNACIO GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN
Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Universidad Autónoma de Madrid

LABOS. REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL

Secretaría editorial

Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid-126 28903 Getafe (Madrid) España
Correo electrónico: revistalabos@uc3m.es

EDITORIAL

El rostro cambiante del tiempo de trabajo*

The changing face of working time

Jesús R. Mercader Uguina

Catedrático Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0001-6301-6788

doi: 10.20318/labos.2025.9664

“Lo que el trabajador debe no es realmente tiempo de trabajo,
sino el trabajo prestado durante cierto tiempo”

M. ALONSO OLEA

Lecciones sobre el contrato de trabajo

1. Tiempo y cultura del trabajo

El tiempo de trabajo se ha convertido en el indiscutible protagonista de los debates sociales más recientes. Muchos son los ejemplos que, en los últimos tiempos, lo ponen de manifiesto, desde anunciadas reformas normativas¹, pasando por Congresos², estudios³ e investigaciones⁴ que han servido para poner en el debate público los múltiples y complejos perfiles que plantea esta cuestión. Las razones que abonan la referida complejidad son

*El presente estudio es tributario del previo, *Is there a future for working time in the digital age?* en. *Innovative cases on working time reduction and flexible working time arrangements in Europe*, 2025, pp. 5-16, que inaugura la nueva serie de Labos “Current Issues on Labour Law.”

¹ Significadamente, el Proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y la garantía del registro de jornada y el derecho a la desconexión (BOCD, 16 de mayo de 2025).

² Excelente ejemplo es el XXXV Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo, *Tiempo de trabajo y cambio climático*, Madrid, METS, 2025 y, en particular, la ponencia general de J.M. GOERLICH PESET, *El trabajo y su tiempo*, pp. 17-53.

³ Un estudio de conjunto puede encontrarse en la clarificadora monografía de D.M. CAIROS BARRETO, *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*, Albacete, Bomarzo, 2021, pp. 158-162.

⁴ Buen ejemplo también es el proyecto *InnovaWorking* (2025) que ha sido desarrollado con financiación europea y liderado por A. B. MUÑOZ RUIZ de la Universidad Carlos III de Madrid. En el mismo se analizan a lo largo de dos años casos innovadores en materia de nuevas formas de organización del tiempo de trabajo, lo que incluye los modelos de jornada flexible y la jornada de los cuatro días, en seis países de la Unión Europea (Francia, España, Finlandia, Países Bajos, Irlanda y Hungría),

múltiples, pero en su centro se encuentra, probablemente, la transformación que en muy diversos planos está viviendo nuestra sociedad. Y es que, aunque el tiempo constituye una cuestión existencial paradójicamente intemporal (no por casualidad una de las obras filosóficas más influyentes del siglo pasado fue, precisamente, “Ser y tiempo”⁵), lo cierto es que las transformaciones sociales, culturales, tecnológicas y climáticas⁶ que vivimos en nuestros días dotan de perfiles propios a esta cuestión. Cambios en las estructuras profundas de la sociedad que vienen acompañados de transformaciones vertiginosas de la mano de la IA y de la caja de herramientas de las nuevas tecnologías. Vivimos tiempos acelerados de cambio, vivimos tiempos de turbocapitalismo⁷.

El tiempo es una variable fundamental de la existencia⁸ y es que “el ser humano está orientado hacia el tiempo por naturaleza, igual que los animales y las plantas”⁹, es un factor ineludible e irreversible de la vida de las personas. El ser humano es tiempo de vida, es “cuánto”. O, expresado de forma más cruda, la cantidad de tiempo de vida es el elemento esencial que compone “la aritmética elemental de la existencia”¹⁰. El tiempo invertido en el trabajo es el que se resta de aquella otra parte que se destina a actividades de ocio, de no trabajo, la suma total es el tiempo de vida. De ahí la importancia de cómo repartir el gasto vital de un bien inexorablemente limitado. Una distinción esencial que se plantea con particular agudeza cuando nuestra mirada se proyecta sobre el trabajo por cuenta ajena. En este caso, “el binomio se formula como tiempo para mí-tiempo para otro, y no ya como mera distribución del tiempo propio entre trabajo y ocio”¹¹.

Esta dualidad, tiempo de actividad laboral versus tiempo de actividad no laboral, impregna el entendimiento de las normas jurídicas que definen el tiempo de trabajo. La Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo¹², se construye desde este dualismo y define el “tiempo de trabajo” como “todo período durante el

⁵ M. HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*, Madrid, FCE, 1967.

⁶ Como pone de manifiesto el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo “*Tiempo de trabajo y eficiencia de la economía y bienestar de los trabajadores (también en el contexto de la transformación digital y la automatización del trabajo): un análisis jurídico y comparativo de la situación en los Estados miembros de la UE (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia polaca del Consejo)*” (C/2025/2960), “los efectos del cambio climático antrópico han puesto de relieve nuevos desafíos para la organización del tiempo de trabajo, incluida la necesidad de garantizar la salud y la seguridad de las personas que trabajan y una organización del trabajo segura y saludable. La gran tragedia de la dana en España y la regulación dada por el Gobierno español evidencian este impacto”.

⁷ L. CONCHEIRO, *Contra el tiempo. Filosofía práctica del instante*, Barcelona, Anagrama, 2016, pp. 26 y 29.

⁸ Dice M. HEIDEGGER que “la vida humana se orienta en su quehacer más cotidiano por el tiempo. La vida humana encierra en sí misma una regulación temporal. Ella tiene su tiempo para trabajar, para comer, para descansar y para divertirse. La regulación del tiempo queda fijada públicamente por el calendario, (...) y por la jornada laboral. Los sucesos que se producen en el mundo circundante y los procesos de la naturaleza son “en el tiempo”. En *El concepto del tiempo (Tratado de 1924)*, Barcelona, Herder, 2008, pp. 25-26.

⁹ E. JUNGER, *El libro del reloj de arena*, Barcelona, Argos Vergara, 1985, p. 10.

¹⁰ P. CHABOT, *Tener tiempo. Ensayo de cronosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 2023, p. 25.

¹¹ M.R. ALARCON CARACUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 13.

¹² La Directiva 2003/88/CE al tiempo que pretendía establecer un suelo transnacional de derechos, también ha servido para introducir nuevas flexibilidades y complejidades en la legislación sobre el tiempo de trabajo, rebajando el objetivo tradicional de reducir el total de horas trabajadas, como señalan B. BURCHELL and others, *The future of work and working time: introduction to special issue, Cambridge Journal of Economics*, 2024, Vol.48, 1, pp. 1-24.

cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o funciones, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales”, mientras que considera “período de descanso” como “todo período que no sea tiempo de trabajo”. De modo que, como el Tribunal Supremo ha recordado, la realidad del tiempo compone “un sistema binario que descarta las categorías intermedias y obliga a determinar cuándo una unidad cronológica pertenece a una u otra modalidad”¹³.

La dimensión del tiempo de trabajo ha ido cambiando a lo largo de la historia. Sin remontarnos a períodos anteriores, en las etapas iniciales de la industrialización era motivo de inquietud para los empleados el disponer de tiempo suficiente para recuperarse del esfuerzo laboral puesto que la mayoría de los varones adultos pasaban la mayor parte de su tiempo en el trabajo (en 1850, el 70% de las horas de vigilia, eran, en promedio, de trabajo)¹⁴. Esta dedicación entronca con la idea del trabajo como bien y con la de que la pereza es un “crimen social” que crea un peligro para el que se entrega a ella y para la colectividad de la que es miembro, pues cada uno debe pagar su deuda social y contribuir al desarrollo de la especie humana¹⁵. Una idea que llega hasta nuestros días. El ejemplo lo tenemos en nuestra Constitución que reconoce que “una vida digna sólo puede concebirse como una vida ganada con el trabajo”, de manera que no cabe su invocación para “tutelar la pereza”¹⁶. El ocio solo aparece en el texto constitucional en dos ocasiones y lo hace como compromiso de los poderes públicos en favorecer su “adecuada utilización” (artículos 43.3 y 148.1.19ª CE).

No obstante, estas ideas han ido diluyéndose. La fórmula, tan valorada en el siglo XIX; “el trabajo fue su vida” ha sido reemplazada por “la vida empieza después del trabajo”¹⁷. Desde los años sesenta del siglo pasado, edad de oro del crecimiento económico, algo comienza a cambiar. Lentamente se pasó a dar prioridad a disponer de tiempo libre y, más recientemente, al evolucionar las preferencias hacia estilos de vida más individualizados, a una mayor flexibilidad de la jornada laboral que permita su compatibilización con los tiempos de vida personal y familiar. El advenimiento de la sociedad de consumo de masas y sus normas de felicidad individualista han tenido en ese cambio un papel esencial. El evangelio del trabajo ha sido destronado por la valorización social del bienestar, del ocio para todos y del tiempo libre¹⁸. Fruto de estas ideas, el tiempo de trabajo ha ido cambiando al reducirse la duración de la semana laboral, alargarse las vacaciones y acortarse la vida profesional por incorporación tardía y/o salida anticipada del mercado de trabajo; simultáneamente, ha crecido de manera significativa el trabajo a tiempo parcial. Además, en estos últimos cien años, la duración del tiempo de trabajo en cierta medida se ha estandarizado, homogeneizado, es decir, armonizado para las distintas categorías de trabajadores.

¹³ En palabras de la STS 19 de noviembre de 2019 (Rº 1249/2017).

¹⁴ Como recuerda Z. BAUMAN, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 35, quien también pone de manifiesto que en el momento de publicación de su obra (1998) se encontraría en el 14%.

¹⁵ G. LIPOVETSKY, *El crepúsculo del deber. La ética indolosa de los nuevos tiempos democráticos*, Barcelona, Anagrama, 1998, p. 172.

¹⁶ L. M. DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003, p. 431.,

¹⁷ G. LIPOVETSKY, *El crepúsculo del deber...*, cit., p. 175.

¹⁸ Tesis anunciada en su día por L. RACIONERO, *Del paro al ocio*, Barcelona, Anagrama, 1990.

En el pasado, los más ricos de la sociedad se asociaban con la “clase del ocio”. Los ricos compraban inmunidad al trabajo gracias a su riqueza¹⁹. Trabajaban menos sólo a costa de que la clase trabajadora trabajara más: su elevado estatus se basaba en que hacían trabajar a la clase trabajadora menos acomodada. Pero, en épocas más recientes, los más ricos han tendido a trabajar más, no menos, todo ello supuso el fin de la clase ociosa²⁰. Esto refleja en parte un deseo de estatus a través de la asociación con la ocupación y no con el ocio, pero también refleja una necesidad de más ingresos para que los ricos puedan seguir el ritmo de las normas de consumo (elevado) imperantes²¹.

Pero, junto a estos cambios culturales y sociales, el mundo del trabajo está sufriendo transformaciones esenciales dirigidas, como decíamos al principio de estas páginas, a conseguir una mayor productividad a través de los nuevos sistemas tecnológicos. Su impacto en el tiempo de trabajo es más que evidente. Ya Keynes profetizó en 1930 que, como consecuencia del incremento de la productividad, nuestra jornada laboral no se extendería más allá de las 15 horas semanales a partir de 2030, un resultado que llevaría consigo un período de felicidad para los seres humanos²². En 2030, decía el padre de la economía moderna, “cada trabajador dispondría de maquinaria suficiente como para hacer de él un superhombre en comparación con su abuelo cien años antes”²³. Un mundo con menos horas de trabajo laboral, con predominio del tiempo libre creativo y sin diferencias en la distribución de la renta. Este sueño del capitalismo reformado tenía, como es lógico, solo presente el modelo tecnológico existente hace un siglo, una realidad que, por tanto, no contaba con el crecimiento exponencial e integral de la revolución digital que se vive en nuestros días.

Una gran cuestión se abre: ¿Qué será del tiempo de trabajo en la era digital?

2. Repensar el tiempo de trabajo en la era digital

No es nada nuevo que, desde hace tiempo, los cambios productivos han llevado a los empleadores a alejarse paulatinamente de un sistema de tiempos rígidos y uniformes. A ello han contribuido factores como la mayor incertidumbre de los precios de los factores de producción, las posibilidades de fabricación y la demanda de los productos, vinculados con la aparición de métodos industriales nuevos y adaptables, así como los cambios

¹⁹ T. VEBLEN, *Teoría de la clase ociosa*, Madrid, FCE, 2002 (1ª ed.1899).

²⁰ Todo ello con matices, pues como expone M. ARTOLA BLANCO, *El fin de la clase ociosa. De Romanones al estraperlo, 1900-1950*, Madrid, Alianza Editorial, 2015, p 71, “el concepto de empleado, ligado al trabajo en un lugar fijo (oficina) y a la percepción de un sueldo anula pagado con regularidad, llevaba implícita una carga de subordinación y falta de autonomía que era inaceptable para las clases altas”.

²¹ B. BURCHELL and others, *The future of work and working time: introduction to special issue*, *Cambridge Journal of Economics*, cit., p. 7.

²² D. A SPENCER, *Marx, Keynes and the future of working time*, *Cambridge Journal of Economics*, 2024, Vol.48, 1, pp 25-40

²³ Como resume R. HEILBRONER, *Los filósofos terrenales*, Madrid, Alianza Editorial, 2015, p. 427. En la obra de J.M. KEYNES, “*Economic possibilities for our grandchildren*,” en *Essays in Persuasion*, Sarasota, Palgrave Macmillan, 2010, pp. 321-332. <https://goo.gl/7zhrvM>

normativos que han abierto nuevos caminos a la conciliación y a la corresponsabilidad. Modelos y usos que han tenido también su reverso oscuro con el desarrollo de fórmulas que han servido para devaluar y precarizar el tiempo de trabajo. Buen ejemplo de ello son y han sido los contratos de cero horas o las fórmulas de empleo a llamada²⁴.

Pese a esos cambios, las legislaciones laborales, al definir el modelo legal de ordenación del tiempo de trabajo, siguen ancladas en una lógica industrial y presencial que pivota sobre el puesto en un centro de trabajo, una opción poco acomodada a las actuales realidades productivas en los que la idea fuerza comienza a ser trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar. Elementos “tales como la diferencia entre presencialidad y disponibilidad, el desarrollo de las fórmulas de trabajo digital, con conexión aparentemente permanente, el teletrabajo o el trabajo a demanda, con notable disponibilidad del trabajador de sus tiempos de actividad e inactividad, son buenos ejemplos de la insuficiencia de las reglas previstas en nuestro sistema para regular de manera eficaz y las jurídicas jornadas laborales singulares alejadas del molde tradicional”²⁵.

La anterior realidad obliga a volver la mirada a la realidad en transformación que está viviendo en la práctica el tiempo de trabajo y valorar las insuficiencias en las que pueden estar instalados los sistemas normativos que, dicho sea de paso, muestran serias deficiencias para conseguir su adaptación a las transformaciones que lleva consigo el cambio digital. Mientras que el legislador con paso lento responde, se hace necesario acercarnos al nuevo rostro del tiempo de trabajo y a la naciente realidad a la que, más pronto que tarde, tendremos que enfrentarnos.

2.1. Hacia un mosaico de trabajadores con tiempos diferentes y más personalizados

A lo largo de los últimos años hemos sido testigos de la expansión de fórmulas para afrontar este cambio. Lo que se ha denominado “flexiworking” es una nueva forma de trabajar en la que cada empleado puede gestionar su horario y su trabajo según sus necesidades. La creatividad empresarial ha sido grande y sigue creciendo. Las empresas, en un deseo de conseguir una mayor implicación y compromiso de los empleados, han venido incorporando nuevos métodos y formas de actuación. Pero es claro que no todas las empresas ni sus lógicas son coincidentes por lo que no cabe extrapolar, sin más, soluciones de unos modelos empresariales a otros. En todo caso, si hay un rasgo común a estas nuevas circunstancias será el de la apuesta por la búsqueda de nuevas formas abiertas en el uso del tiempo de trabajo. La realidad empresarial del futuro próximo puede encontrarse con un mosaico de trabajadores con horarios diferentes y más personalizados. El

²⁴ Así se extrae, expresamente, del Considerando 12 de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea en el que de manera concluyente se afirma que: “Los trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo garantizado, incluidos los que tienen contratos de cero horas y algunos contratos a demanda, se encuentran en una situación especialmente vulnerable”.

²⁵ F. DURAN LOPEZ (Dir.), *Las necesidades organizativas y productivas de las empresas y las respuestas del ordenamiento jurídico*, Madrid, IEE, 2025, p. 69.

cambio tecnológico llevará inevitablemente consigo el desarrollo de fórmulas flexibles colaborativas en las que el acuerdo entre empresa y trabajador será imprescindible a la hora de definir su diseño.

Una realidad colaborativa, sin duda, compleja que deberá observar cuidadosos equilibrios entre los intereses individuales y los colectivos. En el banco de pruebas que nos ofrece la realidad actual de las adaptaciones de jornada por razones de conciliación familiar ese balance emerge con claridad. De este modo, se aprecia, por un lado, la necesidad de ponderar la decisión interna en el seno de la familia sobre quien deba ejercer las labores de conciliación (dado que, como algún pronunciamiento ha señalado, “el empresario no es guardián de la corresponsabilidad”²⁶); pero otro vector, en ocasiones de signo contrario, viene de la mano de los propios intereses empresariales y del de las personas que no disfrutaban de la adaptación de jornada por conciliación y que deben cubrir las necesidades de quien la realiza. La contradicción entre interés individual y el del conjunto restante de plantilla es patente y obligará a buscar fórmulas transaccionales que permitan valorar los complejos intereses. Una realidad que propiciará una seria reflexión sobre: ¿fórmulas de veto colectivo a las decisiones individuales?

Otro terreno que se abre a la individualización es la que cabría calificar como compra de bolsas de tiempos de trabajo ¿*Una semana laboral de 32 horas y completamente flexible*? Era el titular de una noticia en un diario económico hace unas semanas²⁷. Cada vez cobra más fuerza la lógica del contrato de trabajo como contrato de bolsas de tiempo de trabajo. Lo que el empresario adquiere es una prerrogativa general de autoridad sobre el trabajador durante el tiempo que dura el contrato, pero el tiempo real de disposición es definido por el trabajado. La empresa no impone a sus empleados si tienen que hacer esas 32 horas en un determinado número de días o en un determinado horario. Serán los propios empleados quienes deciden cuándo trabajar con la única excepción de ciertos tiempos que exigirán la obligatoria actividad (i.e. reuniones de equipo en las que se definen los proyectos y formaciones obligatorias). La actividad laboral queda abierta a la libre opción del trabajador que otorga un crédito de horas a su empresario, sin tracto sucesivo, cuando trabaja con él la relación de trabajo.

Pero las fórmulas de tiempo de trabajo flexible encuentran plurales dimensiones, por ejemplo, las denominadas “trabacaciones”. Del término “workation”, que proviene de la combinación de las palabras inglesas “work” (trabajo) con “vacation” (vacaciones) y que se refiere al hecho de trabajar mientras se disfruta de la vida, los momentos de ocio y el turismo en un destino vacacional. Las trabacaciones constituyen una alternativa dentro del movimiento de nómadas digitales que se impone a las fórmulas tradicionales de trabajo asentado y rutinario. Ello ha hecho que los límites entre los tiempos de descanso y las horas en la oficina se estén difuminando, para dar paso a un nuevo concepto híbrido, que admite múltiples opciones caracterizadas por una mayor flexibilidad y equilibrio entre el tiempo libre y el de trabajo.

²⁶ STSJ Galicia de 22 de abril de 2025 (Rº 319/25).

²⁷ Expansión, lunes 9 de junio de 2025.

La expansión del trabajo a distancia también está llamada a producir cambios importantes en nuestra concepción no solo del lugar, sino también del tiempo de trabajo. Probablemente, el teletrabajo pueda convertirse en un observatorio para calibrar los cambios en la lógica del tiempo de trabajo. Ejemplo de ello es el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo que invierte los términos en que la organización del tiempo de trabajo suele funcionar en las relaciones laborales al dar prevalencia a la capacidad de gestión flexible del tiempo por el teletrabajador: “*En el marco de la legislación, de los convenios colectivos y de las reglas de empresa aplicables, el teletrabajador gestionará la organización de su tiempo de trabajo*”. Como doctrinalmente se ha señalado: este derecho es importante, porque implica que el punto de partida o situación por defecto o predeterminada es el derecho del trabajador a flexibilizar su horario, es decir, a alterar la hora de inicio y finalización de su tiempo de trabajo a lo largo del día y de la semana²⁸.

2.2. La necesaria redefinición del trabajo a tiempo parcial

Especial importancia tendrá también en un futuro con tiempos de trabajo ocupados por las máquinas el recurso al trabajo a tiempo parcial. Es previsible que esta fórmula de trabajo alcance cierta importancia no solo por la creciente fragmentación de tareas, sino también por el efecto que tendrá la disminución de necesidades relativas a la cantidad y continuidad del tiempo de trabajo como consecuencia del cambio tecnológico²⁹. El régimen jurídico del contrato a tiempo parcial se ha venido construyendo con múltiples normas, no siempre dotadas de la misma finalidad y que, por ende, poseen una estructura demasiado compleja. Desde hace tiempo se viene reclamando una nueva regulación que debe aspirar a ser sencilla de comprender, útil para el empresario que quiere contratar bajo un régimen flexible de tiempo y atractivo tanto para un trabajador que tiene otras necesidades ajenas al trabajo (formación, conciliación...) como para el que desearía trabajar más horas.

Un contrato a tiempo parcial con garantías puede ser esencial a la hora de definir el contrato a tiempo parcial de la era digital. La reelaboración de esta figura contractual podría pasar por la construcción de un contrato a tiempo parcial “flexiseguro”³⁰. El mismo podría fundamentarse en el reforzamiento de la flexibilidad de las reglas laborales de organización del tiempo de trabajo a través del establecimiento de un modelo de contrato de trabajo a tiempo parcial variable según necesidad de la empresa que centrara su actuación en el empleo de los jóvenes, pero sometido a un régimen reforzado de protección social que evitase que los trabajadores se vieran penalizados en la construcción de sus carreras de seguro.

²⁸ F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 83.

²⁹ A. GARCIA RUBIO, *El empleo y la relación laboral en el nuevo horizonte tecnológico: una visión transversal sobre los efectos de la digitalización*, Teoría y Derecho, 2018, nº 23, p. 61.

³⁰ Como defendí hace años en mi trabajo: *Una reforma laboral para el empleo: diagnósticos, objetivos e ideas*, Teoría y Derecho, 2013, nº 13, pp. 67 a 88.

2.3. *La muerte del tiempo extraordinario de trabajo*

Desde el punto de vista de la flexibilidad, el marco normativo ofrece diversos mecanismos que permiten la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades variables o cíclicas de la empresa. En el modelo español son varias las fórmulas que buscan ese objetivo: la distribución irregular de la jornada, las horas extraordinarias, las horas complementarias en el tiempo parcial, los contratos fijos discontinuos y los contratos por circunstancias de la producción o, en fin, las fórmulas plurales de bolsas de horas diseñadas por la negociación colectiva que permiten satisfacer tales necesidades. Sin duda, son soluciones clásicas que por mucho que busquen adaptarse a estos nuevos escenarios resultarán insuficientes en los nuevos tiempos.

Entre las dudas e interrogantes que surgen una de ellas puede ser si la tecnología acabará con las horas extraordinarias. Lo cierto es que, hoy en día, la respuesta es negativa. Su utilización sigue siendo buscada tanto por las empresas como por los trabajadores³¹. Para los trabajadores supone un sistema de ingresos adicionales, que permite incrementar los niveles de renta, alcanzándose cotas en el nivel de vida que con el salario ordinario no se alcanzaban. Para la empresa constituye un medio de absorber las elasticidades de la demanda de productos, sin recurrir a contrataciones difíciles de lograr por la inmediatez de su necesidad y por la dificultad de encontrar personal capacitado para el trabajo a realizar. A ello se unen las horas extraordinarias fantasma que nacen del presupuesto implícito de que debe utilizarse el tiempo que sea necesario para completar las responsabilidades laborales sin que las mismas se contabilicen ni se remuneren.

En el derecho español, pese al éxito social de las horas extraordinarias y con el fin expreso de incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores desempleados, se ofrece al Gobierno la posibilidad de “suprimir” la realización de horas extraordinarias o “reducir” su número máximo por un tiempo determinado, ya sea con carácter general o ya sea para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales (art. 35.2 ET). Sin embargo, el Gobierno no ha hecho uso de esta facultad de supresión o reducción temporal, orientada a las razones de política de empleo indicadas. La duda es si en un modelo que tiende por naturaleza a la reducción del tiempo de trabajo será coherente la conservación de una institución pensada, justamente, para lo contrario.

La introducción de los nuevos sistemas de producción en el entorno laboral implica la multiplicación de la productividad, en tanto esas máquinas pueden hacer el trabajo de más de un trabajador, y con ello aumentar la competitividad sobre la base de reducir costes. La actividad incesante de los nuevos sistemas es incuestionable y su impacto sobre la reducción de los tiempos reales de trabajo indiscutible. Las organizaciones “non stop” tecnológicas resultan imbatibles y pueden terminar por eliminar a medio plazo las fórmulas de extensión de jornada y, muy significativamente, de las horas extraordinarias.

³¹ Para un análisis económico de las horas extraordinarias, A. RECIO, *Capitalismo y formas de contratación laboral*, Madrid, MTSS, 1986, pp. 244-250.

2.4. El registro digital de la jornada

El control del tiempo de trabajo a través de sistemas digitales es una de las líneas de tendencia que lleva cobrando fuerza desde hace años y ha encontrado en las fórmulas de registro de jornada su más acabada fuente de inspiración. La STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/2018, Deutsche Bank³², partía de la idea de la inescindible conexión entre normativa de ordenación del tiempo de trabajo y la de seguridad y de la salud de los trabajadores. Por ello, decía el referido pronunciamiento, *“una normativa nacional que no establezca la obligación de utilizar un instrumento que permita determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal no puede asegurar, de conformidad con la jurisprudencia expuesta en el apartado 42 de la presente sentencia, el efecto útil de los derechos que confieren el artículo 31, apartado 2, de la Carta y esta Directiva, en la medida en que priva tanto a los empresarios como a los trabajadores de la posibilidad de comprobar si se respetan tales derechos, y, por lo tanto, puede comprometer el objetivo de dicha Directiva, que consiste en garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores”*.

Es indudable que en aquellas organizaciones productivas en donde prima el trabajo presencial con horarios estables, el control de la jornada puede ser no solo sencillo sino esencial para evitar prolongaciones de jornada que en muchos casos no se remuneraban. Pero la realidad actual es mucho más amplia. La empresa moderna en un entorno económico globalizado en la que los viajes y el desarrollo de actividades fuera de la empresa son constantes y donde priman los resultados obtenidos sobre el tiempo de servicio, puede hacer del retorno a los sistemas clásicos del control del tiempo una regresión que incide con especial intensidad, precisamente, en aquellos sectores de actividad tecnológicamente más avanzados. No sorprende por ello que las primeras reacciones a la norma vinieran desde la tecnología a través del “boom” de las APPs, plataformas digitales, sistemas basados en el big data y desarrollos de sistemas de control biométrico (huella dactilar, reconocimiento facial, etc...) que sirvieron para materializar diversas fórmulas de registro y control de la jornada.

Las más recientes tendencias muestran su predilección por estas técnicas del control del tiempo y apuestan por su perfeccionamiento tecnológico para conseguir un control permanente, panóptico, de los registros del tiempo de trabajo. A estos fines, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social griego ha creado la Tarjeta de Trabajo Digital que registra el horario de entrada y salida del empleado a su lugar de trabajo y que se implementará en los sectores de turismo y hostelería. A ello se añade el objetivo de situar el registro de jornada en el seno de la propia Administración para facilitar así su control permanente. En España, los últimos proyectos normativos se encaminan a implementar estos sistemas a través de medios digitales que garanticen su autenticidad y trazabilidad, la utilización de formatos comprensibles, el establecimiento de obligaciones documentales y la accesibilidad inmediata e interoperabilidad. El objetivo es evidente: conseguir

³² Una interesante reflexión sobre este pronunciamiento desde la perspectiva del cambio tecnológico, T. BAZZANI, *Flexibilización del tiempo de trabajo en la era digital: Un recorrido por la jurisprudencia del TJUE*, Revista de Derecho Social, 2025, nº 109, pp. 122-126.

una suerte de control integral del tiempo de trabajo que resulte absolutamente transparente para la Inspección de Trabajo de modo que pueda acceder de forma remota y permanente a esa información.

2.5. *La gestión algorítmica del tiempo de trabajo*

Como ha señalado Del Rey Guanter, “la IA puede convertirse en el gran gestor del tiempo de trabajo”³³. Y es que, en la actualidad, con una visibilidad limitada, la planificación del trabajo por las empresas a menudo se basa en suposiciones y métodos obsoletos, lo que da lugar a situaciones en las que la ordenación del tiempo de trabajo se gestiona utilizando modelos y hojas de cálculo demasiado simples. Herramientas que, a menudo, carecen de la precisión y la agilidad necesarias para manejar la complejidad de la fuerza laboral actual en un entorno operativo en constante cambio.

Las soluciones como la IA pueden integrar conjuntos de datos masivos y dispares para generar nuevas capacidades y dotar de mayor agilidad a la fuerza laboral. Los sistemas digitales permiten poner en marcha procesos holísticos y estructuras de gestión colaborativas para permitir una gestión eficaz e individualizada de los tiempos de trabajo. Navegar por las transformaciones requiere un enfoque estratégico para la gestión del cambio.

Todo ello recomienda la promoción de programas de IA homologados y validados por la negociación colectiva para la programación del tiempo de trabajo y su gestión. Ello ha de permitir la aplicación de decisiones automatizadas convenientemente supervisadas. Tales programas pueden ser especialmente útiles en la justificación y “objetivización” de decisiones empresariales en materias tales como turnos de trabajo, reducciones de jornadas, permisos, vacaciones...que son en la actualidad causa de numerosos conflictos.

La sentencia de la Audiencia Nacional 101/2025, de 4 de julio (R°. 182/2025), constituye una clara manifestación de esta nueva realidad. En ella se pone sobre la mesa el derecho de los delegados sindicales a ser informados de los parámetros que rigen los algoritmos que inciden en las condiciones laborales. El caso surge ante la negativa de una empresa de *contact center* de proporcionar a los delegados sindicales de CGT información sobre un eventual sistema algorítmico que afectaría al sistema de libranzas. En este caso, el eje del litigio se remitía, por tanto, a una cuestión puramente fáctica, cual fue la verificación de si la empresa utilizaba efectivamente un sistema algorítmico para asignar descansos. Como acertadamente se ha señalado el fallo “refuerza la obligación empresarial de colaboración informativa respecto de los representantes de los trabajadores y establece un precedente significativo sobre el alcance de los derechos de información sindical en entornos de gestión digital del trabajo”³⁴, añadimos, con el tiempo de trabajo como telón de fondo.

³³ *Tecnologías disruptivas y Estatuto de los Trabajadores XXI: una norma de transición*, Presentación FIDE, abril 2024.

³⁴ D. MONTOYA MEDINA, “El deber de informar a los representantes sindicales sobre los algoritmos en la gestión de descansos. A propósito de la SAN de 4 de julio de 2025”, Briefs AEDTSS, número 78, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2025

3. Trabajar menos para trabajar todos

3.1. ¿Seremos más felices trabajando cuatro días?

Pero el eje sobre el que orbita el cambio del tiempo de trabajo en nuestros días se centra en la reducción de la jornada de trabajo y, en particular, con el establecimiento de la jornada de cuatro días³⁵. Se ha demostrado que esta reducción del modelo clásico de jornada semanal puede ser una experiencia viable en las medianas empresas; incluso cuando existe la necesidad de mantener la actividad durante cinco (o siete) días a la semana, los servicios pueden prestarse a través de turnos. Para ello, se ha dicho, es fundamental diseñar sistemas de distribución del tiempo de trabajo con suficiente flexibilidad para que, en función de las necesidades personales de cada colectivo de la plantilla, se puedan elegir turnos fijos (lunes-jueves o martes-viernes) o turnos con días libres variables³⁶.

Hace unos meses Gómez Abelleira planteaba una duda de indudable calado: *Trabajar menos, ¿vivir mejor?*³⁷ Su conclusión era clara: no hay una única respuesta: “Para una persona en niveles elevados de renta, trabajar menos será posiblemente beneficioso: contará con más tiempo de ocio, una vez que sus necesidades están razonablemente bien cubiertas. Para quienes perciben salarios muy poco por encima del SMI, las cosas no son tan claras. Según la Encuesta de Estructura Salarial (INE, 2023), más del 67 por 100 de los asalariados en España ganan menos de dos veces el SMI. Si adoptamos perspectivas concretas como la edad o el sexo, esos salarios más bajos se concentran desproporcionadamente en jóvenes y mujeres”. Y terminaba como empezaba, también con una interrogación, ¿de verdad que la auténtica aspiración de estas personas es trabajar menos?

3.2. ¿Es la reducción del tiempo de trabajo una solución frente al cambio tecnológico?

La cuestión del reparto de trabajo constituye desde hace tiempo un tema recurrente en el debate social planteado no solamente como vía de reducción del desempleo sino a propósito del desarrollo de modelos de sociedad postindustrial en los que el cambio tecnológico está transformando las condiciones generales de vida y en donde el objetivo es menos una voluntad de repartir igualitariamente la carga de trabajo que la de proceder a

³⁵ J. SANCHIS, *Cuatro días. Trabajar menos para vivir en un mundo mejor*, Berlín Libros, 2023.

³⁶ La mayoría de las empresas que ha experimentado este modelo tiene entre 10 y 50 empleados. La empresa más grande es Atom, el banco digital, que cuenta con unos 470 empleados. Muchos trabajan en sectores como tecnología y marketing. Varios están dirigidos por ejecutivos convencidos de que este es el futuro y, en su mayoría, jóvenes. Son muy gráficos los ejemplos que aporta proyecto *InnovaWorking* (2025) en el que se analizan a lo largo de dos años casos innovadores en materia de nuevas formas de organización del tiempo de trabajo, lo que incluye los modelos de jornada flexible y la jornada de los cuatro días, en seis países de la Unión Europea (Francia, España, Finlandia, Países Bajos, Irlanda y Hungría). Los ejemplos pueden verse en el libro electrónico *Innovative cases on working time reduction and flexible working time arrangements in Europe*. Labos, 2025.

³⁷ El Foro de Labos, 10 de junio de 2025. Lectura obligada para entender en toda su extensión las referidas conclusiones es F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La reducción de la duración máxima del trabajo: una revisión desde la perspectiva de la ambivalencia del límite*, en AEDTSS, *Tiempo de trabajo y cambio climático*, Madrid, METS, 2025, pp.288-312.

un reparto más igualitario de la renta. “Si falta el trabajo, repartámoslo”. Han pasado casi 80 años desde que el filósofo Bertrand Russell escribió su “*Elogio de la ociosidad*”, una diatriba contra la moral de la laboriosidad erigida por las clases ociosas. Russell se preguntaba (ya en 1932) por qué los trabajadores disponen de menos tiempo libre que antes de la introducción de las máquinas: “Si el asalariado ordinario trabajarse cuatro horas al día, alcanzaría para todos y no habría paro. Esta idea escandaliza a los ricos porque están convencidos de que el pobre no sabría cómo emplear tanto tiempo libre”.

Las soluciones para abordar estas nuevas necesidades tecnológicas son diversas, pero para plantear respuestas efectivas es necesario partir una visión real de la situación. En relación con el mercado de trabajo, se vierten con cierto desenfado algunas afirmaciones cuestionables desde la perspectiva económica: “El progreso tecnológico destruye empleo. Si las máquinas hacen el trabajo, habrá menos trabajadores ocupados”; o en fin, “la única solución al problema del desempleo es el reparto del trabajo. Solo reduciendo la jornada de trabajo, mejorarán las oportunidades de empleo de los parados”.

Detrás de las anteriores afirmaciones está la denominada falacia de la cantidad fija de trabajo (*lump of labour fallacy*)³⁸. La idea de que la cantidad de trabajo está determinada exógenamente constituye una de las falacias más conocidas en Economía y, sin embargo, más repetidas en muchas de las propuestas de políticas de empleo. El error es creer que la cantidad de trabajo es fija, como un pastel, por tanto, de lo que se trata es de repartir bien el pastel para que haya para todos. El error estriba en que no hay tal cosa. No hay una cantidad de trabajo establecida de antemano, y los empleos son creados por la inversión en función de la productividad. Si no fuera así, bastaría con reducir por ley las horas de trabajo para acabar totalmente con el paro.

Lo cierto es que esta “fiebre” por el reparto del trabajo se ha extendido por todos los países industrializados, sobre todo en el contexto europeo. En algunos, el efecto reductor se establece de forma expresa y generalizada para todos los trabajadores; pero, en otros, se logra el mismo efecto anualizado a través del recurso a diversos mecanismos: el trabajo a tiempo parcial, los años sabáticos y los permisos de larga duración para la formación... Otros, como Grecia, escépticos con sus fines, incrementan la jornada laboral y la llevan a seis días en instalaciones industriales y en aquellas empresas que operan por turnos a diario durante las 24 horas. La intención de esta norma, según el gobierno griego, es facilitar la producción de estas empresas en períodos de mayor carga de trabajo, mientras se mantiene la jornada de cinco días como norma.

Pero si optamos por la reducción de la jornada la cuestión que inmediatamente se plantea es quién debe pagarla³⁹. Una reducción de jornada sin reducción de salarios

³⁸ P. SCHWARTZ, *Las reducciones forzadas de la oferta de mano de obra para combatir el paro*, Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales, 1979, nº 5, pp. 199-230. En el blog “Nada es gratis” la entrada, *Aprendiendo a sumar (I): La falacia de la cantidad fija de trabajo*.

³⁹ En este punto son de interés las reflexiones de T. SALA FRANCO, J. LAHERA FORTEZA, *La transformación del tiempo de trabajo ¿Hacia la jornada laboral semanal de 4 días?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 181-182, donde ponen de manifiesto que “las reducciones del tiempo de trabajo no son todas iguales y pueden utilizarse bien o mal desde la perspectiva de la creación de empleo”.

equivale a un aumento del salario/hora que reciben los trabajadores. Si dicha reducción provoca un aumento del coste laboral unitario (coste laboral en relación con la productividad del trabajo), los precios de los bienes y servicios aumentarán, las empresas verían reducidos sus beneficios, lo que se traduciría en una caída de la inversión y mayor desempleo. De igual modo, si se reduce a la vez jornada y salario, nos encontraríamos en una situación opuesta a la anterior, donde todo el coste del reparto del empleo correría de cuenta de los trabajadores. Estamos, pues, en un terreno sinuoso en dónde es fácil partir de apriorismos, pero es mucho más difícil encontrar soluciones solventes.

4. ¿Un estatuto para el tiempo de no trabajo?

Tanto la legislación vigente, como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea subrayan la idea de que los trabajadores no están obligados a estar a disposición del empresario de forma constante e ininterrumpida y que existe, como hemos visto, una diferencia entre el tiempo de trabajo, en el que el trabajador debe estar a disposición del empleador, y el tiempo no laborable. La era digital recomendará construir un completo estatuto del tiempo de no trabajo para definir con precisión el marco jurídico de aquellos tiempos de inactividad que se encuentran inescindiblemente conectados con una causa o razón laboral.

4.1. La expansión de los tiempos de inactividad conectados con una causa o razón laboral: ¿Socializar el coste de los permisos?

En los últimos años se viene produciendo una expansión de los espacios temporales en los que se reconoce el derecho del trabajador a interrumpir su jornada laboral exonerando al mismo de su deber de trabajar. La existencia del permiso se justifica por la necesidad de que el trabajador pueda compaginar su débito laboral con otro interés o deber, legal o moral, con el que aquél pueda, eventualmente, entrar en colisión. Estas interrupciones constituyen una clara excepción al sinalagma básico del contrato de trabajo⁴⁰, puesto que durante su disfrute el trabajador tiene derecho a percibir la remuneración que hubiera correspondido de haber prestado servicios con arreglo a la jornada.

La ampliación de los permisos por razones de tutela familiar es una realidad incontestable que cada vez se extiende con más fuerza a la tutela de los intereses personales e, incluso, a un concepto cada vez más amplio del compromiso con nuestro entorno que alcanza el acompañamiento a mascotas y, por extensión, al progresivo nacimiento de los permisos para tutelar las correspondientes situaciones de cuidado⁴¹. También esta expansión ha dado lugar al nacimiento de nuevos permisos por donación de órganos o tejidos

⁴⁰ M.R. ALARCON CARACUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, cit., p. 107.

⁴¹ Más extensamente, A.B. MUÑOZ RUIZ, *Convenios colectivos "Pet Friendly": ¿avance laboral del futuro?*, El Foro de Labos, 20/02/2024

o, en fin, de otros nacidos a la luz de las necesidades que puedan surgir en situaciones de emergencia climática.

Ciertamente, “no se trata de cuestionar este sistema, que desplaza a costes empresariales determinadas situaciones personales del trabajador, que pertenecen al azar o a sus decisiones, sin posibilidad de control de la empresa. Pero sí de combinar estas fórmulas con otras menos desarrolladas, como los permisos no retribuidos (que permiten la atención a necesidades personales manteniendo el puesto de trabajo, pero sin coste empresarial) o los propios permisos con prestación social (siguiendo el modelo nacimiento de hijo, que ha suprimido en padres el permiso retribuido). La conciliación familiar exige un equilibrio de reparto de costes entre trabajadores, empresas y Estado, y no es viable, ni recomendable, un modelo donde sólo sean las empresas las que soporten los costes de conciliación familiar”⁴².

Una realidad compleja que se une a otra cada vez más inquietante: el absentismo laboral. Después de analizar las diversas fuentes de información que posibilitan la medición del absentismo en el trabajo, en todas se aprecia su alza hasta máximos niveles históricos desde que se dispone de datos. En ese contexto, el caso de España presenta tres rasgos preocupantes⁴³: (i) la intensidad del fenómeno y del gasto asociado al mismo son de los más altos de la UE; (ii) su evolución reciente presenta los mayores incrementos dentro de la UE; y (iii) todas las comunidades autónomas presentan una evolución creciente, con una importante heterogeneidad entre regiones.

La cuestión que un día tras otro se pone sobre la mesa en muchas empresas españolas es como compatibilizar la organización de la empresa con el cúmulo de ausencias que se producen en su seno. Los desajustes en la organización de la actividad productiva (en ocasiones de difícil adaptación) en cuanto obligan, en muchos casos, a reordenar de forma inmediata y urgente el funcionamiento de sus núcleos de producción, cubriendo las ausencias con nuevo personal, sin la experiencia del ausente (aun cuando tenga sus mismos conocimientos) o a soportar una menor productividad. A ello se añade, en ocasiones, la carga del trabajo que debe asumir el núcleo de trabajadores en que la ausencia se produce y cuya ejecución correspondería al ausente.

4.2. *El derecho a la desconexión como garantía institucional*

En esta línea, una de las dimensiones de ese estatuto de los tiempos de no trabajo viene dada por el derecho a la desconexión digital⁴⁴. Este derecho trata de garantizar una tutela transversal de todos los tiempos de no trabajo: descanso, permisos, vacaciones, etc. Es, de

⁴² F. DURAN LOPEZ, (Dir.), *Las necesidades organizativas y productivas de las empresas y las respuestas del ordenamiento jurídico*, cit., pp. 81-82.

⁴³ Como pone de manifiesto el *Estudio socioeconómico de la evolución de la incapacidad temporal y la siniestralidad en España de Umivale Activa y el IVIE*, 2025.

⁴⁴ Un clarificador balance de situación sobre el derecho a la desconexión puede encontrarse en M. BASTERRA HERNANDEZ, *Control del tiempo de trabajo, desconexión y digitalización*, en AEDTSS, *Tiempo de trabajo y cambio climático*, Madrid, METS, 2025, pp.199-229.

este modo, un complemento material del ejercicio de cualquiera de estos derechos. Una regulación más cualitativa que cuantitativa y que, por tanto, encuentra difícil acomodo en los moldes del modelo de tiempo de trabajo actualmente existentes.

Aunque mucho se ha debatido de la naturaleza del derecho a la desconexión digital, su configuración jurídica actual le acerca, a mi juicio, más a una garantía institucional que a un derecho en sentido propio. Y ello, porque el legislador, en la regulación por la que dota de contenido a esta institución (art. 88 de la Ley Orgánica de Protección de Datos) se habría limitado a dar forma a una institución abstractamente definida sin definir con claridad sus perfiles. El legislador orgánico ni dota de contenido al derecho, construyendo la categoría jurídica sobre una idea sobreentendida (desconexión, exclusivamente, digital), ni establece un régimen sancionador por su incumplimiento. Un típico ejemplo infraconstitucional de garantía institucional que no asegura un contenido concreto, sino la preservación de una institución en términos reconocibles por la imagen que la misma tiene en cada tiempo y lugar determinados. Su función básica resulta, desde el punto de vista positivo, comprometer la acción del legislador en su protección y desarrollo. Por ello, deberá ser el legislador el que dote de unos precisos y definidos contornos en cada preciso momento a esta institución. Estamos lejos en este momento de poder considerar a esta garantía como un auténtico derecho ni, menos aún, un derecho fundamental⁴⁵.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2024 (asunto C-531/23, *Loredas*), las políticas de desconexión digital y los sistemas de registro de la jornada en las organizaciones son salvaguardias esenciales para garantizar la efectividad de las normas relativas al tiempo de trabajo, incluidas, en su caso, las de reducción de la jornada. Este derecho, aunque regulado en algunos países, no lo está en el Derecho de la Unión. Pero, sin embargo, no existe una legislación de la UE que aborde específicamente el derecho a la desconexión, aunque varios textos legales se ocupan de temas relacionados: por ejemplo, la Directiva sobre el tiempo de trabajo, la Directiva marco sobre seguridad y salud en el trabajo, la Directiva sobre conciliación y la Directiva sobre condiciones de trabajo transparentes y predecibles.

Los interlocutores sociales intersectoriales europeos han celebrado acuerdos marco autónomos sobre teletrabajo (2002) y digitalización (2020), que contienen disposiciones pertinentes que deben aplicarse de acuerdo con los “procedimientos y prácticas” específicos de cada Estado miembro. Pese a los frustrados intentos como la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión, es claro que la hiperconectividad y el tecnoestrés asociado que conlleva la moderna transformación digital obliga a realizar una reflexión muy profunda sobre la extensión de este nuevo derecho que ayude a definir su preciso alcance y real contenido.

⁴⁵ Así lo ha recordado la STSJ Cataluña de 5 de mayo de 2023 (R° 7704/2022), al señalar que el derecho a la desconexión digital trata de garantizar el respeto del tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como la intimidad personal y familiar del trabajador. Y, aunque se trate de un derecho fundamental para el Derecho de la Unión Europea (art. 31.2 CDFUE), no es un derecho fundamental de los recogidos en la CE, puesto que esta limitación del tiempo de trabajo y el derecho al descanso aparecen recogidos solo dentro de los principios rectores de la política social y económica.

4.3. La lucha por el tiempo de trabajo: Los torneos digitales

La automatización de las funciones organizativas aumenta efectivamente la eficiencia temporal, al programar el trabajo en unidades de tiempo más precisas, que se ajustan mejor a la demanda y minimizan los periodos improductivos. Esto da lugar a un tiempo de trabajo “*atomizado y puntuado*”. Sin embargo, en lugar de un aumento del tiempo libre, “los trabajadores gestionados algorítmicamente experimentan presiones para estar incesantemente disponibles. Esto da lugar a una aparente paradoja por la que el tiempo necesario para completar el trabajo remunerado se reduce, pero el tiempo que debe dedicarse al trabajo se amplía”⁴⁶. Esta incertidumbre se plantea en relación, como ha señalado Cruz Villalón, con “los tiempos muertos de los riders entre encargo y encargo, pero con la aplicación conectada y a la espera del siguiente encargo”⁴⁷. Para dar respuesta a este tipo de situaciones se ha propuesto dotar de una regulación específica estas situaciones que podría consistir no en una relación laboral especial, “sino en una adaptación de la normativa de jornadas especiales de trabajo, previa habilitación legal para no chocar con la regulación del trabajo a tiempo parcial”. Una determinación concreta de estos aspectos que debe hacerse, en cualquier caso, dejando “un espacio propio para la negociación colectiva”⁴⁸.

Las formas cada día más plurales y difusas fórmulas de crowdsourcing⁴⁹ se convierten en un verdadero reto al control de la normativa laboral en la medida en que se construyen desde la deslocalización geográfica e individual de los prestadores de servicios. El crowdwork o el trabajo en concurrencia está generando fórmulas de “microtarefas”⁵⁰ o nanoservicios que generan, a su vez, lo que podríamos denominar microtiempos de trabajo, a través de aplicaciones que permiten una externalización de las actividades que evitan recurrir a complejas realidades empresariales obteniendo, igualmente, la estandarización de los términos y condiciones de la contratación y el control de los procesos de negocio y de los productos. Buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Federal Laboral de Alemania (BAG) de 1 de diciembre de 2020, que ha debido abordar ya la calificación de

⁴⁶ Los entrecomillados pertenecen al estudio de A. PIASNA, *Algorithms of time: how algorithmic management changes the temporalities of work and prospects for working time reduction*, *Cambridge Journal of Economics*, 2024, Vol. 48, 1, pp. 115-132.

⁴⁷ J. CRUZ VILLALÓN, *El tiempo de trabajo: entre las viejas aspiraciones y los nuevos retos*, AA.VV., *Libro en homenaje al profesor Eduardo Rojo Torrecilla, con motivo de su jubilación, por su trayectoria académica en la Universitat de Girona (1992-2007)*, Girona, Documenta Universitaria, 2024, p. 147.

⁴⁸ P. GIMENO DIAZ DE ATAURI, *Problemas prácticos para la ordenación del tiempo de trabajo en las relaciones laborales de plataformas digitales de reparto*, Documentación Laboral, 2020, nº 121, pp. 117-118. También se ha ocupado de esta cuestión, A. GINÈS I FABRELLAS, *El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica*, Labos, 2021, Vol. 2, No. 1, pp. 19-42. Recientemente, ALVAREZ ALONSO, D. *El tiempo de trabajo (y su previsibilidad) en las plataformas digitales*, Revista de Derecho Social, 2025, nº 110, pp. 77-98.

⁴⁹ A. GINÈS I FABRELLAS, *Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo el caso de Amazon Mechanical Turk*, Revista Derecho Social y Empresa, 2016, nº 6, pp. 66-85. Quien explica cómo, en estos sistemas “los clientes y prestadores de servicio interesados se registran –generalmente de forma gratuita– en la página web y demandan u ofrecen los servicios ofertados en dicha plataforma. El cliente accede a la App o a la página web y, entre todos los prestadores de servicios disponibles escoge a aquel que mejor se ajusta a sus necesidades en términos de ratio de satisfacción, proximidad, duración del servicio, etc.”.

⁵⁰ V. DE STEFANO, *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, Conditions of Work and Employment Series nº 71, International Labour Organization, 2016, p. 2.

los denominados “*crowdworkers*” en el caso de un prestador que había realizado más de 3.000 microservicios en apenas 11 meses a través de un gestor de plataformas de esta naturaleza. Microservicios que se construyen desde microtiempos de trabajo.

Como ha señalado Piasna, “las plataformas están facilitando una competencia amplia y continua por las tareas laborales al permitir que las personas menos cualificadas y con menos experiencia y las geográficamente remotas compitan en precio y flexibilidad con la mano de obra más experimentada, cualificada y local. Al inducir la competencia entre las economías con salarios bajos y las economías con salarios altos, las horas no remuneradas asociadas al trabajo en plataformas se hacen más sostenibles, ya que los salarios obtenidos siguen siendo superiores a los ingresos comparables del país de origen, incluso teniendo en cuenta las horas no remuneradas”⁵¹. En muchos casos, los trabajadores se esfuerzan durante las horas no remuneradas, por ejemplo, para encontrar trabajo o para demostrar su capacidad y reputación con el fin de atraer futuros trabajos dando lugar a auténticos “torneos digitales”⁵². Se lucha por el tiempo de trabajo, se lucha por los microtiempos de trabajo.

5. Tecno tiempos de trabajo y la tutela de los trabajadores sin tiempo de trabajo: ¿Hacia el homo ludens?

Los retos de la época digital vienen a alterar los tradicionales y no siempre bien conseguidos equilibrios en materia de tiempo de trabajo. La demanda a tiempo real, la disponibilidad del trabajador, la flexibilidad en la ejecución del trabajo, la compatibilidad con trabajos similares, el respeto a la salud laboral, el ocio, el descanso necesario y la desconexión digital, entre otros son realidades acuciantes que deben afrontarse con pragmatismo y, de ser necesario, con una mayor diversificación de las jornadas laborales. Es en este punto donde cobra un papel esencial la negociación colectiva, instrumento ideal de adecuación a las particularidades sectoriales y, sobre todo en este contexto, empresariales. Sin duda, esta vertiente de la flexibilidad laboral requiere de un análisis y regulación a la luz de las nuevas fórmulas distributivas del tiempo de trabajo y no trabajo capaces de conciliar los intereses de ambas partes; del lado de la empresa, la atención a las necesidades productivas con la inmediatez que requiere el actual modelo económico, que reclama diversificación horaria; del lado laboral, la garantía de la mínima previsibilidad de la obligación de prestar actividad laboral y el respeto a las jornadas máximas y descansos mínimos.

Pero estos tiempos deberán prestar atención también a aquellos para lo que todo sea tiempo de no trabajo, con la progresiva aparición de figuras como la de los “per-

⁵¹ A. PIASNA, *Algorithms of time: how algorithmic management changes the temporalities of work and prospects for working time reduction*, cit.

⁵² V. PULIGNANO, S. MARINO, M. JOHNSON, M., DOMECKA y M.L. RIEMANN, *Digital tournaments :the colonisation of freelancers’ free’ time and unpaid labour in the online platform economy*, *Cambridge Journal of Economics*, 2024, vol. 48, nº 1, 133-150,

manentes inempleables”⁵³, o, si se nos permite la paradoja, trabajadores sin tiempo de trabajo. Bajo este concepto se incluye a aquellas personas formadas, pero con ninguna posibilidad de encontrar un empleo. Este desempleo de la era tecnológica ha sido concebido como una forma de explotación, pues se ha entendido que “los explotados no son solo aquellos que producen o “crean”, sino también (incluso más aún) aquellos que son condenados a no “crear”⁵⁴.

El ocio, el juego, la vida contemplativa parece que será la única escapatoria. Es larga la lista de libros en las que podemos leer estas conclusiones. En ella se incluyen, junto a los citados en este estudio, las obras de Robert Louis Stevenson, *En defensa de los ociosos*; la *Apología de la pereza* de Clément Pansaers, *El derecho a la pereza* de Paul Lafargue, *El ocio* de Italo Svevo, o, en fin, entre otros muchos, *La abolición del trabajo* de Bob Black. Recientemente Byung-Chul Han ha venido a subrayar esta idea. ¿Tendrán todos ellos razón? Y, si es así, dónde quedará el tiempo de trabajo, cuál terminará siendo su verdadero rostro...

⁵³ De las distintas dimensiones de este problema me he ocupado en J.R. MERCADER UGUINA, “Reflexiones sobre la simultánea creación, destrucción y transformación del empleo en la era digital”, en C. MOLINA NAVARRETE (Dir.), *De la economía digital a la sociedad del E-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Pamplona, Aranzadi/Thomson Reuters, 2022, pp. 93-115.

⁵⁴ S. ZIZEK, *Menos que nada. Hegel y la sombra del materialismo dialéctico*, Madrid, Akal, 2015, p. 1089.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Las indemnizaciones del despido en cuestión

The severance compensation in question

Jesús Lahera Forteza*

Catedrático Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Complutense

ORCID ID: 0000-0003-4777-978X

Recibido: 26/3/2025

Aceptado: 24/4/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9665

Resumen: Este estudio parte de los fundamentos jurídicos diferenciados de las indemnizaciones y consecuencias del despido procedente, improcedente y nulo en la regulación laboral vigente en España. Sobre estas bases jurídicas, se analiza el impacto de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) contra España por incumplimiento del art. 24 Carta Social Europea (CSE), que pone las indemnizaciones tasadas del despido improcedente en cuestión, tanto en un control de convencionalidad judicial, como en una posible reforma legislativa. Desarrollo argumentos jurídicos que concluyen en la falta de aplicación directa del art. 24 CSE y la inviabilidad judicial de establecer indemnizaciones adicionales en el despido improcedente, más aún tras la STS 19 de diciembre 2024, que aclara el perímetro del control de convencionalidad. Desarrollo argumentos jurídicos que concluyen en la ausencia de eficacia vinculante de la decisión CEDS en el despido improcedente. El estudio concluye, en un plano de reflexión política, con distintas opciones de reforma del despido improcedente y nulo en este contexto.

Palabras clave: Despido, indemnización, Carta Social Europea, control judicial de convencionalidad, reforma de despido

Abstract: This study examines the differentiated legal grounds for compensation and consequences of fair, unfair, and void dismissals under current Spanish labor regulations. Based on these legal bases, it analyzes the impact of the decision of the European Committee of Social Rights (ECSR) against Spain for breach of Article 24 of the European Social Charter (ESC), which places assessed compensation for unfair dismissal at issue, both in a judicial review of conventionality and in a possible legislative reform. I develop legal arguments that conclude with the lack of direct application of Article 24 of the ESSC and the judicial impossibility of establishing additional compensation for unfair dismissals, even more so after the Supreme Court ruling of December 19, 2024, which clarifies the scope of the conventionality review. I develop legal arguments that conclude with the absence of binding force of the ECSR decision

*jesuslahera@cps.ucm.es

on unfair dismissals. The study concludes, on a political level, with various options for reforming unfair and invalid dismissal in this context.

Keywords: Dismissal, compensation, European Social Charter, judicial review of conventionality, dismissal reform.

1. Marco normativo general de las indemnizaciones del despido en la legislación laboral vigente en España

1.1. Tipos de despido

La regulación vigente del despido en España en el sector privado, dejando de lado la problemática singular de las Administraciones Públicas, responde a un modelo causal con tres tipos de extinción unilateral del contrato de trabajo por voluntad de la empresa:

- El *despido disciplinario* debido a incumplimientos contractuales graves y culpables del art.54 ET
- El *despido empresarial* debido a causas económicas, técnicas, organizativas y productivas de los arts. 51 y 52.c ET en la doble modalidad, dependiendo de los umbrales de extinciones no inherentes a la persona del trabajador en períodos de 90 días, de despidos *individuales* de los arts. 52.c y 53 ET y despidos *colectivos* del art.51 ET. En esta tipología cabe incluir también los despidos por *fuerza mayor* con la regulación específica del art.51.6 ET.
- El *despido individual objetivo* del art.52.a y b y 53 ET debido a ineptitud sobreenvenida y falta de adaptación a cambios tecnológicos.

Esta tipología de despidos causales se adecúa perfectamente al art.4 del Tratado 158 OIT, “*capacidad y conducta del trabajador*” (despidos disciplinarios y objetivos) y “*necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*” (despido empresarial). Encaja también bien en la distinción europea entre *extinciones inherentes* (despido disciplinario y objetivo) y *no inherentes a la persona del trabajador* (despido empresarial) de la directiva 98/85 de despidos colectivos. La diferente regulación de despidos *justificados*, con estas tres causas disciplinarias, empresariales y objetivas, frente a los *injustificados*, ausentes de causa y por consiguiente ilícitos, aquí denominados *improcedentes*, encaja también con el art. 30 de la carta de derechos del Tratado de la Unión Europea (TUE), así como con los art.8-10 Tratado 158 OIT y el art.24 de la Carta Social Europea, versión revisada, del Consejo de Europa (CSE), que manejan esta dualidad conceptual derivada de la causa legal de despido.

1.2. Indemnizaciones vigentes de despido

Las indemnizaciones del despido, sobre la base de estas tres categorías, en la legislación vigente en España son las siguientes conforme a los arts.53-56 ET y arts.108-113 y 122-123 LJS:

El *despido disciplinario procedente* –con causa– no tiene lógicamente indemnización alguna.

El *despido empresarial y objetivo procedente* –con causa– sí tiene, en cambio, la indemnización mínima legal de *20 días salario/año máximo 12 mensualidades* ampliable por pactos individuales y en acuerdos de despidos colectivos.

El *despido disciplinario, empresarial y objetivo improcedente* –sin causa o incumplimientos formales de despidos individuales– conlleva la opción, por regla general, de la empresa entre readmisión, con salarios de tramitación, o la *indemnización de 33 días salario/año máximo 24 mensualidades (antes de febrero 2012 45 días salario/año conforme a la DT 11 ET)*. Nada impide pactos individuales y colectivos que amplíen este mínimo legal en supuestos de despidos improcedentes. También se acepta que el convenio colectivo otorgue la opción entre readmisión o indemnización a los trabajadores despedidos, extendiendo este derecho exclusivo legalmente a los representantes de los trabajadores (art.56.4 ET).

Los parámetros objetivos de cálculo de las indemnizaciones del despido procedente e improcedente son el salario y el tiempo de servicios. Hasta ahora, el debate de la indemnización del despido se ha centrado en la delimitación de la improcedencia, sin cuestionamiento del sistema de la tasación legal, operando especialmente sobre las cuantías de cálculo, no sobre su tasación por Ley¹. Las reformas laborales de 1997, 2006 y 2010 fueron extendiendo las indemnizaciones de *33 días salario/año* a contratos indefinidos específicos –de fomento de contratación indefinida– generando dos escalas indemnizatorias entre trabajadores. La reforma laboral de 2012 unifica en *33 días salario/año* la indemnización del despido improcedente, con respeto a los derechos adquiridos de 45 días salario/año en los contratos vigentes en ese momento. Finalmente, y tras años de debate, la reforma laboral pactada de 2021 no altera esta indemnización de *33 días salario/año con máximo 24 mensualidades*, que es la vigente. El otro foco del debate ha sido los *salarios de tramitación*, desde el despido a sentencia, en la improcedencia. Ya la reforma laboral de 2002 los desactivó a través del despido exprés, reconocimiento empresarial de la improcedencia en el acto extintivo. Finalmente, la reforma laboral de 2012 los suprime directamente y así lo confirma también la reforma laboral pactada de 2021, en la legislación vigente, que no alteró ni la regulación ni las indemnizaciones del despido.

La presencia en España de indemnizaciones en el despido empresarial y objetivo individual procedente, *20 días salario/año máximo 12 mensualidades*, y en el despido improcedente, *33 días salario/año máximo 24 mensualidades* con la transitoriedad apuntada de 45 días antes de febrero 2012, condiciona los posibles pactos, individuales y colectivos, de despidos justificados. Estas negociaciones, individuales y colectivas, se mueven en esta brecha de *20 a 33 días salario/año y en estos topes de 12 a 24 mensualidades*. En ocasiones, existiendo realmente causa empresarial u objetiva, se alcanzan acuerdos de reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa, en el acto de conciliación, donde el trabajador cobra cuantías cercanas o iguales a los 33 días salario/año con el tope

¹ VALDES DAL-RE,F, “Regulación del despido en España. Teoría e ideología en sus debates”, en AA.VV *El despido en España tras la reforma laboral de 2012*, Lefebvre, Madrid, 2018, p.15-28.

legal establecido. De igual modo, en improcedencias asumidas por la empresa, la negociación, individual o colectiva, se mueve en pactos de salida por encima de este mínimo legal tasado. Todo ello en el contexto de la exención fiscal de las cuantías legales de despido del art.7 LIRPF, quedando confirmada por la DF 14ª LO 1/2025 que los acuerdos de indemnización alcanzados en conciliación tienen las cuantías exentas con la referencia de 33 días salario/año máximo 24 mensualidades y el tope fiscal de 180.000 euros. Esta exención fiscal, que es una enorme ventaja económica para el trabajador, explica como numerosos despidos, con o sin causa real, transitan por acuerdos indemnizatorios entre empresa y trabajador en conciliación administrativa o judicial².

El *despido disciplinario, empresarial y objetivo nulo* –por vulneración de derechos fundamentales, discriminaciones, vulneración de derechos de conciliación familiar e incumplimientos de las consultas con los representantes de los trabajadores de los despidos colectivos– tiene como consecuencia la *readmisión obligatoria del trabajador con salarios de tramitación y posibles indemnizaciones adicionales* por la vía del art.183 LJS. En ejecución de sentencia, en supuestos de acoso o imposibilidad empresarial de la readmisión, los arts.286.1 y 2 LJS prevén, a través de auto judicial, la sustitución de la readmisión por la indemnización del despido improcedente, *33 días salario/año con un máximo de 24 mensualidades, más 15 días de salario/año como indemnización adicional tasada*. La tendencia de las reformas laborales, especialmente de los últimos años, ha sido la expansión de nuevos supuestos de *nulidad* del despido por vulneración de derechos fundamentales, como la garantía de indemnidad (DA 3ª Ley 5/2014) y la no discriminación por enfermedad (Ley 15/2022), o los vinculados al reconocimiento legal de nuevos derechos de conciliación familiar (DF 26 LO 1/2025).

2. Fundamentos jurídicos de las indemnizaciones del despido

2.1. Fundamentos jurídicos diferenciados de las indemnizaciones del despido procedente, improcedente y nulo

2.1.1. Despido empresarial y objetivo procedente

La indemnización mínima legal del *despido empresarial e individual objetivo procedente*, de *20 días salario/año máximo 12 mensualidades*, pese a ser despidos *justificados*, es una reparación de la pérdida de empleo del trabajador a cargo de la empresa, que se combina con la protección social por desempleo. Como luego apuntaré, el art. 30 TUE, el art.10 Tratado OIT 158 y el art.24 CSE, no exigen indemnizaciones adecuadas ni reparaciones

² Así se constata por SAGARDOY DE SIMÓN,I, “Una necesaria reforma de la extinción de mutuo acuerdo en el contrato de trabajo”, FEDEA, sección mercado de trabajo, Julio 2024, con cifras evidentes, en la muestra 2022, 528.413 despidos, con 118.000 mutuos acuerdos indemnizatorios en conciliación administrativa y de los despidos impugnados un 42 por 100 acordados en conciliación judicial. Con esta evidencia propone la interesante medida de extender la exención fiscal a los mutuos acuerdos extintivos sin necesidad de pasar por conciliación administrativa o judicial.

apropiadas en despidos *justificados*, pues ello se reserva a los *injustificados*, pero la opción de política de Derecho en España, más tuitiva que las normas internacionales, ha sido reconocer este mínimo legal tasado, mejorable por pactos individuales y colectivos, que compensa económicamente la pérdida de empleo debida a causa empresarial, ajena a la conducta y control de riesgo del trabajador, o que responde a causa objetiva como la ineptitud sobrevenida o falta de adaptación tecnológica, distinta de un incumplimiento grave y culpable del contrato de trabajo.

Es una opción no obligada en los modelos de despido casual, existiendo países con este modelo sin indemnizaciones legales en este tipo de despidos por *causas empresariales y objetivas*, pero, a mi juicio, razonable porque implica a la empresa en el reparto de costes, junto a la Seguridad Social, de la reparación de la pérdida de empleo ante estas causas. Dicho esto, jurídicamente, el establecimiento de la cuantía tasada legal de esta indemnización del despido procedente es una decisión estrictamente política, aquí en España, estable y consensuada desde el ET 1980, existiendo todo el margen para una bajada o subida del mínimo legal, o para la distinción de cuantías por tamaño de empresa, pues las normas internacionales no exigen reparación económica alguna a cargo de la empresa en estos despidos.

2.1.2. Despido improcedente

El *despido disciplinario, empresarial u objetivo improcedente*, sin causa o debido a incumplimiento formal en despidos individuales, es una decisión extintiva unilateral empresarial *injustificada* asociada, conforme lo dicho, a la indemnización legal vigente de *33 días salario/año máximo 24 mensualidades*, teniendo en cuenta la antigüedad anterior a febrero de 2012 que aplica los 45 días salario/año conforme a la DT 11 ET, mejorable por pactos individuales o colectivos. Este acto ilícito de la empresa conlleva, lógicamente, una reparación de la pérdida de empleo a su cargo a través de esta indemnización tasada/topada en la Ley vigente, que se combina con la protección social por desempleo. La reparación de la *improcedencia* es mayor, en la cuantificación legal de la indemnización tasada, que en los despidos empresariales y objetivos procedentes porque opera un perjuicio adicional a la propia pérdida de empleo, al derivar de acto ilícito empresarial.

Este sistema indemnizatorio tasado parte de la liberación de la prueba del trabajador del daño causado. No es una lógica *civil* de reparación íntegra del daño acreditado, sino un sistema específico *laboral* de derechos indemnizatorios acumulados (mochila indemnizatoria del trabajador) con reparación automatizada de la pérdida de empleo y el perjuicio causado por acto ilícito en conexión con la protección social por desempleo. No existe, como tal, una reparación íntegra del daño causado por la pérdida del empleo, sino una presunción legal de un perjuicio que es así reparado, con independencia exista o no en la realidad. De hecho, el trabajador que inmediatamente encuentra empleo o se jubila tras el despido improcedente accede a la indemnización legalmente tasada a cargo de la empresa.

La STC 6/1984 ya en su momento concibe esta cuantía tasada como una sustitución de la indemnización de daños y perjuicios, operando por Ley al modo de una cláusula penal contractual por ruptura culpable del contrato de trabajo. La indemnización tasada del despido improcedente opera como ley especial laboral frente a la ley general civil de reparación íntegra del daño, siendo por ello lógico que la jurisprudencia no admita la compatibilidad entre la indemnización laboral y una responsabilidad contractual por daños derivada del acto de despido (SSTS 23 Octubre 1990, 7 Febrero 1991, 5 Febrero 1996 y 25 Noviembre 2004, y recientemente lo ha recordado la STS 19 Diciembre 2024). Se asume que la indemnización legal de despido improcedente absorbe la eventual responsabilidad contractual civil por los daños causados, aunque existe debate doctrinal sobre la cuestión³. Distinto es el caso, como expondré, del despido nulo, donde la vulneración de derechos fundamentales sí fundamenta esta compatibilidad, con la ya cobertura legal del art.183 LJS, pero sin cuestionar este fundamento jurídico y la incompatibilidad de doble indemnización del despido improcedente.

Con distintas variables la generalización de países con despido causal responde, en despidos injustificados, aquí *improcedentes*, a este modelo laboral de indemnización legal tasada/topada, automatizada, con presunción de perjuicio y sin prueba de daño real de la pérdida de empleo del trabajador, siendo incompatible una doble indemnización laboral y civil.

2.1.3. Despido nulo

El *despido disciplinario, empresarial u objetivo nulo*, por vulneración de derechos fundamentales, discriminaciones, falta de respeto a los derechos de conciliación familiar o incumplimientos formales en consultas de despidos colectivos, que son supuestos tasados por Ley vigente (arts.53.4 y 55.5 ET), implican una decisión empresarial extintiva claramente *injustificada y con daños específicos de especial gravedad*. En estos supuestos de acto ilícito empresarial se debe reparar, a cargo de la empresa, la pérdida de empleo, pero también los daños y perjuicios adicionales y específicos causados.

En España, como he apuntado antes, esta doble reparación, que se acerca a una reparación íntegra de daños desde la lógica civil, conlleva la vigente *readmisión del trabajador con salarios de tramitación y la posibilidad de indemnizaciones adicionales por la vía del art.183 LJS*, junto a la común protección social por desempleo. El sistema reparador del despido nulo va más allá de la mera reparación de la pérdida de empleo, o de una presunción de perjuicio propia de la improcedencia, pues incluye el retorno a la empresa, la cobertura del lucro cesante (salarios tramitación) e indemnizaciones adicionales por daños específicos (daño emergente, daño moral). Si la improcedencia extintiva responde

³ GIL y GIL,J.L., “La indemnización por despido improcedente a la luz del convenio 158 OIT”, *La Ley*, 4 Marzo 2024, en notas 55 a 62 con el debate doctrinal sobre la cuestión. De referencia en la materia, la obra del mismo autor, “La indemnización por despido improcedente” en AA.VV, *El despido disciplinario. Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy*, Acarl, Madrid, 2009.

a un modelo específicamente laboral, con indemnización legal tasada e incompatible con la responsabilidad civil contractual por daños, en los despidos nulos se articula un híbrido entre el sistema específico laboral y el general civil, quedando garantizado el reingreso del trabajador en la empresa.

2.1.4. La diferenciación entre despidos improcedentes y nulos

La diferencia de regulación entre el despido *improcedente* y el *nulo* responde, así, a fundamentos jurídicos bien diferentes, que no deben ser confundidos.

De un lado, en el *despido improcedente*, la indemnización legal tasada y topada, igual para todos conforme a los parámetros objetivos de salario y tiempo de servicios, repara automáticamente la *pérdida de empleo del trabajador, con una presunción de perjuicio*, que libera de prueba alguna al despedido del daño específico causado por el acto ilícito de la empresa, siendo posible alcanzar pactos individuales y colectivos con la empresa de mejora de esta compensación económica. Dado este modelo laboral específico, que ofrece certidumbre y seguridad jurídica a ambas partes del contrato de trabajo, no se acepta la compatibilidad entre la indemnización tasada en el despido improcedente y la derivada de una responsabilidad civil contractual por daños y perjuicios.

De otro lado, en el *despido nulo*, la readmisión, los salarios de tramitación y las indemnizaciones adicionales por vulneración de derechos, reparan *la pérdida de empleo y los daños específicos reales* causados bajo la lógica de una reparación íntegra del daño, sumando lucro cesante, daño emergente y daño moral. Es por ello que se acepta la compatibilidad de la reparación específicamente laboral con la derivada de una responsabilidad civil contractual por acto ilícito de la empresa.

En ambos casos, *despido improcedente y nulo*, como sucede por otra parte con cualquier despido *procedente*, opera la protección social por desempleo, con rentas públicas en forma de prestaciones sociales y subsidios al trabajador que ha perdido involuntariamente su empleo.

2.2 Encaje en la normativa internacional de los fundamentos jurídicos diferenciados de las indemnizaciones de despido

2.2.1. Art.30 Carta Derechos Tratado Unión Europea

En un plano estrictamente de Derecho Europeo, el art.30 Carta Derechos TUE exige a los Estados *protección frente a los despidos injustificados conforme a la legislación nacional*. No existe, salvo en despidos colectivos con las obligadas consultas a representantes trabajadores en la directiva 98/85, regulación europea de despido ni de sus indemnizaciones. Ello permite la convivencia, entre países miembros de la UE, de diferentes modelos de despido, siendo, entre los que optan por sistemas causales, extendida la diferencia de

fundamentos que aquí, en España, articulamos con indemnizaciones tasadas en despidos *improcedentes* y la reparación íntegra del daño en despidos *nulos*.

El sistema español de indemnizaciones de despido es, en fin, acorde con el Derecho Europeo.

2.2.2. Tratado 158 Organización Internacional del Trabajo

Las normas internacionales de despido, ratificadas por España, al igual que responden, como he razonado al inicio de este estudio, perfectamente a nuestro modelo causal, encajan en estos fundamentos jurídicos diferenciados de las indemnizaciones de despido⁴.

De un lado, los arts.10 y 12.1 del Tratado 158 OIT establecen en los *despidos injustificados* que los Estados contemplen *una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada*.

De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho:

- (a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o/y
- (b) a prestaciones del seguro de desempleo
- (c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.

En los arts. 5-6 Tratado 158 OIT se subrayan despidos *claramente injustificados* (derechos fundamentales, no discriminación), lo que apunta, aun implícitamente, a posibles indemnizaciones específicas suficientemente reparadoras.

Como se observa, en el marco del art. 1 del Tratado 158 OIT, con remisión nacional expresa, y de los expuestos arts.10, 12, 5 y 6, la norma internacional da amplio margen a la legislación nacional para establecer, en los despidos injustificados, *indemnizaciones adecuadas*, a cargo de la empresa, o *reparaciones apropiadas*, en forma de prestaciones de desempleo, con un especial énfasis en despidos que vulneran derechos fundamentales. El modelo español tiene, así, encaje en el Tratado 158 OIT con la doble diferenciación de fundamentos de las indemnizaciones y consecuencias del despido *improcedente y nulo*.

El comité de expertos de la OIT, en la interpretación del Tratado 158 OIT (por ejemplo, Recomendación OIT 166) avala, así, sistemas de indemnización tasada en los despidos improcedentes, que reparan la pérdida de empleo, junto a los sistemas de protección social de desempleo, al igual que vincula exclusivamente la reparación íntegra del daño a la vulneración de derechos fundamentales.

⁴ LAHERA FORTEZA, J, “La indemnización y reparación del despido injustificado en las normas internacionales: adecuación de la norma española”, *BRIEF AEDTSS* 32, 2023; GIL y GIL, J.L., “La indemnización por despido improcedente a la luz del convenio 158 OIT”, *La Ley*, 4 Marzo 2025 y *Trabajo y Derecho*, nº123, 2025

La STS 19 de diciembre 2024, que luego analizo con detalle, ha confirmado recientemente la adecuación de la indemnización del despido improcedente a las exigencias del Tratado 158 OIT por las razones jurídicas expuestas, como ya hizo en su día el ATC 43/2014⁵.

2.2.3. Carta Social Europea y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales

De otro lado, el art.24.b, la parte V art I y el anexo del art.24 en su apartado 4 CSE exigen, en relación con el despido injustificado *el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. Se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales.*

En el anexo 4 art.24 apartado 3 CSE de igual modo se subrayan los *despidos claramente injustificados* (derechos fundamentales, no discriminación, conciliación familiar) que apuntaría a indemnizaciones específicas suficientemente reparadoras.

Al igual que el tratado OIT 158, la literalidad del art.24 CSE y sus normas conexas en la CSE, da amplio margen a la legislación nacional, sobre el mismo concepto indeterminado de *indemnización adecuada y/o reparación apropiada*, y puede encajar en nuestra diferenciación entre la indemnización tasada del despido improcedente, que repara la pérdida de empleo con presunción de perjuicio por acto ilícito, junto a la protección social por desempleo, y la reparación íntegra del daño del despido nulo vinculada a despidos especialmente injustificados por su conexión con derechos fundamentales o especialmente protegidos. Parecería claro que la norma española de despido improcedente, como tantas otras dentro de los países miembros del Consejo de Europa, cumple con el art.24 CSE⁶.

Sin embargo, a diferencia del comité de expertos OIT, el órgano que vela e interpreta la CSE, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), deduce del art. 24 CSE la exigencia en los Estados de sistemas que prevean los salarios de tramitación, entre fecha de despido y sentencia, la facultad judicial en su caso de ordenar la readmisión del trabajador, e indemnizaciones abiertas a criterio judicial, no tasadas ni topadas, que reparen íntegramente el daño causado por el despido injustificado y tengan una función disuasiva para las empresas. La lógica de la reparación de la pérdida de empleo con presunción de perjuicio de la improcedencia por acto ilícito, junto con la protección social por desempleo, es invadida con este criterio interpretativo del CEDS, sustentado en la

⁵ LAHERA FORTEZA,J, “Confirmación jurisprudencial de la adecuación internacional de la indemnización tasada del despido improcedente”, *BRIEF AEDTSS* 119, 2024

⁶ LAHERA FORTEZA,J, “La indemnización y reparación del despido injustificado en las normas internacionales: adecuación de la norma española”, *BRIEF AEDTSS* 32, 2023; GIL y GIL,J.L, “La indemnización por despido improcedente a la luz del convenio 158 OIT”, cit; ALZAGA RUIZ,I, “La concesión de una indemnización adicional por despido improcedente en aplicación de la CSE”, *Revista Española Derecho Trabajo* nº279, 2024; DIAZ RODRIGUEZ,J.M, “La interpretación y aplicación de la CSE, en particular en extinción del contrato”, *Documentación Laboral* nº 125, 2022

reparación íntegra del daño propia de despidos, en la construcción española, en otros países, y de la propia OIT y CSE, que vulneran derechos fundamentales⁷.

Se construye, así, con escasa argumentación jurídica, ajena a una interpretación literal, sistemática y teleológica, dados los conceptos indeterminados que maneja el art. 24 CSE, su finalidad de prohibir despidos libres no indemnizados, dando un gran margen nacional para la reparación de despidos injustificados en modelos causales, y de las literales remisiones a las legislaciones nacionales, una doctrina del CEDS que cuestiona las habituales indemnizaciones tasadas y topadas de los despidos improcedentes en los países del Consejo de Europa. Como le ha sucedido a Finlandia, Italia y Francia, la decisión CEDS nº207/2022, tras queja de UGT, entiende que España incumple el art. 24 CSE por no admitir indemnizaciones abiertas a criterio judicial con una reparación íntegra del daño y funciones disuasivas para las empresas⁸. Esta conocida doctrina CEDS, difumina los fundamentos jurídicos del despido improcedente y nulo, y acerca las consecuencias de la improcedencia a un sistema civil de reparación íntegra del daño, dinamitando la especificidad laboral presente en España y los países miembros del Consejo de Europa⁹.

Siendo, hasta ahora, pacífico el sistema de indemnización tasada y topada del despido improcedente, estando los debates y decisiones políticas en sus cuantías y variables establecidas por la Ley, esta decisión CEDS contraria a España pone en cuestión la indemnización tasada del despido improcedente a través de dos vías.

La primera, el *control judicial de convencionalidad entre la norma internacional y nacional*, que pudiera dar lugar, a través de la jurisprudencia, a un cambio de sistema hacia las indemnizaciones abiertas a criterio del juez en cada despido improcedente.

La segunda, la *recomendación del Consejo de Europa a España, tras esta decisión CEDS, de realizar cambios normativos en el despido improcedente*, lo que pudiera propiciar una reforma de la Ley vigente en la dirección de establecer indemnizaciones abiertas a criterio judicial.

⁷ Así, VIVERO SERRANO,J, “La protección frente al despido injustificado como derecho humano en la Carta Social Europea y su influencia en España”, *La Ley*, 5 Junio 2025, en su rigurosa indagación concluye que la doctrina OIT elaborada para despidos que vulneran derechos fundamentales termina siendo trasladada en la doctrina CEDS a todos los despidos injustificados, primero en informes y luego ya en decisiones de reclamaciones colectivas. Ello explica las diferencias entre los órganos de control y supervisión de la OIT y la CSE cuando el art.10 tratado OIT 158 y el art.24 CSE son sustancialmente iguales en las consecuencias del despido injustificado.

⁸ Con sólidos argumentos críticos con esta doctrina del CEDS, ver VIVERO SERRANO,J, “La protección frente al despido injustificado como derecho humano en la Carta Social Europea y su influencia en España”, *La Ley*, 5 Junio 2025 y “El despido improcedente y el comité europeo de derechos sociales: las experiencias de Finlandia, Italia y Francia”, *BRIEF AEDTSS* 2024. En misma línea, CRUZ VILLALÓN,J “¿Es obligado reformar el despido?, ON Economía, *www.elnacional.cat*, 13 Agosto 2024, calificando la decisión CEDS contra España de “pobre, confusa y contradictoria”. En el momento de cerrar este estudio no se ha publicado la decisión CEDS de la queja de CC.OO que también declarará que España vulnera el art.24 CSE.

⁹ Como reconocen los defensores de esta doctrina CEDS, MOLINA NAVARRETE,C, “La garantía europea del derecho a una indemnización suficientemente reparadora y disuasoria frente al despido injustificado”, *Revista Derecho Social* nº107, 2024,p.97, “para el CEDS la solución ideal para adecuarse al art.24 CSE es una indemnización abierta a la prueba del daño íntegro y al efecto útil para la disuasión del incumplimiento, al estilo civil”, aunque ofrece margen para sistemas híbridos de indemnización tasada y adicional sin topes legales.

Valoro, a continuación, ambas vías, y su posible impacto, desde el razonamiento jurídico, en las cuestionadas indemnizaciones tasadas del despido improcedente en España tras esta decisión del CEDS.

3. La indemnización tasada del despido improcedente en cuestión y la posibilidad judicial de indemnizaciones adicionales a criterio judicial

3.1 El control judicial de convencionalidad entre norma internacional y nacional del despido: una puerta cerrada a las indemnizaciones adicionales tras la STS 19 de diciembre 2024

3.1.1 El control judicial de convencionalidad

Los tratados internacionales forman parte de nuestro ordenamiento (art.96 CE y art.23.3 Ley 25/2014) en los términos previstos por la propia norma internacional. Como declara el art. 30.1 de la Ley 25/2014, *los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes*. La prevalencia de la norma internacional sobre la interna (art. 31 Ley 25/2014) queda supeditada al propio tenor de cada precepto del tratado internacional, directamente aplicable o no según cada caso. En el ámbito específicamente laboral, los tratados OIT o la propia CSE, como cualquier norma internacional, se sujeta a este contraste que, en el control judicial, determina su alcance y relación con la norma interna.

La jurisprudencia de control judicial de convencionalidad, al analizar posibles conflictos entre normas nacionales e internacionales, se desenvuelve en esta doctrina general¹⁰. La STC 140/2018 admitió el control judicial de convencionalidad difuso, antes concentrado por la vía del art.96 CE en el TC, propiciando que cada juez pueda contrastar la norma nacional e internacional y aplicar directamente esta última, sin perjuicio de recursos que pueden desembocar en una jurisprudencia del TS con criterios interpretativos vinculantes para los jueces. El desplazamiento judicial de la norma nacional en conflicto, aplicando la norma internacional, se efectúa exclusivamente cuando el precepto internacional es directamente aplicable, sin remisión la legislación interna, y su contenido es claro, específico, determinado y cierto, en definitiva, autosuficiente (STC 140/2018 y 87/2019 y, en el ámbito específicamente social, SSTs 28 y 29 Marzo 2022, en relación con preceptos de la CSE, y la STS 18 Noviembre 2024, en relación con la audiencia previa de despidos disciplinarios del art.7 tratado OIT 158).

Esta jurisprudencia de la Sala IV del TS, sólida y jurídicamente bien fundamentada, se aplica, con ambos criterios, en cada caso de posible control judicial de conven-

¹⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO, M, “El alcance de la jurisdicción penal universal y el control constitucionalidad de convencionalidad”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social y Revista crítica de Derecho del Trabajo, monográfico especial homenaje a Fernando Valdés Dal-Ré*, nº3, 2023, p.351 y ss; GOERLICH PESET, J.M, “Control de convencionalidad y regulación del despido en España”, *Revista de investigaciones jurídicas México*, nº47, 2023, p.241 y ss

cionalidad de asuntos laborales y sociales. Por tanto, el control judicial difuso de convencionalidad está limitado ya por una jurisprudencia, en el ámbito social, consolidada con estos criterios.

3.1.2. El control judicial de convencionalidad en indemnizaciones del despido improcedente: la STS 19 de diciembre 2024

En las indemnizaciones tasadas del despido improcedente, la STS 19 diciembre 2024, en línea con esta fundamentada jurisprudencia, confirma la adecuación internacional de la indemnización legal tasada del despido improcedente del art. 56.1 ET en contraste con el art. 10 del tratado OIT 158, con cinco pasos argumentativos bien fundamentados.

- 1.º Los tratados internacionales forman parte de nuestro ordenamiento (art.96 CE y art.23.3 Ley 25/2014) con un principio de prevalencia aplicativa (art.31 Ley 25/2014)
- 2.º El principio de prevalencia de la norma internacional se aplica conforme al texto de la norma en cada caso (art.30.1 Ley 25/2014): normas de aplicación directa o condicionadas a la legislación nacional
- 3.^a En cada caso se debe contrastar la norma internacional y la nacional para ver si esta es directamente aplicable y contradice la nacional, pudiendo entonces ser aplicada por el juez. Conforme a la jurisprudencia consolidada, antes expuesta, para que pueda ser aplicada por un juez, la norma internacional debe ser clara, determinada y cierta, en definitiva, autosuficiente. Si la norma internacional tiene esta naturaleza, no necesitando de concreción ni desarrollo interno, al manejar conceptos que no son indeterminados, el juez deberá valorar si la norma nacional es o no contraria a la internacional. Y si concluye que sí lo es, podrá desplazar la norma nacional y aplicar directamente la norma internacional.
- 4.º Se trata de aplicar esta doctrina al caso. El art.10 tratado OIT 158 exige *indemnizaciones adecuadas o reparaciones apropiadas* en despidos injustificados con remisión a legislación nacional en los arts. 1 y 12. No se cumplen las condiciones de aplicación directa de esta norma internacional por un juez, puesto que los conceptos son indeterminados, sin que exista cuantificación, ni concreción clara, de las indemnizaciones adecuadas o reparaciones apropiadas, que se remiten claramente a un desarrollo de la legislación nacional. Además, como ya sentó el ATC 43/2014, España cumple en los despidos improcedentes con las exigencias del art.10 tratado OIT 158, en un sistema que tiene parámetros objetivos de cálculo admitidos por la propia norma internacional, salario y tiempo de servicio, dentro de la habitual opción, en el Derecho comparado, por la tasación automatizada de la reparación de la pérdida de empleo. La recomendación OIT 166 avala indemnizaciones tasa-

das en despidos improcedentes como es el caso de España, siendo el art. 10 Tratado OIT 158 norma con desarrollo legislativo interno en cada Estado.

- 5.º El sistema laboral específico de reparación de la pérdida empleo, con indemnización tasada en despidos improcedentes, es bien distinto al sistema civil de reparación íntegra de los daños, puesto que libera de la prueba del daño concreto a los trabajadores despedidos de manera injustificada. Este sistema específico laboral tiene ventajas como la uniformidad e igualdad para todos, trabajadores y empresas, y es conforme, como se ha expuesto, al art. 10 Tratado OIT 158.

En el contexto de esta fundamentada argumentación jurídica, sistematizada en estos cinco pasos, la STS 19 diciembre 2024 constata el reiterado reenvío, del tratado 158 OIT, a la legislación nacional para determinar las consecuencias del despido *injustificado* y declara que “*el término indemnización adecuada o reparación apropiada no se identifica o concreta en términos o elementos concretos que deban ser atendidos a la hora de fijar un importe económico o de otro contenido*”. En consecuencia, el art. 10 tratado OIT 158 “*no precisa su contenido exacto*” y queda condicionado “*a lo que la legislación interna desarrolle a tal efecto*”. En nuestro ordenamiento laboral, el art. 56.1 ET, como ha sido expuesto desde un inicio, establece las consecuencias del despido improcedente, con la regla general de elección empresarial entre “*readmisión o indemnización tasada de 33 días salario/año con un máximo de 24 mensualidades*”. La sala IV del TS, con enorme claridad, declara la adecuación del art. 56.1 ET al art. 10 tratado OIT 158 en conexión con los mencionados arts. 1 y 12 de la norma internacional. La indemnización tasada del art. 56.1 ET “*no está al margen de la disposición internacional*” y atiende a “*criterios objetivos de tiempo de servicios y salarios*”, con un traslado procesal coherente al art. 110.1 LJS.

Esta importante sentencia, que tiene un sustancial apoyo en la jurisprudencia constitucional que ya avaló el vigente art. 56.1 ET (ATC 43/2014), diferencia el sistema indemnizatorio *civil*, con prueba de daños e indemnizaciones abiertas a criterio judicial, del *laboral*, con liberación de la prueba de daños por el trabajador e indemnizaciones tasadas y topadas por Ley, y cierra la puerta judicial al establecimiento de indemnizaciones adicionales sobre la base del art. 10 convenio OIT 158. Existen supuestos distintos al despido improcedente, en nulidades extintivas, donde es posible solicitar indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales al juez conforme al ya mencionado art. 183 LJS, como igual de posible es incrementar las indemnizaciones tasadas en la improcedencia mediante pactos colectivos o individuales. Pero lo que no cabe, sobre la base de una indeterminada “*indemnización adecuada*” es que el juez social acepte una cuantía adicional a la legalmente tasada. Confirma, en este sentido, la sala IV del TS, la consolidada jurisprudencia, antes mencionada, de la incompatibilidad entre la indemnización del despido improcedente y la responsabilidad civil contractual que pudiera derivar del acto del despido. Como declara la sentencia, la indemnización tasada y topada del art. 56.1 ET, que absorbe esta indemnización civil contractual, ofrece “*seguridad jurídica y uniformidad para todos los trabajadores que, ante la pérdida del mismo empleo, son reparados en iguales términos, sin necesidad de acreditar los concretos daños y perjuicios*”.

El impacto de esta jurisprudencia es evidente cuando los jueces pretendan establecer indemnizaciones adicionales en despidos improcedentes sobre la base del art. 10 convenio OIT 158. Esta puerta está ya definitivamente cerrada. La expuesta argumentación de la STS 19 de diciembre de 2024 confirma los fundamentos jurídicos de la indemnización del despido improcedente, en los términos analizados en este estudio.

3.1.3. La inviable aplicación directa del art.24 CSE conforme a la jurisprudencia de control de convencionalidad en la indemnización del despido improcedente

Ahora el debate se centra exclusivamente en el control judicial de convencionalidad entre el art.56.2 ET y el art. 24 CSE y, por tanto, en la posibilidad, sobre la base de esta norma internacional, de que los jueces establezcan indemnizaciones adicionales en los despidos improcedentes. Como ahora razonaré, aunque la sala IV del TS todavía no se ha pronunciado en un caso donde se aplicó por un juez el art.24 CSE, la STS 19 diciembre 2024 impide también el desplazamiento del art. 56.2 ET y la aplicación directa de esta norma internacional, al no darse las condiciones expuestas de control judicial de convencionalidad para ello¹¹.

De inicio, son bastante identificables los, antes expuestos, art.1, 10 y 12 convenio 158 OIT y los arts. 24, parte V art I y anexo apartado 4 CSE. En ambos casos, se exigen *indemnizaciones adecuadas o reparaciones apropiadas*, no determinadas ni cuantificadas, con literal remisión a la *legislación interna de cada Estado*. Por tanto, son perfectamente proyectables los expuestos argumentos jurídicos de la STS 19 diciembre 2024 en la problemática del art. 24 CSE y sus normas conexas CSE, siendo un precepto internacional de desarrollo interno y sin las exigencias de claridad, especificidad, certidumbre y determinación para una aplicación directa capaz de desplazar la norma nacional. No es una norma autosuficiente de aplicación directa judicial en los despidos improcedentes. La argumentación jurídica de la sentencia ofrece una fundamentación sólida cómo para descartar ya las indemnizaciones adicionales sobre la base del art.24 CSE. La STS 28 marzo 2022 parece aceptar la aplicación directa del art.4.4 CSE, el preaviso en la extinción del contrato, en un supuesto del derogado contrato indefinido de emprendedores con período de prueba anual, ante la ausencia del mismo en el art.14 ET. Pero no es un precedente útil para anticipar la decisión del TS en relación con el art.24 CSE, privado de autosuficiencia y determinación clara, y con claro desarrollo legal nacional en el art.56.2 ET, siendo mucho más útil tener la referencia de la STS 19 diciembre 2024, que ya ha resuelto la inaplicación judicial directa de una norma internacional idéntica al art.24 CSE.

La decisión CEDS, antes expuesta, que interpreta que las indemnizaciones tasadas y topadas, como la de España, es contraria al art. 24 CSE no puede alterar esta conclusión

¹¹ LAHERA FORTEZA,J, “Confirmación jurisprudencial de la adecuación internacional de la indemnización tasada del despido improcedente”, BRIEF AEDTS 119, 2024; VIVERO SERRANO,J, “Indemnización legal por despido improcedente y facultad judicial de incremento de la indemnización”, reseña STS 19 Diciembre de 2024, Trabajo y Derecho, 122, 2025; GIL y GIL,J.L, “La indemnización por despido improcedente a la luz del Convenio 158 OIT”, cit.

por una razón clara. El CEDS se limita a interpretar la CSE, en este caso el art. 24 CSE, con su doctrina favorable a las indemnizaciones abiertas en los despidos improcedentes desde la lógica de la reparación íntegra del daño, pero no tiene competencia alguna para definir si el precepto de la CSE, en este caso el art. 24 CSE, es o no directamente aplicable en un control judicial interno de convencionalidad. Ello corresponde exclusivamente a la jurisprudencia de cada Estado, que haya ratificado ese precepto internacional, en este caso el art.24 CSE y sus normas conexas CSE, y no entra dentro de las funciones interpretativas del CEDS. Si la sala IV del TS declara no aplicable directamente el art.24 CSE, como es previsible conforme a su jurisprudencia, por no cumplir las condiciones de certidumbre y autosuficiencia en su contenido, y existir evidente remisión a la legislación nacional para su desarrollo, es indiferente ya la interpretación que realice el CEDS de una norma internacional que no es directamente aplicable por un juez nacional. No se interpreta lo que no se aplica.

En consecuencia, la doctrina de indemnizaciones abiertas y reparatorias del CEDS en despidos improcedentes, nada aporta si la jurisprudencia nacional entiende que el art.24 CSE no es directamente aplicable y no puede desplazar a la norma nacional. Esta doctrina podría tener, en su caso, alcance interpretativo para determinar si la norma española de despido improcedente incumple el art. 24 CSE, con un alcance internacional frente al Estado, que luego se valorará, pero, si, como es previsible, se descarta pueda ser precepto internacional de aplicación judicial directa, el papel interpretativo CEDS es, a estos efectos, ya irrelevante. No se puede interpretar una norma internacional que no es aplicable por un juez. Así lo ha definido el Tribunal de Casación de Francia (Sentencia de la Corte de Casación de Francia de 11 de mayo de 2022), dando valor normativo claro al anexo CSE que remite a la legislación nacional –ley, reglamento, convenio colectivo– la especificación de las indemnizaciones adecuadas del art. 24 CSE. De igual modo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional italiano (STC Italia 7/2024), subrayando no sentirse vinculado por la doctrina CEDS en torno al art.24 CSE. Entre nosotros, incluso la doctrina judicial favorable a aplicar el art. 24 CSE se desmarca de la decisión CEDS al no ser vinculante para los jueces¹². Creo previsible que la sala IV del TS se mueva en los mismos parámetros que sus homólogos de estos países europeos vecinos, con decisiones CEDS en despido similares a la recibida ahora por España.

Ello es coherente con la propia arquitectura de la CSE como norma internacional. Por decisión de la CSE, diferenciada de la Carta de Derechos Humanos del propio Consejo de Europa (CEDH) y su tribunal, estas resoluciones del CEDS no son, a diferencia de las sentencias del TEDH, jurisprudencia vinculante como ya ha confirmado el TS (ATS 4 noviembre 2015, 7 Febrero 2017, 20 Abril 2017, 21 Noviembre 2018). El TEDH genera jurisprudencia (arts.4bis y 5 LOPJ y art.236.1 LJS), vinculante para los jueces nacionales, con una vía de recurso de revisión, mientras que el CEDS no, al ser un órgano no jurisdiccional que resuelve reclamaciones colectivas, de naturaleza preventiva, que cuestionan la vulneración por Estados de la CSE. El protocolo de reclamaciones

¹² CASAS BAAMONDE,M.E, “Indemnización adicional por daños y perjuicios en despidos sin causa y exigüidad de la indemnización legal tasada. Y sobre la aplicación directa del art.24 CSE y la orfandad del arbitrio judicial en la fijación de la indemnización adecuada por despido inválido”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº5, 2024

colectivas tiene una configuración dirigida a los Estados, no a la solución de asuntos particulares judicializados, que concluye en *recomendaciones* de cambios normativos. Es, por tanto, la propia CSE la que no otorga potestad jurisdiccional al CEDS, a diferencia del TEDH, como así refleja la normativa española, que no cataloga sus decisiones de jurisprudencia, a diferencia de las sentencias del TEDH (son obviadas en los arts.4 bis y 5 LOPJ y art.236.1 LJS). Como luego reiteraré, las decisiones CEDS son, conforme al art. 9 del protocolo reclamaciones colectivas CSE, criterios interpretativos que desembocan en *recomendaciones* del comité de ministros del Consejo de Europa a los Gobiernos de los Estados para realizar reformas. El interlocutor de estas recomendaciones del Consejo de Europa, en la CSE, es el Gobierno del Estado correspondiente, y no los jueces nacionales, que son los que determinan el alcance del control de convencionalidad entre norma nacional e internacional conforme a la jurisprudencia¹³.

Por tanto, no creo que esta diferencia interpretativa entre los órganos de la OIT (Tratado 158 OIT), que sí avalan las indemnizaciones tasadas en los despidos improcedentes, y el CEDS (art. 24 CSE), que exige indemnizaciones abiertas a criterio judicial, pueda fundamentar una solución distinta cuando las normas internacionales en el control judicial de convencionalidad son sustancialmente iguales. Como he afirmado ya, si se descarta la aplicación directa de la norma internacional, y el TS ya lo ha hecho en una que es idéntica al art.24 CSE, es totalmente irrelevante el criterio interpretativo del CEDS, en sus efectos judiciales nacionales.

Hay lecturas doctrinales que no van en esta dirección, sobre la base de una eficacia vinculante de las decisiones CEDS, con interpretación auténtica, y su valor práctico de jurisprudencia frente a los jueces nacionales¹⁴. Por lo razonado, es muy discutible otorgar

¹³ GIL y GIL,J.L, “La indemnización por despido improcedente a la luz del Convenio 158 OIT”, cit, en especial en nota 24 repasa este debate con sólidos argumentos de Derecho Internacional, concluyendo en esta dirección. Con claridad también CRUZ VILLALÓN,J “¿Es obligado reformar el despido?”, ON Economía, www.elnacional.cat, 13 Agosto 2024. Defendí en su momento esta posición en LAHERA FORTEZA,J, “Consecuencias jurídicas de la decisión del CEDS en la indemnización del despido improcedente”, BRIEF AEDTSS 49, 2024. También en esta línea, VIVERO SERRANO,J, con claridad, “El despido improcedente y el CEDS: las experiencias de Finlandia, Francia e Italia”, BRIEF AEDTSS 50, 2024 y *Trabajo y Derecho* nº113, 2024. De referencia en la cuestión, el impecable estudio SAN CRISTOBAL VILLANUEVA,J.M, “La aplicabilidad de la CSE por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº460, 2021. También el exhaustivo estudio GARCIA MURCIA,J;RODRIGUEZ CARDO,I, *El Consejo de Europa y los derechos sociales: instrumentos normativos, jurisprudencia TEDH y doctrina CEDS*, Tiran lo blanch, Valencia, 2024, al que me remito como soporte doctrinal de gran autoridad académica y rigor jurídico. Creo la cuestión está jurídicamente clara, incluso entre defensores de la eficacia vinculante de las decisiones CEDS, se concluye que el art.24 CSE, con el criterio interpretativo CEDS, no es directamente aplicable por jueces, ALVAREZ DEL CUVILLO,A, “¿Es vinculante la reciente decisión CEDS sobre la indemnización de despido?”, BRIEF AEDTSS 73, 2024.

¹⁴ MOLINA NAVARRETE,C, “La garantía europea del derecho a una indemnización suficientemente reparadora y disuasoria frente al despido injustificado”, *Revista Derecho Social* nº107, y “De Salomón a Poncio Pilato: la indemnización tasada en espera del tempus riget”, BRIEF AEDTSS 120, 2024; PRECIADO DOMENECH,C.H, *El despido en la CSE y en el TEDH*, Bomarzo, Albacete, 2023. En misma línea, RAMOS QUINTANA,M, “¿Debe cambiar el régimen indemnizatorio del despido improcedente en España?”, *Trabajo y Derecho* nº122, 2025. Me ahorro citar conocidas aportaciones de otros autores (y además pertenecientes en el pasado o ahora al CEDS) de esta lectura doctrinal con descalificaciones pues incumplen el mínimo decoro y educación exigible en un debate jurídico académico. Sobre ello tuve oportunidad de reflexionar en LAHERA FORTEZA,J “La metodología de análisis jurídico en el debate sobre las decisiones del CEDS”, BRIEF AEDTSS 53, 2024.

a estas decisiones CEDS naturaleza de jurisprudencia vinculante, más aún cuando el TS ha declarado ya que no lo es y no existe cobertura ni en la CSE ni en la legislación nacional para concluir de esta manera. Pero, aun aceptando esta tesis, esta lectura doctrinal obvia que el CEDS carece de competencias para afirmar si el art. 24 CSE es o no directamente aplicable por un juez nacional, correspondiendo exclusivamente al TS (o al TC) el juicio de control de convencionalidad. A pesar de estos evidentes obstáculos jurídicos, se afirma desde este sector doctrinal que el criterio interpretativo del CEDS contrario a la indemnización tasada del art.56.2 ET conllevará que la sala IV del TS termine aplicando directamente el art.24 CSE y asuma la doctrina CEDS en el despido improcedente. No creo previsible, por todo lo razonado, que sea así, y más tras la clarificadora STS 19 diciembre 2024 en el asunto y los citados precedentes jurisdiccionales de Francia e Italia.

Pero sí ello fuera aceptado, la sala IV del TS en ningún caso podría hacer una interpretación *contra legem* del art. 56.1 ET a la luz del art. 24 CSE, sino que desplazaría la norma nacional por la internacional, conforme a lo que supone un control judicial de convencionalidad, teniendo los trabajadores que probar los daños de su pérdida injustificada de empleo en cada caso solicitando una indemnización adecuada a criterio del juez. Se dejaría de aplicar, en fin, la indemnización legal tasada del art. 56.1 ET para aplicar la abierta judicial del art.24 CSE utilizando el criterio del CEDS. En este desplazamiento de la norma nacional y aplicación de la norma internacional ya sí tendría relevancia el criterio interpretativo del CEDS sustentado en una reparación íntegra del daño y la función disuasiva de indemnizaciones abiertas a criterio judicial. Pero sin el sustento ya de una indemnización legal tasada y automatizada, liberada de prueba del trabajador, porque no caben interpretaciones *contra legem* de la norma nacional a la luz de la internacional, sino sólo, en su caso, inaplicación de la norma nacional en favor de la norma internacional directamente aplicable. El control de convencionalidad, desde la doctrina general antes mencionada, no es herramienta de interpretación integradora de normas nacionales, ni analogías con otra, sino de exclusivo desplazamiento normativo nacional en favor de la norma internacional directamente aplicable¹⁵. Se puede defender dejar de aplicar el art.56.2 ET y acudir al art.24 CSE con el criterio interpretativo abierto del CEDS. Ello, como he razonado, no tiene fundamento jurídico. Pero lo que no se puede jurídicamente defender es aplicar al mismo tiempo el art. 56.2 ET y el art. 24 CSE, sumando indemnizaciones tasadas por la Ley nacional y las adicionales a criterio libre judicial. La apelación al art.10.2 CE, mezclada con un juicio de convencionalidad favorable a la norma internacional, crea, en este sentido, confusión, porque no caben interpretaciones integradoras *contra legem* del art.56.2 ET y, además, resulta discutible catalogar la reparación del despido injustificado como un derecho humano y fundamental regulado en un tratado internacional. La diferencia entre la jurisprudencia TEDH y las decisiones CEDS, en definitiva, entre la CDH y la CSE, dentro del Consejo de Eu-

¹⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO,M, “El alcance de la jurisdicción penal universal y el control constitucionalidad de convencionalidad”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social y Revista crítica de Derecho del Trabajo, monográfico especial homenaje a Fernando Valdés Dal-Ré*, nº3, 2023, p.351 y ss; GOERLICH PESET,J.M, “Control de convencionalidad y regulación del despido en España”, *Revista de investigaciones jurídicas México*, nº47, 2023, p.241 y ss

ropa, antes expuesta, fundamenta que no se está ante un derecho humano de regulación internacional cobijado en el art.10.2 CE.

Distintas son las lecturas doctrinales que, aceptando la inaplicación del art.24 CSE y de la doctrina CEDS por los jueces, en coincidencia con los argumentos jurídicos expuestos en este estudio, abren la vía de un posible cambio jurisprudencial en la incompatibilidad entre indemnizaciones tasadas del despido improcedente e indemnizaciones de una responsabilidad contractual civil derivada del propio despido con una acreditación de daños por el trabajador¹⁶. Se trataría de aceptar, en conductas de mala fe de la empresa, como supuestos de causa falsa en el despido, o ante cuantías exiguas, por escasa antigüedad del trabajador, esta indemnización adicional, previa prueba de daños reales del trabajador. Como he constatado, la jurisprudencia consolidada, que confirma precisamente también la STS 19 de diciembre 2024, parte de la incompatibilidad, impidiendo una doble indemnización en despidos improcedentes, y ello se asienta en la sólida fundamentación jurídica de la indemnización del despido improcedente del art.56.2 ET, expuesta en este estudio. No considero probable este hipotético giro jurisprudencial, aunque es una vía más interesante que acudir al inaplicable art.24 CSE y al control de convencionalidad.

Admitir la compatibilidad de indemnizaciones laboral y civil va, a mi juicio, en contra del art.56.2 ET, sin que exista regulación específica que diferencie entre causa falsa o no probada (difícil frontera por otro lado) o entre cuantías o no exiguas, siendo objetivo el factor renta y tiempo de servicios en el cálculo indemnizatorio. Además, esta compatibilidad de indemnizaciones sólo tiene cobertura legal en el art.183 LJS en relación con los derechos fundamentales, o en el art. 138 LJS en los derechos de conciliación familiar. Tan sólo cabría en despidos improcedentes donde se utiliza prueba ilícita por vulnerar derechos fundamentales, como ya ha sido aceptado judicialmente, y en despidos nulos, donde están asumidas las indemnizaciones adicionales. La aceptación de la compatibilidad entre indemnización laboral y civil en despidos improcedentes vulnera, en consecuencia, los arts.56.2 ET y 183 LJS, y sólo sería viable, en su caso, con un cambio legislativo.

3.2. La recomendación del Consejo de Europa a España de cambios normativos por incumplimiento del art.24 CSE: la ausencia de una obligación internacional ejecutiva y sancionable

Descartada la vía judicial, como he razonado, para romper y poner en cuestión la indemnización tasada del despido improcedente, cabe valorar ahora la vía estrictamente política, teniendo en cuenta que, tras la decisión CEDS, el comité de ministros del Consejo de Europa recomienda a España realizar cambios normativos para cumplir el art. 24 CSE.

¹⁶ GIL y GIL,J.L, “La indemnización por despido improcedente a la luz del convenio 158 OIT”, *La Ley*, 4 Marzo 2025. En esta misma línea BELTRAN DE HEREDIA,I, “Compatibilidad de la indemnización por despido improcedente e indemnización por daños” accesible en la entrada de su blog, “Reflexiones sobre el inminente futuro normativo del despido”.

La clave de esta dimensión política es dilucidar si, jurídicamente, conforme a la CSE, existe, tras ello, una obligación internacional ejecutiva de cambiar nuestro sistema tasado de indemnización en el despido improcedente o no.

Hay que partir, de nuevo, de la presencia de un tratado internacional como la CSE, en la versión revisada, ratificada por España, que forma parte de nuestro ordenamiento (art.96 CE y art.23.3 Ley 25/2014) en los términos previstos por la propia norma internacional. La premisa es que la CSE articula un órgano de garantía y control de su contenido, el CEDS (art. 25 de la parte IV CSE), cuyas decisiones tienen el alcance y las consecuencias jurídicas reguladas en el propio tratado internacional. El protocolo de reclamaciones colectivas ante el CEDS, ratificado por España en 2021, tiene una regulación clara, con un papel relevante del Comité de ministros del Consejo de Europea en la adopción de resoluciones, sobre la base de la decisión del CEDS, donde, literalmente, se emiten *recomendaciones* a los Estados que vulneran la CSE (art.9 protocolo reclamaciones colectivas)¹⁷. Estas premisas, arraigadas en la propia redacción de la CSE, son fundamentales para el análisis jurídico del alcance de la recomendación del Consejo de Europa al Gobierno de España para modificar las indemnizaciones tasadas en los despidos improcedentes. No se discute, lo que es obvio, que la CSE es un tratado internacional que forma parte del ordenamiento y que el CEDS es su órgano de garantía y supervisión. Se trata de delimitar el alcance jurídico de vinculación que determina la CSE y las decisiones de su CEDS y del Comité de ministros del Consejo de Europa, aplicando la propia norma internacional, sobre la fundamentación normativa antes expuesta.

El término *recomendación*, en el que toman forma las resoluciones del Comité de ministros del Consejo de Europa, aplicando su propia regulación internacional en la CSE y sus protocolos, es, creo, suficientemente elocuente. No existe ninguna obligación internacional imperativa de cumplimiento por el Estado, ni ningún sistema impositivo sancionador dentro del Consejo de Europa por incumplimientos de estas resoluciones, ni su contenido se impone de manera contundente a los Gobiernos de los Estados.

Existen interpretaciones doctrinales en sentido contrario¹⁸. Pese a que el término *recomendación* es literal en la CSE se deduce que la resolución del comité de ministros del Consejo de Europa, en este caso a España por incumplir el art.24 CSE, sí es una obligación internacional imperativa que debe ser cumplida por el Estado de España. El argumento especialmente que se maneja es que también las sentencias TEDH pasan por el comité de ministros del Consejo Europea, aunque para vigilar su “*ejecución*” (art.54 CEDH), cuando aquí se traslada una decisión, que no sentencia, para emitir una “*recomendación*”, lo que creo es diferencial. Pero aun admitiendo este intercambio de *recomendación por obligación internacional imperativa*, lo que parece claro es que no es ejecutiva ni existen herramientas

¹⁷ Ver, con detalle, VIVERO SERRANO,J; VICENTE ANDRÉS,R, “La ratificación por España del protocolo a la CSE sobre reclamaciones colectivas”, *Revista Ministerio Trabajo y Economía Social*, nº151; GARCIA MURCIA,J;RODRIGUEZ CARDÓ,I, *El Consejo de Europa y los derechos sociales: instrumentos normativos, jurisprudencia TEDH y doctrina CEDS*, Tiran lo blanch, Valencia, 2024

¹⁸ MOLINA NAVARRETE,C, “La garantía europea del derecho a una indemnización suficientemente reparadora y disuasoria frente al despido injustificado”, *Revista Derecho Social* nº107, p.100; ALVAREZ DEL CUVILLO,A, “¿Es vinculante la reciente decisión CEDS sobre la indemnización de despido?”, BRIEF AEDTSS 73, 2024.

dentro de la CSE para imponer sanciones internacionales a los Estados incumplidores. Ni tampoco puede motivar recurso judicial de revisión alguno en relación con sentencia del Estado, al contrario que las sentencias del TEDEH. Ello es aceptado por estas lecturas doctrinales¹⁹ porque, obviamente, de la CSE no se deduce ninguna sanción internacional por incumplimiento del Estado de estas recomendaciones (o si se prefiere obligaciones). Por lo que, en la práctica, y en esta vía estrictamente política, la conclusión es la misma, se interprete de una u otra manera: depende del Gobierno impulsar la reforma normativa y, con las mayorías parlamentarias correspondientes, cambiar la Ley nacional, en este caso las indemnizaciones del despido improcedente del art.56.2 ET. Depende, en suma, de la voluntad política de la mayoría democrática parlamentaria de cada Estado.

Esta normativa internacional, desde la base de la CSE, intenta influir, o persuadir, en las políticas sociales de los Estados para el cumplimiento de determinados objetivos²⁰. Corresponde, dentro de su soberanía política, al Gobierno Español, y a la mayoría política parlamentaria, seguir o no las recomendaciones de cambio normativo del despido improcedente en consonancia con la doctrina del CEDS. Existe un pacto dentro de la coalición del Gobierno PSOE/SUMAR para cambiar la normativa de despido “*conforme a la CSE*”, sin hacer ninguna referencia por cierto al CEDS, lo que no es anecdótico (porque ese mismo Gobierno defendió con rigor el cumplimiento español del art.24 CSE en las alegaciones ante el CEDS), pero su alcance es estrictamente político, fuera de una obligación internacional imperativa ejecutiva o susceptible de sanciones económicas en caso de incumplimiento, que sencillamente no existe en esta arquitectura jurídica. La decisión del CEDS y la *recomendación* del comité de ministros del Consejo de Europa pueden ejercer de palanca para esta reforma, pero ello sólo será reflejo de una libre voluntad política del Gobierno, que necesita de mayorías parlamentarias democráticas para cambiar la Ley. Si la puerta judicial para establecer indemnizaciones adicionales en despidos improcedentes con la legislación vigente está, como he razonado, cerrada, la vía estrictamente política abre un resquicio a la reforma legal, pero sin que exista una obligación internacional ejecutable y sancionable ante incumplimientos por el Estado español.

Los precedentes de Finlandia, Italia y Francia en decisiones similares del CEDS por vulneración del art. 24 CSE y recomendaciones del Consejo de Europa para cambiar sus indemnizaciones legales de despido improcedente, confirman este análisis. En ninguno de estos países, los Gobiernos tuvieron que cumplir una obligación internacional imperativa ejecutable de reforma normativa en despido, sencillamente porque no

¹⁹ MOLINA NAVARRETE, C., “La garantía europea del derecho a una indemnización suficientemente reparadora y disuasoria frente al despido injustificado”, *Revista Derecho Social* nº107, p.101, “en el caso de la CSE resulta evidente que mantiene importantes debilidades y lagunas en este sistema de técnicas dirigidas a garantizar que no haya distancia, o que sea la menor posible, entre normatividad social internacional y efectividad de su cumplimiento, por tanto queda mucha labor en el perfeccionamiento del sistema”

²⁰ Ello es característico del propio sistema de Derecho Internacional del Trabajo, tanto en el ámbito de la OIT como en la CSE, con sus correspondientes órganos de supervisión y control, como desarrolla el magnífico artículo de GIL y GIL, J.L., “La indemnización por despido improcedente a la luz del Convenio 158 OIT”, cit. A diferencia del Derecho Social Europeo, donde operan técnicas de deber y sanción a los Estados Miembros con un órgano jurisdiccional como el TJUE y su jurisprudencia vinculante.

existe tal obligación ejecutiva y sancionable. Es paradigmática la declaración pública del Gobierno de Finlandia en el último informe de seguimiento del CEDS (marzo 2024), diciendo expresamente que no está vinculado con su decisión. De hecho, ninguno de estos tres países –Finlandia, Italia y Francia– ha reformado su normativa de despido para adecuarla al art.24 CSE conforme a la doctrina CEDS de indemnizaciones abiertas a criterio judicial. Lo que es así en tres países ya del Consejo de Europa, lo es, obviamente, igual para España. Debo precisar que la afirmación es jurídica-realista y no valorativa. No se trata de defender o celebrar incumplimientos, lejos de mi intención lógicamente, sino de constatar con rigor y objetividad el relativo alcance jurídico que tienen estas decisiones CEDS, desde la evidencia de los hechos en la realidad comparada. Si se reforma la indemnización tasada del despido improcedente en España, en fin, será por voluntad política mayoritaria del Parlamento, no como imposición internacional sancionable del Consejo de Europa ni consecuencia derivada de la obligatoriedad de seguimiento de la doctrina del CEDS.

3.3. ¿Es conveniente una reforma de la indemnización tasada del despido improcedente?

3.3.1. Ventajas de la indemnización tasada del despido improcedente

El sistema de indemnización tasada en despidos improcedentes, generalizado entre países europeos, como es el caso de España (art.56.2 ET). además de tener un sólido fundamento jurídico, ya analizado en este estudio, ofrece previsibilidad, certidumbre y seguridad jurídica con ventajas para los trabajadores, las empresas y el propio sistema judicial y económico, frente a notables desventajas de la indemnización abierta a criterio del juez en cada caso²¹.

- a) Del lado del trabajador, la utilización del criterio objetivo del tiempo de servicio y salario, permite ir acumulando una mochila indemnizatoria, que le libera de la prueba del daño realmente causado en caso de despido improcedente. Es una cuantía cierta que tiene asegurada el trabajador, en cualquier circunstancia, sin tener en cuenta, por ejemplo, su capacidad de encontrar nuevo empleo, que puede ser rápida, y que se suma a una sólida protección social pública por desempleo. La indemnización abierta acarrearía dificultades probatorias para el trabajador, rompería esta certidumbre automatizada, que le permite negociar con la empresa su salida sobre un mínimo legal, y tendría efectos negativos en la búsqueda del empleo, más aún con los desajustes de tiempo entre despido y sentencia, porque un nuevo trabajo o un mayor salario reduciría paradójicamente la indemnización.

²¹ LAHERA FORTEZA, J, “Defensa de la indemnización tasada en el despido improcedente”, *Cinco Días-El País*, 8 Junio 2023

- b) Del lado de la empresa, la presencia de una cuantía cierta e igual para todos de indemnización del despido improcedente, logra un efecto neutro en la decisión de contratación. La indemnización abierta podría perjudicar la contratación de determinados colectivos de trabajadores, con circunstancias que conllevarían una mayor reparación extintiva, por ejemplo, el factor de mayor edad, asociado a menor capacidad para encontrar otro empleo. La tasación legal otorga certidumbre, igualdad y seguridad en la decisión de contrataciones indefinidas, hoy tan extendidas gracias a la reforma laboral, sin estos efectos contraproducentes.
- c) La indemnización tasada ayuda a salidas negociadas entre empresa y trabajador, sobre un mínimo legal, y reduce la judicialización, que se multiplicaría en un sistema casuístico y abierto, con un previsible desborde en los juzgados sociales, ya muy cargados de trabajo.
- d) También parece evidente que es mejor para el sistema económico esta certidumbre y seguridad jurídica, tanto desde el lado de la contratación como de los incentivos a la búsqueda del empleo, sin las distorsiones expuestas de las indemnizaciones casuísticas. No es una dimensión menor porque el empleo depende de muchas variables entre las que se encuentra la certidumbre en las decisiones empresariales.

Estas considerables ventajas convierten en inconvenientes los sistemas de indemnizaciones abiertas a criterio judicial del despido improcedente, escasos en el panorama comparado internacional. La determinación judicial en cada caso de despido improcedente de la indemnización que repara la pérdida de empleo conlleva retirar derechos indemnizatorios automatizados, exigiendo una prueba de daños al trabajador desde la lógica civil, y romper con la seguridad jurídica y certidumbre de las empresas en sus decisiones de contratación laboral y cálculo de costes. Ello terminaría teniendo impacto en estas decisiones, perjudicando el empleo de los trabajadores cuyo despido podría dar lugar a una mayor reparación del daño, como en colectivos con difícil acceso a un nuevo empleo. Y lo que parece evidente es el que el sistema judicial quedaría saturado, dado que son millones los contratos de trabajo firmados y vigentes susceptibles de un despido ideado a la carta judicial. Los pactos indemnizatorios de salida de la empresa quedarían desincentivados, ante la falta de parámetros legales claros, y los despidos judicializados en un casuismo que conllevaría esta saturación de la Jurisdicción Social.

A pesar de ello, lecturas doctrinales abogan por una reforma íntegra del sistema de indemnización del despido improcedente en consonancia con las exigencias del CEDS, recuperando los salarios de tramitación, aceptando que el juez pueda imponer readmisiones, y escalando en tramos indemnizatorios la reparación de la pérdida de empleo,

los perjuicios causados y cuantías disuasorias para las empresas sin tope legal²². Por lo expuesto, este tipo de reforma, en sus distintas variables, acercaría las consecuencias del despido improcedente al nulo, rompiendo los fundamentos jurídicos diferenciados entre ambos actos extintivos, y crearía un escenario donde aparecerían todas estas desventajas e inconvenientes de la indemnización abierta a criterio judicial. Las consecuencias en la economía y el empleo fijo serían inciertas e imprevisibles. No creo sea recomendable este tipo de reforma, aunque ello pertenece más al debate político-económico que jurídico.

3.3.2 Posibles cambios normativos en la indemnización del despido improcedente: una reforma innecesaria tras la reforma pactada

Caben otras opciones intermedias²³, pero desde la conciencia de que ello implica no seguir el criterio del CEDS, por lo que permanecería constante el incumplimiento del art.24 CSE por España, sin solución, ni salida, desde las tesis que afirman la presencia de una obligación internacional imperativa y el carácter vinculante de estas decisiones. Cabe, en cualquier caso, valorar políticamente, y económicamente, estas alternativas en un debate no estrictamente jurídico.

Se puede mantener la indemnización tasada del art.56.2 ET más una indemnización adicional a criterio judicial en función de daños específicos acreditados en el despido improcedente. La reforma operaría como un destope en la práctica de la cuantía tasada. Implicaría este cambio normativo aceptar la compatibilidad de la indemnización laboral y civil, ampliando las indemnizaciones adicionales del art.183 LJS, exclusivas de derechos fundamentales, a supuestos de responsabilidad civil contractual derivada del despido. Se podría precisar desde la Ley dichos supuestos donde, previa acreditación del trabajador, se pudieran solicitar indemnizaciones adicionales, como causas falsas o conductas de mala fe empresarial. La apertura de esta puerta judicial, por todo lo razonado

²² Estas lecturas doctrinales parten de la doctrina CEDS y proponen, de manera diferente, distintas propuestas y me remito a cada estudio citado para su referencia: ALVAREZ DEL CUVILLO,A, “Una propuesta para la regulación de la indemnización por despido improcedente”, BRIEF AEDTSS 47, 2024 y “La reformulación de la indemnización por despido improcedente a la luz de la CSE”, *Trabajo, Persona y Derecho*, nº8, 2024, p. 36 y ss; GORELLI HERNÁNDEZ,J, “Razones para un cambio en la indemnización del despido improcedente”, *Ius Labor*, nº1, 2023; MOLINA NAVARRETE,C, “La obsolescencia legalmente programada del despido improcedente en España. Porqué y cómo corregirla en virtud de la CSE”, *Labos*, nº 4, 2023;PAZOS PEREZ,A, “Reflexión en relación con la adecuación de la indemnización tasada del despido improcedente”, BRIEF AEDTSS 45, 2023; BELTRAN DE HEREDIA,I, entrada su blog “Reflexiones sobre el inminente futuro normativo del despido”.

²³ Estas posiciones doctrinales son distantes con la doctrina CEDS, pero proponen cambios normativos en despido con diferentes variables y propuestas, y me remito a cada estudio citado para su referencia: GIL y GIL,J.L, “La indemnización del despido improcedente a la luz del convenio 158 OIT”, cit; CRUZ VILLALÓN,J, “Razones para una reforma del despido”, ON Economía, www.elnacional.cat, 22 Agosto 2024; CASAS BAAMONDE,M.E, “Indemnización adicional por daños y perjuicios en despidos sin causa y exigüidad de la indemnización legal tasada. Y sobre la aplicación directa del art.24 CSE y la orfandad del arbitrio judicial en la fijación de la indemnización adecuada por despido inválido”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº5, 2024; CASTELLANO BURGILLO,E, “¿En qué podría consistir la indemnización adicional del despido improcedente?”, *Blog Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 21 Marzo 2025; VIVERO SERRANO,J “El despido improcedente y el comité europeo de derechos sociales: las experiencias de Finlandia, Italia y Francia”, *Tribuna y Derecho* nº113, 2024.

hoy inviable, debilitaría el sólido fundamento jurídico de la indemnización del despido improcedente, que absorbe la responsabilidad civil contractual, y tendría consecuencias imprevisibles, en forma de inseguridad jurídica, y posible saturación de los juzgados sociales. Introducir la distinción entre causa falsa y no probada, a estos efectos, tiene una dificultad práctica evidente. No parece aconsejable el cambio normativo.

Se puede abrir una horquilla legal de indemnización tasada mínima y máxima a criterio judicial en cada despido improcedente. Ello no desequilibra el fundamento jurídico de la indemnización del despido improcedente, aunque desplaza en la horquilla la precisión del perjuicio causado desplazando la prueba al trabajador. Habría que valorar que aporta este sistema tasado de horquillas frente al nuestro con cuantía cierta, por tiempo de servicios y salario, sin prueba alguna del trabajador del daño, que potencia las ventajas de las indemnizaciones tasadas antes razonadas. Desde luego, el cambio daría menos certidumbre y seguridad jurídica, y en algunos supuestos rebajas de las indemnizaciones vigentes, con el riesgo de una mayor judicialización. No parece una idea acertada.

Se puede articular una indemnización tasada y topada, como la del art.56.2 ET, más una indemnización adicional tasada a criterio judicial en función de daños específicos acreditados por el trabajador en el despido improcedente. De hecho, este sistema ya existe en readmisiones de despidos nulos del art.286.1 y 2 LJS, en caso de acosos o imposibilidad empresarial, donde a la indemnización tasada del despido improcedente de 33 días salario/año se suma la de 15 días salario/año. Parece preferible esta opción a las dos anteriores porque juega con indemnizaciones ciertas en ambos planos, la improcedencia que repara la pérdida de empleo con presunción de perjuicio y el daño específico adicional también tasado. Pero, al margen de la lesión a derechos fundamentales o de conciliación familiar, que se reconduce al despido nulo, es difícil identificar daños específicos a reparar, de esta manera tasada, más allá de la pérdida de empleo con un perjuicio que se presume, absorbida la reparación en la primera de las cuantías. Una vía que puede ser útil en despidos nulos sin readmisión, al aparecer la lógica de la reparación íntegra del daño, puede no serlo tanto en despidos improcedentes. Aún así sería la vía más idónea si lo que se pretende es aceptar la compatibilidad de dos indemnizaciones, la laboral y la civil, siendo ambas tasadas. Pero no creo tampoco necesario este tipo de cambio normativo, siendo muy difícil tasar los supuestos legales de acceso a la indemnización adicional tasada. La separación entre causa falsa y no probada tiene una extraordinaria dificultad práctica, con riesgos de saturación y arbitrio judicial.

Descartadas todas estas opciones, por lo razonado, seguramente, este debate se puede reconducir a una indemnización mínima legal en cualquier despido improcedente, sin alterar la cuantía y tope vigente. Es una medida que existe, por ejemplo, en los ordenamientos laborales de Portugal o Italia, aunque en este caso se excluyen pequeñas empresas. Esta medida afronta el problema de las indemnizaciones exiguas ante poca prestación de servicios del despedido, que parece el punto débil del art.56.2 ET. De hecho, el debate de indemnizaciones adicionales a criterio judicial nace como solución a estos supuestos de escasa antigüedad del despedido. Desde la fundamentación jurídica de

la improcedencia, la indemnización mínima legal tasada también es discutible, porque la pérdida de empleo llevando poco tiempo en la empresa ya se repara teniendo en cuenta el tiempo de servicios, cuanto más mejor cuantía, y conllevaría una mayor reparación proporcional en estos supuestos. La presunción del perjuicio jugaría en beneficio de los trabajadores con menor tiempo de servicios, lo que no parece razonable. Sería, desde el punto de vista de la empresa, como una fianza a retener en cada contrato de trabajo, al operar como mínimo indemnizatorio en despidos improcedentes. La opción puede conllevar un muro contrario a la contratación indefinida y al crecimiento económico y de empleo, no aconsejable en el todavía alto desempleo de España, el mayor de la UE. Creo que también debe ser descartada.

Finalmente, siempre cabe, en este debate, resucitar las propuestas de recuperación de los 45 días salario/año máximo 42 mensualidades en el despido improcedente, corrigiendo la reforma laboral 2012 que extendió a todos los contratos de trabajo los 33 días salario/año máximo 24 mensualidades presentes en los entonces contratos de fomento de contratación indefinida. Tengo la percepción de que todo este debate en torno al art.24 CSE, con la doctrina CEDS, surge como respuesta sindical/política a la no recuperación de la indemnización del despido improcedente de 2012. Ello es sindicalmente, y políticamente, por supuesto, legítimo, pero, en términos estrictamente jurídicos, ha ocasionado toda la compleja problemática aquí tratada que concluiría en que recuperar los 45 días salario/año en despidos improcedentes no cumpliría tampoco el art.24 CSE con la doctrina CEDS. Curiosa paradoja.

Mi conclusión, desde una valoración política/económica de las alternativas que se presentan en este debate, es que la reforma de la indemnización del despido improcedente es innecesaria. Cualquier variable de cambio ni soluciona el debate de cumplimiento del art. 24 CSE con la doctrina CEDS, salvo en una contraproducente reforma íntegra de todo el sistema (salarios de tramitación, facultad judicial de readmisión, indemnización abierta a criterio judicial con reparación íntegra del daño y efectos disuasivos), ni, en sus expuestas vías intermedias, parece aconsejable por las razones expuestas.

En cualquier caso, y al margen de opiniones propias, es legítimo que una voluntad política, expresada en mayoría parlamentaria, cambie la Ley, en este caso, el art.56.2 ET, y opte por cualquiera de estas alternativas. Pero hay un dato que condiciona este debate y no debe ser olvidado. La reforma laboral pactada de 2021 transformó la contratación laboral para reducir la temporalidad a cambio de no alterar las indemnizaciones del despido. Tal vez no fue un pacto así de explícito, si no implícito, desde el perímetro de una negociación impulsada por la UE, pero sin ello difícilmente se habría alcanzado un acuerdo social, con compromiso sindical y de los empresarios, que hizo suyo el anterior Gobierno de coalición. Teniendo en cuenta que la reforma laboral pactada está funcionando bien, en reducir temporalidad y en crecimiento de empleo, no creo conveniente alterar este tipo de pacto implícito, con trasfondo europeo, y cambiar ahora, en cualquiera de las alternativas expuestas, la indemnización del despido improcedente del vigente art.56.2 ET. A todos los argumentos expresados, se une el de respeto a un pacto social que está dando buenos resultados en nuestro mercado de trabajo.

4. La problemática de las consecuencias e indemnizaciones del despido nulo

4.1. Indemnizaciones adicionales por vulneración de derechos compatibles con las consecuencias del despido nulo: inseguridad jurídica en la cuantificación judicial

Como ha sido anticipado a lo largo de este estudio, en el despido nulo que conlleva, conforme el art.55.6 ET y 113 LSJ el *efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir*, sí son viables las *indemnizaciones adicionales* por vulneración de derechos fundamentales o de conciliación familiar a criterio judicial. El art.183.1 LJS afirma que *cuando la sentencia declare la existencia de vulneración (de derecho fundamental) el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que en su caso corresponda por haber sufrido discriminación o lesión de derechos fundamentales en función tanto del daño moral unido a la vulneración como de los daños y perjuicios adicionales*. El art.183.3 LJS confirma, como ya venía reconociendo la jurisprudencia del despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, que *esta indemnización será compatible, en su caso, con la que le pudiera corresponder al trabajador por la extinción del contrato de trabajo*. Ello puede darse en despidos improcedentes con prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales, especialmente el de la intimidad del trabajador, y en despidos nulos que lesionan estos derechos fundamentales.

Esta posibilidad responde a la fundamentación jurídica diferente del sistema reparador en despidos improcedentes y nulo analizada al inicio. La *improcedencia* repara la pérdida de empleo con una presunción de perjuicio por acto ilícito con la indemnización tasada y topada por la Ley vigente. La *nulidad* opera con una lógica de reparación íntegra del daño, la pérdida de empleo y los daños específicos causados en la lesión de derechos especialmente protegidos que motiva del despido nulo. Son por ello, como vengo manteniendo, inviables las indemnizaciones adicionales en despidos improcedentes salvo que concurra, como en supuestos de prueba ilícita, una vulneración de derechos fundamentales en el ámbito limitado del art.183.1 y 3 LJS.

La STC 61/2021 exige, además, en los despidos nulos que vulneran derechos fundamentales, que el juez se pronuncie sobre estas indemnizaciones adicionales, compatibles con la readmisión y salarios de tramitación, automatizadas desde la vulneración con la imprescindible concreción judicial. Ello es deducible del art.183.2 LJS, *“el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño”*, y ha sido confirmado por la STS 10 de enero 2023.

La jurisprudencia (por todas SSTs 23 de febrero 2022 y 20 de abril 2022) ha elaborado una doctrina de *parámetros de cálculo de la indemnización adicional por vulneración derechos fundamentales* que maneja, en cada caso, los siguientes criterios²⁴:

²⁴ Ver, con detalle y referencia de sentencias, TODOLI SIGNES,A, “Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo”, *LABOS*, nº5, 2024, p.54 y ss; ARIAS DOMINGUEZ,A, *La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en despidos nulos*, BOE, 2023; MONEREO PEREZ,J.L, “Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo prudencial de cuantificación de la indemnización”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº2, 2022

- Mínimos y máximos de las sanciones administrativas LISOS en infracción muy grave
- Salario y tiempo de servicios del trabajador
- Persistencia temporal e intensidad de la vulneración del derecho con consecuencias en el contexto social, teniendo que ser reparado el daño moral
- Reincidencia en lesiones de derechos fundamentales de la empresa
- La naturaleza pluriofensiva del daño a derecho fundamental
- Conexión con la readmisión y los salarios tramitación, que ya reparan parte del daño causado
- Función disuasiva de la indemnización adicional para evitar nuevas arbitrariedades de las empresas

La inseguridad jurídica en la cuantificación judicial que provocan estos criterios jurisprudenciales del despido nulo ha motivado alguna propuesta doctrinal de dotar al sistema, desde la Ley, de parámetros objetivos calculados de manera automática²⁵. Es una propuesta interesante, a la que me remito, que habría que valorar en una reforma del despido nulo. Pero muestra la contradicción de un debate que, como he analizado con detalle, en los despidos improcedentes intenta sustituir la indemnización tasada por la abierta a criterio judicial, con inseguridad jurídica, mientras que, en los despidos nulos, intenta reconducir asumidas indemnizaciones adicionales por vulneración de derechos fundamentales a espacios tasados de seguridad jurídica. Y entre estos criterios, manejados por la jurisprudencia, está precisamente el salario y tiempo de servicios, que es lo que se cuestiona en la indemnización del despido improcedente. Si antes he afirmado, en mi opinión, la ausencia de necesidad política en reformar la indemnización del despido improcedente, sí veo de mayor interés este tipo de propuesta de otorgar seguridad jurídica a las indemnizaciones del despido nulo.

4.2. El problema no resuelto de la falta de voluntad del trabajador de ser readmitido en la empresa: una reforma necesaria

El vigente art.55.6 ET declara: *el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir*. La traslación procesal de este efecto del despido nulo está presente en el art.113 LJS, que se manifiesta en los mismos términos. Esta regulación sustantiva y procesal, en un plano teórico, es coherente con la desaparición del acto nulo y el restablecimiento del contrato de trabajo al momento inicial del despido, pero, en la práctica, plantea el problema no resuelto de la falta de voluntad del trabajador en ser readmitido en la empresa²⁶.

²⁵ TODOLI SIGNES,A, “Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo”, *LABOS*, nº5, 2024

²⁶ LAHERA FORTEZA,J, “Reformar los efectos del despido nulo: elección del trabajador entre readmisión o indemnización”, *blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, 7 Enero 2025

Efectivamente, en numerosas ocasiones, el efecto de la *readmisión inmediata del trabajador* de los despidos nulos no resulta satisfactorio, ni útil, para los trabajadores, que, una vez ganada la demanda, no desean volver a trabajar en la empresa que vulneró sus derechos fundamentales o de conciliación familiar (arts.53.4 y 55.5 ET). La readmisión automática, tal como está diseñada, obliga a ello cuando, en estas ocasiones, el trabajador no quiere volver a esa empresa para evitar situaciones desagradables o por la sencilla razón de que trabaja ya en otra empresa y quiere pasar esa página de su trayectoria profesional. Desde el lado de la empresa, es también, a veces, difícil volver a integrar, con normalidad, al trabajador con el precedente de una sentencia que ha constatado la vulneración de sus derechos fundamentales o de conciliación familiar.

En los supuestos legalmente previstos más asépticos, donde la nulidad extintiva deriva de un incumplimiento formal de las consultas de un despido colectivo (art.51.1 ET y arts.122.2 y 124.13 LJS) es donde pueden darse menos estas consecuencias, pero lo que puede suceder entonces es, también, que el trabajador haya conseguido otro empleo y no quiera por ello volver a su anterior empresa. Los tiempos de desenlace entre la demanda de despido nulo y sentencia pueden ser largos, por lo que este tipo de situaciones son muy habituales.

Las normas vigentes procesales (arts. 282-284 LJS) parten del supuesto de exigencia por el trabajador despedido de la readmisión automática, con consecuencias económicas negativas para la empresa en caso de negativa o irregularidad, pero obvian esta realidad de trabajadores que no desean volver a esa empresa. Ello conduce tras la sentencia a situaciones kafkianas donde, tras ser readmitido, el trabajador solicita inmediatamente la baja voluntaria sin ninguna indemnización. Tan sólo se plantea una salida indemnizatoria, desde la ejecución, a través de auto judicial, en situaciones de *acoso* contra el trabajador del art.286.2 LJS o ante *la imposibilidad legal o material de la readmisión por la empresa* del art.286.1 LJS. En estos casos, la readmisión, ante el acoso o la imposibilidad empresarial, puede ser sustituida, en auto judicial, por la indemnización del despido improcedente, *33 días salario/año, más 15 días salario/año*, con los topes correspondientes. Pero en el habitual supuesto de ausencia de voluntad del trabajador de reingreso en la empresa tras un despido declarado judicialmente como nulo no es aplicable el art.286.1 y 2 LJS, siendo lo más probable que una vez readmitido, el despedido presente una baja voluntaria sin indemnización.

Para evitar estas disfunciones el efecto del despido nulo debería ser que el trabajador eligiera entre la readmisión o la indemnización del despido improcedente, quedando asegurado, en cualquier caso, el cobro de los salarios de tramitación. El contrato de trabajo se restablece, pero debería pertenecer a la decisión del trabajador la opción entre darle continuidad con la readmisión o sustituir la misma con la indemnización del despido improcedente del art.56.2 ET. Ello entronca, precisamente, con el debate de las indemnizaciones adicionales, al que me he referido desde un inicio. En supuestos de nulidad extintiva, como ya es asumido por el art.183.3 LJS y la jurisprudencia, cabe solicitar indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales o de derechos de conciliación familiar con una reparación específica de un daño que trasciende la pérdida de empleo. Por tanto, si quedan acreditados estos daños, los cuantificará el juez y, en caso

de elección por el trabajador de la indemnización del despido improcedente, se sumarán estas cuantías adicionales. En los habituales supuestos donde el trabajador no quiera volver a la empresa, elegirá la indemnización sustitutoria, más, en su caso, estas cuantías adicionales, quedando extinguida la relación contractual laboral.

El sistema que propongo en los despidos nulos es similar al de los representantes de los trabajadores ante la improcedencia del art. 56.4 ET que paso a transcribir y que puede servir de referencia:

Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2.

Se trataría de llevar este mismo esquema a los efectos de los despidos nulos, con elección del trabajador entre readmisión o indemnización, en los términos aquí propuestos, lo que exigiría una reforma de los arts. 55.6 ET y 113 LJS.

Otra opción técnica, alternativa, sería incorporar esta elección del trabajador entre readmisión o indemnización, en los términos aquí propuestos, en la ejecución de la sentencia del despido nulo, con auto judicial a instancia del trabajador, reformando el art. 286 LJS con esta regla general en un nuevo apartado 3.

Sea desde el Derecho sustantivo, sea desde el Derecho procesal, creo, por todo lo expuesto, que sería muy útil esta reforma de los efectos del despido nulo que, además, reconduciría la cuestión de las indemnizaciones adicionales a la nulidad con la reparación de la pérdida de empleo (tasada y topada como en la improcedencia) y de los daños acreditados causados por el motivo del despido nulo. Tal como he defendido en este estudio, no es necesaria ni conveniente una reforma de las indemnizaciones tasadas del despido improcedente, pero sí es conveniente esta reforma del despido nulo vinculada a indemnizaciones tasadas y, en este exclusivo ámbito sí, también indemnizaciones adicionales. Quizás conviene cambiar el foco de este debate, del *despido improcedente al despido nulo*, desde un retorno a los fundamentos jurídicos.

Adenda final: la sentencia del Tribunal Supremo 16 julio de 2025

En el tránsito entre la entrega de esta aportación y su publicación en la revista *Labos* es ya pública la STS 16 Julio de 2025, nº 736/2025, que cierra definitivamente la puerta judicial a indemnizaciones adicionales en los despidos improcedentes sobre la base del art. 24 CSE. La sentencia confirma todos los argumentos jurídicos expuestos en este artículo académico, en especial los del epígrafe 2.2.3 y 3.1.1, 3.1.2 y 3.1.3, a los que me remito. Por tanto, esta aportación académica tiene ya respaldo jurisprudencial.

Como he publicado en un Brief AEDTSS, la secuencia lógico-argumentativa de la STS 16 Julio 2025 es clara y jurídicamente impecable, y se puede resumir en cinco pasos, con referencia de los FD, de manera breve:

- 1.º FD.3.2:** Los tratados internacionales forman parte de nuestro ordenamiento (art.96 CE y art.23.3 Ley 25/2014) con un principio de prevalencia aplicativa (art.31 Ley 25/2014). La CSE revisada forma parte de nuestro ordenamiento pues ha sido ratificada por España.
- 2.º FD 3.2 y 3.3:** El principio de prevalencia de la norma internacional se aplica conforme al texto de la norma en cada caso (art.30.1 Ley 25/2014). Existen normas de aplicación directa o condicionadas a un desarrollo de la legislación nacional. En la CSE pueden existir normas de ambas naturalezas como ya sentó la jurisprudencia ordinaria (SSTS 28 y 29 Marzo de 2022)
- 3.º FD 3.3:** En cada supuesto de hecho analizado se debe contrastar la norma internacional, en este caso el art. 24 CSE, y la nacional, en este caso el art.56.2 ET, para ver si aquella es directamente aplicable y contradice esta, pudiendo entonces ser aplicada por el juez en un control de convencionalidad admitido por la jurisprudencia constitucional y ordinaria (STC 140/2018 y 87/2019 y SSTS 28 y 29 Marzo de 2022, 18 Noviembre 2024 y 19 Diciembre de 2024). Para que un juez proceda a una aplicación directa, la norma internacional debe ser *“clara, determinada y cierta, autosuficiente, quedando identificada claramente que la norma nacional vulnera su contenido”*.
- 4.º FD 4 y 5:** El art.24 CSE exige *indemnizaciones adecuadas o reparaciones apropiadas en despidos injustificados con remisión a legislación nacional* (anexo IV CSE). El precepto internacional, idéntico al art. 10 tratado 158 OIT, ya analizado en la STS 19 de Diciembre 2024, no cumple las condiciones de aplicación directa porque *“no identifica elementos concretos que deben ser atendidos a la hora de fijar un importe económico o de otro contenido que permita colmar la patente inconcreción de su literalidad”*. La remisión de especificación a la legislación nacional de la norma internacional - art.10 tratado 158 OIT y art.24 CSE - ha sido desarrollada en el art.56.2 ET que considera adecuada la indemnización de 33 días de salario/año con el tope de 24 mensualidades, junto a la reparación apropiada de la protección social por desempleo. La jurisprudencia constitucional (STC 6/1984, 20/1994 y ATC 43/2014) avaló la constitucionalidad, y la adecuación a normas internacionales, del sistema de indemnización tasada y topada del vigente art.56.2 ET, así como de su parámetro objetivo de cálculo y cuantía, ampliable por negociación colectiva.

El art.24 CSE, en consecuencia, “*no es directamente aplicable*” y ha sido desarrollado por la Ley, conforme al Anexo IV CSE, con un aval constitucional, por lo que “no cabe un desplazamiento de la norma nacional”, el art.56.2 ET. Los jueces, por tanto, no pueden establecer indemnizaciones adicionales a la legalmente vigente en los despidos improcedentes.

5.º FD 6 y 7: Las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) contrarias a España por vulneración del art.24 CSE (nº207/2022 y nº 218/2022), o cualquier otra que proviene de este órgano no jurisdiccional, se trasladan, como establece la propia CSE y su protocolo de reclamaciones colectivas (arts. 8 y9), al Comité de Ministros del Consejo de Europa que emite “*recomendaciones*” dirigidas al Estado, y, en concreto, a los “poderes con capacidad para crear normas jurídicas acordes con las mismas”. Por tanto, estas decisiones CEDS no son ejecutivas ni directamente aplicables entre particulares, carecen de eficacia vinculante en el marco de la propia CSE, y no son relevantes en el control judicial de convencionalidad. Las “*recomendaciones*” que emite el Comité de Ministros del Consejo de Europa, basadas en su caso en decisiones CEDS, operan “*en el ámbito que resulta adecuado*”, las reformas normativas impulsadas por los Gobiernos de los Estados destinatarios, pero no en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Esta doctrina confirma la ya elaborada por la sala IV del TS en relación con estas decisiones CEDS, a efectos de recurso de unificación de doctrina (ATS 4 Noviembre de 2015, 7 Febrero de 2017 y 21 Noviembre de 2018), a diferencia de la jurisprudencia vinculante emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) del Consejo de Europa en el marco de la Carta de Derechos Humanos (CEDH).

Conclusión: Con esta impecable y cristalina secuencia lógico-argumentativa jurídica, conforme a Derecho, se concluye en la falta de *aplicación directa del art. 24 CSE*, no siendo relevante, en el ejercicio de la función jurisdiccional, la presencia de decisiones CEDS contrarias a España por vulneración de este precepto en los despidos improcedentes. Los argumentos jurídicos y el fallo son prácticamente idénticos a los precedentes de Francia (Sentencia Corte Casación 11 mayo 2022) e Italia (STC 7/2024), siendo también una conclusión acorde con el Derecho Comparado.

Queda, por tanto, tras esta importante sentencia, cerrada la puerta judicial al establecimiento de indemnizaciones adicionales en despidos improcedentes sobre la base del art.10 Tratado OIT 158 y art. 24 CSE, que es una de las conclusiones de este estudio.

Bibliografía citada

- ALVAREZ DEL CUVILLO,A, “¿Es vinculante la reciente decisión CEDS sobre la indemnización de despido?”, BRIEF AEDTSS 73, 2024.
- ALVAREZ DEL CUVILLO,A, “La reformulación de la indemnización por despido improcedente a la luz de la CSE”, *Trabajo, Persona y Derecho*, nº8, 2024
- ALZAGA RUIZ,I, “La concesión de una indemnización adicional por despido improcedente en aplicación de la CSE”, *Revista Española Derecho Trabajo* nº279, 2024
- ARIAS DOMINGUEZ,A, *La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en despidos nulos*, BOE, 2023
- BELTRAN DE HEREDIA,I, “Compatibilidad de la indemnización del despido improcedente e indemnización por daños” en entrada su blog, “Reflexiones sobre el inminente futuro normativo del despido”
- CASAS BAAMONDE,M.E, “Indemnización adicional por daños y perjuicios en despidos sin causa y exigüidad de la indemnización legal tasada. Y sobre la aplicación directa del art.24 CSE y la orfandad del arbitrio judicial en la fijación de la indemnización adecuada por despido inválido”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº5, 2024
- CASTELLANO BURGILLO,E, “¿En qué podría consistir la indemnización adicional del despido improcedente?”, *Blog Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 21 Marzo 2025
- CRUZ VILLALÓN,J “¿Es obligado reformar el despido?, ON Economía, www.elnacional.cat, 13 Agosto 2024
- CRUZ VILLALÓN,J, “Razones para una reforma del despido”, ON Economía, www.elnacional.cat, 22 Agosto 2024
- DIAZ RODRIGUEZ,J.M, “La interpretación y aplicación de la CSE, en particular en extinción del contrato”, *Documentación Laboral* nº 125, 2022
- DOMENECH PRECIADO,C.H, *El despido en la CSE y en el TEDH*, Bomarzo, Albacete, 2023
- GARCIA MURCIA,J;RODRIGUEZ CARDO,I, *El Consejo de Europa y los derechos sociales: instrumentos normativos, jurisprudencia TEDH y doctrina CEDS*, Tiran lo blanch, Valencia, 2024
- GIL y GIL,J.L, “La indemnización por despido improcedente a la luz del convenio 158 OIT”, *La Ley*, 4 Marzo 2025 y *Trabajo y Derecho* nº123, 2025
- GIL y GIL,J.L“La indemnización por despido improcedente” en AA.VV, *El despido disciplinario. Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy*, Acarl, Madrid, 2009.
- GOERLICH PESET,J.M, “Control de convencionalidad y regulación del despido en España”, *Revista de investigaciones jurídicas México*, nº47, 2023
- GORELLI HERNÁNDEZ,J, “Razones para un cambio en la indemnización del despido improcedente”, *Ius Labor*, nº1, 2023
- LAHERA FORTEZA,J, “La indemnización y reparación del despido injustificado en las normas internacionales: adecuación de la norma española”, *BRIEF AEDTSS* 32, 2023

- LAHERA FORTEZA,J, “Defensa de la indemnización tasada en el despido improcedente”, *Cinco Días-El País*, 8 Junio 2023
- LAHERA FORTEZA,J, “Consecuencias jurídicas de la decisión del CEDS en la indemnización del despido improcedente”, *BRIEF AEDTSS* 49, 2024
- LAHERA FORTEZA,J, “La metodología de análisis jurídico en el debate sobre las decisiones del CEDS”, *BRIEF AEDTSS* 53, 2024
- LAHERA FORTEZA,J, “Confirmación jurisprudencial de la adecuación internacional de la indemnización tasada del despido improcedente”, *BRIEF AEDTSS* 119, 2024
- LAHERA FORTEZA,J, “Reformar los efectos del despido nulo: elección del trabajador entre readmisión o indemnización”, *blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, 7 Enero 2025
- MOLINA NAVARRETE,C, “La obsolescencia legalmente programada del despido improcedente en España. Porqué y cómo corregirla en virtud de la CSE”, *Labos*, nº 4,2023
- MOLINA NAVARRETE,C, “La garantía europea del derecho a una indemnización suficientemente reparadora y disuasoria frente al despido injustificado”, *Revista Derecho Social* nº107, 2024
- MOLINA NAVARRETE,C, “De Salomón a Poncio Pilato: la indemnización tasada en espera del tempus riget”, *BRIEF AEDTSS* 120, 2024
- MONEREO PEREZ,J.L, “Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo prudencial de cuantificación de la indemnización”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº2, 2022
- PAZOS PEREZ,A, “Reflexión en relación con la adecuación de la indemnización tasada del despido improcedente”, *BRIEF AEDTSS* 45, 2023.
- RAMOS QUINTANA,M, “¿Debe cambiar el régimen indemnizatorio del despido improcedente en España?”, *Trabajo y Derecho* nº122, 2025
- RODRIGUEZ-PIÑERO,M, “El alcance de la jurisdicción penal universal y el control constitucionalidad de convencionalidad”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social y Revista crítica de Derecho del Trabajo, monográfico especial homenaje a Fernando Valdés Dal-Ré*, nº3, 2023
- SAGARDOY DE SIMÓN,I, “Una necesaria reforma de la extinción de mutuo acuerdo en el contrato de trabajo”, *FEDEA*, sección mercado de trabajo, Julio 2024
- SAN CRISTOBAL VILLANUEVA,J.M, “La aplicabilidad de la CSE por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº460, 2021
- TODOLI SIGNES,A, “Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo”, *LABOS*, nº5, 2024
- VALDES DAL-RE,F, “Regulación del despido en España. Teoría e ideología en sus debates”, en AA.VV *El despido en España tras la reforma laboral de 2012*, Lefebvre, Madrid, 2018

- VIVERO SERRANO,J, “La protección frente al despido injustificado como derecho humano en la Carta Social Europea y su influencia en España”, *La Ley*, 5 Junio 2024.
- VIVERO SERRANO,J “El despido improcedente y el comité europeo de derechos sociales: las experiencias de Finlandia, Italia y Francia”, *Tribuna y Derecho* nº113, 2024.
- VIVERO SERRANO,J “El despido improcedente y el comité europeo de derechos sociales: las experiencias de Finlandia, Italia y Francia” BRIEF AEDTSS 50 2024.
- VIVERO SERRANO,J, “Indemnización legal por despido improcedente y facultad judicial de incremento de la indemnización”, reseña STS 19 Diciembre de 2024, *Trabajo y Derecho*, nº122, 2025.
- VIVERO SERRANO,J; VICENTE ANDRÉS,R, “La ratificación por España del protocolo a la CSE sobre reclamaciones colectivas”, *Revista Ministerio Trabajo y Economía Social*, nº151.

Del trabajo asalariado al trabajo vulnerable. (Apunte crítico sobre las nuevas propuestas de universalización de las regulaciones de protección del trabajo)

**From subordinate work to vulnerable work.
(Critical note on the new proposals for universalization
of labor protection regulations)**

Óscar Fernández Márquez

Prof. Titular de Derecho del Trabajo

Universidad de Oviedo

ORCID ID: 0000-0001-6442-1101

Recibido: 4/2/2025

Aceptado: 6/3/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9666

Resumen: El estudio analiza la evolución del trabajo hacia nuevas fórmulas en el contexto de la digitalización y el actual capitalismo de servicios, y cómo tal evolución compromete las soluciones tradicionales de la regulación laboral. Denuncia los límites evolutivos naturales de la “ajenidad” y la “dependencia” y cuestiona su capacidad para continuar definiendo con exclusividad el campo de la nueva legislación de protección del trabajo. Pero a la vez somete a crítica las nuevas propuestas de imputación laboral alumbradas en este contexto. Primero, la de ligar la tutela laboral con la idea de la “dependencia económica”. Y, segundo, la de conectar la nueva legislación laboral con la circunstancia o fenómeno del “trabajo vulnerable” y la suposición de que el mismo existe para cualquier caso de actividad productiva realizada “sin aportación de capital o estructura de empresa”.

Palabras clave: Ajenidad, dependencia, dependencia económica, plataformas digitales, trabajo vulnerable.

Abstract: The study analyzes the evolution of work towards new formulas in the context of digitalization and current service capitalism, and how such evolution compromises traditional solutions for labor regulations. It denounces the natural evolutionary limits of “alienness” and “dependency” and questions their ability to continue exclusively defining the field of new labor protection legislation. But it also criticizes the new proposals for labor protection brought forward in this context. First, linking labor protection with the idea of “economic dependence.” And, second, connecting the new labor legislation with the circumstance of being “vulnerable work”, which is assumed whenever it is any type of productive activity carried out “without contribution of capital or company structure”.

Keywords: Alienation, dependency, digital platforms, economic dependency, vulnerable work.

*marquez@uniovi.es

1. Proemio

“...preguntó entonces el alumno, con el característico convencimiento de quien cree que lo conoce todo y no necesita argumentos: pero, ¿qué problema tiene, profesor, con que las normas del Estado extiendan la protección a todos los trabajos, independientemente del tipo o la clase que sean? ¿Acaso no es esto una buena –la mejor– solución para todos? No entiendo cómo puede oponerse a la propuesta de una regulación que mejora las condiciones de todos, especialmente de los más vulnerables, sin causar perjuicio visible específicamente a nadie, o al menos a nadie que no esté en condiciones de asumir los eventuales –socialmente mínimos– costes de estas medidas.

“Ningún almuerzo es gratis”, contestó el profesor. Cualquier medida de protección arbitrada desde el Estado conlleva un efecto regulatorio que altera una solución de equilibrio espontánea –no sabemos si justa, pero querida al menos por los contratantes– que comporta algún tipo de coste, pues si alguien ha de tener por imperativo legal más de lo que espontáneamente le corresponde, otro habrá que vaya a tener que pagar por la fuerza el ajuste. Y si los que van a terminar pagándolo son los que más recursos han sabido acumular, ¿por qué íbamos a privarlos de tales recursos, renunciando con ello nosotros a las ganancias sociales que la buena y fructífera gestión de tales recursos por sus legítimos dueños nos podría deparar? Nadie en su sano juicio mata a la gallina que pone los huevos para comerse la carne. Además, introducir regulaciones cuyos resultados no pueden conocerse a priori –dado el carácter complejo de la materia regulada y el número de variables que la atraviesan–, regulaciones que estarían simplemente basadas en una especie de apuesta moral ideológica, cuyo innegable beneficiario sería el aparato burocrático político-funcionario que trabaja para ponerlas en marcha, estas regulaciones –te digo– añaden artificialmente obstáculos (nuevos costes de gestión) a las operaciones de intercambio comercial (trabajo por dinero, en nuestro caso), que pueden reducir con ello su frecuencia, al suprimirse muchas de las que, en el margen, serían sin ninguna duda viables en condiciones de mercado espontáneo, ralentizando a la postre el ritmo del crecimiento económico.

No digo que no haya que aprobar regulaciones cuando sea necesario o cuando convenga, digo sólo que la libertad y la autorregulación debe ser el primer lugar donde busquemos la solución a los problemas del intercambio social, de modo que las heterorregulaciones legales operen de manera subsidiaria o como ‘ultima ratio’. Por desgracia, parece que esta vieja premisa está completamente olvidada en la actualidad, una actualidad que siempre propone como primera solución de los –supuestos– problemas sociales las regulaciones jurídicas del Estado, acaso porque las demandas funcionales de la democracia obligan a los gobernantes a hacer ver a los gobernados que están atentos y dispuestos a hacerse rauda y prestamente cargo de sus problemas...”

J. Rajnakris, “Relatos inconvenientes”

2. La crisis del trabajo asalariado como clave de imputación laboral

El criterio que tradicionalmente se ha venido utilizando para definir el campo de aplicación de la legislación laboral ha sido, como es sobradamente conocido, la idea de trabajo asalariado. De entre todos los trabajos imaginables, entendiendo por tales cualesquiera modos de conducta humana activa (energética) de producción personal de valor (fabricación de bienes y servicios útiles para satisfacer necesidades o preferencias ajenas), y entre los que se cuentan –siguiendo la conocida clasificación– los desempeñados de modo involuntario o forzoso, los benévolo o altruistas, el trabajo autónomo y las operaciones por cuenta ajena, la idea, o más precisamente el concepto, de trabajo asalariado ha sido, y sigue siendo, en efecto el criterio-eje o principal *atractor* de la legislación laboral. Y es que,

entendida ésta como regulación no neutral sino combativa y protectora de un tipo de trabajo que se considera prestado en singulares condiciones de exposición y vulnerabilidad, por un sujeto humano que opera de modo personal (*intuitu personae*), subordinado (dependencia) y en condiciones económicas desfavorables (asimetría de mercado), el trabajo que entre los cuatro referidos (forzoso, benévolo, autónomo y por cuenta ajena) habría sido considerado singularmente propicio para recibir las normas protectoras de referencia –las leyes laborales– no sería otro que el trabajo asalariado. No sólo, subrayamos además, por tratarse del tipo de trabajo que la mayor parte de las personas tienen necesariamente que hacer –sin *opting out*– para procurarse el sustento, sino también, y sobre todo, por tratarse de un trabajo prestado en crudo –sin aportación de capital– simplemente mediante la entrega de la energía humana del trabajador para su incardinación en una estructura de producción ajena organizada por otra persona –la empresa– que aportando el capital y los medios de producción, y asumiendo los riesgos pero también las ganancias o beneficios que puedan derivarse del proyecto productivo en ejecución, terminará manejando un recurso –la fuerza humana de trabajo– cuya relativa superabundancia rebaja además la fuerza y expectativas negociadoras de los trabajadores.

La identificación del ámbito de imputación de las leyes laborales en torno a la figura del trabajo asalariado, mediante la progresiva decantación o maduración de las notas abstractas de ajenidad y de dependencia que le son propias (una vez superada la fase embrionaria de vinculación deíctica de las reglas protectoras del trabajo a actividades o ámbitos concretos singularmente expuestos a los riesgos característicos del nuevo modo de producción industrial: trabajo en fábricas, en minas, con utilización de maquinaria, etc), será posible –esto es muy importante subrayarlo– por el característico estilo del sistema de producción industrial concentrado en grandes corporaciones capitalistas. En efecto, la tecnología y el modo de producción de las empresas capitalistas tradicionales (industriales), en cuyo seno terminará universalizándose el trabajo asalariado como fórmula de integración del trabajo en la producción, se organizan alrededor de grandes estructuras de producción de bienes y servicios cuyo rasgo común es el de alojar en su seno el factor trabajo mediante la adquisición *in genere* o por bloques –*a forfait*– del tiempo y la disponibilidad de los trabajadores: las empresas no compran una obra o servicio concreto de los trabajadores, sino una cantidad abierta de tiempo de trabajo bruto, reservándose la capacidad para especificar tal activo en el curso de una prestación mantenida y continua mediante el ejercicio de facultades organizativas, directivas, de control y disciplinarias. De modo que será este modo de producción, vertebrado burocráticamente –por criterios de pertenencia a la empresa y jerarquía del trabajo– en torno a grandes organizaciones o corporaciones, el que hará posible que puedan identificarse con relativa seguridad, precisamente a través de las características notas de la ajenidad (aportación de mero trabajo en el marco de un programa productivo de otro, con medios productivos de otro y con los riesgos y beneficios de otro) y la dependencia (gobierno del trabajo por otro), cuáles serán los casos en los que estaremos ante el tipo de trabajo humano (el trabajo asalariado) que, por sus intrínsecas características –básicamente por su integración, *de facto* exclusiva, en una organización envolvente y subordinante–, reclamará la aplicación de una regulación protectora (la legislación laboral).

Es sobradamente conocido en todo caso que el concepto de trabajo asalariado y el ámbito de aplicación de la legislación laboral experimentarán una transformación, con un ritmo acompasado a la evolución del modo de producción de las economías de mercado desde el capitalismo industrial al capitalismo de servicios, en la que tanto el trabajo asalariado como la legislación laboral irán expandiéndose y colonizando nuevos trabajos (a veces matizando o aligerando la carga protectora en la medida exigida por las peculiaridades de las nuevas actividades a las que abarca), llegando a alcanzar sectores como el trabajo doméstico, artístico-deportivo, comercial, técnico-profesional o el empleo público (y asumiendo pautas de aplicación flexible: subcontratación, movilidad, liberalización del despido, descentralización convencional, individualización, etc), lo que llevará a forzar hasta sus límites máximos el concepto original de trabajo asalariado mediante una interpretación cada vez más flexible de las notas de ajenidad y de dependencia. Tanto que estas –y por ende el concepto mismo de trabajo asalariado– terminarán acusando fatiga y entrando en crisis como criterios de identificación segura del campo de aplicación de la legislación laboral. Y un factor que sin duda vendrá a acelerar o precipitar este proceso crítico será el salto tecnológico sin precedentes inducido por la penetración a gran escala de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en los procesos de producción y de mercado. Y es que, sobre todo a través de los nuevos modos de intercambio de recursos, mercancías, bienes y servicios que harán posible las aplicaciones informáticas, las redes de internet y las plataformas digitales –capaces de dar soporte a un flujo de información de mercado de una calidad nunca vista antes y de proporcionar técnicas seguras y muy efectivas de cambio comercial totalmente inéditas–, será por primera vez factible pensar en organizar eficientemente la producción a través de cambios puntuales –*spot*– de mercado, sin necesidad de integración burocrática del factor trabajo en entidades envolventes subordinantes¹, dada la rebaja relativa de los costes de transacción (de mercado) que respecto de los costes de organización (de burocracia) vendrá a suponer la implementación de estas nuevas tecnologías².

3. El agotamiento de la ajenidad y la dependencia y las nuevas propuestas de laboralización del trabajo

Consecuentemente, es como decimos en este nuevo contexto en el que, tras sucesivas fases de degradación o degeneración (utilizamos el término de modo no valorativo, sim-

¹ R. COASE, “La naturaleza de la empresa”, *La empresa, el mercado y la ley* (trad. G. Concome Borel), Alianza Economía, Madrid, 1994, pp. 48 y 49.

² El propio R. Coase ha dicho en este sentido que no cabe olvidar que “la mayoría de los inventos cambian notablemente los costes de organización y los costes por utilizar el mecanismo de precios”, de tal manera que el hecho de que “el invento tienda a hacer crecer la empresa o no dependerá del efecto relativo en esos dos conjuntos de costes”: por ejemplo, “si el teléfono reduce los costes por utilizar el mecanismo de precios más de lo que reduce los costes de organización, entonces tendrá el efecto de reducir el tamaño de la empresa”; R. COASE, “La naturaleza de la empresa”, *La empresa, el mercado y la ley, cit.*, p. 43 (cita 31); también G. MOORE, “La naturaleza de la empresa (75 años después)”, *Reinventar la empresa en la era digital*, Turner BBVA Openmind, 2015, pp. 6 y ss.

plemente como desclasamiento o salida de un género) del concepto de trabajo asalariado -tantas veces estirado más allá de sus límites- comienza este a claudicar definitivamente y a ser cuestionado como eje o vertebrador principal de la legislación laboral. Las nuevas bases tecnológicas del capitalismo de servicios globalizado e informático, en el que la producción comienza a poder articularse más sobre cambios puntuales de mercado que mediante la necesaria integración en organizaciones burocratizadas -gracias como hemos señalado a la correspondiente rebaja de los costes de transacción- ya no precisan, y por tanto han dejado de reclamar, el trabajo asalariado como único cauce a través del que conducir jurídicamente la integración del trabajo en la producción, razón por la que, particularmente en los sectores más sensibles a este tipo de innovaciones, empiezan a quedar fuera de juego las notas de la ajenidad y la dependencia³.

La ajenidad, porque los nuevos trabajadores cada vez desempeñan en mayor medida su actividad no entregando simple o nudo trabajo crudo -pura energía humana, física, mental, espiritual- sino aportando también elementos de capital, particularmente como formación y especialización técnica (*endocapital* o *capital intrasomático*), toda vez que es este tipo de “microcapital ligero” el que requieren los procesos productivos del nuevo capitalismo de servicios -*capitalismo cognitivo*, se ha dicho-, asumiendo además riesgos de mercado y la gestión de su prestación mediante un contacto más directo o inmediato con el cliente o usuario final del servicio (resultando así minimizada la posibilidad de la interposición de un centro organizativo envolvente en cuyos planes y programas productivos quedaría capturada la prestación de quien está suministrando trabajo personal, centro que se reservaría las relaciones comerciales con la clientela y con el mercado, etc). Y la dependencia, porque, en línea con lo anterior, los trabajadores han podido pasar a organizar su prestación -tiempo, modo, lugar de trabajo- con arreglo a un plan de acción propio, en condiciones de mayor independencia y autonomía. Sobre todo, porque la falta de integración o incorporación excluyente en la jerarquía de la organización empresarial -al prestarse los servicios abiertamente al mercado- coloca al trabajador *de iure* en disposición de ofertar dinámicamente su actividad a una plétora abierta e infinita de potenciales clientes, cuya selección -la de los clientes por el prestador del trabajo, como la de los prestadores de trabajo por los clientes- tendrá lugar de acuerdo con criterios de competencia de mercado en el marco del sistema de precios, situación de la que nace precisamente la independencia de estos trabajadores. En este sentido, es pertinente tener presente que la independencia que postulamos aquí no se define metafísicamente como total ausencia de dependencia (idea completamente imposible y absurda), sino, diamétricamente, como el efecto de cancelación de la subordinación particular (respecto de un sujeto o persona concreta) que se sigue precisamente de la subordinación simultánea a

³ O.E. WILLIAMSON, *Mercados y jerarquías: su análisis y sus implicaciones antitrust*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993; M. ALCAIDE CASTRO, “La existencia de la empresa en el mundo de Oliver E. Williamson”, *Temas laborales*, 132 (2016), pp. 16 y ss; para una presentación panorámica de las teorías de la “empresa coasiana” -empresa con trabajadores asalariados- desde la teoría de los costes de transacción, A. GARCÍA GARNICA y E.L. TABOADA IBARRA, “Teoría de la empresa: las propuestas de Coase, Alchian, y Demsetz, Williamson, Penrose y Nooteboom”, *Economía: teoría y práctica*, 36 (2012), pp. 10 y ss.

una multitud abierta de encargos -actuales o potenciales- de distintos clientes⁴. La independencia no es por tanto no estar subordinado a nadie, sino estar subordinado simultáneamente a varios o muchos clientes (es la dialéctica de las contradicciones entre las múltiples dependencias particulares, y la consiguiente opcionalidad entre dependencias, de donde a la postre brota la independencia)⁵.

Son tres las propuestas postuladas para enfrentar esta crisis por la que atraviesa el trabajo asalariado –y su concepto– como centro de imputación laboral en el contexto de las nuevas formas de organización de la producción que han habilitado las tecnologías digitales, propuestas cuya diferencia radica precisamente en la naturaleza del criterio que cada una de ellas defiende como centro gravitacional de la nueva legislación de protección del trabajo. Una primera se muestra partidaria de seguir utilizando la vieja idea de trabajo asalariado como vertebrador principal de esta legislación, entendiendo que los términos clásicos de la ajenidad y la dependencia no están agotados, de modo que, simplemente reinterpretados o puestos al día en el contexto de las nuevas maneras de trabajar, continuarían valiendo perfectamente para identificar las situaciones en que debería ser aplicada la legislación de protección del trabajo. Una segunda partiría de la imposibilidad del viejo concepto de trabajo asalariado para recubrir adecuadamente con sus términos –a través de las notas de ajenidad y dependencia– todas las situaciones actuales, algunas completamente novedosas, de trabajo personal vulnerable, muchas de las cuales en ningún caso podrían pasar limpiamente el test de laboralidad por las restricciones que imponen precisamente la ajenidad y la dependencia, proponiendo a tal fin la idea de “dependencia o subordinación económica” como eje principal para la identificación del tipo de trabajo que reclama una legislación protectora. La tercera partiría, en fin, de la conveniencia de extender o universalizar la legislación de protección del trabajo a cualesquiera situaciones de prestación de servicios de actividad personal humana realizada *intuitu personae*, suponiendo que esto acontece siempre que el prestador del servicio opere “sin estructura empresarial relevante”, lo que nos lleva a un concepto negativo de “no empresario” como criterio de aplicabilidad de la legislación laboral con capacidad para absorber no sólo el trabajo asalariado sino todo tipo de “trabajo autónomo no empresarial”⁶.

⁴ La categoría de lo *diamérico*, como contraposición de lo *metamérico*, procede de G. Bueno; *vid.* P. PALOP JONQUERES, *Diccionario de filosofía contemporánea* (dir. M.A. Quintanilla), Ediciones Sígueme, Salamanca, 1976, pp. 111 y 112, <https://www.filosofia.org/enc/dfc/diamer.htm>.

⁵ Nótese que la definición diamérica de la independencia ofrece una explicación del trabajo autónomo que permite salvar de manera satisfactoria el fenómeno aparentemente contradictorio que advierte la doctrina laboralista cuando percibe que el trabajo autónomo está sujeto también a ciertas limitaciones –*lex artis*, preferencias de los consumidores–, y que por tanto no puede definirse como absolutamente independiente o autónomo; “el trabajo autónomo se caracteriza por carecer de condicionamientos jurídicos en su realización, pero obviamente no está exento de los condicionamientos económicos del mercado y de las exigencias de la racionalidad técnica”, de modo que “en términos jurídicos los trabajadores autónomos pueden hacer el trabajo como quieran, pero el rendimiento económico de su actividad –e incluso su propia subsistencia como agentes económicos en el mercado– depende de que se ajusten a los gustos del público y a los imperativos de la tecnología”; A. MARTÍN VALVERDE y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, p. 43.

⁶ Una breve reseña de las propuestas e iniciativas doctrinales y políticas de desvinculación o emancipación de la legislación de protección del trabajo de la vieja categoría del trabajo asalariado mediante su sustitución por nuevos criterios como los que acaba de aludirse (Supiot, Lyon-Caen, Ewing, Hendy & Jones, Dockés, Freedland, Kontouris, De

4. Puesta al día y reinterpretación de los indicadores clásicos de la ajenidad y la dependencia

La propuesta primera, según la cual la crisis del trabajo asalariado como eje vertebrador de la legislación de protección laboral podría salvarse simplemente mediante el *aggioramento* o puesta al día de las notas de ajenidad y de dependencia, postularía en efecto no que estas notas habrían dejado de existir y ser útiles como identificadores en las nuevas situaciones de vulnerabilidad laboral que requieren la aplicación de una legislación protectora, sino simplemente que las mismas estarían manifestándose de una manera distinta, no vista antes, en el contexto de los nuevos modos de producción propiciados por las actuales tecnologías de la información y la comunicación. Nada nuevo en la viña del Señor: simplemente se trataría de diagnosticar adecuadamente las nuevas maneras de manifestación de las notas de la ajenidad y la dependencia –de rastrear e identificar como corresponde los nuevos indicios de estas viejas esencias en el trabajo mediado por tecnologías digitales– y a partir de ahí deducir la existencia del trabajo asalariado de toda la vida, y consecuentemente seguir aplicando la legislación laboral⁷. No estaríamos por tanto ante una etapa histórica cualitativamente distinta de los modelos de regulación del trabajo humano, sino ante un episodio más de cambio o modulación del trabajo asalariado y la legislación laboral entre los muchos con los que estas cambiantes y dinámicas realidades han venido –han tenido que venir– lidiando crónicamente desde su nacimiento inicial en el modo de producción original del capitalismo industrial. Esta es la opción interpretativa que se acoge claramente en la TS 805/2020 de 25 septiembre (RJ 5169), que declara laborales a los “riders” de *Glovo*, y posteriormente en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, llamada “ley rider”, que añade una Disposición adicional vigesimotercera en el ET en la que se consagra una presunción de laboralidad en el trabajo de reparto en plataformas que obedece a esta misma lógica de entender que en estos casos continuaría habiendo ajenidad y dependencia, bien que de una manera distinta, más o menos oculta o velada, en todo caso puede que más difícil de rastrear, razón por la que se instituiría precisamente la técnica auxiliar de la presunción legal con objeto de facilitar su apreciación⁸.

Stefano) puede verse en A. TODOLÍ SIGNES, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 187 y ss.

⁷ “Urge reforzar –se ha dicho en este sentido– el concepto de persona trabajadora asegurando la *vis expansiva* del Derecho del Trabajo”, de modo que “procede una reformulación expansiva que incluya la *dependencia sutil* y la *ajenidad difusa*, y que actúe como umbral mínimo que permita, de un lado, rescatar a TRADEs, transportistas, representantes, becarios/as y cooperativistas ficticios; y que, de otro lado, pueda acoger sin problemas ni dilemas interesados las eternas zonas grises que seguro vendrán”; M.A. BALLESTER PASTOR, “Un decálogo para el Estatuto del Trabajo del siglo XXI”, *Briefs AEDTSS* 14 (2024), p. 2.

⁸ La dificultad técnica –relativa impostura– de esta operación de conceptualización o encuadramiento jurídico no habría dejado de aflorar en todo caso en las valoraciones de los intérpretes, incluidos los que postulan la conveniencia de seguir utilizando el concepto de trabajador asalariado para canalizar la regulación de este tipo de trabajos de nueva generación; por ejemplo, cuando se señala, pensando en el trabajo en plataformas, que “la capacidad de adecuación de las nociones de dependencia y ajenidad ha permitido incorporar al Estatuto de los Trabajadores *un nuevo modelo trabajador cuyas características no encajan con algunas categorías clásicas del Derecho del Trabajo*”; L. GIL OTERO, “El papel de las plataformas digitales en el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI”, *Briefs AEDTSS*, 2 (2024), p. 1.

Es importante subrayar que esta solución de entender que la vieja idea de trabajo asalariado puede continuar fungiendo perfectamente como núcleo o eje de la legislación de protección del trabajo vulnerable, simplemente reajustando o poniendo al día la lectura o la interpretación –los indicios– de las notas de ajenidad y de dependencia –por ejemplo, suponiendo que la ajenidad es compatible con pequeñas aportaciones de capital del trabajador, y por su puesto con su alta cualificación técnica o profesional, siempre que el principal del capital productivo lo suministre un sujeto distinto de la cadena de producción (empleador), o aún con la traslación de parte del riesgo económico o comercial al trabajador; o suponiendo que la dependencia ya no debe necesariamente entenderse como sujeción directa a las instrucciones del colaborador productivo (empleador), sino a la falta de autogobierno por el trabajador al tener que satisfacer las preferencias de los clientes en concurrencia con otros trabajadores de la misma plataforma, debiendo alcanzar valoraciones o puntuaciones positivas en los *ratings* correspondientes–, esta solución decimos de actualización de unos conceptos viejos pero que en esencia continuarían siendo válidos y pertinentes para las nuevas maneras de trabajar, opera en el marco de un esquema dicotómico de dos alternativas posibles –trabajo asalariado protegido por la legislación laboral *vs* trabajo no asalariado (sobre todo autónomo) huérfano de legislación protectora– entre las que no se admiten géneros intermedios (con independencia de que la regulación laboral no sea del todo homogénea, expresando antes al contrario variabilidad según tipos de trabajo, a través sobre todo de las relaciones laborales especiales). Y es que este dualismo, presente también por cierto en otras regulaciones de señalización del trabajo que se considera merecedor de protección laboral –por ejemplo la Recomendación 198 OIT (2006), sobre la relación de trabajo, partidaria de seguir utilizando el viejo concepto de trabajo asalariado, debidamente actualizado, como núcleo principal de la legislación de protección del trabajo–, puede conllevar importantes inconvenientes para el desarrollo de esta opción interpretativa⁹.

Básicamente porque al mantener religada la legislación de protección del trabajo a la idea de trabajo asalariado, bien que reinterpretada mediante el entendimiento actualizado -ampliado- de las notas de ajenidad y dependencia y los indicios -y presunciones- a partir de los que se deduciría la existencia de aquel tipo de trabajo, y por tanto “recortada” de este modo la posibilidad de poner en juego las normas de protección laboral, aparecerían automáticamente limitadas las opciones de extender estas normas a otros tipos de trabajo vulnerable refractarios a caer en el concepto de trabajo asalariado -por mucho que este pudiera llegar a dilatarse por vía de interpretaciones actualizadas-, es decir, a situaciones de trabajo autónomo acaso potencialmente vulnerables, preeminentes en los nuevos modos de producción, que de este modo quedarían huérfanas de toda tutela, dado el dualismo de partida, sin *tertium quid*, entre el trabajo asalariado

⁹ C.A. CARBALLO MENA “Indicadores sobre la relación de trabajo”, *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 93 y 94; O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, “Relación de trabajo: la identificación y nominación del trabajo asalariado como vía singular de protección laboral a través de los instrumentos de la OIT”, *La influencia de los convenios y las recomendaciones de la OIT en la legislación social española* (dir. J. García Murcia), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024, p. 267.

protegido y el trabajo no asalariado no protegido¹⁰. La necesidad de levantar las restricciones a la protección de estos trabajos –el trabajo autónomo vulnerable y en general el trabajo genuinamente personal y humano sin más, como veremos– explicaría la debilidad de esta primera solución para la regulación de las nuevas maneras de trabajar¹¹, máxime considerando que la preponderancia creciente del trabajo autónomo respecto del trabajo asalariado que cabría proyectar en el contexto del desarrollo natural y previsible de las nuevas maneras de producción podría hacer perder al trabajo asalariado, y a la legislación laboral que hubiera ceñido su campo de aplicación en exclusiva a este trabajo, su protagonismo tradicional como eje o referencia central de la regulación del trabajo humano¹².

5. La dependencia económica como centro de gravedad de la nueva legislación protectora

Es precisamente en este contexto, para sortear el “*lecho de Procusto*” al que termina abocando esta primera opción interpretativa, en el que comienza a abrirse paso una segunda propuesta doctrinal en la que la identificación del tipo de trabajo que se considera vulnerable, y por tanto acreedor de una regulación protectora, deja de cifrarse exclusivamente en la ajenidad y la dependencia –como es propio del trabajo asalariado– y comienza a determinarse también a partir de la “dependencia o la subordinación económica”. Según esta nueva idea, completamente inédita en las categorías del iuslaboralismo clásico, el trabajo humano que se consideraría vulnerable, y por tanto merecedor de una regulación protectora del estilo de la legislación laboral, sería no sólo el estrictamente asalariado, definido por la ajenidad y la dependencia jurídica, sino también el “económicamente dependiente”. Este sería desde luego un trabajo no asalariado, particularmente sería un trabajo autónomo, desarrollado por tanto de manera independiente y por cuenta propia, pero en el que concurriría la singularidad de la dependencia económica del trabajador de un cliente principal. En contraste con la dependencia jurídica característica de la relación laboral –que comporta la contractualización del deber de obediencia del trabajador con su empresario y su forma revertida de juridificación de los poderes directivos del empleador sobre el trabajador correspondiente–, la dependencia económica del autónomo respecto del cliente principal vendría definida como una situación fáctica –no jurídica, sino económica– de posición dominante del cliente exclusivo sobre el trabajador autónomo económicamente dependiente. Principalmente en el sentido de que por la relevancia cualitativa o por el volumen de negocio del trabajador autónomo con su cliente preferen-

¹⁰ E. GARRIDO PÉREZ, “Reflexiones sobre el campo aplicativo de un Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI”, *Briefs AEDTSS*, 23 (2024), pp. 1 y ss.

¹¹ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “Reconfigurar un Derecho del Trabajo más ecuánime”, *Briefs AEDTSS*, (2024), pp. 1 y 2.

¹² A. TODOLÍ SIGNES, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, cit., pp. 177 y ss.

cial cabría suponer que las opciones de mercado o la libertad económica del trabajador estarían seriamente comprometidas y restringidas, debido sobre todo a la continua amenaza latente de daño económico-comercial a la que el autónomo estaría expuesto ante una eventual decisión de su cliente principal de prescindir en un momento dado de sus servicios¹³, circunstancia que determinaría la situación de dependencia económica y la condición de vulnerabilidad característica de este tipo de situaciones, y que demandaría por consiguiente una regulación protectora también para estos casos¹⁴.

La dependencia económica, dicho de otra manera, vendría dada por la singular intensidad –vamos a decirlo así– de los vínculos de servicio que un trabajador autónomo mantendría con un cliente en particular, determinada por cierto como luego veremos –y esto será decisivo– no sólo por su relación con tal cliente principal, sino también por referencia a los vínculos de servicio del autónomo con el resto de clientes, actuales o potenciales, de su mercado, y en función de ello debido a la fatal posibilidad de que el cliente preferencial pudiera optar por prescindir de los servicios de este autónomo económicamente dependiente, situación en la que estaría actualizándose el clásico esquema de asimetría o desigualdad de poder de mercado –cliente principal como contratante fuerte, trabajador autónomo como contratante débil– que, como en el trabajo asalariado, *mutatis mutandis*, reclamaría la elaboración y la aplicación de normas protectoras del estilo de las laborales. La legislación protectora no tendría por tanto que ceñirse exclusivamente a los trabajadores asalariados, sino que, desbordando este estricto contorno, tendría que comenzar a proyectarse también, obviamente con los ajustes que fuera oportuno, sobre los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Sobre todo considerando además que en las nuevas maneras de organización de la producción en la economía de servicios mediada por tecnologías digitales este tipo de trabajos irán seguramente adquiriendo un peso creciente y cada vez más importante en el sistema productivo, de modo que convendría no perder el tren de la justa y debida protección de los trabajadores vulnerables, dejando de fiar su práctica a la vieja y limitante idea de trabajo asalariado sin ver esta nueva realidad de la dependencia económica.

El problema es que la “dependencia económica” como patrón de vulnerabilidad y criterio de imputación de una regulación protectora para el trabajo autónomo presenta serios inconvenientes. Por lo pronto, que tal dependencia, definida en esencia como limitación o restricción de vías o fuentes alternativas de obtención de recursos, o más específicamente debilidad o precariedad económica consecuente al sometimiento del autónomo a la posición de mercado dominante del cliente para el que presta la mayor parte de los servicios, no es en verdad algo exclusivo o diferencial que permita disociar claramente este tipo de situaciones de otras esencialmente distintas en las que alternativamente estarían

¹³ E. GUERRERO VIZUETE, *La regulación jurídica del trabajo autónomo dependiente: concepto, fuentes, relación individual y colectiva de la prestación de servicios*, Tesis Doctoral, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2011 (<http://hdl.handle.net/10803/51764>), p. 121.

¹⁴ Se ha dicho en este sentido que “cuando existe *subordinación económica*, por mucho que se quiera, no puede existir una verdadera autonomía o libertad (entendida la subordinación económica como un *alto nivel de sustituibilidad* –marca ajena– y la incapacidad real de rechazar el trabajo por *no tener fuentes alternativas de ingresos suficientes*”; A. TODOLÍ SIGNES, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, cit., p. 184.

otros trabajadores autónomos no económicamente dependientes, razón por la que deviene un criterio débil a la hora de circunscribir o perfilar la situación o el tipo de trabajo hacia el que orientar una regulación protectora. La restricción de recursos, o su amenaza, es de hecho una constante universal de la condición humana -cuya naturaleza es precisamente la escasez -, por lo que a partir de la misma no puede definirse adecuadamente la vulnerabilidad que se supone que tendría que justificar la necesidad o la conveniencia de una legislación protectora. Todo individuo, y particularmente todo autónomo, tendrá por naturaleza, de uno u otro modo, en mayor o menor grado, en uno u otro momento, un título con el que reclamar su cuota de vulnerabilidad y a partir de ahí la parte que le correspondería de legislación protectora. Definir además específicamente la dependencia económica como sujeción a la posición comercial dominante del cliente para el que se desempeñan la mayor o la parte más sustancial de los servicios no sirve tampoco para aislar precisa y definitivamente un tipo de autónomos vulnerables necesitados de una regulación protectora. Sobre todo, porque la preponderancia entre los clientes de uno en particular es algo común en todos los procesos de prestación de servicios por trabajadores autónomos, que de manera más o menos constante o circunstancial siempre mantienen un flujo de mercado más acusado con un cliente entre todos los de su cartera. No hay por tanto una diferencia de esencia o de naturaleza que permita segregar a través de la dependencia económica un tipo de autónomos vulnerables frente a otros que no lo serían: todos lo son, o no, en mayor o menor medida, en más o menos grado, en uno u otro momento, pues la posición económica del autónomo en el mercado es por definición consustancialmente dinámica, aleatoria, variable, indeterminada, fluctuante o, en el límite, caótica. Y si *de facto* no lo fuera, como se supone que acontece precisamente en los casos de dependencia económica, no es porque no pudiera serlo *de iure*, pues ser autónomo –a diferencia de ser asalariado, como vamos a ver– no conlleva ninguna limitación jurídica a la hora de programar y ofrecer los propios servicios a quien se prefiera¹⁵.

Es verdad que podría decirse entonces que aunque la dependencia económica no arroja una diferencia de esencia entre trabajadores autónomos en función del tipo de relación que mantienen con su clientela, sí podría atribuirse relevancia al hecho de que en ciertos casos, a partir de ciertos porcentajes de negocio con ciertos clientes, o por la singularidad del tipo de negocio que se suscriba con estos, sí cabría detectar una “diferencia de grado” o de “cantidad” a partir de cuyos umbrales sería dable deducir la situación de vulnerabilidad del trabajador autónomo que llamamos dependencia económica y de la que podría derivarse la conveniencia de una legislación protectora. Claro que entonces el problema sería fijar con el debido rigor en la práctica los porcentajes cuantitativos o definir las razones cualitativas a partir de las que quedaría definida la diferencia que determinaría una regulación diferenciada para estos trabajos ¿Qué argumento sustantivo cabría dar para fijar en una determinada cifra el porcentaje de negocio con un cliente con cuyo fundamento se activaría o no la legislación protectora? ¿Cómo podría definirse la

¹⁵ J. GARCÍA MURCIA, “El Estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, 18 (2007), p. 2157.

razón de calidad de un negocio o conjunto de negocios con un cliente singular a partir de la que se determinaría la aplicación o no de estas reglas?¹⁶

Insistimos de nuevo en que la posición económica de cualquier trabajador autónomo es por definición dinámica, abierta, indeterminada, fluctuante, variable, fruto de su consustancial exposición al mercado y sus vaivenes, pero, sobre todo, subrayamos la libertad y el margen de maniobra que los autónomos tienen *de iure* para conducir la prestación de servicios que ofrecen en el mercado. De hecho, es precisamente en este aspecto donde luce con total claridad la diferente condición jurídica del trabajador autónomo y el asalariado. Pues precisamente esta libertad económica –con los beneficios y riesgos que la misma conlleva– es la libertad a la que renuncia el trabajador en el marco de la relación laboral, que al comprometer su tiempo y energía contractualizando su dedicación mediante la dependencia jurídica con un solo empleador a cambio de una remuneración segura –el salario– termina sacrificando sus opciones para prestar servicios abiertamente al mercado, lo que explicaría la conveniencia de una legislación protectora. Esto no acontece con los trabajadores autónomos, que para bien o para mal, siempre mantienen, al menos en términos jurídicos (lo que acontezca *de facto* dependerá de su capacidad y su suerte en el manejo de las opciones con las que cuentan *de iure*) su libertad para organizar su tiempo y recursos como quieran, así como para ofrecerlos abiertamente al mercado. Esta es la diferencia –ahora sí de esencia– que media entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo, diferencia en la que radica la dificultad de asimilar ambos tipos de trabajo como si la dependencia jurídica y la dependencia económica fueran simples manifestaciones superficiales o epifenómenos de una misma esencia de fondo: el trabajo humano vulnerable¹⁷.

El llamado trabajo autónomo económicamente dependiente es esencialmente distinto del trabajo asalariado, y no es fácil por ello no sólo postular para el mismo la aplicación de una regulación protectora similar a la legislación laboral (pues hemos de partir como decimos de que estamos ante trabajadores que siguen manteniendo *de iure* siempre abiertas sus opciones de prestar sus servicios abiertamente al mercado, con todos potenciales beneficios y riesgos que ello conlleva), sino que no es fácil tampoco encontrar un criterio que permita identificar de manera fundada y a la vez mínimamente precisa, estable y segura qué tipo de situaciones concretas de dependencia económica –pues en mayor o menor medida esta circunstancia es como hemos venido diciendo una especie de “constante universal” en la condición de trabajador autónomo– han de estimarse determinantes de las situaciones de vulnerabilidad en las que procedería precisamente aplicar las normas de protección de estilo laboral que correspondiera. En este sentido, es muy importante subrayar que la fragilidad e inestabilidad del criterio de la dependencia económica como clave de vulnerabilidad y conveniencia de aplicación de una

¹⁶ C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA JIMÉNEZ, “Capítulo III. Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente”, *El Estatuto del Trabajador Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo Autónomo* (dir. J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés), Comares, Granada, 2009, pp. 148 y 149.

¹⁷ J. CRUZ VILLALÓN, “El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del Derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo. Un debate global desde la perspectiva española”, *Labour & Law Issues*, 2 (2020), pp. 31 y 32.

legislación protectora derivaría de una característica singular –ya aludida– que la idea de dependencia económica tiene en contraste con la idea de dependencia jurídica y que por su trascendencia sintomática debe ponerse de manifiesto. Tal característica es que la definición de la dependencia económica es externa a la relación cualificada que se da por establecida entre el trabajador autónomo dependiente y el cliente principal del que este depende económicamente. Me explico. La subordinación o dependencia característica del trabajo asalariado es interna a la relación laboral por cuanto deriva exclusivamente de la conexión jurídica que el contrato de trabajo configura entre el empleador y el trabajador. No hace falta salir fuera de la relación de trabajo para ver y saber si hay o no dependencia, pues ésta está dada y definida en el contrato mismo como deber de obediencia del trabajador correlativo a unos poderes directivos del empleador, de modo que tanto una como otra parte conocen con seguridad y *ex ante* su posición relativa de mando/subordinación así como de las condiciones en las que tal posición está configurada (los términos pactados en el contrato y las condiciones normativas de la legislación laboral). Nada de esto acontece en la dependencia económica, simplemente definida fácticamente como porcentaje o singular intensidad de los servicios prestados para un cliente principal o central, y no como una situación que las dos partes interesadas –el prestador de los servicios y el cliente– hubieran configurado expresa y voluntariamente como una clave de relación de intercambio.

En efecto, la dependencia económica, al determinarse simplemente como un hecho –un porcentaje o una determinada intensidad de servicios para un cliente preferencial–, no referencia la realidad que define “internamente a la relación” de la que se trata (entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y el cliente principal), como sí hace como hemos visto el contrato de trabajo al juridificar la subordinación, sino que identifica su campo de efectos “extrínsecamente” según el número e importancia relativa de los clientes del trabajador autónomo de que se trate. Cuándo haya de entenderse que existe dependencia económica y quién haya de ser reputado el cliente principal al que se considere adscrito el trabajador autónomo económicamente dependiente se determinará en efecto en función de los servicios prestados por éste para todos sus clientes, de modo que será esta circunstancia –una circunstancia “potestativa” cuya gestión corresponde al autónomo, que actúa a tal efecto con libertad y asumiendo los beneficios y riesgos que ello conlleva– lo que determinará la existencia de la dependencia económica. Pero esto supone –y es decisivo– que la condición de cliente principal no dependerá necesariamente de tal cliente, sino de la conducta y la situación económica o de mercado del trabajador autónomo que le presta servicios. El cliente principal podría de hecho ignorar su condición de tal, lo que no le impedirá tener que asumir las cargas que la normativa de protección del autónomo dependiente le pudiera imponer¹⁸. Su condición de cliente principal no vendrá consiguientemente definida libremente por decisión o por hechos propios, sino por decisión o hechos ajenos¹⁹, los del autónomo

¹⁸ A. MARTÍN VALVERDE, “La Ley y el Estatuto del Trabajo Autónomo: puntos críticos (1)”, *Actualidad Laboral*, 11 (2009), p. 1264.

¹⁹ Sin que en este sentido pueda descartarse, como la doctrina más experta ha puesto de manifiesto, “la picaresca del

económicamente dependiente (la gestión que este haga del resto de clientes de su cartera potencial), lo que le pondrá en situación de recibir de modo forzoso los efectos de decisiones no propias sino de otros²⁰.

Además, como la situación de dependencia económica remite a un hecho fluctuante y variable, completamente expuesto a las turbulencias del mercado, como es la posición relativa del cliente principal entre el resto de clientes del trabajador autónomo económicamente dependiente, nunca podrán quedar determinados de manera definitiva los contornos de la situación en la que deberemos entender que hay realmente vulnerabilidad –frente a la posición dominante de un cliente particular que puede ignorar su condición de tal, y que viene definida como tal no por la conducta del “dominador” sino por la conducta del “dominado”–, de modo que no será fácil saber si habrá dependencia económica ni, si existe, respecto de quién se tendrá realmente tal dependencia, ni quién habrá de hacerse cargo de ella, ni por cuánto tiempo²¹. Definitivamente, la dependencia

propio trabajador, que puede contabilizar solo los ingresos del cliente que más le convenga, para así adquirir la condición de autónomo dependiente respecto de él”; E. GUERRERO VIZUETE, *La regulación jurídica del trabajo autónomo dependiente: concepto, fuentes, relación individual y colectiva de la prestación de servicios*, cit., p. 123.

²⁰ Es por esto que la condición de trabajador autónomo dependiente reclama legalmente que quien tal se pretenda lo ponga en conocimiento de su supuesto cliente principal, en orden a que éste pueda tomar conocimiento de una realidad que no tiene necesariamente que saber, y en su caso asumir esta condición jurídica voluntariamente; o en todo caso, que el órgano jurisdiccional determine la relación de dependencia económica previa reclamación del trabajador si el señalado cliente principal negara o no asumiera voluntariamente tal condición; C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA JIMÉNEZ, “Capítulo III. Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente”, cit., pp. 167 y ss; como ha dicho la jurisprudencia: “si, conforme al artículo 11. 1 de la Ley (del Estatuto del Trabajo Autónomo), la condición de trabajador autónomo dependiente se tiene solo con respecto a la persona (física o jurídica) de la que se depende económicamente por percibir de ella, al menos, el 75 por 100 de los ingresos de la actividad autónoma desarrollada, es claro que esa condición sólo se tiene con respecto a una persona, pues sólo es posible facturar el 75 por ciento de la actividad a un cliente; como ese dato y las demás condiciones que requiere el artículo 11.2 de la Ley sólo son conocidas por el trabajador autónomo, si el mismo no comunicara esa circunstancia a quien lo contrata, la naturaleza del contrato quedaría a su arbitrio, lo que no es posible porque, aparte que el artículo 1.256 del Código Civil prohíbe que la validez y el cumplimiento de un contrato queden al arbitrio de una de las partes, resulta que el contrato sería nulo por un vicio del consentimiento prestado por el “cliente”, al ignorar la naturaleza del contrato suscrito (artículo 1.266 del Código Civil); para evitar esa nulidad, la Ley impone que el trabajador notifique a quien le contrata su condición de dependiente, como requisito constitutivo del contrato, lo que no impide que por otros medios pueda el trabajador acreditar la existencia de ese elemento constitutivo y su conocimiento por el “cliente” que lo contrató; *vid.* TS 12 julio 2011, Rec. 3258/2010 (RJ\2011\6397).

²¹ La regulación española ha intentado solucionar este problema –que involucra a la seguridad jurídica, pero también a la justicia, pues una solución rígida de seguridad no será fácil de compatibilizar con la verdad de una dependencia económica esencialmente fluctuante– consolidando, según parece, la situación de dependencia económica una vez formalizada con un cliente, pero advirtiendo al trabajador de la obligatoriedad de poner en conocimiento de su principal las alteraciones o cambios –volumen de negocio con otros clientes– que pudieran afectar el estado original de dependencia económica (art. 12.2 Ley 20/2007, 11 julio, del Estatuto del trabajo autónomo), “obligación un tanto irreal, pues deja en manos del trabajador el mantenimiento de la condición de autónomo dependiente en los supuestos de desaparición de las circunstancias que motivaron tal calificación, con lo que el cese de la protección dispensada por la norma se deja al arbitrio del propio trabajador autónomo”; E. GUERRERO VIZUETE, *La regulación jurídica del trabajo autónomo dependiente: concepto, fuentes, relación individual y colectiva de la prestación de servicios*, cit., p. 229; en todo caso, el RD 197/2009, 23 febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, faculta al cliente principal para requerir al TRADE la información correspondiente al mantenimiento de la dependencia económica una vez transcurridos 6 meses a partir de la última acreditación de la misma (art. 2.3); se trata en todo caso de una regulación muy mejorable que no contribuye precisamente a la seguridad; A. VALDÉS ALONSO, “La regulación del trabajo autónomo económicamente dependiente en la ley 20/2007: apuntes para un deba-

económica, no parece por tanto ni un criterio consistente de imputación de consecuencias jurídicas –que terminan recayendo sobre sujetos distintos de los que las causaron–, ni tampoco un criterio capaz de proporcionar suficiente seguridad y previsibilidad jurídica –por su imprecisión, sus dificultades de aplicación práctica y su permanente variabilidad–, circunstancia que seguramente puede contribuir a explicar, por cierto, por qué la regulación española del trabajo autónomo económicamente dependiente no ha terminado de desplegar el potencial que le fue supuesto inicialmente al ser promulgada²². Ello sin contar el indeseable efecto *boomerang* –“*contratuitivo*”– que la aplicación de este criterio podría acarrear al desplazar ciertos trabajos de zona gris susceptibles de laboralización al nuevo y etéreo campo del “trabajo autónomo protegido”²³.

6. La presunción de vulnerabilidad de todo trabajo realizado sin estructura de empresa

Es en buena parte por esto por lo que ha comenzado a abrirse paso una tercera vía de imputación laboral en la que las normas protectoras del trabajo –de un trabajo cada vez menos preponderantemente asalariado de hecho, dadas las características de las nuevas maneras de producción crecientemente digitalizadas– ya no quedarían ligadas ni a la clásica idea de trabajo asalariado exclusivamente, ni tampoco a la nueva e inconsistente idea de dependencia económica, sino a un nuevo criterio. Tal nuevo criterio, realmente omnicomprendivo y abierto, sería simplemente el de tratarse de trabajo prestado en condiciones de vulnerabilidad. Vulnerabilidad que ya no quedaría por supuesto definida ni por la (restringente) “dependencia jurídica” ni por la (inconsistente) “dependencia económica”, sino por el simple hecho de la “ejecución de trabajo humano sin más”. El ámbito de aplicación de la legislación de protección laboral tendría que extenderse por tanto según esta propuesta a toda situación de prestación de actividad personal lucrativa –*i.e.*, realizada con el fin de allegar recursos para satisfacer las necesidades (o conveniencias) de la existencia–, considerando que la vulnerabilidad estaría, en mayor o menor medida, presente siempre que se tratara efectivamente de operaciones de trabajo desempeñadas “por necesidad económica” y, sobre todo, mediante la exclusiva aportación “en crudo” de energía corporal o mental por individuos humanos, es decir, sin mediación relevante de instrumentos o elementos de capital –máquinas, herramientas, técnica– en tales ope-

te”, *Revista de Estudios Cooperativos*, 96 (2008), pp. 153 y 154; C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA JIMÉNEZ, “Capítulo III. Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente”, *cit.*, pp. 169 y 170.

²² Se ha dicho en este sentido que “el resultado práctico de la introducción de esta modalidad contractual (en referencia al trabajo autónomo económicamente dependiente) ha sido completamente desalentador, al extremo que casi cabe hablar de un fracaso sin paliativos del objetivo del legislador de introducir mecanismos de tratamiento diferenciado, en clave de tutela, para este perfil predefinido de autónomos”; J. CRUZ VILLALÓN, “El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del Derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo. Un debate global desde la perspectiva española”, *cit.*, p. 43; “El trabajo autónomo económicamente dependiente en España. Breve valoración de su impacto tras algunos años de aplicación”, *Documentación Laboral*, 98 (2013), p. 24.

²³ J. CRUZ VILLALÓN, “El debate en torno a la adaptación...”, *ibidem*, p. 32.

raciones²⁴. Es más, ante la dificultad de saber cuándo estaríamos realmente ante uno de estos casos de trabajo genuinamente personal no mediado por capital, los defensores de esta propuesta postularían que éste, y por tanto el campo de aplicación de la normativa protectora, debería quedar definido “negativamente” como todo aquel trabajo realizado por “sujetos no empresariales” o prestado “sin estructura empresarial relevante”²⁵.

Definir sin embargo la vulnerabilidad y el ámbito de aplicación de la legislación protectora en función de un criterio negativo como el referido –el trabajo prestado por sujetos “no” empresarios o “sin” estructura empresarial relevante– suscita, por lo pronto, el clásico problema de indeterminación que acompaña siempre a las concepciones dadas mediante “clases complementarias”, en las que no es fácil identificar *a priori* los elementos de la clase –los tipos concretos de actividad, en nuestro caso– que caerán bajo la correspondiente consideración. Los conceptos negativos comportan en efecto una denotación potencialmente infinita –¿qué es exactamente todo aquello que es algo que no es una cosa en particular?– incapaz de acotar *ex ante* las situaciones que merecerán ser consideradas de tal género –trabajo vulnerable necesitado de protección legal, en nuestro caso– provocando así la indeseable consecuencia de extender las reglas a las que dan soporte a casos inéditos o situaciones insólitas –fuera de toda previsión–, en las que pudiera no haber ninguna vulnerabilidad ni tener sentido la aplicación de una legislación protectora. Dicho de otra forma, como los conceptos negativos o las clases complementarias son por definición infinitos en su contenido, no podrá saberse lo que podrá caer en los mismos, de modo que no puede presumirse razonablemente que todo y cualquier trabajo humano no empresarial comporte necesariamente vulnerabilidad y por tanto la necesidad de una regulación protectora. De hecho, cabe imaginar, con respaldo empírico, una buena cantidad de tipos de “trabajo sin estructura empresarial relevante” en los que la referida vulnerabilidad sólo puede admitirse con muchas cautelas, por ejemplo, siempre que estemos ante prestaciones personales no fungibles o fácilmente sustituibles: *i.e.*, trabajos de tipo creativo como los artísticos y deportivos²⁶.

²⁴ “La dependencia jurídica como criterio forzoso de aplicación del Derecho del Trabajo –se ha dicho– impide que este cumpla con sus objetivos” razón por la que “la subordinación no debería ser equiparada exclusivamente con dependencia jurídica –o control del empresario–”; por el contrario “el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo debe ser interpretado en términos finalistas, esto es, como aquel que permita cumplir los objetivos de *protección de quien lo necesita* (sic!), para lo que se propone que las normas laborales se apliquen, con independencia del nivel de control existente sobre el trabajador, a todos aquellos que prestan servicios de forma personal en contraposición a los que prestan servicios mediante la propiedad de una estructura de capital relevante (lo que le convierte en un genuino empresario); con esta interpretación se consigue que la regulación laboral se destine a todos los trabajadores que requieren protección”; A. TODOLÍ SIGNES, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, cit., pp. 202 y 203.

²⁵ A. TODOLÍ SIGNES, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, cit., pp. 208 y ss

²⁶ Nótese a demás que definir la protección según el criterio de “trabajo sin estructura de empresa” o “sin aportación de capital” no sólo puede provocar el efecto apuntado de “pasarse de tutela” alcanzando a trabajos no vulnerables que pudieran no requerirla, sino el efecto contrario de “quedarse corto” en el amparo de trabajadores con capital o estructura de empresa pero aun así vulnerables y que podrían requerir cierto amparo; téngase en cuenta en este sentido que la Ley 20/2007, 11 julio, del Estatuto del trabajo autónomo, reclama para considerar TRADE a un trabajador, literalmente: (1) “disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente”; (2) “desarrollar su actividad con

Pero es que, además, definir la vulnerabilidad y fiar la aplicación de la legislación protectora según un criterio negativo como el reseñado –todo trabajo prestado por sujetos “no empresariales” o ejercitado “sin estructura empresarial relevante”– suscita importantes problemas de previsibilidad y seguridad jurídica, dificultando enormemente la capacidad de anticipación y de cálculo de los agentes económicos (particularmente de las empresas) y el buen funcionamiento del mercado. Y es que antes de entablar una relación de intercambio –obtener la prestación de servicios de trabajo personal por un precio determinado– el cliente (o en su caso empleador) debe poder estar en condiciones de anticipar con relativa certeza los costes futuros que comportará el acto de contratación que realiza, algo que no será fácil si la regulación aplicable no es capaz de predeterminar mínimamente el tratamiento y los efectos jurídicos que traerán consigo los contratos de que se trate. Precisamente esto es lo que acontece en el concepto trabajo prestado por sujetos “no empresariales” o “sin estructura empresarial relevante”, que, por aparecer además referido, aunque sea por vía negativa, a la idea de “empresa” o “estructura empresarial relevante”, pide determinar exactamente qué habrá de entenderse por tal, algo que no resulta ni mucho menos fácil ni exento de problemática²⁷.

Suponiendo que, partiendo de la consabida contraposición entre trabajo y capital, lo relevante a los efectos de referencia fuera la no aportación por el trabajador de elementos de capital (instrumental productivo, herramientas, maquinaria, tecnología), el problema estaría servido sobre todo en aquellos casos en que los trabajadores aportaran en parte trabajo y en parte capital, algo por cierto -la aportación de elementos de capital por los trabajadores- que ha venido siendo cada vez más frecuente en la economía terciarizada y el capitalismo de servicios postindustrial, y que parece haberse tornado definitivo en los nuevos modos de producción a través de algoritmos y plataformas digitales. Téngase presente que las nuevas mercancías demandadas por los consumidores presentan cada vez más el formato de bienes y servicios para cuya producción pueden bastar recursos de capital sencillos asequibles a muchos trabajadores (microtecnologías, aplicaciones informáticas, redes sociales), también que en muchos de estos nuevos trabajos la formación y el conocimiento técnico de los trabajadores (*know-how*, reputación, especialización) podría ser considerada en cierto modo también como una forma de capital (capital intrasomático, endocapital, hemos dicho), siendo por tanto muy difíciles de individualizar en la práctica aquellas situaciones en las que un trabajador actuará con o sin aportación de capital, y por tanto determinar cuándo estaremos en el caso de un trabajador que opere o no como empresario. Es seguramente por esto por lo que los partidarios de esta doctrina tienden a matizar su criterio precisando que el trabajo que deberá considerarse vulnerable y merecedor de protección será el que se realice sin estructura empresarial

criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente”; (3) “percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquella” (art. 11.2 *in fine*).

²⁷ El riesgo de corrupción de la seguridad jurídica es por ello uno de los factores que no debe subestimarse en estas propuestas de regulaciones nuevas y disruptivas; A. JURADO SEGOVIA, “Un Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI? Algunas premisas y apuntes”, *Briefs AEDTSS*, 17 (2024), pp. 1 y 2.

“relevante”. Es claro que definir el criterio de relevancia es lo relevante (pero esto no se hace, como mucho simplemente se intenta, sin resultados solventes), como también que es precisamente aquí donde radica el talón de Aquiles de esta propuesta, incapaz de proveer la seguridad jurídica que se espera de ella, pero sin embargo sedicentemente competente para extender presuntivamente regulaciones de protección a tipos de trabajo cuya vulnerabilidad no tendría necesariamente que darse siempre por cierta (y aquí suponemos que proteger por proteger, a cuantos más mejor, no es la solución óptima en términos de eficiencia en la asignación de recursos, crecimiento económico y a la postre creación de empleo)²⁸.

A partir de un concepto negativo y de perfiles tan difusos como el de trabajo realizado por sujetos “no empresariales” o ejercitado “sin estructura empresarial relevante”, consustancialmente inseguro y en el que la vulnerabilidad no puede darse por supuesta, no puede justificarse sin más la costosa neutralización de la regla básica de isonomía – igual ley para todos– que siempre trae consigo toda legislación protectora. Máxime si además consideramos que, en el mejor de los casos, la generalización de la protección a la totalidad del trabajo humano que conlleva esta propuesta, de cuya cobertura sólo quedarían huérfanos los puros empresarios capitalistas *stricto sensu*, acaso pudiera no cosechar efectos prácticos significativos en términos de nivel de vida de los trabajadores que se intenta amparar, careciendo por tanto de efecto útil. Básicamente porque conviene no olvidar que la elevación “nominal” de los derechos –las capacidades de exigencia jurídica– de la generalidad de los trabajadores –todos los no empresarios– podría repercutir en la elevación del precio de los bienes y servicios elaborados por ellos, de modo que la ventaja de “derechos en fase de producción” podría quedar absorbida por la desventaja correlativa de “derechos en fase de consumo”, considerando que la masa de los trabajadores y la de los consumidores resultaría tendencialmente convergente –asimilación, identificación– una vez definidos universalmente los trabajadores como cualesquiera sujetos no empresariales. Lo que la generalización de la protección laboral haría que la mayor parte de los individuos ganaran en derechos como trabajadores podría terminar provocando también que lo perdieran como usuarios y consumidores finales de los bienes y servicios por ellos mismos producidos, en la medida en la que el incremento de costes de producción asocia-

²⁸ De hecho, en la práctica estas propuestas terminan definiendo la condición de tener o carecer de estructura empresarial relevante en los términos en los que tradicionalmente se ha venido definiendo la ajenidad laboral –en los medios de producción, en los frutos, en los riesgos, en la organización de la producción, en el mercado–, con la relevante diferencia de que ahora la condición de trabajador no quedaría determinada positivamente por tener ajenidad –trabajar con capital ajeno– lo que nos resituaria de nuevo en la figura del asalariado clásico, sino, negativamente, por no ser un sujeto empresarial o con estructura de empresa propia –trabajar sin capital propio–, situaciones ni mucho menos equivalentes, pues esta última condición –trabajo sin capital propio– sería la que tendrían no sólo los trabajadores por cuenta ajena (que utilizarían la estructura de empresa de otro) sino también otros trabajadores que sin ser por cuenta ajena –por tanto por cuenta propia– no utilizaran en cualquier caso capital o estructura de empresa; pero la cuestión es ¿quienes serían denotativamente estos trabajadores que no utilizan capital ajeno pero tampoco capital propio? ¿estaría justificado –sin saber exactamente quienes son– presumirles a todos ellos la vulnerabilidad como a los asalariados y armar una legislación para protegerlos?; la referenciación a la ajenidad clásica en el proceso de identificación del trabajo realizado con o sin estructura empresarial relevante es evidente en A. TODOLÍ SIGNED, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, cit, pp. 211 y ss.

dos al reconocimiento de más derechos laborales terminara trasladándose al precio final de mercado de los bienes y los servicios. Y es que la riqueza y la calidad de vida no son consecuencia sino causa de los derechos, que, si pretenden tener realmente valor material, y no puramente formal, nunca deberían pretenderse definidos nominalmente.

Esta propuesta de universalización de los derechos laborales para la ciudadanía en general (excluidos empresarios capitalistas) –derechos laborales para todos los individuos– podría venir así a producir un efecto parecido al que provocaría, pongamos por caso, la duplicación simultánea de la cifra monetaria de los ingresos para todos los agentes de un mercado (mediante el aumento inflacionario de la masa monetaria y su distribución entre los agentes económicos respetando las proporciones de ingreso precedentes): todos ganarían nominalmente el doble de dinero, ¿pero serían real o materialmente todos el doble de ricos? Ganar el doble de dinero para poder comprar los mismos bienes y los servicios que antes se podían adquirir por la mitad de precio no es precisamente un avance social significativo. No es el dinero nominal, ni tampoco los derechos formales, lo que aumenta la riqueza de las personas, sino los bienes y los recursos con capacidad de satisfacer o colmar necesidades y preferencias humanas (vivienda, alimento, medicinas, energía, herramientas, conocimiento, técnica): el dinero o los derechos son simplemente los títulos o las “representaciones sociales” de tales recursos.

7. Base sociológica y perspectivas de desarrollo de las propuestas de universalización laboral

Las referidas propuestas de re-categorización del criterio que debiera guiar la aplicación de la legislación de protección del trabajo en el presente contexto de cambio del sistema de necesidades y de las maneras de organizar la producción que han traído consigo las nuevas tecnologías postindustriales tienen en común la finalidad de extender la tutela laboral a todos o la mayor parte de trabajadores en general, considerando que la condición de asimetría y vulnerabilidad característica de los asalariados clásicos no sería exclusiva de estos, siendo por el contrario un rasgo que habría venido a acompañar también al trabajo autónomo y, en el límite, a la totalidad del trabajo prestado *intuitu personae* por individuos humanos. Se trataría por tanto de propuestas que discurrirían por la senda histórica ya conocida de ampliación de los contornos de la legislación laboral, pero que presentarían la particularidad –la diferencia cualitativa– de romper la religación con el trabajo asalariado como criterio único de imputación de la legislación “contra-neutra” –laboral– de protección del trabajo. Estirada en efecto la categoría del trabajo asalariado hasta los límites de su máxima elongación posible, y comprobada la incapacidad de la figura para dar cobertura a las nuevas formas de trabajo vulnerable no asalariado, habría sido preciso echar mano de nuevos criterios de identificación de las situaciones –tipos de trabajo– que reclamarían soluciones de regulación protectora, en aras de la justicia social y con el objetivo de conjurar el desamparo de estos nuevos trabajadores. En el contexto de las nuevas maneras de organización de la producción, a través de plataformas digitales

y técnicas que reducen los costes de transacción en las operaciones de mercado, lo que reduce la prevalencia de las operaciones productivas en organizaciones jerarquizadas y burocráticas, promoviendo cada vez en mayor medida fórmulas de trabajo autónomo, en detrimento del trabajo por cuenta ajena, habrían quedado de manifiesto nuevas formas de trabajo autónomo vulnerable que escaparían al concepto de trabajo asalariado pero que no podrían quedar huérfanas de protección. De modo que es aquí donde habrían comenzado a cobrar vigencia criterios nuevos, completamente inéditos, de protección laboral tales como los de “trabajo autónomo económicamente dependiente” o “trabajo humano sin aportación de estructura empresarial relevante”, una vez llegado al desbordamiento y agotado el clásico criterio de “trabajo asalariado”, que tocando sus límites máximos se habría vuelto incapaz de continuar prestando servicios como señalizador exclusivo del campo de la legislación laboral²⁹.

Hemos hecho referencia en este trabajo a las inconsistencias y a las contraindicaciones técnicas que aquejan a los criterios de aplicación de las regulaciones de protección que manejan las nuevas propuestas de imputación laboral (trabajo económicamente dependiente, trabajo sin aportación de capital, trabajo humano simplemente vulnerable), en las antípodas completas del clásico y viejo concepto de trabajo asalariado, incomparablemente más coherente, estable y apto al menos para infundir la certidumbre y la seguridad jurídica que exigen las operaciones de contratación e intercambio económico. Corresponde ahora simplemente señalar que, al lado de los aludidos inconvenientes técnicos, hay también otras circunstancias de índole sociopolítico que impiden proyectar un futuro halagüeño para estas nuevas propuestas. La principal, que no parece realmente que haya “base sociológica” –un conjunto de intereses convergentes susceptibles de coordinación– que pueda dar soporte a las propuestas de referencia. Y es que, si bien se mira, la verdadera razón común en la que se sustentan las propuestas de laboralización ampliada a los trabajadores autónomos (a buena parte o incluso a la mayoría de los mismos) no sería otra que la posición de asimetría o vulnerabilidad económica a la que los mismos estarían expuestos en el mercado al ofrecer exclusivamente servicios de puro trabajo humano no mediado por estructuras de capital, tal y como en el pasado industrial les habría sucedido a los propios trabajadores asalariados. Se estaría como suponiendo que es la desigualdad de mercado o la simple vulnerabilidad económica sin más lo que habría hecho nacer históricamente la legislación laboral, y lo que, por tanto, concurriendo otra vez de nuevo en la actualidad presente, tendría que volver a poner en marcha la novísima legislación laboral del trabajo de nuestro tiempo. Sin embargo, esto no puede concederse sin más, básicamente porque siendo cierto que la asimetría de mercado –y contractual–, y la consiguiente posición de vulnerabilidad, están presentes en el trabajo asalariado industrial que está en el origen de la legislación laboral, no es verdad sin embargo que haya sido simplemente la referida condición de vulnerabilidad la que por sí misma haya determinado directamente sin más el nacimiento de la legislación laboral,

²⁹ A. TODOLÍ SIGNES, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, cit., pp. 179 y ss.

de modo que no parece que sólo tal condición pueda volver a causar lo que antes nunca pudo causar por sí misma.

Pues sucede que, en verdad, no fue la vulnerabilidad de los trabajadores asalariados, sino la fuerza coordinada del movimiento obrero organizado colectivamente, como consecuencia en parte, ciertamente, de la vulnerabilidad individual de aquellos trabajadores, pero también de otros factores, y singularmente de la capacidad de los mismos para orquestar una respuesta colectiva y de acción solidaria –en gran medida gracias a la integración y la convivencia forzada a la que los obreros son inducidos por la concentración del trabajo en las fábricas, también por la condición esencialmente homogénea y fungible del trabajo que ofrecen, factores que facilitan el fenómeno crucial de la adquisición de la llamada “conciencia de clase”–, decimos que no pudo ser la debilidad sino la fuerza de la clase trabajadora lo que inició el camino de las regulaciones de protección del trabajo. Dicho de otra manera, la legislación laboral que hoy conocemos no ha podido ser fruto de la vulnerabilidad de los trabajadores sino de la fuerza y el poder que la reacción contra tal debilidad individual –gracias a determinados factores concurrentes como los referidos: concentración del trabajo, homogeneidad de tareas productivas– les permitió adquirir colectivamente al determinar su organización como “clase obrera”, pues va de suyo que no cabe admitir que un sujeto o un colectivo socialmente débil pueda tener capacidad para modificar, y menos transformar radicalmente, como de hecho aconteció históricamente con el movimiento obrero, la sociedad política y el ordenamiento jurídico al que está sujeto sólo tomando como apoyo su condición de debilidad. Lo que es lo mismo que decir que la legislación laboral no es –no puede ser– realmente el efecto de la debilidad de los trabajadores asalariados: esta ha tenido sin duda un importante papel como condición necesaria, o como precursor, circunstancia o agente concomitante, al lado de otras muchas con-causas o factores concatenados más decisivos, pero nunca podrá concederse que haya sido condición suficiente del nacimiento de la legislación laboral, que como es obvio y reiteramos sólo puede explicarse en el marco del poder sociopolítico real de la clase trabajadora³⁰.

La cuestión es entonces: ¿están los nuevos trabajadores autónomos supuestamente vulnerables en condiciones de solidarizarse y formar una clase trabajadora capaz de imponer sus reivindicaciones del mismo modo que lo hicieron los obreros industriales forzando una legislación a la medida de sus intereses? No parece claro. Sobre todo porque no es fácil que la “unidad de clase” de los trabajadores autónomos vulnerables pueda auto-conformarse sin más, considerando que se trata de trabajadores completamente heterogéneos, que realizan actividades y tienen destrezas y habilidades muy diversas, compiten en el mercado, no se conocen ni conviven, lo que dificulta definir un interés común y por tanto la solidaridad y conciencia de clase que tendría que estar en el origen de una actuación colectiva coordinada y unitaria (máxime considerando la falta de un antagonista común en la mente de todos, el empresario, capaz de operar como referencia

³⁰ A. MONTOYA MELGAR, “Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, 81 (2005), p. 27.

aglutinante de los trabajadores vertebrando sus conexiones de solidaridad y conciencia de grupo³¹). Estos trabajadores carecerán por tanto de la integración, la consistencia y la fuerza política unitaria que requeriría un movimiento real y sostenido de transformación del ordenamiento jurídico en su beneficio, movimiento por cierto cuyo oponente real, antes que un supuesto empresario o cliente principal, podría terminar siendo en buena parte el conjunto de los demandantes de sus productos –es decir, los trabajadores mismos en su rol de usuarios y consumidores–, al menos en la medida en la que las plataformas digitales pudieran ser vistas como interfaces de coordinación –puros sistemas de conmutación– entre las operaciones de producción y consumo, más que como centros burocráticos de organización jerárquica del trabajo, lo que es posible cada vez más en un sistema de producción con costes de transacción decrecientes y capaz de organizarse de modo atomizado a través de intercambios “*spot*” de mercado³².

Sin olvidar que conceder la condición de vulnerabilidad a los trabajadores autónomos como si fueran asalariados tampoco puede aceptarse sin más, pues, precisamente por ser autónomos no tienen contraída una deuda contractual que cubrir –en forma por ejemplo de tiempo a las órdenes de otro durante 8 horas al día–, siendo por el contrario libres para organizar su energía productiva de la forma que más les convenga, para bien o para mal. De modo que cabe decir que el riesgo económico, es decir la posibilidad de perder –vulnerabilidad– pero también de ganar, lo que dependerá del conocimiento, sagacidad, valentía, sacrificio o la suerte, es el precio que los autónomos tienen que pagar por su libertad. Esta circunstancia dificulta enormemente postular sin más la protección de estos trabajadores, y seguramente está en la base de la falta real de su organización coordinada como colectivo. Proteger a los trabajadores autónomos vulnerables, es decir, aquellos que usando su libertad comercial y asumiendo el riesgo económico que les es consustancial han perdido en vez de ganar (situación por cierto esencialmente fluctuante y que ha de variar en el tiempo) sería tanto como premiar y perpetuar el fracaso de las iniciativas económicas menos viables, algo que no terminaría de encajar con la lógica de la competencia característica de la economía de mercado (basada, quierase o no, en el principio darwinista de que la selección de las mejores iniciativas en un mercado competitivo es buena para la economía y en general para los intereses de todos) y sobre todo colocaría a los autónomos exitosos en contra de los vulnerables –de ahí precisamente la falta de unidad de clase–, pues la protección (*a fortiori* asumida en gran parte por aquellos) no podría dejar de ser vista como una distorsión de las pautas de libre mercado,

³¹ Esta dificultad para centrar o personalizar en un causante particular la vulnerabilidad de los trabajadores autónomos –decisiva, me parece– es incluso reconocida (y no adecuadamente resuelta) por los partidarios de estas propuestas: “quién sería el deudor de protección en materia de prevención de riesgos laborales en favor del trabajador personal pero que trabaja sin subordinación económica?; quién pagaría la indemnización de despido cuando se trabaja para consumidores finales?”; A. TODOLÍ SIGNES, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, cit., p. 207.

³² La plataforma digital no implica por tanto necesariamente una “posición subordinante” (típica de empleador), razón por la que es discutible que la mera propiedad del algoritmo deba interpretarse como determinante de aquella condición por quien lo esté explotando, más allá de la de mera función de intermediación o de agencia; J. LAHERA FORTEZA, *Reformas y retos laborales*, Cinca, Madrid, 2023, p. 199.

según las cuales todos los que participan en el juego tienen que sujetarse a las mismas reglas de acuerdo con un estricto principio de igualdad jurídica, sin privilegios ni ventajas, menos para quienes libremente y asumiendo el riesgo no han sabido o no han podido salvar su iniciativa³³.

Quiere ello decir que la única fuerza real en la que podrían soportarse las propuestas de universalización de la protección laboral para todo el trabajo humano, y particularmente para el trabajo autónomo vulnerable, no ha de ser otra entonces que la que pueda proceder de “normas dirigidas”, diseñadas o construidas burocráticamente *ex profeso* por el legislador con la finalidad de alcanzar los objetivos de justicia social que el mismo legislador defina según su criterio y haya proyectado como fines hacia los que haya de tender la acción del Estado, seguramente dentro del marco de orientación ideológica que pueda ir quedando definido desde ámbitos puramente teóricos, intelectuales o especulativos³⁴. Pero es preciso subrayar que entonces esta nueva legislación laboral universalizada constituiría una regulación del trabajo esencialmente “constructivista”, nacida y determinada *top-down* (de arriba abajo, artificial o burocráticamente, fruto de la ensoñación idealista de la justicia social) y no *bottom-up* (de abajo a arriba, natural o espontáneamente, fruto material de fuerzas sociales reales y ciertas), y por tanto carente de base socio-económica (política y de mercado) real, con consecuencias impredecibles por tanto –como siempre acontece con los experimentos legislativos– en términos de eficiencia económica y de mercado³⁵, y a la postre también de justicia social (pues en un contexto de escasez, como es por definición el de la economía, la gestión no eficiente ni provechosa de los recursos, es decir el despilfarro social, constituye la peor de las injusticias)³⁶. La enorme dificultad para definir cuáles podrían ser los contenidos concretos reales (tiempo de trabajo, reglas de jornada, salario mínimo, poderes directivos, responsabilidad vicaria) de una regulación de protección del trabajo autónomo vulnerable empíricamente viable –más allá de la protección básica por pérdida de actividad u otras reglas mínimas de suficiencia en materia de derechos fundamentales, conciliación, seguridad y salud laboral o protección social³⁷–, verificada por cierto en España atendiendo al recorrido que han tenido las re-

³³ J. CRUZ VILLALÓN, “El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del Derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo. Un debate global desde la perspectiva española”, *cit.*, p. 32.

³⁴ No parece que la fuerza de transformación política de las leyes del trabajo pueda residenciarse hoy en día en protosindicatos o agrupaciones colectivas de trabajadores de nueva generación como “*RidersxDerechos*”, “*Las Kellis*” o “*Mensakas*”, pongamos por caso, pues se trata de grupos minoritarios y sectoriales de trabajadores más de “escala gremial” que portadores de una verdadera “conciencia de clase” –“clase universal”, en el sentido marxista–; y sólo con esta base ha podido el movimiento obrero transformar la sociedad política y el derecho por el que se rigen los procesos del trabajo y la producción.

³⁵ Sea por sus efectos distorsionantes de mercado, sea en todo caso por el escepticismo con el que podría contemplarse la capacidad real de estas regulaciones para ser eficaces alcanzando los fines a los que tienden; O. CREMADES CHUECA, “¿Hacia un Estatuto del Trabajo del siglo XXI en España?: reto jurídico-político y eficiencia normativa”, *Briefs AEDTSS*, 4 (2024), p. 2

³⁶ G. CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (trad. de J. Bisbal), Ariel, Barcelona, 1984, pp. 42 y ss.

³⁷ La doctrina considera de hecho técnicamente inviable el traslado de las reglas de estilo laboral clásico al ámbito del trabajo autónomo vulnerable, toda vez que los poderes económicos de un hipotético cliente preferencial no pueden

glas de protección del trabajo autónomo económicamente dependiente (Ley 20/2007, 11 julio), estaría certificando *ex consequentiis* en cierto modo lo que aquí se sostiene³⁸. La ansiada Directiva 2024/2831, 23 octubre, de trabajo en plataformas, con un perfil de protección laboral más bajo de lo inicialmente esperado, tampoco ha terminado de contribuir por cierto a definir sustantivamente criterios para signar los nuevos tipos de trabajo vulnerable que merecerán protección, ni tampoco el contenido y grado o alcance de esta, más allá de la normalización de ciertas reglas básicas o transversales (comunes para laborales y autónomos de plataformas) en aspectos como salud laboral, tutela judicial y garantía de indemnidad, tratamiento de datos o gestión algorítmica del trabajo³⁹.

Conclusiones

El análisis realizado permite constatar el agotamiento de la secular capacidad de avance del trabajo asalariado como figura crucial de las relaciones de producción en el capitalismo postindustrial. La evolución digital y la expansión de las plataformas tecnológicas han generado nuevas formas de prestación de actividad personal que desafían los criterios clásicos de ajenidad y dependencia, y que *prima facie* parecen encajar mejor en los esquemas del trabajo por cuenta propia. En este contexto, han visto la luz nuevas propuestas de universalización de las reglas de protección del trabajo, con objeto de evitar el desamparo de quienes encuentren ocupación en estas figuras emergentes e inéditas de producción. Sin embargo, estas propuestas han venido acompañadas de unos criterios de identificación de los trabajos que deberían ser protegidos un tanto oscuros e inconsistentes teóricamente, tales como la dependencia económica o la vulnerabilidad del trabajo personal –supuesta para toda prestación personal operada sin capital relevante o estructura de empresa– que se enfrentan también a importantes desafíos de viabilidad práctica.

Por lo pronto, la dependencia económica como criterio de imputación de la protección laboral resulta problemática debido a su carácter unilateral, inseguro y mutable. Y es que, frente a la subordinación, en la que se ha fundamentado clásicamente la protección laboral, interna al contrato de trabajo, acotada jurídicamente y suficientemente estable y segura, la dependencia económica es un concepto fáctico tributario de una circunstancia externa a la relación del prestador del servicio con el cliente principal que depende potestativamente del trabajador y resulta inestable al fluctuar constantemente

homologarse con los de un empleador laboral, de modo que, si así se hiciera, terminaría produciéndose un “encorsetamiento por la vía de reglas rígidas y poco adaptables a un modelo económico que requiere de las correspondientes dosis de flexibilidad organizativa”; J. CRUZ VILLALÓN, “El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del Derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo. Un debate global desde la perspectiva española”, *cit.*, p. 32.

³⁸ A. JURADO SEGOVIA, “Un Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI? Algunas premisas y apuntes”, *cit.*, p. 4.

³⁹ Sintomáticamente, por ejemplo, nada se dice en materia de tiempo de trabajo, sin duda uno de los aspectos del trabajo en plataformas más difíciles de sujetar a regulación; *vid.* F.M. EXTREMERA MÉNDEZ, “Al fin la Directiva 2024/2831 sobre condiciones de trabajo en plataformas: retos y oportunidades de su trasposición al derecho español”, *Lex Social*, vol. 15, núm. 1 (2025), pp. 27 y ss.

según el mercado, pues deriva del peso relativo del cliente principal entre el resto de los clientes del prestador de los servicios correspondiente, lo que comporta gran incertidumbre para las empresas (los clientes de los servicios de los trabajadores autónomos). Ello sin contar con que la aplicación de un marco normativo tuitivo basado en la vulnerabilidad de cierto tipo de trabajadores autónomos –los que en cada caso se vaya catalogando como económicamente dependientes– podría generar una cierta sobreregulación que podría dar lugar a efectos inconvenientes de protección distorsionando la libre competencia y las dinámicas de mercado.

Asimismo, la propuesta de extender la protección laboral a toda actividad de producción humana realizada sin elementos de capital o estructura empresarial relevante adolece de una falta de precisión conceptual que también permite dudar de la solvencia teórica y práctica de este criterio. La dificultad de determinar qué sea la falta de aportación de capital o en que consista la no utilización por el trabajador de una estructura de empresa suscita una gran inseguridad jurídica por dibujar un criterio “negativo” de identificación del trabajo que se considera vulnerable y merecedor de protección laboral que puede plantear muchas incertidumbres. Tampoco es fácil definir en qué consista el capital cuya aportación desvirtuaría la vulnerabilidad del trabajador, toda vez que en el capitalismo de servicios la entrega de algo más que nuda fuerza de trabajo por los prestadores de actividad personal es una constante normal, razón por la que los defensores de esta tesis han tenido que terminar matizando que debe tratarse de capital “relevante”, pero sin precisar cuándo podrá entenderse que estamos ante tal circunstancia indeterminada.

Por lo demás, el trabajo también subraya que la atomización y diversidad de los nuevos trabajos que se vayan originando en el nuevo contexto tecno-económico de las plataformas digitales, tendencialmente autónomos en su mayoría, dificulta la composición de una base sociológica sólida desde la que armar organizaciones y movimientos colectivos y sindicales con capacidad política suficiente para forzar una legislación del trabajo a la altura de sus intereses. Ya no hay una sola clase de trabajadores, sino tipos de trabajadores muy variados y con intereses distintos que operan con medios productivos propios y con independencia jurídica –trabajadores tendencialmente autónomos, decimos– en un mercado abierto a la competencia. Esto es lo que hace que las iniciativas de promulgación de una regulación que ofrezca protección y cobertura –en forma de derechos– a los intereses de estos nuevos trabajadores ya no puedan proceder de la fuerza política de las asociaciones o movimientos de los trabajadores mismos (en su confluencia con las empresas o clientes receptores de los servicios), sino de la acción normativa espontánea del legislador *motu proprio*. Pero esta circunstancia puede producir como resultado regulaciones constructivistas de corte idealista, eventualmente alejadas de la realidad de los fenómenos sociales de los que quieren hacerse cargo, y por tanto de consecuencias a veces impredecibles, no sólo económica sino también socialmente.

Pensiones por contingencia profesional en situaciones de reducción coyuntural de jornada. Una regulación discriminatoria (con y sin perspectiva de género)*

Calculation of pensions arising from occupational risks for workers on reduced working hours. A discriminatory regulation (with and without a gender perspective)

Iván Antonio Rodríguez Cardo

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

ORCID ID: 0000-0003-0721-467X

Recibido: 12/5/2025

Aceptado: 15/6/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9667

Resumen: El TJUE no ha encontrado evidencias suficientes, al menos en el plano estadístico, para concluir que el cálculo de la pensión de IP por contingencias profesionales de quienes disfrutaban de una reducción de jornada por motivos de conciliación incurre en una discriminación por razón de sexo, pese a que la base reguladora se determina a partir del salario percibido en el momento del hecho causante, inferior al ordinario precisamente por encontrarse el trabajador en reducción de jornada. La falta de estadísticas apropiadas no debería ser obstáculo para calificar como discriminatoria esa regulación. Tanto el ordenamiento español como el Derecho de la UE permiten llegar a esa conclusión en todos los supuestos de reducción coyuntural de jornada, sin necesidad de apoyar la argumentación exclusivamente en la discriminación por razón de sexo.

Palabras clave: Seguridad Social, incapacidad permanente, trabajo a tiempo parcial, TJUE, reducción de jornada.

Abstract: The CJEU has not found sufficient evidence –at least from a statistical perspective– to conclude that the calculation of permanent disability pensions arising from occupational risks for workers on reduced working hours due to work–life balance measures constitutes sex discrimination. This is despite the fact that the regulatory base is calculated on the salary received at the time the contingency arises, which is lower than usual precisely because the worker is on reduced hours. The absence of appropriate statistics should not prevent this regulation from being deemed as discriminatory. Spanish law and EU law

*Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i que lleva por título “El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por María Antonia Castro Argüelles e Iván Rodríguez Cardo (referencia: PID2020-118499GB-C32).

support this conclusion in all cases of temporary reductions in working hours, without relying exclusively on sex discrimination.

Keywords: Social security, permanent disability benefits, part-time work, CJEU, reduction in working hours.

1. Introducción

El cálculo de la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social ha sido, y sigue siendo, objeto de un minucioso escrutinio a partir de los principios de igualdad y no discriminación, principalmente en relación con el sexo. Al margen del complemento por maternidad/brecha de género, que adquiere sustantividad propia y se basa en la existencia de una diferencia ya constatada estadísticamente, el principal propósito consiste en eliminar cualquier elemento o factor que pueda dar lugar a prestaciones más reducidas para las mujeres. Ya ha quedado suficientemente demostrado, y el trabajo a tiempo parcial ha proporcionado valiosos ejemplos, que reglas que se presentan aparentemente como una opción técnica inocua contribuyen a la brecha prestacional.

No obstante, la jurisdicción ordinaria muestra cierta cautela al abordar esta problemática, y han sido el TC y el TJUE los que han provocado los puntos de inflexión más relevantes. El Tribunal de Luxemburgo, en concreto, se ha erigido en singular protagonista, impulsando en España varias reformas legales de distintas prestaciones, como la pensión de jubilación y la prestación por desempleo, que han debido adecuarse a los nuevos parámetros establecidos por ese órgano con el fin de respetar el derecho antidiscriminatorio de la UE.

La STJUE KT, de 10 de abril de 2025¹, contaba con un potencial similar para obligar a una reforma legal, o cuando menos a una interpretación de la normativa española que no se basara exclusivamente en la literalidad de los preceptos directamente aplicables, pero el Tribunal llegó a una conclusión que resulta sorprendente atendiendo a los precedentes, pues consideró que la fórmula de cálculo de las pensiones de IP por contingencia profesional aplicable a quienes se encuentran en situación de reducción de jornada por motivos de conciliación no es contraria al Derecho de la UE, o no lo es en tanto no se presente un material probatorio más aquilatado.

Es una sentencia que, obviamente, se presta al análisis, y a la crítica, de sus argumentos y su fallo. Pero también merece una reflexión de más amplio espectro, pues pone de manifiesto que determinadas inercias recientes llevan a buscar en el Derecho de la UE, y en el refuerzo de autoridad del TJUE, una respuesta que habría de poder construirse a partir de los mimbres que ofrece nuestro ordenamiento interno. De lo contrario, la falta de exploración de esas vías domésticas pudiera conducir a perpetuar una discriminación por el hecho de que determinados asuntos no encajen completamente en el peculiar molde antidiscriminatorio del Derecho de la UE, o bien porque quizá no se han planteado con la debida corrección técnica ante el Tribunal de Luxemburgo.

¹ Asunto C-584/23.

2. La fórmula de cálculo de la base reguladora de las pensiones de IP

Las reglas para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de IP difieren en atención a la contingencia de la que deriva la prestación. La enfermedad común cuenta con la fórmula de mayor complejidad –más aún que la pensión de jubilación–, pues se toman como referencia las bases de cotización de los ocho años anteriores al hecho causante (96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante, en realidad) únicamente para los mayores de 52 años, debiendo adaptarse la fórmula de cálculo para beneficiarios más jóvenes. Además, y al margen de la eventual integración de lagunas de cotización, se introduce un factor corrector que tiene en cuenta el tiempo de cotización para aplicar al resultado inicial un porcentaje equivalente al que hipotéticamente correspondería a la pensión de jubilación, con el propósito principal de evitar que las pensiones de IP por enfermedad común de personas de edad avanzada sin una amplia carrera de cotización puedan resultar superiores a la pensión de jubilación que les correspondería. El resultado de esas operaciones constituye la base reguladora, a la que habrá de aplicarse el porcentaje pertinente en función del grado de IP.

En cambio, el art. 197 LGSS no proporciona pautas precisas para el cálculo de las pensiones de IP derivadas de otras contingencias. En realidad, el art. 196.6 advierte que «las prestaciones a que se refiere el presente artículo se harán efectivas en la cuantía y condiciones que se determinen en las normas de desarrollo de esta ley», lo que supone que esas reglas se encuentran en añejas normas reglamentarias preconstitucionales, dictadas en un marco normativo muy distinto, pero que todavía perduran, aunque no siempre plenamente adaptadas a las evoluciones más recientes.

En el caso de accidente no laboral, el art. 7.1 del Decreto 1646/1972 dispone que la base reguladora «será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión». Se prescinde en este caso de ulteriores correcciones, de modo que ni siquiera se integran eventuales lagunas de cotización².

Por su parte, el cálculo de la base reguladora de la IP por contingencias profesionales pretende simplificarse, y a la vez resultar más beneficioso. Aunque con alguna precisión más reciente, como por ejemplo la DA 11ª RD 4/1998³, sigue vigente el art. 15.2.b) de la Orden de 15 de abril de 1969, en cuya virtud «cuando la incapacidad permanente proceda de accidente de trabajo o enfermedad profesional, y en tanto que la cotización correspondiente a dichas contingencias continúe efectuándose sobre las retribuciones efectivamente percibidas, de acuerdo con lo preceptuado en el número 8 de la disposición

² Vid. STS de 10-4-2001 (recurso 3999/2000).

³ «A efectos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, el cociente que resulte de dividir la suma de los complementos salariales percibidos por el interesado en el año anterior al hecho causante, entre el número de días realmente trabajados por aquél en el mismo período, se multiplicará por 273, salvo que el número de días laborales efectivos en la actividad de que se trate sea menor, en cuyo caso, se aplicará el multiplicador que corresponda».

transitoria tercera de la Ley de la Seguridad Social, serán de aplicación, para determinar la base reguladora, las normas que para la incapacidad permanente establecía el capítulo V del Reglamento aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, o las que expresamente apruebe el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo, para sustituir aquellas por otras específicas para la incapacidad permanente que se regula en el presente capítulo».

De este modo, la base reguladora de las pensiones de IP por contingencia profesional se calcula a partir del salario real del trabajador en el momento del hecho causante, conforme a lo establecido por el art. 60 del Reglamento de accidentes de trabajo de 22 de junio de 1956. Es una fórmula que ha perdurado en el tiempo y que, en apariencia, resulta más beneficiosa para el trabajador que otras opciones de cálculo, toda vez que no toma en consideración largos períodos que puedan incluir reducciones de salario o lapsos de inactividad, amén de que comprende todo el salario, inclusive la retribución por horas extraordinarias, excluida de la base de cotización por contingencias comunes.

3. Las correcciones legales con el fin de evitar perjuicios en situaciones de reducción de jornada por motivos de conciliación

Las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva tienen la naturaleza, en esencia, de rentas de sustitución, y pretenden compensar el salario que deja de percibir el trabajador cuando se actualiza una contingencia protegida. Se justifica sin dificultad que su cuantía se determine en función de la retribución previa, si bien de forma mediata a través de las bases de cotización, cuyo importe coincide esencialmente con la remuneración mensual incrementada con la prorrata de las pagas extraordinarias (art. 147 LGSS).

También es razonable que en función de la prestación concreta, y en particular de la mayor o menor duración prevista, el cálculo de la base reguladora tome en cuenta lapsos de tiempo diferentes. De este modo, en prestaciones que previsiblemente contarán con una duración limitada el período para el cálculo es breve, incluso coincidente con el mes anterior, mientras que en prestaciones de más larga duración, y en particular las vitalicias, se pretende que el importe final conecte más estrechamente con el esfuerzo contributivo real del beneficiario en un período significativo de su vida activa.

Sin embargo, algunas circunstancias coyunturales pueden romper esa correspondencia, dando lugar a resultados disfuncionales en los que el beneficiario podría disfrutar de una protección mejorada o minorada por elementos o factores que no deberían contar con un efecto tan intenso porque no responden a la realidad de la carrera de seguro. Son, por consiguiente, anomalías contrarias al principio de proporcionalidad que conviene corregir en aras a un funcionamiento más adecuado y coherente del Sistema.

A modo de ejemplo, la base reguladora de la IT toma en cuenta la base de cotización del mes anterior a la baja. En el caso de contingencias profesionales, la retribución por horas extraordinarias del mes anterior podría resultar determinante en el importe del subsidio y no responder a la realidad ordinaria del trabajador, que quizá realizó muchas

horas de esa naturaleza cuando habitualmente no era usual, o bien excepcionalmente no le fue encomendada ninguna pese a que en los meses precedentes habían sido muy numerosas. De ahí que el art. 13.4 del Decreto 1646/1972 precise que no sólo el importe de las pagas extraordinarias, sino también el de «aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico», han de computarse «mediante el promedio de la base de cotización correspondiente a tales conceptos durante los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación de la situación de incapacidad».

El propósito es que la prestación reconocida se ajuste a la pérdida verdaderamente sufrida. No sorprende, así pues, que el art. 237.3 LGSS introduzca una corrección, a modo de «prestación familiar en su modalidad contributiva», con el fin de paliar las consecuencias negativas de las reducciones de jornada por motivos de conciliación, situaciones en las que efectivamente se minora la base de cotización, y con ello resultarían afectadas las prestaciones. Para evitar perjuicios al beneficiario, la ley exige que las «cotizaciones» correspondientes se computen «incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo», de modo que la base reguladora no se vea afectada pese que la cotización real responda al salario minorado que efectivamente se percibe⁴.

En sentido análogo, el apartado 4 del art. 237 LGSS añade que también procede ese beneficio de elevación al 100% de las bases de cotización, «a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan», en el supuesto de excedencias por cuidado de hijos u otros familiares que hayan venido precedidas de una reducción de jornada por guarda legal.

A través de estas mejoras de la base de cotización —que suelen recibir el nombre de “ficticias”— el legislador pretende evitar que una circunstancia coyuntural, la minoración del tiempo de trabajo por razones de conciliación, desemboque en un perjuicio a largo plazo, como sería una reducción significativa del importe de las prestaciones de Seguridad Social. Este factor de corrección, como se sabe, también ha alcanzado al ámbito laboral, toda vez que la DA 19ª ET precisa que «en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.4 en su párrafo final, así como en sus apartados 5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legal-

⁴ «Las cotizaciones realizadas durante los tres primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el primer párrafo del artículo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1. Dicho incremento se referirá igualmente a los tres primeros años en los demás supuestos de reducción de jornada contemplados en el primer y segundo párrafo del mencionado artículo. Las cotizaciones realizadas durante los períodos en que se reduce la jornada en el último párrafo del apartado 4, así como en el tercer párrafo del apartado 6 del artículo 37 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal».

mente establecido para dicha reducción». Y esa es igualmente la regla «en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos» a la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor (arts. 48.4 y 48.5 ET) y permiso parental (art. 48.5 ET).

Sin embargo, y en el específico ámbito de la Seguridad Social, el hecho de que las modificaciones legales hayan circunscrito su radio de acción a las «bases de cotización» genera una dificultad para las prestaciones derivadas de contingencias profesionales que calculan la base reguladora en atención al salario real –pensiones de IP y por muerte y supervivencia–, evidentemente menor durante una reducción de jornada. El resultado final del cálculo es más perjudicial para esas prestaciones, porque atienden al salario efectivamente reducido, sin que se haya introducido ningún factor de corrección, como sí sucede en las prestaciones por contingencias comunes, precisamente por tomar como referencia bases de cotización.

4. La cuestión prejudicial ante el TJUE: una vía frustrada (en esta ocasión) para eludir la interpretación literal del derecho interno

Como ya se advirtió, la STJUE KT llega a la conclusión de que el «artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que establece que la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo se calcula sobre la base del salario efectivamente percibido por el trabajador en la fecha del accidente, incluso en el caso de un trabajador que, en esa fecha, disfrutase de una reducción de jornada para cuidar a un menor, en una situación en la que el grupo de trabajadores que se acogen a dicha medida esté constituido en su gran mayoría por mujeres».

Esa toma de posición parece sustentarse en una prueba estadística poco concluyente, como deriva del apartado 44 («los datos estadísticos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente no permiten acreditar que un grupo de trabajadores especialmente perjudicados por la normativa nacional controvertida en el litigio principal esté mayoritariamente compuesto por mujeres que se han acogido a una reducción de jornada para ocuparse de un menor»). Cabe suponer, por tanto, que en presencia de datos estadísticos más aquilatados la conclusión sería otra, aunque quizá no resulte sencillo obtener datos estadísticos precisos sobre ese particular, o al menos no en el corto plazo, y ello podría desembocar en resultados insatisfactorios.

Al margen de esta dificultad procesal, cabría cuestionar por qué parece imprescindible la intervención del TJUE para vencer ciertas inercias, más allá de lo significativo que resulta que un alto porcentaje de las cuestiones prejudiciales provengan de los mismos órganos (el que da origen a la STJUE KT ha planteado varias en los últimos años), que, de alguna manera, se sirven de esa herramienta procesal como una fórmula sofisticada de activismo judicial. Obviamente, la cuestión prejudicial es un instrumento procesal per-

fectamente legítimo, pero se aprecia, en unas ocasiones, un uso abusivo, pues se pretende eludir normas internas que no son del agrado del juzgador; y, en otras, algún grado de deslealtad entre jueces, al no compartir el criterio sentado por el TS y/o el TC, y no querer exponerse al reproche de esos tribunales si se contradice su doctrina. No es esa, en apariencia, la situación en este caso, porque la duda que se plantea es legítima⁵, y los datos estadísticos también razonables, aunque no resulten suficientemente precisos para el TJUE.

Sin embargo, conviene poner de manifiesto que todo órgano jurisdiccional que plantea una cuestión prejudicial está legitimado para aplicar la norma interna a partir de la interpretación que postula del Derecho de la UE, si considera que es la correcta. No necesita la conformidad del TJUE, porque el juez nacional es juez comunitario⁶, esto es, disfruta de plena legitimidad para interpretar el Derecho de la UE y no tiene obligación de plantear una cuestión prejudicial cuando está convencido de la interpretación de la norma correspondiente del acervo comunitario. A pesar de ello, se aprecia una tendencia cada vez más acusada en el ámbito social a buscar el respaldo del TJUE con el fin de forzar cambios de doctrina, porque ante un eventual recurso los tribunales superiores no estarían valorando la interpretación personal del juez nacional, sino la interpretación del Derecho de la UE efectuada por el máximo órgano con competencia para ello.

Ahora bien, se plantea un problema distinto cuando el TJUE no comparte la opinión del juez nacional y considera que no se ha producido la vulneración del Derecho de la UE, porque no están claras las consecuencias que deben extraerse en el orden interno. Así sucede en el supuesto de la STJUE KT, que no estima que se haya producido una transgresión del principio de igualdad de trato consagrado en las normas del Derecho de la UE alegadas por el juez nacional, en concreto el art. 8 TFUE, los arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los arts. 4 de las Directivas 79/7 y 2006/54. En esencia, el órgano jurisdiccional español consideraba que la fórmula de cálculo de la base reguladora de las pensiones de IP por contingencia profesional provoca una discriminación indirecta por razón de sexo cuando el hecho causante se produce durante una situación de reducción de jornada por motivos de conciliación, y el TJUE no aprecia que las mujeres sean afectadas de forma mayoritaria, ante la falta de precisión de los datos estadísticos.

Esa decisión podría abocar a una situación de incertidumbre, de cierta parálisis, toda vez que los esfuerzos podrían centrarse en encontrar estadísticas más apropiadas, pero no está claro si existen, ni quién debe elaborarlas, ni cuál es el procedimiento, ni el tiempo que será necesario para disponer de ellas. Ésa es, desde luego, una perspectiva de aproximación, pero no la única, porque el análisis no ha de descansar exclusivamente sobre aspectos procesales, sino que debe atender al fondo del asunto. Más concretamente, la decisión del TJUE basada en la insuficiencia de la prueba estadística no impide al juez nacional ofrecer otra respuesta, que podría estar sustentada en Derecho de la UE (bien

⁵ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *La seguridad jurídica en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. ¿Un principio en decadencia?*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2024, pp. 181 y ss.

⁶ Vid. RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Fundación Universidad Empresa, 1993, pp. 12 y ss.a

en otras normas, bien en las mismas, pero a partir de datos estadísticos más aquilatados), o bien en derecho nacional. A la postre, desde una perspectiva dogmática no se encuentra ninguna razón para considerar que los principios de igualdad y no discriminación disfruten de una protección reforzada en Derecho de la UE, o que no se pueda llegar a una tutela óptima a partir de la legislación interna.

5. La perspectiva de género como sustento de la discriminación: dificultades ante la insuficiencia de la prueba estadística

Las significativas y abundantes decisiones judiciales que calificaban como discriminatorios algunos de los pilares esenciales sobre los que se erigía la protección de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial obligaron a modificar las reglas sobre los períodos de carencia y cálculo de las prestaciones para ese colectivo. En esencia, el TC⁷ y el TJUE⁸ llegaron a la conclusión de que el trabajador a tiempo parcial sólo debía sufrir las consecuencias de percibir un salario más reducido que el de un trabajador a tiempo completo. Ello implicaría una minoración “natural” de sus bases de cotización, y con ello de la base reguladora, debiendo evitarse cualquier otro coeficiente o elemento corrector que pudiera dar lugar a una penalización o perjuicio adicional y no justificado.

Esa jurisprudencia se ha apoyado en la igualdad y no discriminación por razón de sexo, pues el trabajo a tiempo parcial es una actividad feminizada y, por consiguiente, el perjuicio sufrido por los trabajadores a tiempo parcial afecta más significativamente a las mujeres. Esta perspectiva de aproximación encierra algún peligro, porque provoca que en el trabajo a tiempo parcial pierda peso el principio de proporcionalidad a favor de la prueba estadística. Se produce con ello una situación anómala, porque el cuestionamiento de las reglas sobre trabajo a tiempo parcial se realiza desde la estricta perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, desplazando al principio de proporcionalidad a un rol secundario.

No conviene olvidar que el trabajo a tiempo parcial es una categoría con sustantividad propia, y que el trabajador a tiempo parcial puede ser objeto de discriminación por esa concreta condición (art. 12 ET), y no únicamente por el hecho de que esa modalidad esté integrada mayoritariamente por mujeres, circunstancia que puede ser coyuntural, y en ocasiones jurídicamente irrelevante o redundante. Sin embargo, el transcurso del tiempo ha llevado a una excesiva e inadecuada simplificación de los planteamientos. Como regla general, la anulación de la normativa reguladora del trabajo a tiempo parcial debería estar basada en una defectuosa configuración del principio de proporcionalidad, de modo que el trabajador a tiempo parcial, por tal condición, sufriera un perjuicio en relación con un trabajador a tiempo completo. Ése es un análisis jurídico estricto donde los términos de comparación son el trabajador a tiempo parcial y el trabajador a tiempo

⁷ Por todas, vid. SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, y 156/2014, de 25 de septiembre.

⁸ Por todas, vid. STJUE Cachaldora Fernández (de 14-4-2015, asunto C-527/13).

completo. El recurso a datos estadísticos para una eventual valoración de la discriminación indirecta por razón de sexo podría utilizarse como argumento *ex abundancia*, o a efectos de una eventual indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales (art. 183 LRJS), aunque en puridad no resultaría necesario para declarar la nulidad de la norma, acto o conducta discriminatoria.

Sin embargo, en los últimos años se ha desvirtuado esa operación al invertir la lógica interpretativa, pues el argumento *ex abundancia* ha ganado protagonismo, centrando el debate en la discriminación por razón de sexo y no en otros aspectos más adecuados desde una perspectiva jurídica, como la razón de la diferencia o el principio de proporcionalidad, seguramente porque se entiende que a partir de la estadística es más sencillo alcanzar el resultado pretendido.

En verdad, resulta muy difícil imaginar que sea posible calificar como discriminatoria una regulación sobre el trabajo a tiempo parcial cuando se llegase a la conclusión de que el criterio de proporcionalidad ha sido correctamente implementado. Esto es, si los trabajadores a tiempo parcial disfrutaran exactamente de los mismos derechos que un trabajador a tiempo completo, pero en proporción a las horas trabajadas, no parece que pueda sostenerse que la presencia mayoritariamente femenina en el trabajo a tiempo parcial pueda dar lugar a una discriminación. Por consiguiente, la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación radicaría en la deficiente configuración de la proporcionalidad entre trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial, y no estrictamente en la presentación de una prueba estadística más o menos aquilatada, porque, conviene insistir, la diferencia de trato no justificada entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo es una causa de discriminación autónoma y con sustantividad propia, que no requiere del refuerzo de la discriminación por razón de sexo⁹.

En este sentido, ha de evitarse el reduccionismo que supone analizar la problemática del trabajo a tiempo parcial exclusivamente a partir de la perspectiva de género, pues las mujeres no son mayoría en todas las modalidades o sectores de esa clase de actividad; y, al contrario, una estadística que no demuestre la feminización no debería hacer decaer automáticamente la pretensión de discriminación. En definitiva, debe ponerse el acento en la correcta implementación del principio de proporcionalidad. Si el trabajador a tiempo parcial, como tal, se ve perjudicado de manera desproporcionada, no hay razón para no considerar la medida discriminatoria, aunque eventualmente afectase a más hombres que mujeres¹⁰. De este modo, la ausencia de prueba estadística aquilatada en el caso de

⁹ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I.A., "Igualdad y no discriminación en el trabajo a tiempo parcial: la pertinencia de la perspectiva de género y de la prueba estadística", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2018, pp. 153 y ss.

¹⁰ «Seguramente las sentencias 253/2004, 49/2005, 50/2005, 61/2013, 71/2013, 72/2013, 116/2013 y 117/2013 habrían fallado en el mismo sentido estimatorio aun cuando los afectados fueran hombres, toda vez que la proporcionalidad múltiple vulnera en sí misma el principio de igualdad ante la ley. Y, por el contrario, si dicho exceso en la proporcionalidad no existiera, posiblemente las sentencias habrían sido desestimatorias, al encontrar justificación objetiva y razonable en el posible efecto adverso para las mujeres trabajadoras a tiempo parcial»; cfr. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., "Ley General de Seguridad Social y trabajo a tiempo parcial: Sentencia TC 253/2004, de 22 de diciembre", en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *El control de constitucionalidad de las normas laborales y de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 365.

la STJUE KT no debe ser obstáculo para calificar como discriminatoria la regulación española si perjudica especialmente a los trabajadores a tiempo parcial. Sin embargo, ese análisis no está exento de dificultades interpretativas.

6. La aplicación de las reglas para trabajadores a tiempo parcial como origen de disfunciones

Partiendo de las consideraciones precedentes, podría parecer evidente que el cálculo de la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores en situación de reducción de jornada debe efectuarse, en principio, conforme a las reglas previstas para los trabajadores con contrato a tiempo parcial. Sin embargo, esa equiparación automática plantea alguna dificultad conceptual. Como se sabe, desde la perspectiva española un trabajador a tiempo parcial no es cualquier trabajador que presta servicios con jornada reducida en un determinado período temporal, sino aquél que se vincula por un contrato que, de por sí, se configura con esa jornada reducida y que no puede convertirse en contrato a tiempo completo en contra de su voluntad. Dicho de otro modo, el trabajador a tiempo completo que disfruta de una reducción de jornada coyuntural por motivos de conciliación no se convierte en trabajador a tiempo parcial, porque su parcialidad no es permanente ni consustancial al contrato. No se produciría una novación, pues el disfrute de esta clase de permisos no afecta a la naturaleza del contrato ni lo transforma en contrato a tiempo parcial¹¹.

Evidentemente, durante el período coyuntural de prestación de servicios con jornada reducida será necesario aplicar el principio de proporcionalidad, la regla *pro rata temporis*, precisamente porque no se desarrolla la jornada completa. Ello afectará al salario, al menos si se ha pactado estrictamente por unidad de tiempo. En cambio, la aplicación del principio de proporcionalidad no habría de extenderse a otras parcelas conexas cuando la reducción de jornada no vaya a mantenerse en el tiempo, porque en tal caso los parámetros de comparación no resultan adecuados, y no ya por meras expectativas o ficciones, sino por la realidad misma. Los derechos de Seguridad Social son un ejemplo claro.

Como bien se sabe, las prestaciones de Seguridad Social, al menos en la modalidad contributiva, tienen la naturaleza de rentas sustitutivas del salario que se deja de percibir. Desde esa perspectiva, y aunque quizá podrían elaborarse argumentos en contrario, es razonable que un modelo como el español calcule las prestaciones de Seguridad Social

¹¹ «En el caso presente, la madre a la finalización del permiso parental tenía concertado con la empresa un contrato de trabajo a jornada completa. Esta relación contractual laboral ni se novó, ni sufrió modificación respecto a su naturaleza, ni se convirtió por voluntad de las partes en contrato parcial. El contrato continuó siendo a jornada completa, y lo único que se alteró, hasta el plazo máximo legal, fue la duración de la jornada y consecuentemente el salario y cotización. Pero esta alteración que produce sus efectos en relación con el empresario, no cabe predicarla respecto a la base reguladora de la prestación por desempleo de la seguridad social, pues en tal contingencia ha de partirse la existencia de jornada completa, que tendría la madre al finalizar el período temporal durante el que se le concedió la reducción de la jornada, no en su propio beneficio sino “por razones de guarda legal”»; cfr. STS de 6-4-2004 (recurso 4310/2002).

derivadas de un trabajo a tiempo parcial a partir de las cotizaciones efectivamente satisfechas, y con ello que la prestación final, aun cuando fuera vitalicia, se ajuste al salario que efectivamente se dejó de percibir en el momento del hecho causante.

Sin embargo, en el caso de reducciones de jornada coyunturales la aplicación estricta de las reglas legales, y con ello del principio *pro rata temporis*, causa un perjuicio desmedido al beneficiario, pues, a diferencia del contrato a tiempo parcial, no es ésa una situación llamada a mantenerse, sino con una fecha definida de finalización en la que el trabajador habría debido retornar a sus condiciones previas, a prestar servicios a tiempo completo, de modo que una prestación de Seguridad Social vitalicia calculada conforme a las condiciones concretas del momento del hecho causante no se ajusta a la realidad material, sino que perpetúa en el tiempo una situación coyuntural, y provoca que la reducción de jornada temporal se convierta en permanente a efectos de Seguridad Social, una foto fija o escenario congelado que desplegará sus efectos aun cuando la situación de base laboral haya finalizado, provocando un daño a los derechos del trabajador que no se justifica a partir del principio de proporcionalidad. Dicho de otra forma, el trabajador en situación coyuntural de jornada es un trabajador a tiempo completo, pero a efectos de Seguridad Social percibe una prestación como si fuera un trabajador con contrato a tiempo parcial.

Obviamente, si el propósito de las prestaciones de Seguridad Social consiste en compensar el lucro cesante, carece de sentido considerar que las rentas que dejará de percibir hacia el futuro un trabajador a tiempo completo afectado por una incapacidad permanente coinciden con el salario que temporalmente, y quizá durante un período muy limitado en el tiempo, venía percibiendo debido a vicisitudes normales de la relación laboral, o incluso al ejercicio de derechos legalmente reconocidos, algunos de ellos de naturaleza fundamental.

En otras palabras, el principio de proporcionalidad justificaría, por ejemplo, un importe reducido, acorde con el salario realmente percibido, respecto de prestaciones de corta duración (*v.gr.*, prestación por nacimiento y cuidado del menor o incapacidad temporal), y siempre que la situación de base laboral que justificó el salario minorado se mantenga. En cambio, si esa circunstancia desaparece y el trabajador tuviera derecho a recuperar el salario íntegro que corresponde como trabajador a tiempo completo, lo razonable, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, sería que la prestación se actualizase y respondiera verdaderamente a la pérdida sufrida.

Como es fácil de comprender, el cálculo de la base reguladora de las prestaciones tomando en consideración esa retribución coyuntural más reducida sin ningún factor de corrección provoca una notable disfunción sobre la que es imprescindible actuar, y no siempre la ley contempla reglas concretas al efecto. Es, en verdad, una anomalía que no puede resolverse a partir de las pautas generales de equiparación entre el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial, ni tampoco a partir de los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, porque no siempre está claro, o no siempre se puede probar, que el perjuicio afecte mayoritariamente a la mujer.

7. Más allá de los derechos de conciliación: ERTes, cumplimiento de deberes públicos y autonomía de la voluntad como otros supuestos problemáticos

La STJUE KT ha provocado cierta perplejidad, amén de insatisfacción e incompreensión, pues se esperaba una respuesta distinta. Las críticas principales descansan en una incorrecta valoración del impacto sobre las mujeres, y la discriminación por razón de sexo se considera evidente cuando el perjuicio se produce por el disfrute de derechos de conciliación¹². Sin embargo, abordar esta clase de situaciones exclusivamente desde la perspectiva de género es insatisfactorio, por reduccionista, toda vez que los derechos de conciliación no son el único supuesto en que puede acontecer una problemática similar.

Piénsese, por ejemplo, en un trabajador que haya sido elegido como jurado popular en un procedimiento penal. El art. 37.3.d) ET permite considerar esa situación como un permiso retribuido, que eventualmente podría mutar en excedencia forzosa. Como permiso retribuido, sin embargo, el precepto advierte que «en el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa». De acuerdo con el Anexo I del RD 385/1996, de 1 de marzo, los jurados tienen derecho a una retribución diaria de 67 euros, lo que podría derivar, dependiendo de la duración del juicio, en un salario ciertamente reducido durante algún mes, sin que se hayan previsto reglas de adecuación o ajuste en el marco de la Seguridad Social.

En efecto, la base de cotización se calculará conforme al salario efectivamente percibido, sin ninguna corrección, lo que supone que el importe de las prestaciones de Seguridad Social causadas durante esa peculiar situación se verá afectado negativamente, y no sólo en relación con las contingencias profesionales, como sucede con los derechos de conciliación, sino también en las contingencias comunes, precisamente por la falta de reglas de ajuste.

Una situación análoga podría acontecer en el caso de que empresario y trabajador llegasen a un acuerdo de reducción de jornada temporal por cualesquiera motivos, incluso de índole personal (*v.gr.*, preparación de exámenes/oposiciones, participación en programas de televisión, etc.). La reducción del salario durante ese lapso temporal afectaría asimismo de forma permanente a las prestaciones cuyo hecho causante coincida con esa situación.

Como se puede comprender, es profundamente insatisfactorio, y contrario a los pilares que inspiran un modelo contributivo, que el cálculo de las prestaciones de Seguridad Social prescindiera del contexto (pasado, presente y, en su caso, futuro) y tome como referencia un momento fijo e invariable no susceptible de corrección. Es una consecuencia, sin duda, de la opción legal, pues el legislador ha apostado por un modelo de carácter estático, en el que la cuantía de las prestaciones se calcula en el momento del hecho

¹² Vid. GALA DURÁN, C., “Reducción de jornada por cuidado de hijos y cálculo de la pensión por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo: ¿Posible discriminación indirecta por razón de sexo?” (Comentario a la STJUE de 10 de abril de 2025, asunto C-584/23)”, *Briefs AEDTSS*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2025.

causante y no varía durante su percepción, a salvo de situaciones de incompatibilidad, total o parcial, con el trabajo.

Es cierto que, de forma excepcional, se han introducido algunos remedios para limitar los perjuicios potenciales de algunas situaciones, en forma de factor corrector, aunque no en todos los casos ni para todas las prestaciones. La mayoría de esos remedios conectan con el ejercicio de derechos de conciliación, y por tanto pretenden evitar la discriminación por razón de sexo, y con ello el incremento de la brecha prestacional. Ahora bien, no son los únicos, pues el art. 153.bis LGSS contempla una fórmula con análoga finalidad para evitar perjuicios a largo plazo durante los ERTes, al disponer que las «bases de cotización a la Seguridad Social para el cálculo de la aportación empresarial por contingencias comunes y por contingencias profesionales, estarán constituidas por el promedio de las bases de cotización en la empresa afectada correspondientes a dichas contingencias de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al mes anterior al del inicio de cada situación de reducción de jornada o suspensión del contrato». Se pretende, precisamente, que los periodos de reducción de jornada no perjudiquen a las prestaciones de Seguridad Social, ni a las causadas durante la reducción de jornada, ni a las futuras.

Sin embargo, es un factor corrector –no ficticio, porque la cotización no sufre merma– del que no disfrutaban quienes ven minorada su retribución por ser elegidos como jurado popular, ni tampoco quienes reducen jornada por acuerdo con el empresario. No obstante, aun cuando la ventaja es evidente, es un remedio incompleto que plantea la misma dificultad que el ejercicio de los derechos de conciliación en relación con las pensiones de IP o muerte y supervivencia derivadas de contingencia profesional. En tales prestaciones el cálculo a partir del salario real del trabajador, y no de la base de cotización, deriva en un perjuicio a largo plazo por el limitado alcance de ese factor corrector.

El problema es análogo, y el origen también –la defectuosa, por incompleta, configuración del remedio–, por lo que resulta insatisfactorio plantear el debate en los estrictos términos del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Evidentemente, ese es el fundamento principal del factor de corrección respecto de los derechos de conciliación, pero la argumentación no es extrapolable a todos los casos, porque el problema reside en tratar como trabajador con contrato a tiempo parcial a quien técnicamente es, y seguirá siendo, un trabajador a tiempo completo.

8. Remedios técnicos en el plano de la legalidad ordinaria

El perjuicio en el cálculo de las pensiones de IP por contingencia profesional en supuestos de reducción de jornada por motivos de conciliación que ha puesto de manifiesto la STJUE KT, y que puede extenderse a otras situaciones como se acaba de indicar, no es una opción legal consciente y buscada. Es una consecuencia que tiene su origen en un defecto de técnica legislativa, uno más de una cadena lamentablemente larga en los últimos años. Y, curiosamente, es un error que deriva del diseño incorrecto de un re-

medio que pretende, incuestionablemente, evitar perjuicios de esa índole. En efecto, el legislador asume que la mejora ficticia de las bases de cotización durante el período de reducción de jornada permite eludir cualquier repercusión negativa sobre las prestaciones de Seguridad Social, sin percatarse de que no todas las bases reguladoras se calculan sobre bases de cotización. El remedio, por tanto, es incompleto, al no alcanzar a todas las potenciales situaciones afectadas. De alguna manera, es un defecto de técnica legislativa análogo al que tiene lugar cuando se transponen directivas de la UE a través de la modificación exclusivamente del ET, de modo que la transposición no llega a colectivos que se rigen por otras normas, como sucede con quienes se encuentran en el ámbito de una relación laboral especial, o incluso con los funcionarios públicos, incluidos como sujetos protegidos en algunas directivas aparentemente “laborales”. De manera manifiestamente equivocada el legislador toma la parte por el todo.

En ausencia de una reforma normativa que proporcione una regulación más ajustada, podría considerarse que no es posible rectificar el error por vía interpretativa, pues habría de primar la interpretación literal. Es cierto que la jurisprudencia en materia de Seguridad Social ha sido notablemente generosa, y muy creativa, para adoptar soluciones al margen de lo dispuesto en la ley. La doctrina humanizadora, los días-cuota o la teoría del paréntesis son ejemplos suficientemente ilustrativos. No obstante, también son criterios que provocan ciertas fisuras en el principio de seguridad jurídica¹³, por lo que cabría defender que allí donde el legislador ha intervenido expresamente y ha introducido un factor corrector no cabe ir más allá de lo querido por la norma. En otras palabras, si el legislador ha decidido que el remedio afecta a las bases de cotización y no ha reformado la manera de calcular la base reguladora de las prestaciones por contingencias profesionales, podría defenderse que, simplemente, no era ésa su intención, o que, si ha cometido un error, las consecuencias no pueden eludirse o alterarse por vía exegética.

Como opciones técnicas esas reglas pueden resultar operativas, y son tan adecuadas o pertinentes como otras posibilidades potenciales. Sin embargo, ello no debería implicar que sean inmunes o deban quedar al margen de cualesquiera circunstancias concurrentes. No conviene olvidar, y es relevante para una interpretación contextual, que el desfase o desajuste se produce a menudo en el cálculo de las prestaciones por contingencias profesionales, y no deja de resultar paradójico que reglas que se diseñaron con un propósito claramente protector y con la finalidad evidente de que las prestaciones resultantes fueran más generosas con el beneficiario puedan, en cambio, derivar en un perjuicio notable, de modo que la misma persona, exactamente en las mismas condiciones, disfrutaría de una prestación muy superior si la contingencia se calificase como común, en lugar de profesional, lo que desde luego es una anomalía no buscada y no querida, e incluso contraria a los pilares sobre los que se ha construido la modalidad contributiva de la Seguridad Social, por más que esos pilares pudieran cuestionarse en la actualidad.

¹³ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *La seguridad jurídica en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. ¿Un principio en decadencia?*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2024, pp. 212 y ss.

En una dimensión más general, el legislador de Seguridad Social siempre ha entendido que en el caso de un accidente debe tomarse como punto de referencia el momento concreto del siniestro, mientras que en relación con las enfermedades es razonable ampliar el período temporal de referencia. Así sucede, aunque sea pretendidamente con carácter transitorio (DT 26ª LGSS), con la determinación de la profesión habitual para la IP parcial o total, por cuanto en caso de accidente se considera como tal la «desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo», mientras que en caso de enfermedad se prefiere «aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez» (art. 11 de la Orden de 15-4-1969). Sin embargo, la jurisprudencia ha dulcificado la aparente rigidez de esa regla, y no sólo para precisar que «profesión habitual» no equivale a grupo profesional, porque el grupo «puede incluir diversas profesiones»¹⁴, sino también para dejar claro que la «profesión habitual» a efectos de una IP es la «desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo y más si se contrapone al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra más liviana»¹⁵.

Dicho de otro modo, una circunstancia puntual o coyuntural en el contexto laboral no ha de repercutir en el ámbito de la Seguridad Social de tal forma que los requisitos de acceso y el cálculo de la cuantía de las prestaciones queden completamente desligados de la trayectoria profesional del trabajador, porque de lo contrario la protección de Seguridad Social no cumpliría su cometido –renta de sustitución– y no compensaría el daño efectivamente sufrido.

Sin embargo, y aunque desde luego es posible elaborar argumentos basados en una interpretación contextual y analógica de la legislación ordinaria, el resultado final es, en cierto modo, forzado. Es evidente que la minoración de las pensiones de IP y por muerte y supervivencia derivadas de contingencia profesional es producto de una deficiencia de técnica legislativa, pues el legislador no tuvo en cuenta que la base reguladora de esas prestaciones no se calculaba a partir de bases de cotización y no introdujo un elemento corrector similar. Pero la *voluntas legis* ha de prevalecer, en principio, sobre la *voluntas legislatoris*, y los olvidos o faltas de diligencia del legislador no siempre pueden corregirse por vía exegetica. En cambio, la situación es cualitativamente distinta cuando se ven afectados los derechos fundamentales, que cuentan con una fuerza transformadora de mucha más intensidad, pues por elementales razones de jerarquía desplazan a la ley y permiten cubrir ciertas lagunas o corregir resultados que causan un daño ilícito.

No en vano, en su momento el art. 4 de la LO 3/2007 dispuso que la «igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Y el art. 4.3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha extendido esa condición de «principio

¹⁴ Cfr. STS de 28-2-2005 (recurso 1591/2004).

¹⁵ Cfr. STS de 26-9-2007 (recurso 4277/2005).

informador» de aplicación «transversal» al «derecho a la igualdad de trato y la no discriminación», sin circunscribirlo a una causa concreta. Obviamente, la acomodación a los principios y valores constitucionales de las normas previas no sólo es una posibilidad, sino una exigencia para su correcta aplicación, pero con estas advertencias el legislador se ha encargado de recordar que las interpretaciones literales no son aceptables cuando desembocan en una discriminación, siempre prohibida. Y conviene llamar la atención en que esta labor no sólo corresponde a los tribunales, pues las entidades gestoras y colaboradoras del Sistema de Seguridad Social, y la TGSS como servicio común, tienen competencias de «interpretación y aplicación de las normas jurídicas», y, por consiguiente, deberían también favorecer interpretaciones y pautas respetuosas con esos principios. En suma, el ordenamiento interno proporciona herramientas suficientes para corregir la disfunción, sea en vía administrativa, sea en vía judicial, toda vez que, como se desarrollará a continuación, esta diferencia de trato conduce a una discriminación.

9. La discriminación por indiferenciación y/o indirecta como puntos de apoyo de una interpretación evolutiva y acorde a la realidad material

Aunque eventualmente posible, la elaboración de argumentos basados en la legislación ordinaria para corregir los perjuicios sufridos en el cálculo de las prestaciones de Seguridad Social por quienes acceden a ellas en un momento de reducción coyuntural del salario presenta dificultades, y requiere alguna dosis de voluntarismo si no se introducen en el análisis valores y/o principios constitucionales. Es una dificultad fácilmente salvable, pues resulta evidente que en esas situaciones se ve afectado algún derecho fundamental, y en particular el art. 14 CE.

Lógicamente, la eventual declaración de nulidad de una norma por vulneración de ese precepto requiere una causa de discriminación, que no parece especialmente difícil de encontrar cuando el resultado deriva del ejercicio de derechos de conciliación, que disfrutan de una protección reforzada gracias a su conexión con los derechos fundamentales. Cabría argüir que la STJUE KT supone un obstáculo, cuando menos en relación con la igualdad y no discriminación por razón de sexo mientras no se proporcionen estadísticas fiables y precisas. Pero esa es una objeción menor, o fácilmente eludible a partir de una interpretación contextual y que tenga en cuenta los antecedentes históricos y legislativos. No en vano, la regla correctora que, para el cálculo de prestaciones, permite computar como bases de cotización completas las realmente minoradas en situaciones de reducción de jornada por motivos de conciliación proviene de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y sin lugar a dudas pretendía combatir la brecha prestacional.

El legislador consideraba, de forma equivocada, que esa elevación ficticia de las bases de cotización evitaba que el disfrute de derechos de conciliación causase un perjuicio en materia de prestaciones. En la medida en que es el propio legislador el que reconoce que en estos supuestos hay una afectación directa al principio de igualdad por

razón de sexo, y que esta es una medida que pretende atajar la brecha prestacional, no debería ser necesario –por reiterativo– presentar estadísticas que acrediten un impacto negativo para las mujeres. El reconocimiento legal del problema debería suponer, en el plano procesal, que la existencia de ese perjuicio es un “hecho notorio”.

En este sentido, si las prestaciones familiares en su modalidad contributiva del art. 237 LGSS conectan con los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, y son medidas dirigidas a evitar la brecha prestacional, es evidente que la ausencia de un elemento corrector similar en las prestaciones que se calculen sobre el salario, y no sobre la base de cotización, implica una discriminación por razón de sexo, que es posible corregir a partir de una interpretación contextual y sistemática simplemente computando como salario a efectos de la base reguladora el que correspondería si la persona trabajadora que ha reducido jornada siguiera prestando servicios a tiempo completo.

Sin embargo, esa operación jurídica no puede extrapolarse a los supuestos de reducción de jornada mediante ERTE, donde se reproduce la misma disfunción en relación con las pensiones de IP y muerte y supervivencia por contingencia profesional; y ello pese a que las bases de cotización durante ese período de zozobra no se corresponden con la retribución –más baja– efectivamente percibida, sino con la media de las bases de los últimos seis meses (art. 153 bis LGSS). En otras coyunturas más particulares, como sucedería con una reducción de jornada por mutuo acuerdo o con el nombramiento como jurado popular u otras prestaciones personales obligatorias que, por llevar aparejada una compensación económica, impliquen una reducción del salario y, con ello, de la base de cotización, todas las prestaciones de Seguridad Social –inclusive las de contingencias comunes– se verán afectadas, y en ninguno de estos casos el sexo parece un elemento determinante en el origen del perjuicio.

En una primera aproximación, cabría pensar que ni el catálogo de causas del art. 14 CE, ni el más amplio de la Ley 15/2022 («nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), permiten encajar el daño que se produce en esas situaciones.

No obstante, ninguno de esos listados de causas de discriminación puede considerarse como *numerus clausus*. Al margen de otras referencias legales de menor interés para el objeto de este estudio (por ejemplo, la que prohíbe la discriminación por razón de «sobrepeso u obesidad»¹⁶), conviene destacar que las diferencias de trato no justificadas entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial constituyen también una discriminación prohibida. Es cierto que conforme a nuestras normas internas un trabajador a tiempo completo que coyunturalmente reduce jornada no es técnicamente un trabajador a tiempo parcial, pero a efectos concretos de la prohibición de discriminación no puede obviarse la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al

¹⁶ Vid. 37.1 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. En su Cláusula 3, ese Acuerdo marco considera como trabajador a tiempo parcial al «trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable».

Desde la perspectiva del Derecho de la UE, es trabajador a tiempo parcial quien en un período determinado presta servicios con jornada inferior a la ordinaria, y no es relevante la modalidad específica de contrato por la que esté vinculado. Esa es la razón por la que la STJUE KT no alberga dudas sobre la aplicación del Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial a las situaciones de reducción de jornada por ejercicio de los derechos de conciliación, aun cuando finalmente considere que no se ha producido discriminación. En suma, para el Derecho de la UE el desempeño de un trabajo con jornada inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable es equiparable a un contrato a tiempo parcial, y se configura como una causa autónoma de discriminación que prohíbe las diferencias de trato injustificadas, sin requerir necesariamente del refuerzo de otra causa de discriminación, como por ejemplo el sexo.

Con todo, esta consideración como trabajadores a tiempo parcial de los trabajadores en situación coyuntural de jornada reducida no conduce automáticamente a la calificación como discriminatorias de las reglas de cálculo de las prestaciones de Seguridad Social por contingencias profesionales, toda vez que el legislador no ha introducido ninguna regla peyorativa específica. Es más, los trabajadores con jornada reducida durante un cierto lapso de tiempo disfrutaban de ventajas que, al menos en algún aspecto, suponen una equiparación con los trabajadores a tiempo completo, porque sus prestaciones no se calculan a partir de una correspondencia estricta con las cotizaciones ingresadas.

De este modo, los trabajadores en reducción coyuntural de jornada se encuentran en una situación muy particular, pues en algunas prestaciones reciben un trato similar a los trabajadores a tiempo completo, mientras que en otras se atiende a su salario real, como si fueran trabajadores con contrato a tiempo parcial. Es una situación híbrida que no sólo plantea problemas en la identificación de la causa de discriminación, sino también en relación con la forma de discriminación.

Al igual que sucede con las causas, las formas de discriminación que contempla la Ley 15/2022 (directa, indirecta, por asociación, por error o múltiple e intersectorial) no pueden considerarse como un *numerus clausus*. Por un lado, los derechos fundamentales han de ser objeto de una interpretación evolutiva, y tanto las causas como las formas de discriminación se han ido sofisticando. Por otro, algunas omisiones o deficiencias de esa ley, como por ejemplo la falta de una debida separación conceptual entre el principio de igualdad y el de no discriminación, derivan de su conexión, casi dependencia, con el Derecho de la UE¹⁷.

¹⁷ Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *El concepto de discriminación grupal y su eficacia real en el ámbito de las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 15 y ss.

A los efectos que aquí interesan, dentro de ese listado de formas de discriminación no se recoge la denominada «discriminación por indiferenciación», o por «igualación»¹⁸, pese a que ya hace años la doctrina científica advertía que «la igualdad obliga a tratar de modo igual lo que es igual, pero permite (y en ciertos casos, incluso obliga) a tratar de modo diferente lo que es diferente»¹⁹. Es una omisión no particularmente sorprendente, porque el TC ha venido advirtiendo que esa forma de discriminación no encaja propiamente en el art. 14 CE, precepto que no «ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, es decir, el hipotético derecho subjetivo al trato normativo desigual»²⁰. Por consiguiente, no cabe apoyarse en el art. 14 CE para exigir diferencias de trato, y el legislador podría tratar igual supuestos desiguales sin vulnerar el principio de igualdad ni incurrir en discriminación²¹.

Es una toma de posición que se ha venido repitiendo desde la década de los 80 del siglo pasado, y que se mantiene esencialmente sin fisuras hasta la actualidad, pues el propio TC se encargó de advertir en la sentencia relativa a la ampliación de los descansos por maternidad en familias monoparentales que no estaba propiciando un cambio de criterio en relación con la discriminación por indiferenciación, pues «no nos encontramos aquí ante supuestos desiguales, sino ante una misma necesidad de atención y cuidado de los menores nacidos en familias monoparentales respecto de los nacidos en familias biparentales; igual necesidad a la que responde de forma diferenciada la norma cuya constitucionalidad ahora se cuestiona»²².

Como es natural, esta jurisprudencia constitucional ha sido objeto de análisis y crítica por la doctrina científica —especialmente en el ámbito de la Filosofía del Derecho y del Derecho Público—, que, sobre todo a partir de consideraciones de justicia material, ha defendido una dulcificación para combatir los efectos o consecuencias más gruesas que podrían derivar de la aplicación del mismo marco jurídico a situaciones no comparables²³. Pero hasta el momento el TC no ha sido particularmente receptivo a esos

¹⁸ Cfr. REY MARTÍNEZ, F., “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 45, 2011, pág. 171.

¹⁹ Cfr. RUBALLO LLORENTE, F., “La igualdad en la aplicación de la ley”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, Fascículo 1, pág. 147.

²⁰ Por todas, cfr. SSTC 117/2006, de 24 de abril, 69/2007, de 16 de abril, y 181/2000, de 29 de junio.

²¹ «Expuesta en tales términos, tal normativa impeditiva de lo que habría de llamar “discriminación por indiferenciación” no puede situarse en el ámbito del art. 14 de la Constitución. La igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce procesal, es la que impone que, ante situaciones no disímiles, “la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos” (Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, fundamento jurídico 2.º) y por ello, lo que el art. 14 de la C. E. impide es la distinción infundada o discriminación. Según hemos dicho anteriormente, el legislador puede, en el respeto al canon de razonabilidad que le impone el art. 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares. Esta última vinculación positiva, sin embargo, es sólo relevante en el examen abstracto de la constitucionalidad de la Ley, porque no existe, antes de ella, un derecho fundamental a la singularización normativa. En la misma medida, la queja planteada en la demanda a partir del principio enunciado en el art. 14 de la Constitución carece de fundamento en un recurso de amparo».

²² Cfr. aSTC 140/2024, de 6 de noviembre.

²³ Por todos, vid. MATA SIERRA, M.T., “La discriminación por indiferenciación y su incidencia en el ámbito tributario”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, nº 8, 2021, pp. 185 y ss.; REY MARTÍNEZ, F., “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 45, 2011, pp. 171 y

argumentos, y, en tanto que no modifique su doctrina, parece que sólo la voluntad del legislador podría dar lugar a un cambio de escenario.

Sin embargo, un análisis más detenido pone de manifiesto que la doctrina del TC no se ajusta completamente a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 14 del CEDH. En efecto, hace más de 25 años la STEDH *Thlimmenos vs. Grecia*²⁴ ya advirtió que la prohibición de discriminación no se agota exclusivamente en el trato diferente a situaciones análogas sin la debida justificación, sino que cuenta con otra «faceta», toda vez que el derecho a no ser discriminado en el disfrute de derechos reconocidos por el CEDH también es vulnerado cuando los Estados, «sin una razón objetiva y razonable, no tratan de forma distinta a personas que se encuentran en situaciones considerablemente diferentes»²⁵.

Por supuesto, no son aproximaciones totalmente incompatibles, porque el TEDH no defiende el derecho subjetivo a un trato distinto en todo caso, sino una atención singular cuando concurren circunstancias particulares. Aun con las imprescindibles matizaciones, su doctrina no es compatible con el rigor de la jurisprudencia constitucional, que permite el trato igual a situaciones totalmente desiguales. En este sentido, el TC concede un amplio margen al legislador, que puede, a su voluntad, o bien agrupar bajo un mismo marco normativo situaciones desiguales, o bien dar un trato diferente. Sin embargo, el TEDH considera imprescindible fijar límites a esa libertad, pues el art. 14 del CEDH genera «obligaciones positivas» para los Estados Parte, que han de «realizar las necesarias distinciones entre personas o grupos cuyas circunstancias son relevante y considerablemente diferentes»²⁶.

De manera más contundente, el Tribunal de Estrasburgo afirma que «una política o una medida que tenga efectos perjudiciales desproporcionados en un grupo determinado puede ser considerada discriminatoria, aun cuando esa política o esa medida haya sido dirigida específicamente a ese grupo»²⁷. Por consiguiente, ya no es sólo que la prohibición de discriminación permita un tratamiento diferente para corregir desigualdades fácticas, y con ello se justifiquen medidas de acción positiva o beneficiosas para algún colectivo –aunque en ocasiones se advierta que esas diferencias han de estar limitadas temporalmente²⁸, máxime si se produce un cambio de contexto²⁹–, sino que «en ciertas

ss.; COBREROS MENDAZONA, E., «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 2007, pp. 71 y ss.; GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 331 y ss.

²⁴ De 6-4-2000, recurso 34369/97.

²⁵ «The Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification (see the *Inze* judgment cited above, p. 18, § 41). However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different»; cfr. apartado 44.

²⁶ Cfr. STEDH *Ádám y otros vs. Rumanía* (de 13-10-2020, recurso 81114/17 y otros), apartado 87.

²⁷ Cfr. STEDH *J.D. y A. vs. Reino Unido* (de 24-10-2019, recursos 32949/17 y 34614/17), apartado 85.

²⁸ Vid. SSTDH *Stec y otros vs. Reino Unido* (de 12-4-2006, recursos 65731/01 y 65900/01) y *Sejdić y Finci vs. Bosnia Herzegovina* (de 22-12-2009, recursos 27996/06 y 34836/06).

²⁹ Vid. STEDH *British Gurkha Welfare Society y otros vs. Reino Unido* (de 15-9-2016, recurso 44818/11).

circunstancias no intentar corregir las desigualdades mediante un trato diferente» constituye de por sí una discriminación³⁰.

Bajo esas premisas, la discriminación por indiferenciación, desde la perspectiva del TEDH, se produce cuando la regulación uniforme provoca un impacto perjudicial importante para ciertas personas o grupos. En el caso de que se produzca ese perjuicio, la regulación uniforme será discriminatoria cuando no concorra una justificación objetiva y razonable, lo que supone que la norma ha de perseguir un propósito legítimo y que ha de respetarse una «razonable relación de proporcionalidad» entre los medios empleados y el fin perseguido³¹.

La doctrina del Tribunal de Estrasburgo es abundante, y rica en matices, pero no limita las excepciones a supuestos donde están en juego únicamente los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad³². En relación con los derechos sociales, y en particular con las prestaciones de Seguridad Social, el Tribunal recuerda que los Estados disponen de un amplio margen de actuación porque cuentan con más elementos de valoración sobre las necesidades a satisfacer y los medios disponibles. Sin embargo, advierte que las medidas han de ser proporcionales y no discriminatorias³³. De este modo, una regulación idéntica para parejas heterosexuales y homosexuales en materia de permisos de residencia por razones familiares podría incurrir en discriminación por indiferenciación si el trato jurídico dispensado a esas parejas en el ordenamiento nacional es muy distinto³⁴. En materia de extranjería, un régimen jurídico común para todos los no nacionales podría incurrir en discriminación, por ejemplo, tras la escisión o independencia de un país si no se estableciera un régimen específico para aquellos que eran nacionales del anti-

³⁰ Cfr. SSTEDH *Runkee and White vs. Reino Unido* (de 10-5-2007, recurso 42949/98) y *J.D. y A. vs. Reino Unido* (de 24-10-2019, recursos 32949/17 y 34614/17), apartado 86.

³¹ Vid. MÖSCHEL, M., "European Convention of Human Rights/Council of Europe", en MERCAT-BRUNS, M., OPPENHEIMER, D., SARTORIUS, C. (Eds.), *Comparative perspectives on the enforcement and effectiveness of antidiscrimination law*, *Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law*, vol. 28, Springer, 2018, pp. 531 y ss.

³² «The Court reiterates that a general policy or measure that has disproportionately prejudicial effects on a particular group may be considered discriminatory even where it is not specifically aimed at that group and there is no discriminatory intent (see, among other authorities, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, §§ 175 and 184-85, ECHR 2007-IV). This is only the case, however, if such policy or measure has no "objective and reasonable" justification, that is, if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is not a "reasonable relationship of proportionality" between the means employed and the aim sought to be realised (ibid., § 196). In the present case, while it may be considered that the ban imposed by the Law of 11 October 2010 has specific negative effects on the situation of Muslim women who, for religious reasons, wish to wear the full-face veil in public, this measure has an objective and reasonable justification for the reasons indicated previously (see paragraphs 144-59 above)»; cfr. STEDH *S.A.S vs. Francia* (de 1-7-2014, recurso 43835/11).

³³ «A wide margin is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy for example (see *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 109, ECHR 2014). Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature's policy choice unless it is "manifestly without reasonable foundation" (see *Carson and Others*, cited above, § 61). Any measures taken on such grounds, including the reduction of the amount of pension normally payable to the qualifying population, must nevertheless be implemented in a non-discriminatory manner and comply with the requirements of proportionality (see *Lakićević and Others*, cited above, § 59, and *Stec and Others*, cited above, § 55). In any case, irrespective of the scope of the State's margin of appreciation, the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court (see, inter alia, *Konstantin Markin*, cited above, § 126)»; cfr. STEDH *Fábián vs. Hungría* (de 5-9-2017, recurso 78117/13), apartado 115.

³⁴ Vid. STEDH *Taddeucci y Maccall vs. Italia* (de 30-6-2016, recurso 51362/09).

guo Estado, pero no lo son del nuevo³⁵. Por el contrario, las diferencias entre confesiones religiosas no requieren necesariamente un trato adaptado a las particularidades de cada una³⁶. Más específicamente en materia de pensiones, el TEDH consideró compatible con el Convenio el reparto proporcional de las pensiones por muerte y supervivencia entre los hijos biológicos y acogidos del causante, pues no entendió que los hijos biológicos estuvieran en una situación muy diferente en el caso enjuiciado³⁷.

Por supuesto, esta jurisprudencia sobre la discriminación por indiferenciación no ha de suponer que toda equiparación jurídica entre dos sujetos en posiciones distintas deba considerarse prohibida o, dicho de otra manera, no se puede exigir el derecho a un trato individualizado para atender a los rasgos o circunstancias particulares de cada grupo o colectivo. El elemento o factor determinante que exigiría esa atención singular es que ese trato idéntico genere un perjuicio injustificado, y de considerable entidad, precisamente por esa falta de atención a las diferencias. Y, obviamente, la discriminación únicamente se produce cuando el origen del daño conecta con una de las causas sospechosas o especialmente reprobables. Desde esta perspectiva, la discriminación por indiferenciación cuenta con notables paralelismos con la discriminación indirecta.

En lo que aquí interesa, el perjuicio que sufre el beneficiario en el cálculo de las pensiones de IP, o por muerte y supervivencia, derivadas de contingencia profesional cuando el hecho causante se produce mientras se encuentra temporalmente en una situación de reducción del salario se debe a la ausencia de una regulación diferente y adecuada. Y es un perjuicio para el que no se encuentra explicación objetiva y razonable, máxime allí donde el legislador ha introducido un beneficio para evitar una consecuencia no deseada que sólo alcanza a las contingencias comunes. El legislador no ha tomado conscientemente la decisión de excluir del remedio a las prestaciones por contingencias profesionales, y el resultado es, a todas luces, no deseado, y producto de un error técnico, de la asunción incorrecta de que la mejora, real o ficticia, de las bases de cotización evita todo daño.

El cálculo de prestaciones vitalicias a partir del salario efectivamente percibido durante una situación coyuntural causa un perjuicio desproporcionado, que se habría solventado introduciendo una regla similar a la que ya opera respecto de las contingencias comunes o de la indemnización de despido. Dicho de otra forma, el legislador ha reconocido expresamente que esa situación requiere de medidas correctoras para evitar un daño desproporcionado, pero el remedio no cuenta con el alcance suficiente y ha dejado fuera, curiosamente, las prestaciones que siempre han disfrutado de una protección de más alto nivel.

Por consiguiente, esta equiparación entre el trabajador a tiempo completo en situación coyuntural de reducción de jornada y salario y el trabajador que ha celebrado un contrato a tiempo parcial genera un daño no justificado y no proporcional que conduce a la discriminación por indiferenciación, tomando como causa de discriminación el tra-

^vVid. STEDH *Kurić y otros vs. Eslovenia* (de 26-6-2012, recurso 26828/06).

³⁶ Vid. STEDH *Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días vs. Reino Unido* (de 4-3-2014, recurso 7552/09).

³⁷ Vid. STEDH *Ruszkowska vs. Polonia* (de 1-7-2014, recurso 6717/08).

bajo a tiempo parcial (con el refuerzo de la discriminación por razón de sexo en el caso del ejercicio de derechos de conciliación).

Asimismo, cabría pensar que la equiparación entre esas dos categorías de trabajadores a efectos del cálculo de pensiones de Seguridad Social podría incurrir en discriminación por error. Esa es una forma de discriminación que el art. 6.2.b) de la Ley 15/2022 define como aquella que «se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas». Es claro que la discriminación por error está pensando en otra clase de situaciones, en las que se asume indebidamente que el trabajador pertenece a un determinado grupo o colectivo tradicionalmente discriminado, y esa equiparación conduce a un trato peyorativo. Así sucedería, por ejemplo, ante la creencia incorrecta de que el trabajador es homosexual o profesa determinadas creencias religiosas o políticas, lo que puede abocar a una discriminación, aun cuando esa asunción no se corresponda con la realidad.

El trabajo a tiempo parcial no parece una causa de discriminación que naturalmente haga entrar en juego la discriminación por error, porque, en principio, no parece una característica susceptible de confusión. Sin embargo, las causas y formas de discriminación no pueden apreciarse y valorarse estáticamente, sino que se encuentran en constante evolución, y, de hecho, ya se ha advertido que la discriminación por error puede ser una consecuencia habitual derivada del uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial³⁸.

No obstante, la discriminación por error presenta algunas dificultades conceptuales en la extrapolación a esta concreta problemática, porque esa forma de discriminación presupone que la situación de base es discriminatoria, de modo que la asignación incorrecta de una persona a un grupo o colectivo genera un trato peyorativo equiparable o similar al de quienes sí cuentan con ese rasgo o característica. En cambio, en el caso de la reducción coyuntural de jornada la situación de base –la del grupo al que se equipara– no es discriminatoria, porque la regla de cálculo que atiende al salario percibido es razonable y proporcional para el trabajador con contrato a tiempo parcial. Lo que causa la discriminación no es la errónea inclusión de una persona en un colectivo discriminado, sino la equiparación de una persona con otro colectivo sin atender a sus peculiaridades concretas, dando lugar al perjuicio.

En este sentido, aun cuando se equiparase totalmente al trabajador en reducción de jornada con un trabajador contratado a tiempo parcial, no es ese el “error” significativo para esta forma de discriminación, porque la diferencia de trato no deriva de que la regla legal sea más perjudicial –discriminatoria– para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, sino de que la regla legal –que puede ser adecuada para los trabajadores a tiempo parcial– genera un perjuicio considerable para el trabajador a tiempo completo con jornada reducida. Dicho de otra manera, en la discriminación por error la situación de base es discriminatoria, de modo que la discriminación existe en todo caso y sólo está en juego el espectro de damnificados, que pueden ser

³⁸ Vid. COTINO HUESO, L., “Discriminación, sesgos e igualdad de la inteligencia artificial en el sector público”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 285 y ss.

únicamente quienes cuenten efectivamente con el rasgo o característica correspondiente, o también aquéllos a quienes incorrectamente se les ha atribuido. Sin embargo, en la situación aquí planteada la regla legal de cálculo de la base reguladora no es de por sí discriminatoria para los trabajadores a tiempo parcial, sino que lo sería exclusivamente para quienes sufren un daño por haber sido objeto de una equiparación sin matices.

Ahora bien, el hecho de que la discriminación por error no encaje conceptualmente en este escenario no implica que el error sea inocuo desde la perspectiva de la prohibición de discriminación. Durante una reducción coyuntural de la jornada y el salario los trabajadores se encuentran en una situación híbrida, porque no han celebrado un contrato a tiempo parcial, pero propiamente tampoco están prestando servicios a tiempo completo, al menos desde la perspectiva del tiempo de trabajo desempeñado y del salario percibido. En ausencia de una regulación específica, su equiparación o asimilación con los trabajadores a tiempo parcial en el ámbito de la Seguridad Social no es apropiada, porque calcular sus prestaciones exclusivamente en atención a la retribución efectivamente percibida supone aplicar reglas de proporcionalidad pensadas para trabajadores a tiempo parcial ordinarios.

Esa operación implica perpetuar un perjuicio por olvidar, precisamente, que esas personas han sido y seguirán siendo trabajadores a tiempo completo, y que la reducción de su salario es meramente una situación temporal. En la medida que la prestación de Seguridad Social compensa el lucro cesante, la pérdida hacia el futuro no se corresponde con el salario reducido que se percibía en el momento del hecho causante. Ésa es, no obstante, la respuesta legal tradicional, lo que supone una aplicación totalmente desviada del principio de proporcionalidad, generando consecuencias de todo punto arbitrarias (entendida arbitrariedad como sinónimo de “injustificado”, “inmotivado” o “injusto”, tal como precisa el diccionario de la RAE).

Comoquiera que el art. 9.3 CE garantiza la «interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», y que la arbitrariedad, en sentido jurídico, supone que o bien la norma introduce una «discriminación normativa» o bien «carece en absoluto de explicación racional»³⁹, la ausencia de un factor corrector en el cálculo de las prestaciones constituye una discriminación prohibida. Se trataría o bien de una discriminación por indiferenciación, o bien de una discriminación indirecta, toda vez que un criterio aparentemente neutro perjudica especialmente a un colectivo perfectamente identificable y que, al menos por la vía del Derecho de la UE –el Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial–, no puede sufrir un daño en relación con los trabajadores a tiempo completo, grupo al que verdaderamente han de adscribirse y al que –erróneamente– no son equiparados en el cálculo de algunas (o todas) de las bases reguladoras de prestaciones de Seguridad Social.

De este modo, y en tanto la ley no se modifique, los tribunales habrían de proceder a una igualación al alza, y reconocer que en todas estas situaciones de reducción coyuntural de jornada los beneficiarios tienen derecho a que las prestaciones se calculen como si el trabajador estuviera percibiendo el total de sus retribuciones. Desde luego,

³⁹ Cafr. SSTC 104/2000, 148/2012, 155/2014 y 15/2015.

cabría defender opciones más matizadas, como por ejemplo que ese incremento únicamente debería afectar a la pensión correspondiente desde el momento en el que hipotéticamente habría cesado la causa que justificaba una remuneración minorada, pero esa modulación únicamente resultaría admisible allí donde no se hubiera previsto un remedio para las prestaciones derivadas de contingencias comunes.

En efecto, si el legislador contempla un aumento -real o ficticio- de las bases de cotización y no establece ninguna precisión sobre el importe de la prestación correspondiente hacia el futuro (*v.gr.*, piénsese en una reducción de jornada por guarda legal en la que el hecho causante de la prestación correspondiente se produce cuando aún resten años para que el hijo/a alcance la edad de finalización), no se encuentra razón para efectuar correcciones o ajustes a la baja en las prestaciones que se calculen directamente sobre el salario. En cambio, cuando no se ha previsto un remedio similar cabría, en hipótesis, aplicar un principio de proporcionalidad que vinculase la percepción de la cuantía íntegra de la prestación correspondiente al momento en el que el trabajador hubiera podido disfrutar del salario completo, de modo que hasta ese acontecimiento el beneficiario percibiera una prestación en proporción al salario reducido que habría correspondido. Aunque eventualmente posible, esa opción presenta ciertas complicaciones prácticas, porque si estuviera en juego el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo podría agudizar la brecha prestacional. Y, en otras situaciones, como la ya aludida de designación como jurado popular, la reducción del salario se vincula a la percepción de compensaciones o indemnizaciones por el deber público prestado, de modo que sólo si esas compensaciones se hubieran percibido efectivamente cabría justificar una reducción -temporal- de la prestación correspondiente, en aplicación -*sui generis*- de una regla de incompatibilidad basada en el principio general de enriquecimiento injusto, elaborada íntegramente en sede jurisdiccional, una auténtica creación judicial del Derecho que plantearía dificultades de acomodación al principio de seguridad jurídica.

10. Conclusiones

El cuestionamiento de estructuras, instituciones o formulaciones clásicas es una tendencia cada vez más acusada en los últimos tiempos. Comoquiera que el legislador no siempre acepta determinados postulados o reivindicaciones, o no lo hace con la rapidez que se estima adecuada, los impulsores del cambio a menudo hacen descansar sobre los jueces la tarea, no ya de depurar el ordenamiento, sino más bien de proceder a una modernización a partir de valores diferentes a los imperantes o a nuevas formas de apreciar, valorar o concebir la realidad.

En ese escenario, la perspectiva de género ha ganado singular protagonismo en las últimas dos décadas, y ha contribuido decisivamente a erradicar desigualdades muy consolidadas en el ámbito laboral y de la Seguridad Social. Ese análisis en clave de género se ha apoyado a menudo en datos estadísticos que muestran cómo las mujeres son un colectivo mayoritario en sectores o ámbitos que, por sus características, arrastran des-

igualdades sistémicas, que se perpetúan hasta que no se actúa de manera decidida para atajar el problema.

Sin embargo, y pese a que el TC y el TS hayan podido caminar en esa dirección y se encuentren significativos ejemplos de ello, los tribunales no siempre han aceptado determinados argumentos, o no todos los casos alcanzan esas altas instancias, o en ocasiones ni siquiera se tiene paciencia para esperar a que el supuesto de hecho llegue a esos tribunales, por lo que desde ámbitos inferiores se ha buscado una fórmula más directa y aparentemente más veloz, como es el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Esa es una vía que, aunque no siempre exitosa, ha obligado a modificaciones profundas en los requisitos de acceso y fórmulas de cálculo de algunas prestaciones de Seguridad Social.

Es entendible, así pues, que esta forma de proceder genere inercias, y también incluso incompreensión cuando el resultado no es el deseado, como ha sucedido en relación con el cálculo de las pensiones de IP por contingencia profesional. Sin embargo, conviene plantearse por qué el TJUE se ha convertido en una especie de referente moral o de autoridad incuestionable –lo que explica la desazón con la que se ha acogido su sentencia KT–, y por qué la prueba estadística parece la única opción para demostrar la existencia de una discriminación. Sin negar su operatividad y sus positivos resultados, conviene tener presente que la prueba estadística está generando efectos colaterales no satisfactorios. De alguna manera, la insistencia en esa vía está perjudicando la construcción de argumentos jurídicos más sólidos, y, en ausencia de estadísticas precisas sobre una realidad, la pretensión de conseguir la calificación de un acto, norma o conducta como discriminatoria parece abocada al fracaso.

Desde una perspectiva jurídica ésa es una deriva peligrosa, toda vez que el trabajo a tiempo parcial, en concreto, es causa autónoma de discriminación con independencia de un eventual sesgo de género. La deficiente configuración de la proporcionalidad o los perjuicios por la mera condición de trabajador a tiempo parcial no son tolerables, porque así deriva tanto de nuestra normativa interna como del Derecho de la UE. No es estrictamente necesario presentar una prueba estadística sobre el impacto de género si se construye una argumentación jurídica que demuestre la diferencia de trato peyorativa para el trabajador a tiempo parcial.

En este sentido, el ordenamiento jurídico español contiene herramientas suficientes para defender que el cálculo de las prestaciones por contingencia profesional que toman como referencia el salario para la determinación de la base reguladora no puede efectuarse prescindiendo del contexto y de las circunstancias. Y, en concreto, que no es admisible que una mera situación coyuntural de reducción del salario perjudique hacia el futuro la prestación de Seguridad Social de un trabajador a tiempo completo.

Obviamente, la discriminación por razón de sexo podría jugar un papel relevante en relación con el disfrute de derechos de conciliación, pero ni ése es el único supuesto, ni tampoco es conveniente focalizar todo el esfuerzo argumentativo en esa causa de discriminación, toda vez que tampoco es justificable que el perjuicio lo sufra un hombre. El problema de fondo no es la mayor o menor afectación a las mujeres, que puede no concu-

rrir o ser imposible de demostrar estadísticamente, como sucedería en los ERTes, sino la inapropiada equiparación entre situaciones no comparables (trabajador a tiempo completo en reducción de jornada con un trabajador con contrato a tiempo parcial), el indebido encuadramiento de un trabajador en una categoría o clase que no le corresponde o, en último término, la inadecuada aplicación del criterio de proporcionalidad, al convertir en permanente una circunstancia meramente temporal y con fecha de finalización preestablecida.

No es baladí, asimismo, que el perjuicio que sufren en sus derechos de Seguridad Social los trabajadores en situación coyuntural de reducción de salario sea producto de una decisión no buscada y no consciente del legislador, sino, en los casos más significados, de un defecto de diseño en el mecanismo corrector que se introdujo para evitar el daño, cual es la consideración como cotizados a tiempo completo de esos períodos. Ante el expreso reconocimiento legal de que esa situación fáctica en el ámbito laboral genera discriminación en las prestaciones de Seguridad Social, y que esa discriminación debe ser corregida, no habría de ser necesario ningún esfuerzo probatorio particular, de modo que la falta de pericia del legislador en el diseño del remedio no ha de suponer el mantenimiento injustificado de un daño ya reconocido.

En suma, existen suficientes argumentos, y difícilmente contestables, para que los tribunales procedan a una igualación al alza, de modo que las pensiones por IP y muerte y supervivencia derivadas de contingencias profesionales se calculen atendiendo al salario como trabajador a tiempo completo, y no a partir del salario coyunturalmente reducido. Cuestión distinta es que el legislador modifique la regulación vigente e introduzca otra fórmula de cálculo, pero en defecto de tal intervención legal la igualación al alza es la única opción jurídicamente admisible para corregir la discriminación.

Los creadores de contenido digital. ¿Una nueva zona gris del Derecho del Trabajo?

Digital content creators. A new grey area in labour law?

Carmen Jover Ramírez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

ORCID ID: 0000-0001-7096-4487

Recibido: 23/4/2025

Aceptado: 19/7/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9668

Resumen: La aparición de los creadores de contenido digital (*influencers, bloggers, instagramers, tik-tokers, youtubers*, etc.), exige desde una perspectiva jurídico laboral una reflexión sobre la naturaleza de sus actividades. Ello con la finalidad de identificar la posible concurrencia de las notas caracterizadoras de una relación laboral y, por ende, la posible consideración de los mismos como trabajadores por cuenta ajena y, por tanto, su inclusión en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. La pluralidad de las actividades desempeñadas por estos creadores de contenido digital abre una reflexión a su posible consideración como artistas, representantes de comercio, o titulares de una relación laboral común. ¿Estamos ante nuevas zonas grises del Derecho del Trabajo?

Palabras clave: Creadores de contenido digital, zonas grises, influencers, laboralidad, redes sociales

Abstract: The emergence of digital content creators (*influencers, bloggers, instagramers, tik-tokers, youtubers*, etc.) requires, from a labour law perspective, a reflection on the nature of their activities. The purpose of this is to identify the possible concurrence of the characteristic features of an employment relationship and, therefore, the possible consideration of them as employees, hence their inclusion in the scope of application of labour law. The plurality of the activities carried out by these digital content creators opens up a reflection on their possible consideration as artists, trade representatives, or standard' employment relationship. Are we facing new grey areas in labour law?

Keywords: Digital content creators, grey area, influencers, labour law, social networks.

Este artículo se ha realizado en el seno del Proyecto de investigación, "El contrato de prestación de servicios en el actual entorno tecnológico y social" (PID2021 – 1226190B-I00), financiado por MCIN/AEI, con DOI 10.13039/501100011033 y por FEDER "Una manera de hacer Europa".

1. Introducción

El debate está en foros de toda índole: sociales, culturales, políticos, económicos y en el ámbito tanto nacional como internacional: ¿qué son los influencers, los instagramers, los youtubers, los tik-tokers?, los denominados en su conjunto “Creadores de Contenido Digital” (en adelante, CCD). El Libro Blanco Marketing de Influencers define a este personaje como “aquellas personas que se considera que tienen el potencial de crear engagement, impulsar la conversación y/o influir en la decisión de compra de productos/servicios a un público objetivo”¹.

Está claro que la repercusión mediática de todos ellos es innegable; la de unos más que otros, marcada principalmente por su número de seguidores que no son sino espectadores virtuales de un siglo en el que la tecnología nos está vapuleando y absorbiendo de una manera inimaginable y que, por tanto, hemos de contrarrestar, resistir y coherentemente actuar desde los distintos prismas posibles.

Ciertamente, una primera aproximación a estas nuevas figuras se ha realizado desde la perspectiva del marketing, la publicidad, la protección del consumidor, del menor² y/o desde el punto de vista fiscal. Y son estas perspectivas las que, de facto, parecen haber movilizado al legislador comunitario³ y nacional⁴.

Sin embargo, ni en el ámbito comunitario ni en el nacional, existe un pronunciamiento expreso respecto de la posible naturaleza laboral (por inclusión o exclusión) de estos CCD. Bien es cierto que la reciente Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2024 relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, podría considerarse un importante avance en esta cuestión y a ella nos referiremos posteriormente (siempre que pueda considerarse que estos “creadores” puedan llegar a quedar incluidos como titulares de una relación laboral, en el ámbito de aplicación de dicha Directiva). Pero, como ya ha señalado un sector de la doctrina, esta regulación no permitirá a los Estados miembros en su debate sobre el carácter laboral o autónomo de la prestación, disponer de un apoyo normativo claro y preciso a favor del primero⁵.

De ahí, que el estado de la cuestión nos lleve a buscar respuestas a algunas de estas preguntas: ¿existe alguna categoría general en la que poder encuadrar a todos ellos?

¹ IAB Spain, 2019. Recuperado en https://www.amic.media/media/files/file_352_2145.pdf

² A estos efectos resulta de interés, desde un punto de vista penal, el estudio de LANDA REZA, Idoia, El Ministerio Fiscal frente al sharenting: los canales y perfiles familiares en el punto de mira, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, nº 66, 2024, 1-18.

³ A modo de ejemplo, Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE; Reglamento (UE) 2022/1925 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital.

⁴ Entre otras, la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (BOE del 8); Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (BOE del 1 de mayo).

⁵ ROJO TORRECILLA, Eduardo, Directiva UE: Mejora de las condiciones laborales en plataformas digitales, *Revista Jurídica del Trabajo*, Vol.5, nº 13, 2024, 228-255.

¿Podemos calificarlos como artistas? ¿Cómo vendedores? ¿Cómo publicistas? ¿Qué son en realidad?

La Real Academia de la Lengua Española define “artista”, en una de sus acepciones, como la persona que actúa profesionalmente en un espectáculo teatral, cinematográfico, circense, etc., interpretando ante el público; enunciando como sinónimos de la palabra artista, al actor, comediante, protagonista, estrella y ejecutante. Definición ésta en la que creemos tiene cabida cualquiera de los “ejecutantes” en redes sociales referenciados; por lo que podrían ser denominados “artistas digitales”. Si recurrimos a la acepción de “representante”, la RAE la define como aquella persona que “promueve y concierta la venta de los productos de una casa comercial, debidamente autorizada por esta”. Y por “publicista” o “publicitario”, la persona que se dedica a la publicidad, es decir, a la “divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”. Las actividades desempeñadas por los CCD son tan diferentes y diversas que podrían encajar en cualquiera de las acepciones indicadas y en muchas otras. Si bien, a los efectos que aquí nos interesan, nos centraremos únicamente en aquellas actividades en las que, por sus características propias, puedan hacer plantearnos dudas sobre su posible naturaleza laboral.

Es por ello que, desde este estudio, se pretende analizar la realidad de dichos “creadores de contenido” a la luz de la pluralidad y diversidad de actividades por ellos desempeñadas; teniendo clara como premisa básica que habrá actividades claramente fuera del ámbito jurídico laboral, en tanto que otras entran en las zonas grises del Derecho del Trabajo, siendo estas últimas las que reclamen nuestra atención.

Son las actividades alojadas en dichas zonas grises, respecto de las que nos planteamos, en primer lugar, si sería posible la aplicabilidad del régimen jurídico de la relación laboral especial de los artistas a este colectivo (si bien, siendo quizás necesario distinguir entre ellos, sus actividades o cualquier otra circunstancia que se pudiese apreciar). En segundo lugar, si tendrían cabida en la relación laboral especial de operadores mercantiles (como los tradicionalmente identificados representantes de comercio). En tercer lugar, si no teniendo dicho carácter especial, lo pueden tener como titulares de una relación laboral común. En cuarto lugar, si, descartadas dichas opciones, procedería, sin más, su consideración como trabajador por cuenta propia con las obligaciones fiscales y de seguridad social correspondientes.

2. Nuevas realidades, nuevos conceptos

De nuevo, no deja de sorprendernos la necesidad, cada vez más acuciante para el laboralista, de tener que aproximarse a conceptos que, si en un principio podrían considerarse a él totalmente ajenos, no lo son si desea realizar un análisis de nuevas realidades respecto de las que se pretenda dilucidar su posible (o no) intersección con el ordenamiento jurídico laboral. Así sucede con los denominados “creadores de contenido digital”, “usuario de especial relevancia” y los conceptos digitales que circundan a tales personajes.

2.1. *Los Creadores de Contenido Digital*

La Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), ofrece una serie de definiciones que coadyuvan a dibujar los perfiles definitorios de los llamados “creadores de contenido digital”.

Así, conforme a lo previsto en el artículo 2 de dicha Ley, es “prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma”, aquella persona física o jurídica que presta dicho servicio de intercambio de vídeos y lo hace a través de plataforma. Por otra parte, es “vídeo generado por usuarios”, aquel conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario, con independencia de su duración, creado por un usuario y puesto a disposición del público a través de una plataforma de intercambio de vídeos por dicho usuario o por cualquier otro. Conceptos estos estrechamente vinculados al de “servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma”, definido en dicho artículo 2 como aquel servicio cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en proporcionar, al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, así como emitir comunicaciones comerciales, y cuya organización determina el prestador, entre otros medios, con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación.

La LGCA dispone para los “prestadores de servicios de intercambio de videos a través de plataformas”, la obligatoriedad de inscribirse en un registro estatal, al efecto creado, dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Idéntica obligación se establece para los denominados “usuarios de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma”.

Llama la atención que el legislador ha obviado la definición de estos “usuarios de especial relevancia” en el artículo 2 de la Ley; sin embargo, sí regula sus obligaciones y requisitos en el artículo 94. Ello podría hacernos pensar que “prestador” y “usuario” es diferente. Sin embargo, como veremos, la duda está servida a raíz de lo previsto en el preámbulo del Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma (en adelante, RUER). Según se dispone en las líneas previas que preceden al articulado de dicho RUER, los denominados «vloggers», «influencers» o «creadores de contenido» destacan como “categoría” entre usuarios de estos servicios, sin perjuicio de que se estime que, igualmente, reúnen ciertas características que los asimilen a “prestadores de servicios de comunicación audiovisual”, a efectos, por tanto, de imponerles el cumplimiento de determinadas obligaciones. Así lo prevé el propio art.94.1 LGCA, al señalar que se considerarán prestadores del servicio de comunicación audiovisual a los efectos allí indicados. Esta mixtura que parece caracterizar a esta nueva figura es la que ha llevado al legislador a crear la figura del “usuario de especial relevancia que emplee servicios de intercambio de vídeo a través de plataforma”. Según se señala en el propio RUER, el modelo español parte de la asimilación de los “usuarios de

especial relevancia” como un tipo particular de prestadores del servicio de comunicación audiovisual. Si bien, solo será “usuario de especial relevancia”, aquél CCD que reúna los requisitos señalados en el artículo 94.2 LGCA.

2.2. Usuarios de especial relevancia

El art.94.2 LGCA establece los siguientes requisitos a efectos de considerar a un CCD como usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataformas.

- Primero, que el servicio prestado conlleve una actividad económica por la que su titular obtiene unos ingresos significativos derivados de su actividad en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. Se considerará que los ingresos son significativos, cuando los mismos respondan a lo señalado en el artículo 3 del RUER, es decir, cuando los ingresos brutos devengados en el año natural anterior, sean iguales o superiores a 300.000 euros, derivando exclusivamente de la actividad de dichos usuarios en el conjunto de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma que empleen. ¿Qué ingresos son computables?: remuneraciones dinerarias y en especie, por la comercialización, venta u organización de las comunicaciones comerciales audiovisuales que acompañen o se inserten en los contenidos audiovisuales responsabilidad de dichos usuarios; los ingresos percibidos procedentes de los prestadores de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma por razón de su actividad en dichos servicios; ingresos percibidos por la actividad de los usuarios provenientes de cuotas y pagos abonados por su audiencia en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma; ingresos procedentes de prestaciones económicas concedidas por administraciones y entidades públicas, cualquiera que sea su denominación y naturaleza, relacionados con la actividad en cuestión; otros ingresos obtenidos por su actividad.
- Segundo, que dicho usuario sea responsable editorial de los contenidos audiovisuales puestos a disposición del público en su servicio.
- Tercero, que el servicio prestado esté destinado a una parte significativa del público en general y pueda tener un claro impacto sobre él. El cumplimiento de este requisito exige a su vez la concurrencia de dos sub-requisitos previstos en el artículo 4 RUER y que han de darse de forma acumulativa: uno de ellos relacionado con el número de seguidores (cuando el servicio alcance, en algún momento del año natural anterior, un número de seguidores igual o superior a 1.000.000 en un único servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma; o un número de seguidores igual o superior a 2.000.000, de forma agregada, considerando todos los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma en los que el usuario desarrolle su actividad), y el otro,

en relación al número de videos publicado o compartido (el conjunto de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma en los que el usuario desarrolle su actividad, haya publicado o compartido un número de vídeos igual o superior a veinticuatro en el año natural anterior, con independencia de su duración).

- Cuarto, que la función del servicio sea la de informar, entretener o educar y el principal objetivo del servicio sea la distribución de contenidos audiovisuales.
- Quinto, que el servicio se ofrezca a través de redes de comunicaciones electrónicas y esté establecido en España de conformidad con lo normativamente previsto.

A raíz de lo expuesto, resulta claro que no todo CCD tendrá la consideración de “usuario de especial relevancia”, lo que, a los efectos que aquí interesan, resulta indiferente. Dado que nuestro interés recae en la posible apreciación de laboralidad en las actividades desempeñadas por aquellos, en los que podrán o no concurrir los requisitos reseñados para adquirir esa condición de especial relevancia.

2.3. La tipología de las posibles relaciones grises emergidas entre Creador de Contenido Digital, plataforma y marca

La aproximación desde un punto de vista laboral a las posibles relaciones emergidas entre los protagonistas evidenciados, exige una reflexión sobre la realidad práctica más allá de aspectos fiscales y de obligaciones en relación a los contenidos. Se trataría de evitar, si así fuera, una huida de las obligaciones de naturaleza laboral simplemente por el hecho de estar inmersos en una nueva realidad virtual que dota de simplicidad a la tan ya, parece que superada, actividad de los *riders*, cuyo eje vertebral en cuanto a sus notas de laboralidad podrían tratar de aplicarse a algunos de estos CCD, pese a la mayor complejidad que, a priori, parece ello traer consigo.

Si bien podríamos estereotipar la figura del “influencer”, como persona que utiliza su imagen a través de una plataforma para fines muy diversos, no es única la actividad realizada sino todo lo contrario. Dicha actividad se caracteriza por una diversidad absoluta. Es por ello que resulta primordial, antes de poder analizar la posible laboralidad de algunas de estas figuras, delimitar cuáles son las posibles relaciones entre el CCD, la plataforma y, si así fuera, con la marca o producto que patrocinara.

En primer lugar, la plataforma puede ser simplemente utilizada por el CCD como medio de difusión de sus habilidades y competencias: actividades formativas de toda índole, desde materias didácticas como recetas de cocina, consejos cosméticos y un sinnúmero de actividades, que una simple mirada a cualquiera de estas plataformas nos permite apreciar. Aquí la relación se entabla únicamente entre la plataforma y el protagonista.

No obstante, la cuestión de la posible vinculación laboral entre la plataforma y el creador de contenido ya se ha judicializado en España. Muestra de ello es la deman-

da ya interpuesta por los servicios jurídicos del sindicato UGT contra Google España, como titular de Youtube en España, planteando la existencia de una relación laboral entre un creador de contenido digital y dicha plataforma, al entender que concurren indicios de dependencia y ajenidad suficientes para determinar la laboralidad de la relación, bien es cierto que apoyándose en el cese de los ingresos obtenidos a través de dicho canal al ser desmonetizado unilateralmente por el canal⁶. Creemos que en supuestos como el mencionado resulta interesante analizar la posible consideración de la relación entre la plataforma y el creador de contenido como posible relación laboral especial de artistas.

En segundo lugar, y es quizás esta la relación que presenta más aristas, es aquella en la que entra en juego la publicidad de una determinada marca, propia o ajena, el llamado “marketing de influencers”. En el supuesto de una marca propia, es lo que algunos autores han identificado como “*influemprendedor*”, como ejemplo paradigmático de emprendimiento que, en el marco de la plataforma digital, incorpora la construcción y venta de la propia marca personal como su principal activo económico a revalorizar⁷. En el supuesto de marca ajena, la actividad del CCD consiste en mostrar los productos de dicha marca, bien porque dichos productos han sido comprados por el propio sujeto o bien porque dichos productos le son enviados desde la propia marca; son los denominados “*hauls*”, centrados en mostrar tales productos⁸. Evidentemente, la relevancia y fama de este CCD mediatizará la puesta en contacto entre él/ella y la marca; es decir, los productos podrán ser recibidos de manera gratuita o bien con descuentos especiales y ello, de manera esporádica e incierta o con la periodicidad establecida. En otras ocasiones, la empresa o marca contacta con ellos para publicitar su marca o producto, lo que puede hacer bien para una campaña publicitaria concreta, para un evento o actuación puntual o bien como imagen de dicha empresa/marca. A este respecto se señala la cada vez mayor profesionalización de todos los involucrados: influencers, anunciantes, agencias de representación o *hunting* y/o agencias de medios y especializados, destacando el interés de las marcas por mantener una relación de colaboración y fidelidad más valiosa y duradera en el tiempo⁹.

Así pues, en los siguientes apartados, trataremos de analizar la posible inclusión de las relaciones mencionadas (plataforma-CCD y CCD-marca) en el ámbito del Derecho del Trabajo, con todas las cautelas que la idiosincrasia de estas actividades lleva aparejada.

⁶ <https://www.ugt.es/ugt-demanda-google-youtube-por-despido-improcedente-de-un-creador-de-contenido-youtube#:~:text=La%20demanda%20judicial%2C%20preparada%20por,26%20de%20junio%20del%202024>. Acceso 2 de abril de 2025. Habrá que leer con detenimiento la sentencia que determine la posible laboralidad o no de dicha relación. A nuestro juicio, a priori, la desmonetización como único criterio a valorar no debería reconducir sin más al carácter laboral de la actividad desempeñada.

⁷ BORGES GÓMEZ, Efrén, El dispositivo emprendedor y la producción política de nuevos sujetos del trabajo: el fenómeno influencer, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid, Ediciones Complutense, 42(I), 2024, 109-124.

⁸ MORENO ALBARRACÍN, Belén, Youtube como escaparate de Branded content de las marcas de belleza: El caso de Estée Lauder España En: CASTILLO ABDUL, Bárbara y GARCÍA PRIETO, Victoria, Prosumidores emergentes: redes sociales, alfabetización y creación de contenidos, Madrid, Dykinson, 2021, 844-864.

⁹ ARRANZ, Inés y ORTEGA FERNÁNDEZ, Egleé, La creación de contenidos como profesión: de prosumers a influencers. En: CASTILLO ABDUL, Bárbara y GARCÍA PRIETO, Victoria, *Prosumidores emergentes: redes sociales, alfabetización y creación de contenidos*, op.cit., 575-598.

3. ¿Los Creadores de Contenido Digital, “artistas laborales”?

3.1. *La actividad digital como actividad artística*

La modificación del RD 1435/1985, de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos (en adelante, RDRLEA) llevada a cabo por el RD. Ley 5/2022, de 22 de marzo, parte, según se señala en la propia justificación de esta última norma, de las recomendaciones del Informe de la Subcomisión para la elaboración del Estatuto del artista. Entre dichas recomendaciones, la necesidad de modificar el RDRLEA “para adaptarlo a la nueva realidad de los medios de fijación del trabajo cultural, de manera que se incluyan el entorno web y las nuevas fórmulas de difusión más allá del lugar de actuación y del territorio nacional (como el *streaming*).

Con carácter previo a la modificación llevada a cabo en 2022, se entendía por relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos, la establecida entre un organizador de espectáculos de tal característica o empresario y quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta, y dentro del ámbito de organización y dirección de aquéllos, a cambio de una retribución; quedando expresamente incluidas en el ámbito de aplicación del RDRLEA, todas las relaciones establecidas para la ejecución de actividades artísticas que fueran desarrolladas directamente ante el público o destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión entre el mismo, en medios como el teatro, cine, radiodifusión, televisión, plazas de toros, instalaciones deportivas, circo, salas de fiestas, discotecas, y, en general, cualquier local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a actuaciones de tipo artístico o de exhibición.

La reforma de 2022 ha supuesto una cierta adecuación de este ámbito de aplicación a la realidad del siglo XXI, si bien, como veremos, con ciertas carencias que hacen dudar de la “modernidad” de la reforma. La relación laboral especial omite en su identificación la referencia a “espectáculos públicos”, sustituyendo dicha expresión por la mención a “artes escénicas, audiovisuales y musicales”. Así, se considera relación laboral especial a la existente entre las personas artistas que desarrollan su actividad “en las artes escénicas, audiovisuales y musicales” y el empleador que organiza o produce una actividad artística, por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de aquél, a cambio de una retribución¹⁰. El legislador menciona expresamente las siguientes actividades artísticas incluidas en el ámbito de aplicación: actividades artísticas dramáticas, de doblaje, coreografía, de variedades, musicales, canto, baile, de figuración, de especialistas, de dirección artística, de cine, de orquesta, de adaptación musical, de escena, de realización de coreografía, de obra audiovisual, artista de circo, de marionetas, magia y guionistas; cerrando esta enumeración expresa con una cláusula abierta que reconoce incluida en el ámbito de aplicación, a cualquier persona cuya actividad sea reconocida como la de un artista, intérprete o ejecutante por los convenios colectivos que sean de aplicación a las

¹⁰ Obviamos aquí en nuestro estudio la inclusión expresa de “las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de la actividad”, al no estar directamente relacionado con el objeto de nuestro estudio.

artes escénicas, la actividad audiovisual y la musical. La diversidad de actividades incluidas en el ámbito de aplicación de convenios colectivos hace reflexionar sobre la posible negociación de un convenio que diera cabida a alguna de las actividades de estos CCD, siempre, claro está, que apostemos por la posible laboralidad de la relación. Lo que con esto queremos decir, es que la actividad *per se* no puede erigirse, sin más, en un obstáculo para considerar su exclusión del ámbito de esta relación laboral especial¹¹.

Como ya decíamos, la “modernidad” de la reforma en cuanto a las actividades enunciadas poco aporta, a nuestro juicio, si lo hacemos desde el prisma de las “redes sociales”. Sustituir la expresión “espectáculos públicos” por “artes escénicas, audiovisuales y musicales”, es más una cuestión terminológica que un cambio real en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial. Pero, a los efectos que nos interesan, ¿podría tener cabida la actividad desempeñada por nuestro presuntos “artistas digitales” en el elenco de las enumeradas por el legislador? Sin lugar a dudas. Asistimos en cualquiera de las plataformas mencionadas a actividades musicales, de canto, baile, figuración o variedades, máxime si mencionamos la referencia a “ejecutante” (que aún relacionada con la referencia a los convenios colectivos), introduce el legislador en esa cláusula abierta. A este respecto resulta relevante, la consideración como artista de los participantes en un “*reality show*”, respecto de cuya prestación se ha matizado que, si bien no podría considerarse arte en sentido estricto, sí guarda similitud con las actuaciones teatrales¹². Ciertamente, las actividades visualizadas a través de estas plataformas, de diversidad infinita, podrían tener cabida; si bien, no porque el legislador haya ofrecido facilidades ni pistas para ello, sino más bien todo lo contrario, al seguir moviéndose en las mismas lindes tradicionales que ya le ofrecía el RDRLEA de 1985. ¿Por qué? Trataremos de esclarecerlo a lo largo de este estudio.

3.2. La etérea figura del empleador o empresario

En toda relación laboral, sea cual sea su naturaleza, común o especial, junto al prestador de servicios o persona trabajadora ha de concurrir la del empleador o empresario, figura que, como sabemos, se difumina cuando esta adquiere el “vestuario” de plataforma digital.

En este punto, cobra relevancia la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas; principalmente en aras de conocer si ofrece una luz en la materia que nos ocupa.

¹¹ Así, la negociación colectiva ofrece un amplio abanico de las actividades incluidas: teatro (por ejemplo, Convenio Colectivo del Sector de Artes Escénicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, BOPV de 26 de abril de 2023; III CC. de la Empresa Teatro de la Maestranza y Salas del Arenal, S.A, BOP de Sevilla de 26 de junio de 2019); publicidad y figuración (entre otros, I Convenio colectivo estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los figurantes que prestan servicios en las mismas, BOE 18 de mayo de 2016); doblaje (por ejemplo, Convenio Colectivo del Sector de Doblaje y Sonorización (Rama Artística), BOCM de 21 de agosto de 2021); o salas de fiesta (Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España, BOE de 22 de agosto de 2024).

¹² Vid. *in extenso*, MALDONADO MONTOYA, Juan Pablo, El trabajador del “reality show”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 83, 2009, 355-371.

A este respecto, es de destacar la conceptualización que dicha Directiva realiza de “plataforma digital de trabajo”, “trabajo en plataformas”, “persona que realiza trabajo en plataformas”, “trabajador en plataformas” y, la mención de un tercero en el tablero, cual es el “intermediario”.

Así, en virtud de lo señalado en el artículo 2.1 a) de la Directiva, es “plataforma digital de trabajo”, toda persona física o jurídica que preste un servicio en el que se cumplan todos los requisitos siguientes: i) se presta, al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, por ejemplo, por medio de un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles, ii) se presta a petición de un destinatario del servicio, iii) implica, como elemento necesario y esencial, la organización del trabajo realizado por personas físicas a cambio de una contraprestación económica, con independencia de que ese trabajo se realice en línea o en un lugar determinado, iv) implica la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones. Debiendo tener en cuenta que esta no incluye a los prestadores de servicios cuyo objetivo principal sea explotar o compartir activos o mediante los cuales los particulares no profesionales puedan revender bienes (art.2.3).

Por su parte, la Directiva considera “trabajo en plataformas”, a todo trabajo organizado a través de una plataforma digital de trabajo y realizado en la Unión por una persona física sobre la base de una relación contractual entre la plataforma digital de trabajo o un intermediario y la persona, con independencia de que exista una relación contractual entre la persona o un intermediario y el destinatario del servicio, siendo la persona física que realiza su trabajo en plataformas, con independencia de cuál sea la naturaleza de la relación contractual o de la denominación de dicha relación por las partes implicadas, identificada como “persona que realiza trabajo en plataformas”(art.2.1c). Especificándose que será “trabajador de plataformas”, toda persona que realice trabajo en plataformas en virtud de un contrato de trabajo o se considere que tiene una relación laboral tal como se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (art.2.1. d).

Pero es quizás ese elemento que hemos denominado “tercero en el tablero” el que puede jugar un papel crucial en el ámbito de nuestro estudio. Nos estamos refiriendo al “intermediario”, definido en la Directiva como toda persona física o jurídica que, con objeto de ofrecer trabajo en plataformas a plataformas digitales de trabajo o a través de estas: i) establezca una relación contractual con esa plataforma digital de trabajo y una relación contractual con la persona que realiza trabajo en plataformas, o ii) se encuentre en una cadena de subcontratación entre la plataforma digital de trabajo y la persona que realiza trabajo en plataformas (art.2.1 e). Así pues, tendremos que descifrar entre quienes es posible establecer la relación contractual; entendiendo que dos son las opciones posibles: o bien, existe una relación directa entre la plataforma digital de trabajo y el “artista digital” (recordemos la demanda arriba mencionada interpuesta a Google España), o bien concurre la figura del “intermediario”, que es quien establece la relación contractual con la plataforma digital de trabajo y una relación contractual con la persona que realiza trabajo en plataformas. Ahora bien, tengamos en cuenta que la Directiva se refiere a

“plataformas de trabajo” y que, a priori, quedan excluidas otras actividades a través de plataformas en línea que no tengan tal consideración¹³. Por lo que el primer paso, sería identificar si las plataformas de red social pueden llegar a alcanzar en algunas de las actividades realizadas, aquella calificación.

Junto a ello, descifrar y analizar si es posible defender la laboralidad de la relación de alguno/s de estos “artistas digitales” hace necesario apreciar los posibles indicios de laboralidad como notas caracterizadoras de una relación laboral. Pues, su ausencia supondrá que nos encontremos que la figura contractual que define la vinculación con la plataforma o el intermediario lo sea de carácter civil o mercantil.

3.3. *Los indicios de laboralidad en el “artista digital”*

Admitida la posibilidad de que la actividad desempeñada por los “artistas digitales” a través de las distintas plataformas sea una actividad artística, y, poniendo de manifiesto la posible existencia de diferentes empleadores atendiendo al contenido de la actividad desempeñada, es necesario desgranar, tal y como ya se ha hecho en ámbitos como el de *vtc o riders*, la concurrencia de las notas caracterizadoras de toda relación laboral, común o especial. Es decir, si dichas personas artistas que desarrollan su actividad “en las artes escénicas, audiovisuales y musicales” lo hacen en virtud de un vínculo con un empleador que organiza o produce dicha actividad, llevándola a cabo por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de aquél, a cambio de una retribución. Se trata pues de analizar, dependencia, ajenidad y remuneración como notas caracterizadoras de una relación laboral; sin que todas ellas tengan que concurrir en todos esos ejecutantes virtuales, lo que nos hace sopesar la posibilidad de que coexistan relaciones laborales comunes o especiales, prestaciones de servicios a través de contratos de arrendamientos de servicios o de agencia o meras colaboraciones realizadas como hobby. Pero, desde nuestro punto de vista, rechazar la laboralidad de estas actividades requiere analizar que, efectivamente, no concurren en las mismas tales notas caracterizadoras.

Así pues, ¿es posible apreciar voluntariedad, ajenidad, remuneración y dependencia?

Desde nuestro punto de vista, la voluntariedad es una nota clara en estas actividades desde el momento cierto en que, sin la misma, no habría exposición pública o actuación a través de dichas herramientas digitales. En cuanto al carácter retribuido de la actividad, deberá indagarse el origen de la misma. Teniendo en cuenta la tipología de los ingresos a percibir por estos personajes- ingresos provenientes de las marcas, de las plataformas, de los usuarios o por venta directa¹⁴-, deberemos conocer los ingresos provenientes de la plataforma, ya que será esta la que entendamos asuma el rol del empleador.

¹³ VALVERDE ASENCIO, Antonio, La propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas, *Temas Laborales*, Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, núm.168, 2023, 293-338.

¹⁴ MORENO LISO, Lourdes, El contrato de influencer: su impulso tras la pandemia como aglutinador de la dispersión normativa, En: GUERRERO LEBRÓN, M^a Jesús *et alrii*, *El derecho mercantil y la pandemia algunos problemas del pasado, la crisis coyuntural y las perspectivas futuras: libro homenaje a Agustín Madrid Parra*, Colex, 2023, 459-473.

Por tanto, de nuevo, será la ajenidad y la dependencia la que venga a determinar la inclinación de la balanza hacia la posible laboralidad de la relación entre plataforma y CCD; teniendo en cuenta que autonomía y coordinación son, a juicio de la doctrina, probablemente los rasgos diferenciadores de este momento frente a los clásicos de dependencia y ajenidad¹⁵, pero sin que, a nuestro juicio, aquellos desvirtúen estos sino que quizás estos hayan de interpretarse a la vista de los otros. Hemos de recordar que el artículo 6.2 RDRLEA viene a establecer como deber del artista, realizar la actividad artística para la que se le contrató, en las fechas señaladas, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales aptitudes artísticas, y siguiendo las instrucciones de la empresa en lo que afecte a la organización del espectáculo. Es lo que la doctrina ha identificado como “delimitación flexible de la dependencia jurídica”, en la que la aportación personal del artista a través de sus aptitudes artísticas marcará cierta independencia en la ejecución de la prestación artística¹⁶. A dicha consideración deben adicionarse las particularidades devenidas de estas nuevas realidades que hacen necesario atender a una nueva reinterpretación de la dependencia, y ello porque, como se ha señalado, la continua transformación del Derecho del Trabajo, como seña de identidad, crea tensiones en lo que son sus componentes estructurales, apareciendo así muy difuminada la subordinación jurídica estricta y formal, siendo a estos efectos interesante analizar los tres bloques propuestos por la doctrina¹⁷ y que permitirán apreciar la concurrencia o no de la misma en nuestros CCD. Ahora bien, como ya ha advertido la doctrina, mantener incólume la dependencia como único criterio resulta inadecuado; principalmente, si mantenemos la visión obsoleta del mismo no atendiendo a las múltiples variaciones que se producen en el sistema productivo¹⁸, muestra de las cuales es el colectivo analizado. Se hace así pues necesario, como señala la doctrina, ofrecer respuestas más afinadas, que contemplen respuestas diferenciadas según las características y perfiles de las diferentes formas de trabajo, tanto las más tradicionales como las más novedosas¹⁹.

En lo concerniente a la ajenidad, será necesario apreciar las diferentes manifestaciones de esta: ajenidad en los frutos; ajenidad en el mercado o ajenidad en los medios. La ajenidad en los frutos requerirá valorar el destino de los rendimientos económicos obtenidos cuya diversidad en estos creadores de contenido exigirá un análisis caso por caso, sin que pueda sin más eliminarse la posible concurrencia de la misma. Dudosa se

¹⁵ MERCADER UGUINA, Jesús r., Plataformas digitales y trabajo, En: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, *El Estatuto Jurídico del Trabajador en la Era digital*, Valencia, tirant lo blanch, 2024, 197-220.

¹⁶ ALTÉS TARREGA, Juan Antonio; ARADILLA MARQUÉS, M^a José; GARCÍA TESTAL, Elena, La relación laboral especial de artistas tras el Real Decreto Ley 5/2022, *Lex social: revista de los derechos sociales*, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados Vol. 12, N^o. 2, 2022, 1-29.

¹⁷ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M^a Yolanda, Las fronteras del contrato de trabajo y sistema de indicios de Laboralidad, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, España, N^o 143, 2019, 17-41.

¹⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M^a Yolanda, En: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, *El Estatuto Jurídico del Trabajador en la Era digital*, op.cit, 245-284.

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, Jesús, L'adattamento o il superamento della subordinazione come elemento di riferimento del diritto del lavoro di fronte alle nuove forme di occupazione. Un dibattito globale dal punto di vista spagnolo. *Labour & Law Issues*, 6(2), 1.16-1.47. 2020, <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/12010>.

plantea la apreciación de la ajenidad en el mercado en aquellos casos en los que la plataforma fuera una mera intermediaria entre el CCD y los usuarios y/o consumidores²⁰. La ajenidad en los medios, pone de nuevo de relieve la importancia de la plataforma como herramienta primordial frente a la apreciación de otros instrumentos de trabajo cuya escasa relevancia, como veremos, no desvirtúa la apreciación de dicha nota caracterizadora.

Ciertamente, habrá que “hilar muy fino” a la hora de apreciar la concurrencia de indicios de laboralidad en esta actividad. Un sector de la doctrina ya puso de manifiesto la dificultad de apreciar el carácter laboral en la actividad artística, pues el protagonismo del artista, su poder de creatividad en la obra (que pueden tener una gran relevancia en nuestros CCD), el valor, intensidad y rigor de dicha prestación artística etc. llevan a considerar su proximidad más hacia el de un trabajador por cuenta propia que al de una relación laboral²¹.

No obstante, bajo nuestro punto de vista, la pluralidad y diversidad de esta nueva realidad hace necesario, como decíamos, estar al caso concreto, pues no existe una única actividad ni una única relación entre el creador de contenido y la plataforma como herramienta de difusión.

4. La vinculación contractual entre el Creador de Contenido Digital y la marca

Si en el apartado anterior hemos atendido a la relación entre la plataforma y el CCD, el otro tipo de relación que llama nuestra atención es la surgida entre este CCD y la marca titular de los productos que publicita a través de las redes. Así, se hace necesario identificar, primero, si siempre se materializa una relación contractual entre dichas partes; segundo, si así es, cuál es la modalidad contractual a la que se acogen y tercero, si esta modalidad contractual es la adecuada al vínculo entre ellos existente²².

La naturaleza jurídica de las relaciones emergidas entre la marca y el CCD parecen responder, a priori, a una naturaleza civil o mercantil, a través de un arrendamiento de servicios o a un contrato publicitario (por sus características, podríamos pensar en un contrato de creación publicitaria), sin perjuicio de que la actuación del CCD sea a través de su agencia de publicidad, y, por ende, de un contrato de publicidad pero, vinculando este último al anunciante con la agencia, y al CCD con la agencia y no directamente con la marca. Ya hay algún pronunciamiento judicial sobre algunas de estas

²⁰ ALTÉS TARREGA, Juan Antonio; ARADILLA MARQUÉS, M^a José; GARCÍA TESTAL, Elena, La relación laboral especial de artistas tras el Real Decreto Ley 5/2022, *Lex social: revista de los derechos sociales*, op.cit.

²¹ GARCÍA MURCIA, Joaquín y RODRIGUEZ CARDO, Iván Antonio, Las actividades artísticas como zonas de frontera del Derecho del Trabajo, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N^o 83, 2009, 65-99.

²² El Libro Blanco Marketing de *Influencers* (op.cit) recomienda que la relación entre el *influencer* y la marca quede regulada por escrito y en un contrato, incorporando incluso un modelo de contenido de dicho contrato. Bien es cierto que no pronunciándose por la naturaleza del mismo y mostrando dicha formalización parece que como un acuerdo privado entre partes.

relaciones²³, en el que, se indica que “si bien existen indicios que nos sitúan en el marco de la relación laboral (se le facilitó dominio de internet y correo electrónico en la nube de Thinketers; ha venido realizando trabajos de forma periódica para la empresa desde 2018; acudía a las reuniones sobre proyectos en los que estaba involucrado y seguía las directrices que le daba la empresa para la realización de los proyectos que le eran encargados), concurren otras circunstancias que con mayor fuerza apuntan a la inexistencia de vínculo de trabajo: a) la inexistencia de horario y de vigilancia o dirección directa de la demanda; b) la falta de retribución mínima, pues las facturas eran giradas en distintos importes y facturación a la sociedad demandada c) la aportación personal de todos los medios materiales necesarios para su actividad; d) la falta de acreditación de sometimiento a supervisión, control o poder disciplinario”. Datos estos últimos que llevan al tribunal a excluir que concorra la esencial nota de la dependencia (inclusión en “círculo rector y disciplinario” de la empresa), y la de ajenidad en los medios de producción. Aspectos sobre los que nos pronunciaremos en los apartados siguientes, entendiendo que, en pronunciamientos como el señalado, falta, a nuestro juicio, una visión actual de los indicios de laboralidad que ya ha ido marcando la nueva realidad laboral desde la digitalización de la prestación de servicios.

La relación entre “influencer” y la marca se suele pues concertar a través de las agencias (hoy identificadas como “representantes de talentos”) a las que muchos de estos CCD utilizan para gestionar su negocio, pese a que el contrato que se firma lo es por una persona física ya que se estima como una prestación personalísima; entendiendo que no suele implicar pues relación laboral entre la empresa anunciante y el influencer²⁴.

Baste recordar que el artículo 1544 Cc establece que el contrato de arrendamiento de servicios es aquel en virtud del cual una parte se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto. No cabe duda que ha sido esta una de las figuras contractuales que mayor disquisición jurisprudencial ha originado a la hora de su delimitación con el contrato de trabajo por la gran similitud entre ambas figuras y que, por ende, han supuesto la profusa, minuciosa y exhaustiva indagación de la concurrencia de indicios de laboralidad en nuevas prestaciones. Baste recordar a estos efectos el debate jurídico surgente en torno a los *riders* o los vehículos de transporte con conductor.

Pero, las nuevas figuras emergidas objeto de este análisis, hacen que aparezcan en el escenario determinados contratos de naturaleza mercantil que exigen una primera aproximación para identificar si hacen posible sembrar la duda sobre la ocultación de una posible relación laboral bajo los mismos o, por el contrario, rechazar dicha posibilidad siendo indubitada la naturaleza mercantil de dichas prestaciones.

Así, de conformidad con lo previsto en la Ley General de Publicidad (en adelante, LGP), el mencionado contrato de creación publicitaria es aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física (o jurídica) se obliga en favor de un anunciante (o agencia) a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la

²³ STSJ de Madrid de 14 de junio de 2021 (Rº 358,2021, Sala de lo Social)

²⁴ Vid. *Estrategias. Especialdirectivos*. La Ley, nº 1711, 2017, 8.

misma o cualquier otro elemento publicitario²⁵. Como puede colegirse de lo expuesto, plena cabida tiene en dicha modalidad contractual las actuaciones de los CCD puestos en nuestro punto de mira; por lo que, llegado este punto, podríamos dar punto y final a nuestro estudio. Pero la curiosidad por estas nuevas figuras hace que queramos indagar en la posible laboralidad de algunas de las vinculaciones existentes entre nuestros protagonistas y las marcas, principalmente derivado de la profusión de actuaciones y CCD y de una nueva realidad que, quizás, haga sopesar la aparición de nuevas relaciones laborales que, en un amago de defensa de su carácter publicitario estén desviando la atención por su foco mediático y, por tanto, distorsionando la realidad de lo que constituye el núcleo del Derecho del Trabajo y todo a lo éste inherente, principalmente el carácter tuitivo que le es immanente.

Como ya hemos puesto de relieve, la zona gris en la que detenemos nuestra atención es la del vínculo existente entre el CCD y la marca que, a través de las redes sociales, publica algún producto. A la vista de ello, hemos de precisar: ¿estamos realmente ante un contrato de arrendamiento de servicios o de creación publicitaria entre la marca y el CCD o podría apreciarse una relación jurídica laboral entre ambos?

Responder a dicha pregunta, requiere, a nuestro juicio, reflexionar sobre la cuestión y pivotar sobre dos ideas ya reseñadas por la doctrina, y que pueden hacer clarificar la zona gris de estas actividades, inclinando la balanza hacia la naturaleza civil o mercantil de la misma o bien, hacia la naturaleza laboral de aquella. O bien abrimos la visión hacia nuevas realidades con una nueva perspectiva, pues “si seguimos mirando con unas gafas del siglo pasado no veremos ningún trabajo laboral en el siglo XXI”²⁶ o el análisis de los indicios de laboralidad, concretamente de la subordinación como manifestación de los mismos, pueden conducir a frenar la vis atractiva existente tiempo atrás de la presunción de laboralidad del artículo 8.1 TRET, restringiéndose ahora su alcance “sin graves traumas, adaptándose a un contexto socioeconómico y cultural distinto”²⁷.

4.1. El necesario análisis de las notas caracterizadoras de la laboralidad en la prestación de servicios del Creador de Contenido Digital y la marca

Como ha ocurrido en la delimitación de otra serie de actividades inmersas en las llamadas zonas grises, así viene también a ocurrir con los CCD en su relación con algunas marcas o clientes; volviendo a ser las notas de dependencia y ajenidad las más complejas de dirimir y las llamadas a inclinar la balanza hacia la naturaleza laboral o civil/mercantil de dichas actividades. Sin embargo, creemos que el análisis de dichas notas caracterizadoras

²⁵ Art. 20 Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE del 15).

²⁶ TODOLÍ SIGNES, Adrián, El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales, *Revista de treball, Economia i societat*, Generalitat Valenciana, Comitè Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana, N° 92, 2019, 1-8.

²⁷ PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco, El trabajo subordinado como tipo contractual, *Documentación Laboral*, España, Cinca, N° 39, 1993, 29-48.

debe hacerse con una perspectiva nueva; como ha señalado la doctrina, “urge reforzar el concepto de persona trabajadora asegurando la vis expansiva del Derecho del Trabajo” y para ello, se propone una “reformulación expansiva, que incluya la dependencia sutil y la ajenidad difusa, y que actúe como umbral mínimo que permita... acoger sin problemas ni dilemas interesados las eternas zonas grises que seguro vendrán”²⁸.

4.1.1. Voluntariedad

De las notas caracterizadoras de la relación laboral, la voluntariedad cobra una relevancia absoluta en la actividad desempeñada por el CCD. Es más, dicha voluntariedad es notoria, ya que paralelamente a la actividad realizada, el interés del creador camina hacia la obtención de su popularidad a través del número de seguidores, que contribuyen, directa o indirectamente, a su rédito económico. Cuestión más discutible sería aquella en la que dicho CCD lo fuera un menor, en el que sería necesario analizar las consecuencias legales que ello pudiera tener de conformidad con lo previsto en el artículo 6 TRET.

4.1.2. Retribución o remuneración

La remuneración en el mundo de las actuaciones digitales, entendida aquella en un sentido general de abono por la realización de una actividad o tarea, ofrece hoy una pluralidad de manifestaciones, que en muchas ocasiones requiere unos conocimientos técnicos informáticos más propios de ciencia ficción que de la técnica jurídica²⁹. Plantear la duda sobre la laboralidad o no de nuestro CCD, lo es porque partimos de la percepción de una remuneración o retribución como consecuencia de la realización de sus actuaciones virtuales. En este sentido, se señala que la concurrencia o ausencia de retribución o compensación económica por parte de la marca permitirá identificar si las prestaciones de servicio se realizan o no por cuenta de la marca que se publicita³⁰. Evidentemente, excluidos quedarían aquellos supuestos en los que el CCD realiza sus “actuaciones” a través de una agencia publicitaria, es decir, dicha actuación se materializa a través de un contrato de publicidad, en virtud del cual un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, pre-

²⁸ BALLESTER PASTOR, Ma. Amparo, Un decálogo para el Estatuto de Trabajo del Trabajo del Siglo XXI en Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2024, Madrid, AEDTSS, 2025, 73-76.

²⁹ A modo de ejemplo, véase el capítulo 6 “Monetización de contenidos credos en redes sociales”, en PÂTRAS, Luminita y TODOLÍ, Adrián, Ser influencer hoy: Posibilidades y obstáculos de una nueva fuente de empleo, *Papers de la Càtedra d'Economia Col·laborativa i Transformació Digital*/4, 2022, 19-23.

³⁰ GARCÍA TESTAL, Elena, ¿Son los creadores de contenido trabajadores? En *Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones, 2022, 205-218.

paración o programación de la misma³¹. En estos casos, son muchas las agencias que se identifican como “representantes de talentos”, agencias con las que las marcas contactan para realizar dichas campañas publicitarias y que perciben un porcentaje de la campaña realizada por el CCD. Sin embargo, existen otras actuaciones que no son realizadas a través de dichas agencias y que el CCD realiza directamente a través de su relación directa con un cliente, quien solicita su actuación publicitaria en redes a través, por ejemplo, de su perfil en Instagram solicitando un *reel*, un *unboxing* o un *haul*. En estos casos, es frecuente que dicho cliente (habitualmente, una marca pequeña) realice una petición al CCD, en la que concrete su encargo a cambio de una retribución. Por ejemplo, un post, un reel y un unboxing publicitando sus productos durante tres meses a cambio de un pago, que suele realizarse a través de bizum o similar medio de pago. Como puede deducirse, es claro el carácter retribuido o remunerado de esta prestación de servicios como nota caracterizadora que podría sembrar la duda de una posible laboralidad de la relación, quedando, evidentemente excluidos aquellos trabajos que se realizaran a título de amistad, benevolencia o buena vecindad o, en el ámbito que nos ocupa, que se trate de meras colaboraciones en las que no se recibe remuneración alguna (no olvidemos que el CCD puede estar interesado más que en la remuneración de su actuación, en su visualización con la finalidad de incrementar sus seguidores y utilizar ello como trampolín a futuras actuaciones). Si bien, no es esta una nota que permita deslindar relación laboral y prestación de servicios, ya que el propio artículo 1544 Cc contempla el precio cierto como una obligación de una de las partes a satisfacer a quien presta el servicio, sí que ha de tenerse en cuenta a la hora de confluir con las demás notas caracterizadoras. Esta forma de retribución en esta nueva actividad nos resulta comparable a la “retribución a la pieza”, sobre la que ya tiempo atrás se pronunció la jurisprudencia en la actividad de fotógrafos periodísticos. Así se señala que “esta forma, aun no siendo una de las formas típicas de retribución, es corriente en el mundo en el que se desenvolvía la relación entre las partes: el de la prensa escrita. Y desde luego es encuadrable en el amplio concepto que se da del salario en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores y que comprende cualquier forma de percepción económica que retribuya el trabajo”³². No deja pues de ser cierto, a nuestro juicio, que el caso concreto referido del CCD en el que da respuesta a través de sus “intervenciones digitales” a las peticiones de un cliente, a cambio de una retribución, guarda relevantes similitudes a los encargos realizados a los fotógrafos periodísticos sobre los que ya se ha pronunciado la jurisprudencia. Ello, sin perjuicio, de adentrarnos en otras posibles formas de remuneración similares a la retribución en especie, lo que suele ser igualmente frecuente en este tipo de actuaciones. A modo de ejemplo, productos de la marca o cliente publicitado, códigos descuento, tarjetas regalo etc., bien de manera puntual o incluso pactada su recepción en un lapso de tiempo.

³¹ Art. 13 LGP

³² STS de 19 de julio de 2002 (Rº. 2869/2001, Sala de lo Social); STS de 31 de marzo de 1997 (Rº. 3555/1996, Sala de lo Social); STSJ de Madrid, de 8 de febrero de 2024 (Rº. 358/2023); STSJ de Madrid, de 17 de noviembre de 2023 (Rº. 759/2023); STSJ de Madrid, de 3 de diciembre de 2021 (Rº. 876/2021).

4.1.3. Subordinación o Dependencia

Pero es quizás, la subordinación o dependencia como nota caracterizadora de la relación laboral, la que plantea mayores dificultades a la hora de ser utilizada como delimitadora de una relación laboral frente a, por ejemplo, un contrato por obra o arrendamiento de estas nuevas actividades de los CCD pone de nuevo en jaque los tradicionales patrones que, hasta tiempo reciente, han permitido ir delimitando la dependencia o subordinación como rango identificativo de la naturaleza laboral de una prestación de servicios. Bien es cierto que dichos patrones tradicionales han sido reinterpretados a raíz de los servicios prestados por los repartidores a través de las plataformas digitales, lo que ha tenido su reflejo en la presunción de laboralidad de la DA vigésimo tercera TRET incluida por Ley 12/2021, de 28 de septiembre, en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

Sirva como punto de partida de este análisis, la visible diferencia existente entre la actividad desempeñada por los repartidores a través de dichas plataformas y nuestros CCD, por lo que, como se verá, la reinterpretación de la dependencia habida a tenor de dichas actividades, no nos servirá para aquellos, principalmente porque hemos de recordar que la “plataforma” es referenciada aquí como mero instrumento o herramienta de difusión y es la relación CCD-marca/cliente la que hace vacilar sobre su posible naturaleza laboral si concurren determinados condicionantes.

Con carácter general, la jurisprudencia ha entendido que la dependencia ha de ser entendida como situación del trabajador sujeto, aún en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa³³. Es un concepto abstracto que se reflejará de manera diferente dependiendo de las particularidades de las actividades y de los modos de producción. En virtud de ello, se hace necesario recurrir a la apreciación de indicios que permitan determinar la existencia o no de la misma; indicios que en ciertas ocasiones pueden ser específicos de concretas actividades laborales o profesionales³⁴. Y es esta última afirmación, la que nos hace atisbar una pista para la posible apreciación de indicios de laboralidad en nuestros CCD. La apreciación de esa dependencia o subordinación a través de los indicios comunes de dependencia³⁵, pueden concurrir o no en nuestro colectivo, o, en su caso, exigir una nueva valoración.

Así, en primer lugar, puede no existir asistencia a centro de trabajo del empleador o ni siquiera, asistencia al lugar de trabajo designado por este, ya que la actuación digital puede realizarse en el lugar libremente elegido por el CCD; sin embargo, también puede suceder que el cliente (o presunto empleador) solicite que dicha actuación digital se realice en su propio espacio o en lugar por él designado y a ello deberá ajustarse el CCD para cumplir con la actuación digital encargada.

En segundo lugar, idéntica apreciación podríamos realizar en lo que concierne al sometimiento a horario, máxime teniendo en cuenta que, en algunos casos, la jurisprudencia

³³ STS de 31 de enero de 2023 (R° 703/2019, Sala de lo Social)

³⁴ STS de 9 de diciembre de 2004 (R° 5319/2003, Sala de lo Social).

³⁵ Entre otras, STS de 4 de febrero de 2020 (R° 3008/2017, Sala de lo Social); STS de 25 de septiembre de 2020 (R° 4746/2019, Sala de lo Social).

dencia ha estimado que la no sujeción a horario no desvirtúa *per se* el carácter laboral de la relación, ya que tal indicio o resulta marginal o debe ceder ante los de mayor fuerza que concurren; pudiendo admitir, en la actividad que nos ocupa, que podría considerarse sometimiento a un horario, el hecho de que el cliente encomiende que determinados “directos” se realicen por el CCD en una concreta franja horaria, con fin de garantizar la visualización de sus productos por una mayor afluencia de público.

Las particularidades de estas actividades hacen que cobre plena relevancia lo ya señalado por la doctrina en una comparativa de “la norma laboral clásica basada en la ejecución de la prestación de servicios por parte del trabajador dentro de la fábrica y, por extensión, dentro de los locales de la empresa, durante el tiempo correspondiente a la jornada de trabajo establecida legal o convencionalmente”, poniendo de relieve como “la digitalización del empleo relativiza, cuando no pulveriza, estos dos”³⁶.

En tercer lugar, es claro en estos supuestos el carácter personalísimo de la prestación, pues el CCD es el seleccionado por el cliente para la realización de la actuación, se trata de un proceso de selección similar al seguido en cualquier otra empresa para cubrir un puesto de trabajo en concreto y en el que al trabajador se le exigen unas cualidades concretas y específicas para su selección.

En cuarto lugar, la inserción del CCD en la organización de trabajo del empleador o empresario, materializada a través de las directrices o instrucciones dadas, por un lado, y/o del poder disciplinario, por otro. Así, las directrices o instrucciones específicas sobre la “actuación digital” pueden ser dadas sobre la tarea en general, no siendo determinante el hecho de que se obvien “instrucciones específicas sobre el modo de realizarlas”, dando así cabida a la libertad del creador que es propia y natural de la actividad que suponga usualmente trabajar a distancia del empleador³⁷. Sin embargo, y, en estas actividades suele ser bastante frecuente, el CCD recibe instrucciones, órdenes o indicaciones más detalladas, específicas y controladoras que las dadas en supuestos de presencia física del trabajador en el centro de trabajo. Dichas instrucciones responden a lo que se identifica como “*brief* publicitario” en el marketing y que integran el denominado “contenido orgánico” de la publicidad. Instrucciones que indican al CCD desde aspectos personales (cómo maquillarse, peinarse, vestirse etc.), condiciones de espacio (paisajes, fondos ...) o tiempo (franjas horarias, amanecer, anochecer, soleado, nublado ...), entre otros. No en vano, los estudios al respecto ponen de manifiesto la incidencia que dichos aspectos puede tener en la finalidad primordial buscada a través de tales actuaciones virtuales³⁸.

Por lo que a las posibles consecuencias disciplinarias se refiere, las mismas podrán ir derivadas o bien de un incumplimiento o retraso en el encargo realizado o bien del no seguimiento de algunas de las directrices dadas. A nuestro juicio, son las posibles sancio-

³⁶ CRUZ VILLALÓN, Jesús, las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía, *Temas Laborales*, n 138, 2017, 13-47.

³⁷ STS de 19 de julio de 2022, (Rº 2869/2001, Sala de lo Social).

³⁸ A modo de ejemplo, el estudio de CUEVAS-MOLANO, Elena; SÁNCHEZ CID, Manuel y GORDO MOLINA, Virginia, Estrategia de marca y gestión de contenidos en Instagram: programación y longitud del mensaje como factores de mejora de *engagement*, *Communication & Society*, 35(2), 71-87, en el que se ofrece un amplio estudio de las consecuencias de la elección de algunas de tales variables.

nes disciplinarias a imponer las que quizás aparejan una mayor complejidad en este ámbito. Bien podrían producir una rescisión contractual, similar al despido si, por ejemplo, son varias las actuaciones virtuales encomendadas o una penalización *ad futurum*. Sin embargo, desde nuestro punto de vista resulta difícil apreciar este poder como indicio de la laboralidad de esta actividad, principalmente ya que la unicidad de la actuación digital en la mayoría de las ocasiones aboca a las mismas consecuencias que tendría el incumplimiento de un contrato de naturaleza civil o mercantil, más allá de la posible indemnización por los daños originados.

4.1.4. Ajenidad

La ajenidad como nota caracterizadora de la laboralidad de una prestación de servicios, ha estado desde sus orígenes formando parte de la idiosincrasia del trabajo asalariado.

Pero dicha cualidad no presenta una única dimensión, sino que, como nota caracterizadora, ha ido con el paso del tiempo adquiriendo distintas dimensiones que han permitido a la jurisprudencia utilizarla como elemento diferenciador entre la prestación de servicios de carácter laboral y aquella en la que no concurre dicha laboralidad.

No se trata a continuación de realizar un tratado sobre las diferentes dimensiones de la ajenidad, tratadas en exhaustividad por doctrina y jurisprudencia, pero sí tratar de identificar la aplicabilidad de alguna de tales dimensiones a las actuaciones digitales que están constituyendo objeto de análisis en este estudio. Así, se ha identificado la ajenidad en los frutos; ajenidad en el mercado; ajenidad en los medios o ajenidad en la marca.

La primera de tales dimensiones, la “ajenidad en los frutos”, supone que los frutos del trabajo –entendidos estos en un término metafórico para aglutinar los resultados posibles de la actividad profesional realizada (con la pluridiversidad de tales resultados en la gran variedad de actividades existentes)– se transmiten de manera automática entre quien realiza la prestación de servicios y quien la recibe, es decir, hay un aprovechamiento directo e inmediato del producto resultante del trabajo por quien no lo ha materializado o realizado. Ciertamente, esta ajenidad en los frutos se identifica claramente en las actuaciones digitales en las que los CCD publicitan los productos del cliente o marca, dado que la repercusión mediática origina –en mayor o menor medida– que los frutos de las ventas realizadas directamente se incorporen al patrimonio del cliente. Ello es lo que ha llevado a hablar de “ajenidad en la utilidad patrimonial”. Así, se ha entendido como determinante que los trabajos realizados como consecuencia del contrato “se realicen no por iniciativa propia del prestador de servicios y para sí mismo, con propósito de ofrecerlos luego en el mercado ... sino que los realiza atendiendo a precisas indicaciones de una empresa ... que adquiere el principal resultado del trabajo”³⁹. No obstante lo señalado, hemos de advertir que, apreciar únicamente ajenidad en los frutos no dirime la naturaleza de la actuación, ya que esta dimensión también resulta aplicable al contrato

³⁹ STS de 31 de marzo de 1997 (Rº 355/1996, Sala de lo Social).

de prestación de servicios de naturaleza civil, en la que tales frutos tienen igualmente como destinatario a persona distinta de la prestadora. De ahí que las dimensiones de la ajenidad se hayan ido extendiendo hacia otras cuestiones.

Una de tales dimensiones, es la “ajenidad en el mercado”, en virtud de la cual es el propio empresario el que pone en el mercado los frutos o resultados de la actividad profesional del trabajador y, por ende, conectado con la “ajenidad en la utilidad patrimonial”, recibe los beneficios de dicha actividad. Sin embargo, a nuestro juicio, esta dimensión quiebra en las actuaciones digitales de nuestros creadores, ya que el cliente/empleador no asume ese papel intermediario, que es asumido por la plataforma o red social que se erige en instrumento transmisor.

Sí se materializa en las actuaciones del CCD, la “ajenidad en los riesgos”, ya que el éxito o el fracaso de la actuación materializado, por ejemplo, en el número de ventas de un producto, traerá un menor o mayor rendimiento económico para dicha marca o cliente, siendo por tanto este el que asume los riesgos derivados de la prestación. Se debe admitir como premisa, que la actuación digital es remunerada al CCD independientemente del éxito o fracaso en ventas que pudiera acompañar a la actuación y, sin perjuicio, de que la retribución pudiera verse acompañada de una comisión por ventas en beneficio del CCD. Baste recordar que la jurisprudencia ha entendido que no desvirtúa la apreciación de esta dimensión de la ajenidad, el hecho de que se pudiera perder por quien presta sus servicios una comisión por no llegar a buen fin las operaciones realizadas, al ser reconocida una cantidad fija como resultado de la prestación de servicios realizada, independientemente del éxito o no de esta⁴⁰. A modo de ejemplo, resulta ilustrativo el análisis que de esta dimensión ha realizado la jurisprudencia en la prestación de servicios realizadas por actores de doblaje, y cuyas características *mutatis mutandis* podrían hacerse extensivas a los CCD. En este caso, se aprecia ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial, pues el producto del trabajo realizado (los doblajes) –y la utilidad patrimonial derivada del mismo (el pago de los clientes)– ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores. Estos percibirán su salario, en las condiciones que estuvieran estipuladas. Concurriendo igualmente, la ajenidad en los riesgos, ya que ellos tendrán derecho a su salario por el trabajo realizado, independientemente de que la empresa obtenga finalmente el beneficio o lucro perseguido o no lo obtenga⁴¹.

Al igual que se ha señalado respecto de la ajenidad en los frutos, sucede con otras dos de las dimensiones a las que se afecta la ajenidad: “ajenidad en los medios” y “ajenidad en la marca”. Respecto de la primera, es claro que la aportación de los productos del cliente o marca es estrictamente necesario para así llevar acabo la prestación de servicios (ocupando la posición de lo que en las actividades tradicionales han sido los útiles, medios o materiales de trabajo). Bien es cierto, que puede apreciarse la aportación de otra serie de medios por el CCD, así la utilización de un móvil o cámara para grabar, elementos de decoración, aro de luz etc.; elementos en los que concurriría, a nuestro parecer,

⁴⁰ STS de 15 de octubre de 2001 (R° 2283/2000, Sala de lo Social).

⁴¹ STS de 6 de octubre de 2010 (R° 5017/2010, Sala de lo Social)

el criterio del desmerecimiento de los medios materiales respecto de la prestación de actividad a la que se ha referido doctrina⁴² y jurisprudencia⁴³. La “ajenidad en la marca” ha surgido como nueva dimensión a raíz de las prestaciones de servicios emergidas al albor de las nuevas tecnologías⁴⁴. En nuestro caso, los CCD (prestadores de servicio) no actúan en interés propio en el mercado, sino que lo hacen bajo una marca ajena que es propiedad de la empresa que a ellos recurre para la realización de sus actuaciones, siendo los clientes no de aquellos sino por el contrario de dicha empresa.

4.2. *¿Los Creadores de Contenido Digital, “representantes de comercio”?*

Analizando las distintas actuaciones posibles de los CCD en la actividad concreta en la que nos centramos en este apartado, es decir, la imagen de los productos de una marca o empresa a través de dichas actuaciones, nos ha ofrecido dicha realidad una semejanza a los tradicionales representantes de comercio, que nuestro TRET configura como una relación laboral especial en su artículo 2 f), teniendo dicha consideración “las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas” y cuya regulación se encuentra en el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas (en adelante, RDRLOM).

Resulta cuando menos sorprendente, a nuestro juicio, la versatilidad de esta norma que, cuarenta años después de su promulgación, puede ofrecer cobertura normativa a una de las realidades digitales que hoy inundan las redes sociales. Creemos así pues que no es baladí una reflexión al hilo de lo señalado, es decir, ofrecer dicha comparativa con la finalidad de dilucidar si esa aparente versatilidad es una realidad que podría dar respuesta al objeto de estudio.

El artículo 1 de dicho RDRLOM delimita su ámbito de aplicación entendiendo incluido en el mismo aquellas relaciones en virtud de las cuales una persona natural, actuando bajo la denominación de representante, mediador o cualquiera otra con la que se le identifique en el ámbito laboral (hoy, *influencer*), se obliga con uno o más empresarios (*marca o clientes*), a cambio de una retribución, a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones (*publicitar sus productos a través de las redes sociales con la finalidad de conseguir su venta y adquisición por los destinatarios*).

Las relaciones excluidas de dicho ámbito también podrían tener su reflejo en el ámbito de estas actuaciones digitales. Queda claro que no encajan en este perfil digital,

⁴² LUJÁN ALCARAZ, José, El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 58, 2005, 13-40.

⁴³ STS de 24 de enero de 2018 (Rº 3595/2015, Sala de lo Social).

⁴⁴ Entre otros, TODOLÍ SIGNES, Adrián, El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales, *Revista de treball, Economia i societat*, op.cit.

aquellos trabajadores de la empresa que, aun dedicándose a promover o concertar operaciones mercantiles para la misma, lo hagan en sus locales o teniendo en ellos su puesto de trabajo y sujetos al horario laboral de la empresa; así por ejemplo, podemos asimilar el CCD amparado por esta relación laboral especial en contraposición al dependiente o *personal shopper* que, *in situ*, muestra al cliente los productos de la marca en aras de conseguir, eso sí, la misma finalidad que aquél, la venta y adquisición del producto. Igualmente, quedarán excluidos de dicho ámbito de aplicación quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles (*actuaciones digitales*) de forma continuada por cuenta de uno o más empresarios, como titulares de una organización empresarial autónoma, entendiendo por tal aquella que cuenta con instalaciones y personal propios. Es quizás esta matización la que podría hacer suponer la exclusión de nuestros CCD, ya que parece claro que las instalaciones son las libremente elegidas por el creador, bien, como decíamos, espacios abiertos o, en la mayoría de las ocasiones su propio hogar. Sin embargo, cobra una relevancia significativa la siguiente consideración efectuada por el legislador, al establecer que se presumirá que no existe esta organización empresarial autónoma cuando quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles actúen conforme a las instrucciones de su empresario con respecto a materias como horarios de trabajo, itinerario, criterios de distribución, precios o forma de realizar los pedidos y contratos. Resulta evidente que la concreción y contenido de estas instrucciones exigen una adaptación a la realidad de la actividad digital desempeñada, en la que, como hemos indicado, el contenido de las mismas se adecua a esa interacción digital a través de la que entendemos se está poniendo de manifiesto la prestación de servicios.

Mención especial merece igualmente lo previsto en el artículo 4 del RDRLOM respecto de la no sujeción del titular de esta relación laboral especial a jornada u horario de trabajo concreto; lo que hace pues, mediatizar este rasgo de la dependencia a efectos de poder considerar la laboralidad de la prestación del CCD.

Asimismo, dada la idiosincrasia de la actividad desempeñada por este CCD, resulta aplicable lo previsto en el artículo 6 del RDRLOM respecto del denominado muestrario y los instrumentos de trabajo. La actividad digital en la que hemos centrado nuestro análisis exige, por sus propias características y finalidad, que para el desarrollo de la actividad, la empresa proporcione al trabajador muestrario de artículos, relación de productos o instrumentos de trabajo, pues sin ellos la propia prestación resulta imposible; asumiéndose, hemos de entender, que el CCD pueda ser responsable de la pérdida o deterioro que, en todo o en parte, sufra dicho muestrario o instrumentos de trabajo por su culpa o negligencia. Sin perjuicio, como hemos reseñado, de que dicho producto pudiera constituir parte de la remuneración satisfecha, al término del contrato de trabajo el CCD deberá devolver a la empresa el material que recibiera como muestrario o instrumento de trabajo, y no siendo posible su valor actualizado y según el estado en que se encuentre. Evidentemente, estos condicionantes dependerán de los términos en los que la actuación se haya pactado.

Esto último lleva a conectar con lo previsto en el artículo 8 del RDRLOM respecto de las retribuciones. En el ámbito de esta relación laboral especial, las retribuciones

estarán constituidas por comisiones sobre las operaciones en que hubiesen intervenido y fuesen aceptadas por el empresario, siempre que en el contrato se haya establecido la necesidad de aprobación, o por una parte fija y otra por comisiones sobre dichas operaciones, más los incentivos y compensaciones que hubieran pactado en el contrato; pudiendo dicha retribución también consistir exclusivamente en una cantidad fija. Tal y como se ha indicado, las actuaciones digitales realizadas pueden ser retribuidas de diversas formas; formas que dan cabida en cualquiera de las opciones previstas (comisiones atendiendo al volumen de productos de la marca vendidos, una cantidad fija atendiendo al encargo realizado o incluso una mixtura de ambas formas).

Ahora bien, una de las cuestiones más discutidas puede ser la relacionada con la llamada “clientela”, cuestión ésta que se desvirtúa en las actuaciones digitales dada la naturaleza de las mismas y la participación de la plataforma a efectos de su seguimiento y cuantificación. ¿A qué nos referimos con ello? La presencialidad que tradicionalmente ha caracterizado a la prestación de servicios desempeñada por los representantes de comercio justifica la redacción del artículo 5 del RDRLOM. Así, se dispone que los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de esta disposición tendrán derecho a que se reconozca por su empresa la clientela que hayan conseguido como consecuencia de su trabajo, y la que aquella asignase al inicio de su gestión; pudiendo, si así lo exige alguna de las partes, que la relación única de clientes que la empresa facilitase al trabajador se hiciera constar en un anexo al contrato. Difícil resulta la aplicabilidad de este precepto a la relación del CCD con la empresa, desde el momento en que las posibles compras que se generen a la marca o empresa son controladas por ella; lo que ciertamente no es óbice a que pudiera entenderse que, en relación a dichas compras, el empresario tenga que cumplir las obligaciones previstas en el artículo 7 del RDRLOM. A saber, proporcionar al trabajador (nuestro CCD), dice la norma, noticia inmediata de la aceptación o rechazo de las operaciones propuestas y de cuantas circunstancias se refieran a una operación ya aceptada, así como comunicarle las circunstancias de la actividad de la empresa que puedan incidir en la relación con los clientes, en especial cuando se programen cambios en los productos o servicios ofrecidos, en los precios u otras condiciones de contratación, en el volumen de las operaciones que podrían ejecutarse, así como la relación completa de representantes y clientes en todo el ámbito de actuación comercial de la empresa. Como puede deducirse de lo expuesto, solo algunas de dichas informaciones podrían ser facilitadas por el empleador al CCD, máxime cuando la venta on line tiene un espectro tan amplio en el que es difícil identificar qué ventas han sido consecuencia de la actuación digital y cuáles no. Bien es cierto que en algunas actuaciones de un bien o producto específico que se publicita en un momento temporal concreto, las ventas pueden incrementarse de manera llamativa tras la actuación del CCD, lo que sería quizás una variable a tener en cuenta a la hora de reinterpretar este precepto en nuestra actividad o bien, una fórmula de cálculo que tenga en cuenta tanto las ventas en un periodo de tiempo concreto como también los *likes* o comentarios recibidos respecto del producto. Téngase en cuenta que el propio RDRLOM permite dichas opciones al señalar que el empleador está obligado a comunicarle los pedidos recibidos directamente de clientes atribuidos al

trabajador en virtud del contrato. Evidentemente, no hay clientes atribuidos al CCD porque *a priori* dichos clientes son solo hipotéticos clientes, pero sí puede establecerse, como decíamos, otras fórmulas que permitan esa comunicación *a posteriori*, máxime cuando el propio artículo 7 en su apartado g) prevé la posibilidad de fijar en el contrato cualquier otra obligación para el empleador a la que vendrá obligado a cumplir. A tal fin deberá conocerse el posible papel a jugar por la plataforma en cuanto a la captación de dicha información, lo que podría tener su reflejo en la aplicación de lo previsto en Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Téngase en cuenta que el objetivo de dicho Reglamento, según lo previsto en su artículo 1.1. es “contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de normas para asegurar que se conceden opciones apropiadas de transparencia, de equidad y de reclamación a los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y a los usuarios de sitios web corporativos en relación con los motores de búsqueda en línea”.

5. Conclusiones

La aparición en escena de los creadores de contenido digital (*influencers, instagramers, tik-tokers, youtubers, vloggers*, etc.) y de la pluralidad de actividades por ellos realizados a través de las plataformas digitales, unido a la pluralidad de disposiciones normativas de muy diversa índole que han emergido recientemente tanto a nivel nacional como comunitario, han hecho sopesar la necesidad de indagar sobre la posible naturaleza laboral o no de dichos creadores. Una primera aproximación a dichas actividades -fundamentalmente si nos dejáramos obnubilar por las percepciones económicas por algunos de ellos percibidas-, es la de concluir que se trata de una actividad económica de un trabajador por cuenta propia, sin más repercusiones que las obligaciones fiscales –que *de facto* son las que han determinado en España la actuación del legislador– y, por tanto, ajenas al ámbito del Derecho del Trabajo. Sin embargo, una inmersión en tales actividades ha permitido en este estudio desgranar dos de ellas en las que la duda de su posible laboralidad puede reconducirlas al ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo; lo que no es óbice a que pudieran existir algunas más. Concretamente, la posible apreciación del CCD como artista y, en segundo lugar, la surgente relación entre el CCD y la marca, cuando se trata de publicitar los productos de esta última.

A la vista del análisis realizado, resulta difícil ofrecer una única conclusión de carácter general sobre la laboralidad o no de dichas relaciones. Sin embargo, sí resulta evidente, a nuestro juicio, que no se puede ser tajante en su exclusión del ámbito del Derecho del Trabajo y que, por tanto, es necesario apreciar, eso sí, con una nueva perspectiva, la posible concurrencia de los tradicionales indicios de laboralidad en estas nuevas relaciones. Concretamente, la perspectiva que nos ofrece la realidad digital en la que vivimos. Y hablamos de una nueva perspectiva, no de un nuevo Derecho del Trabajo;

hablamos de un Derecho del Trabajo que evoluciona con el tiempo en el que vive y que, siendo en esencia el mismo, ha de adaptarse a las circunstancias, igual que lo hace el ser humano al tiempo que le toca vivir.

En el mismo sentido, apreciar la laboralidad de estas prestaciones no puede suponer, *iure et de iure*, admitir su consideración como relación laboral especial, común o un *tertium genus*. Pues dependiendo de la prestación realizada, de la respuesta del legislador y de la intervención de los interlocutores sociales, podrá preponderar la necesidad de justificar el carácter especial de alguna de ellas o el carácter común de las mismas, siendo más escépticos en cuanto a la necesidad de creación de ese *tertium genus*. Sin perjuicio de la posible inclusión, si así concurrieran las especialidades que las justifican, como artistas o intervinientes en operaciones mercantiles, creemos que también las modalidades contractuales previstas en el TRET pueden dar cabida a algunas de las prestaciones analizadas (así, contratos por circunstancias de la producción o fijos-discontinuos, si atendemos, a la temporalidad o carácter ocasional, por ejemplo, de los productos publicitados).

Quizás es momento de plantear “laboralizar” dichas relaciones. Pero dicha “laboralización” debe partir, a nuestro juicio, de la praxis. Es decir, aunque sea arriesgado aplicar un método como el heurístico (entendido como el proceso de descubrir e inventar algo, a través, de la reflexión y no del azar), quizás ello ofrezca clarificar esta zona gris del Derecho del Trabajo a la que el siglo XXI nos ha enfrentado. No eliminemos ninguna de las opciones posibles, sino analicemos e “incubemos” todas ellas y solo cuando sea certero el resultado, apostemos normativamente por su plasmación.

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

Dinámicas abusivas de las plataformas basadas en la web dedicadas a las microtarefas en línea y posibles vías de protección

Abusive dynamics of web-based platforms dedicated to online microtasks and potential avenues for protection

Ainhoa Nieto Garrote

Investigadora predoctoral

Universidad de Deusto

ORCID ID: 0009-7156-2936

Recibido: 19/3/2025

Aceptado: 3/6/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9669

Resumen: El objetivo de este estudio es visibilizar una realidad multifactorial y transnacional, todavía atípica para el ordenamiento jurídico español, que ha de ser diferenciada y abordada: el trabajo de las personas trabajadoras de las plataformas digitales basadas en la web dedicadas a las microtarefas en línea como nueva forma de precariedad laboral. Se plantearán los retos que derivan del deber de transposición de la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, a partir de tres perspectivas principales desde las que materializar los primeros pasos para afrontar este problema: el legislador, la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social y los agentes sociales.

Palabras clave: Deslocalización, empleo atípico, microtarefas en línea, moderación de contenidos, transposición Directiva 2024/2831.

Abstract: The objective of this study is to highlight a multifactorial and transnational reality, still atypical for the Spanish legal system, which must be differentiated and addressed: the work of web-based digital platforms workers dedicated to online microtasks as a new form of job precariousness. The challenges which derives from the obligation to transpose Directive (EU) 2024/2831 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on improving working conditions in platform work will be addressed from three main perspectives, enabling the first steps to confront this problem: the legislator, the Labor and Social Security Inspection and the social agents.

Keywords: Offshoring, atypical employment, online microtasks, content moderation, Directive transposition 2024/2831.

1. La necesidad de prestar atención a esta forma atípica de empleo que conforma el nuevo precariado

El trabajo en las plataformas digitales basadas en la web dedicadas a las microtareas en línea es una realidad que ha de abordarse desde distintos prismas. La Declaración del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01), mediante su considerando tercero, expresa con rotundidad que “*la transformación digital no debe implicar un retroceso en los derechos*” y que “*lo que es ilegal fuera de línea, es ilegal en línea*”. Esto es una obviedad que hemos de garantizar y que, hasta el momento dista mucho de la realidad, ya que este nuevo mercado laboral ha propiciado unas condiciones de trabajo especialmente precarias.

Afortunadamente, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) lleva muchos años estudiando este fenómeno. Sus pormenorizados análisis cuantitativos y cualitativos sirven de base imprescindible para conocer con profundidad la magnitud del problema y sus características, que paso a exponer a continuación.

Para el tratamiento de esta temática, conviene esclarecer la diferencia entre las plataformas de trabajo digitales basadas en la web (dedicadas principalmente a las microtareas en línea) respecto a las plataformas digitales de trabajo basadas en la ubicación (dedicadas, entre otras, a las tareas de reparto). Estas últimas, al constituir una realidad muy visible han sido objeto de discusión, lo que ha posibilitado un avance en su regulación hasta alcanzar la aprobación de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, que incorporó una presunción de laboralidad que abrió el camino para la protección de esas personas trabajadoras. No obstante, puede considerarse que, el legislador, en lugar de tomar dicha presunción de laboralidad como un punto de partida para impulsar un desarrollo normativo suficiente en cuanto a las especificidades del colectivo, lo ha dejado como una cuestión estanca. Sin perjuicio de esta crítica constructiva, la asunción de esta presunción de laboralidad ha permitido y permitirá materializar la correcta calificación de muchísimas relaciones laborales que se desarrollan bajo la falsa autonomía, dotando a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS) del medio necesario para su persecución y regularización. El informe anual de la ITSS de 2023 refiere un total de 132.008 regularizaciones de falsos autónomos en el contexto del trabajo en las plataformas digitales entre los años 2018 y 2023. En consecuencia, el siguiente paso que procede dar es hallar la forma de posibilitar que la ITSS pueda detectar las prácticas análogas trasladadas al trabajo *online*. Cuestión distinta es, que interese hacerlo.

Sin embargo, en sentido contrario al mercado de las plataformas de reparto, el mercado de trabajo de las microtareas en línea está totalmente invisibilizado. Debemos tener presente que los llamados “*crowdworkers*” trabajan *online* desde cualquier lugar y habitualmente desde sus domicilios. No obstante, aunque las plataformas se ocupen de mantener el mercado invisibilizado en su empeño de evadir su posición de empleadoras,

si hacemos el ejercicio de introducir alguna palabra clave relacionada con estos trabajos en un buscador de internet podemos comprobar que tenemos a nuestra disposición infinidad de ofertas de plataformas que prometen ingresos rápidos y sencillos. Esta forma atípica de empleo es un fenómeno en auge que ya tiene más fuerza que las plataformas de trabajo *offline* (la OIT ha detectado del orden de 357 plataformas en línea frente a 334 del sector del reparto, 121 del cuidado, 119 de transporte privado de pasajeros y 117 del sector doméstico, entre otras)¹.

El origen de la demanda de las microtareas en línea radica en la estrategia empresarial denominada *offshoring*. Con el fin de lograr abaratar costes, las empresas dividen el trabajo en innumerables microtareas cuya gestión pasa a manos de las plataformas que propagan las ofertas de trabajo por todo el planeta para lograr su ejecución (trabajo deslocalizado en línea en régimen de externalización abierta). Si categorizamos las tareas conforme a los objetivos de los clientes de las plataformas, podemos distinguir los tres bloques principales que siguen².

- El primero, con fines puramente comerciales, se compone de una serie de tareas que dotan a las empresas de información relativa a productos y su consumo. Puede que una de las categorías más llamativas sea la denominada “consulta de contenido”, que, entre otras, incluye prácticas como permanecer en un sitio web para favorecer la publicidad de un determinado producto, emitir opiniones favorables para impulsar su compra y análogas. No obstante, lo más preocupante es que estas prácticas también se llevan a cabo en otros contextos de mayor importancia como son los procesos electorales.
- El segundo persigue unos objetivos más complejos: la automatización de las herramientas de Inteligencia Artificial. Básicamente, para que productos como coches automáticos, robots electrodomésticos, asistentes virtuales o chats como *ChatGPT* o *Deepseek* funcionen, requieren ser entrenados con datos de diversa índole, que son recopilados, categorizados, verificados, transcritos, creados y editados por estas personas trabajadoras.
- El tercero interesa mayoritariamente a las redes sociales, que buscan depurar el contenido extremadamente violento que se publica en las mismas. Esta tarea se denomina “moderación de contenidos”. Por la gravedad de los riesgos psicosociales que conlleva, se ahondará en ello más adelante.

En cualquiera de las vertientes de este tipo de deslocalización, el objetivo de abaratar costes empresariales se ha llevado al límite y el abuso por parte de las plataformas empleadoras que gestionan la ejecución de las tareas que demandan los clientes se extiende desde el momento de la contratación hasta la extinción de la relación.

¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Hacer realidad el trabajo decente en la economía de plataformas*. Ginebra, 2024. P. 18.

² Para un mayor detalle sobre el tipo de tareas, consúltase: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo*. Ginebra, 2019. Pp. 16-23.

La cadena de relaciones que operan en este mercado tiene tres partes principales: la plataforma, las personas trabajadoras y los clientes, mediando en ocasiones una cuarta (intermediarios). En este escenario, la plataforma no se limita a facilitar la interacción entre cliente y persona trabajadora como si de una mera intermediaria se tratara, sino que ejerce un verdadero poder de dirección y control³.

Para lograr la captación de las personas trabajadoras, principalmente se sostiene un discurso que garantiza ingresos rápidos y sencillos junto al disfrute de una flexibilidad que permite conciliar el trabajo con la vida personal (porque la ejecución de las tareas se realiza vía *online*). A su vez, como estas plataformas no quieren asumir su posición de empleadoras y las responsabilidades que como tal les corresponden, intentan vestir la relación laboral de otra manera (como una prestación de servicios desde la autonomía). Así, el eje central que posibilita las dinámicas abusivas que tenemos que abordar lo constituye la prestación de servicios bajo una falsa autonomía. Las plataformas se ocupan de introducir cláusulas que excluyen expresamente el escenario de una relación laboral por cuenta ajena aunque esa sea su naturaleza. De esta forma, aunque las notas de dependencia ajenidad sean evidentes, sus contratos recogen fórmulas por las que las plataformas quedan formalmente desvinculadas de las obligaciones que son inherentes a cualquier empleador. Además, la relación se formaliza (puede que, incluso, sin mediar contrato escrito) mediante contratos de adhesión que contienen dichas fórmulas abusivas y una prelación de cláusulas oscuras, farragosas e incomprensibles para alguien *lego* en Derecho. Además, en ocasiones se reservan un derecho a cambiar las condiciones en cualquier momento⁴.

Como es lógico, cuanto mayor sea el desconocimiento de los derechos laborales indisponibles por parte de las personas trabajadoras y cuanto mayor sea su situación de vulnerabilidad, mayor será la probabilidad de captación y abuso por parte de las plataformas. Un buen ejemplo es el de las personas jóvenes que pueden acceder con facilidad a estas ofertas, incluso siendo menores de dieciséis años (circunstancia que no es objeto de control por parte de las plataformas). No solo existe una pasividad por parte de las empleadoras en cuanto a la detección del trabajo infantil, sino que, siendo plenamente conscientes, llevan a cabo prácticas que se adecúan a los intereses del colectivo, como pueda ser remunerar las tareas con vales para juegos *online* en vez de con dinero (algo más atractivo para los niños y con apariencia más inofensiva)⁵.

Persiguiendo su ambición de abaratar costes, las plataformas han querido dirigir gran parte del mercado hacia los países con economías en desarrollo. También lo han dirigido con una estrategia concreta: reservado las tareas peor remuneradas para las personas trabajadoras de los países con economías en desarrollo y llevando a cabo prácticas de discriminación directa. Se ha podido comprobar que trabajando para una misma plataforma (*Amazon Mechanical Turk*, una de las principales plataformas de microtareas en línea) dos personas con el mismo perfil y los mismos méritos que ejecutan un mismo tipo de tarea,

³ Línea defendida por la jurisprudencia alemana sobre la laboralidad de los *crowdworkers*: Sentencia del Tribunal Federal Laboral de Alemania (BAG) de 1 de diciembre de 2020 (–9 AZR 102/20)

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Las plataformas digitales...* Op. Cit., pp. 23-26 y 63.

⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Hacer realidad el trabajo decente...* Op. Cit., p. 63.

no cobran lo mismo (concretamente, los estadounidenses han llegado a ingresar por ello 4,6 veces más que los indios). Por si este abuso no fuese suficientemente preocupante, se han detectado otras prácticas abusivas extremadamente burdas hacia este colectivo, como el pago con vales para el consumo o restar a la remuneración de la tarea los costes de servicios de transferencia monetarios como *Paypal*. Este tipo de prácticas discriminatorias son inadmisibles y no se justifican con lo que se denomina “paridad del poder adquisitivo”. A su vez, la OIT revela una precariedad generalizada de las remuneraciones por la ejecución de estas tareas, en muchas ocasiones retribuidas con cuantías inferiores al salario mínimo interprofesional relativo al país de origen de la persona trabajadora⁶.

Esta forma de precariedad se acentúa en el caso de las mujeres, dado que la brecha salarial tiene su propia traducción en este ámbito. Sucintamente, lo que ocurre es que las mujeres adoptan en mayor medida los roles del cuidado y de ahí que se aparten del mercado ordinario y se dediquen a las microtareas en línea de forma exclusiva para tratar de compatibilizar ingresos y responsabilidades familiares. Este sería el primer elemento, mientras los hombres compatibilizan en la mayoría de casos el trabajo en las microtareas en línea con una profesión en el mercado ordinario, en el caso de las mujeres en gran medida constituye su única fuente de ingresos. El segundo elemento se compone de las barreras que tienen las mujeres para la asunción de las microtareas mejor remuneradas, que son las que más tiempo requieren para su ejecución. Resulta complicado que estas mujeres soliciten la asignación de dichas tareas al estar sometidas a continuas interrupciones por parte de las personas que dependen de ellas en el hogar y sabiendo que si no ejecutan la tarea en determinado tiempo, un algoritmo la rechazará directamente y lo trabajado no será remunerado, sin explicación alguna ni vías para impugnar tal decisión. Los mecanismos de monitorización y control de las plataformas de microtareas se llevan a cabo empleando algoritmos que deciden si el trabajo se ejecuta conforme a determinadas especificaciones. También se ha observado que algunas de las plataformas intentan medir el nivel de atención que prestan las personas en las tareas obligándolas a responder a unas preguntas, de forma que, si se considera que se han cometido muchos errores, pierden el acceso a la tarea y la remuneración por el trabajo efectivamente realizado⁷. El tercer elemento es una consecuencia lógica que se retroalimenta con el tiempo: la reputación de estas mujeres no mejora por asumir las tareas peor valoradas y eso empeora su posición en un mercado altamente competitivo por el exceso de personas trabajadoras disponibles y la insuficiencia de oportunidades. La sutileza con la que se manifiestan los elementos descritos requiere una mirada interseccional que no se quede en la simple discriminación directa, sino que descienda al fondo del problema. Esta brecha se analiza en profundidad por un estudio que se centra en la diferencia retributiva existente en la plataforma estadounidense *Amazon Mechanical Turk*, en la que, de promedio, las mujeres ganan un dólar menos por hora que los hombres⁸.

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Las plataformas digitales... Op. Cit.*, pp. 52-63.

⁷ BAIocco, Sara, et al. *The algorithmic management of work and its implications in different contexts*. Sevilla, European Commission, 2022.

⁸ ADAMS-PRASSL, Abi y BERG, Janine. When home affects pay: An analysis of the gender pay gap among crowd-

A las bajas remuneraciones hay que añadir otro tipo de dinámicas abusivas. Uno de los pilares fundamentales es que el tiempo que las personas invierten en la búsqueda de tareas no se remunera: se paga por cada tarea realizada. Es más, ni siquiera tienen esa seguridad porque realmente depende de que un algoritmo dé el visto bueno a la tarea ejecutada. El trabajo puede rechazarse tanto por no haberlo realizado en el tiempo que se estime oportuno, como por la forma de su ejecución. Además de perder la correspondiente remuneración, el rechazo de las tareas acarrea otras consecuencias como el bloqueo de cuentas (de forma temporal o definitiva, lo que equivaldría a la extinción de la relación laboral) e incluso la asignación de alertas de reputación negativas que a futuro dificultan la contratación de la persona por parte de otras plataformas. El papel que juegan los clientes en el pago efectivo de la remuneración es determinante y el hecho de que una tarea sea rechazada no implica que el trabajo efectuado no sea finalmente de utilidad para el cliente, lo que directamente constituye una apropiación indebida de la remuneración. El tiempo de trabajo no remunerado y el sistema retributivo son cuestiones estrechamente relacionadas con la falsa flexibilidad que publicitan las plataformas (la OIT calcula que cada hora de trabajo remunerado se invierten veinte minutos de trabajo no remunerado). Las personas no tienen capacidad de organizar su jornada porque no conocen cuándo se ofertarán las tareas. Esto provoca que estén continuamente vigilando las ofertas y que, como consecuencia de las bajas remuneraciones, las jornadas acaben siendo interminables. Algunas plataformas ofrecen un sistema de alerta que avisa de la publicación de nuevas ofertas pero eso no libera a las personas de verse obligadas a permanecer en un estado de hipervigilancia y de no contar con un tiempo de descanso y desconexión suficiente para su salud mental y física. A su vez, el tiempo de trabajo remunerado es menor de lo que esperan las personas trabajadoras y aparece muy fragmentado en episodios desarticulados. Este círculo vicioso puede denominarse, como refiere un estudio específico sobre la hipervigilancia en este contexto, “estar de guardia” (“*be on call*”)⁹.

Si se analiza la estadística que nos facilita la OIT en sus reveladores estudios, resulta evidente que, a día de hoy, España no es uno de los principales países donde operan las plataformas de microtareas en línea. No obstante, es una realidad que ha de ser igualmente tratada y que ojalá hubiese sido prevista antes de que emergiera, debido a que a nivel internacional lleva mucho tiempo siendo objeto de estudio. Sin perjuicio de la subestimación que supone calcular la presencia de esta actividad invisibilizada, por ejemplo, según la OIT, ya en 2017, el 5% de *Clickworker*, una de las principales plataformas de microtareas en línea, lo formaban personas trabajadoras que prestaban sus servicios desde España¹⁰.

workers. En: INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The future of diversity*, Geneva, 2021, pp. 95-119.

⁹ LASCĂU, Laura, et al. “Sometimes It’s Like Putting the Track in Front of the Rushing Train”: Having to Be ‘On Call’ for Work Limits the Temporal Flexibility of Crowdworkers. *ACM Transactions on Computer-Human Interaction*. New York, AMC, vol. 31, nº. 2, 2024, pp. 1-45.

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Las plataformas digitales... Op. Cit.*, p. 32.

En esta línea, tenemos a nuestra disposición un estudio muy revelador que se centra en visibilizar y analizar la existencia de este mercado laboral en España¹¹. Como consideración previa, si bien es cierto que realiza un trabajo de campo, en la metodología se indica que el principal criterio de selección se refiere a que la interfaz de las plataformas disponibles en España esté en castellano o que las tareas se ejecuten en castellano. Teniendo en cuenta la naturaleza del mercado, esto puede reducir significativamente la estimación sobre el número de plataformas que operan en España dado que el hecho de que la interfaz esté en inglés u otros idiomas distintos al castellano no obsta para que las personas estén trabajando desde España, conociendo, además, la transnacionalidad de estos negocios y que es un fenómeno que también emerge en el colectivo de personas refugiadas¹². Al margen de esta matización, cabe destacar la valía del citado estudio, que visibiliza la existencia de esta compleja realidad en España y revela muchas de las dinámicas abusivas de las que se valen las plataformas. A su vez, evidencia la opacidad con la que operan las plataformas para evitar afrontar las obligaciones que le son inherentes como empleadoras, por ejemplo, mediante el juego de las sedes (la internacionalización para que su seguimiento sea lo más complejo posible, etc.) Algunos razonamientos expuestos en el referido estudio resultan especialmente interesantes y evidencian otras ejemplificaciones de las formas tras las que intentan escudarse las plataformas en su afán por sostener que no son las empleadoras de este colectivo de personas trabajadoras. En torno a la dependencia, destaca que es indiferente que una vez asignada la tarea la persona ya no reciba más instrucciones, puesto que en la mayoría de los casos se trata de tareas no cualificadas de corta duración por lo que no requieren una dirección constante para su ejecución, aunque, en todo caso, siempre parten de unas instrucciones previas (recordemos que si no se ejecutan conforme a los parámetros establecidos no se remuneran). También nos proporciona ejemplos sobre cómo la libertad que publicitan las plataformas queda totalmente anulada (mientras sostienen que se pueden elegir las tareas previamente propuestas por un algoritmo, se responde con represalias por no aceptar las ofertas).

Esta forma de trabajar provoca riesgos laborales ergonómicos sobradamente conocidos, pero, sobre todo, provoca riesgos psicosociales. La Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital se dictó basándose, entre otras consideraciones, en que los riesgos psicosociales relacionados con el estrés, el síndrome del trabajador quemado (*burnout*), los efectos del acoso y otras violencias o la estigmatización del trabajo en las plataformas se agravan en el mercado en línea.

La Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, EU-OSHA) advierte sobre la tipología de estos riesgos que emergen por distintos factores¹³. La propia naturaleza de las tareas, *per se*, puede generar estrés. Se trata de tareas repetitivas y en su mayoría no cualificadas, en muchos casos ejecutadas por personas altamente

¹¹ LEGARRETA, Ricardo Esteban y YSAS, Helena. El (micro) trabajo en línea para plataformas en España: estudio empírico y análisis jurídico-laboral. *Iuslabor*, nº 3, 2024, pp. 65-148.

¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Hacer realidad el trabajo decente... Op. Cit.*, pp. 27-28.

¹³ EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK (EU-OSHA). *Digital platform work and occupational safety health: overview of regulation, policies, practices and research*. Bilbao, 2022. Pp. 16-27.

cualificadas. A ello hay que añadir las condiciones en las que trabajan estas personas: incertidumbre en cuanto al tiempo de trabajo remunerado, en cuanto a la obtención de la remuneración de las tareas ejecutadas, en cuanto a su valoración y su continuidad, entre otras cuestiones que indican rutinas cuando menos angustiantes. Por ejemplo, controlar la actividad mediante capturas de pantalla periódicas y aleatorias, llevar a cabo un seguimiento del tiempo de utilización del teclado y el tiempo de conexión, así como, al hilo de esto último, aplicar prácticas de penalización por el tiempo de conexión a la plataforma¹⁴. Estas dinámicas abusivas de los modelos organizativos ya están definidas mediante conceptos como el “neo-taylorismo digital” y la “amazonización” del trabajo digital, que representan su evolución en el contexto de la proliferación del trabajo en las plataformas, en el que el trabajo ha de ejecutarse lo más rápido y barato posible. En esencia, esta dinámica organizativa busca la maximización del trabajo que provoca una disponibilidad permanente y una hipervigilancia de las personas trabajadoras¹⁵.

No obstante, en este punto conviene hacer un paréntesis y visualizar uno de los fenómenos más preocupantes a abordar en esta materia: la moderación de contenidos.

Como ya se ha adelantado sucintamente, la moderación de contenidos es una tarea demandada principalmente por las redes sociales, que para intentar cumplir con las exigencias internas o externas, necesitan filtrar el contenido que se publica por razón de la violencia extrema que lo caracteriza. Dada la penosidad del trabajo, las empresas intentan publicitar que esta tarea está totalmente automatizada. Sin perjuicio de que se pueda utilizar un sistema que detecte contenido sospechoso, a día de hoy este proceso parece requerir la intervención humana para determinar si el contenido supera los parámetros a analizar y juzgar si ha de ser eliminado de la red. De esta forma, son personas las que se dedican a visualizar contenido violento.

Sin perjuicio de los problemas ergonómicos derivados de esta actividad relacionados con el sedentarismo, los que revisten mayor gravedad son los problemas de salud mental. La gravedad de esta actividad laboral que implica la exposición a contenido extremadamente violento se ha puesto de manifiesto a raíz de un caso real que ha terminado con el reconocimiento de una Incapacidad Permanente Absoluta. Esta exposición se asocia con el padecimiento de daños psicológicos severos y crónicos como angustia, ansiedad, insomnio, fatiga, depresión y estrés postraumático. Sin perjuicio de que se respeten los descansos regulares (lo cual es difícil debido a las cuotas competitivas que les exigen alcanzar para ser calificadas positivamente y que el algoritmo les asigne más tareas) realizar este tipo de trabajo a largo plazo deviene prácticamente imposible. Además, algo que agrava la situación de precariedad en la que trabajan estas personas es que se ven obligadas a aceptar unas cláusulas de confidencialidad, lo que impide que puedan compartir libremente lo que ven, las condiciones de su puesto y en definitiva,

¹⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Hacer realidad el trabajo decente... Op. Cit.*, p. 81.

¹⁵ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. La salud psicosocial, una condición de trabajo decente: el “neo-taylorismo digital” en clave de (pérdida de) bienestar. En: CORREA CARRASCO, Manuel. *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3,5,8,10)*. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2020, pp. 8-37.

su merma psicológica. En puridad resulta una manifestación más de la indiferencia de las plataformas en cuanto a la dignidad de las personas y la intencionalidad de evadir sus responsabilidades¹⁶.

Si bien contábamos con la advertencia de la UE-OSHA, lejos de adelantarnos a los acontecimientos y adoptar medidas preventivas como la actualización del cuadro de enfermedades profesionales aprobado por el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, contamos con el caso de una persona trabajadora a la que se le ha reconocido una Incapacidad Permanente Absoluta como consecuencia de su actividad laboral consistente en la moderación de contenidos, que le ha causado distintas dolencias psicológicas, entre las que destaca el estrés postraumático. A mayor abundamiento, aunque sigamos sin actualizar el cuadro de enfermedades profesionales, el INSS ha manifestado públicamente que conoce estos riesgos específicos del trabajo en las plataformas de microtarefas en línea y así lo refleja en un documento divulgativo¹⁷.

Descendiendo al asunto de origen, en vía judicial se resolvió un asunto de determinación de contingencia en el que se discutía el origen de una Incapacidad Temporal¹⁸. Los antecedentes se resumen en la incoación del expediente de determinación de contingencia que el INSS calificó como derivada de un accidente de trabajo y fue el empleador quien demandó a la TGSS, el INSS, la mutua y la persona trabajadora. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda confirmando la resolución recurrida. Esta Sentencia se confirmó mediante la STSJ de Cataluña, de 9 de diciembre de 2024 (Rec. 2031/2024). Su F.D. 4º refleja que el puesto de trabajo de moderación de contenidos consistía en valorar y eliminar contenido violento o ilegal publicado en diversos formatos, como vídeos, imágenes, comentarios, etc. de forma que no permaneciera publicado en la red. Las empresas que cuentan con este servicio de moderación de contenidos dividen los puestos en los que podríamos denominar “ordinarios” y los “*high priority*” dependiendo de la gravedad del contenido. El que necesita una revisión prioritaria es el contenido más violento. Esta persona trabajadora comenzó a prestar sus servicios en un puesto ordinario y posteriormente pasó a analizar el contenido prioritario, de forma que, la totalidad de su jornada laboral se traducían en visualizar y analizar asesinatos, torturas, suicidios y análogos, incluso, en directo. Debía visualizar cada contenido un total de tres veces con objeto de analizarlo conforme a los debidos parámetros. Es evidente que esta actividad deshumaniza, pero algo verdaderamente llamativo es que cuando visualizaba contenido en directo no podía hacer nada para intentar socorrer a las víctimas sino que se tenía que limitar a clasificarlo. Lo que comenzó como un proceso de IT por “ansiedad” terminó con un tratamiento psiquiátrico “*por clínica ansiosa severa*” siendo diagnosticada de “*trastornos psiquiátricos graves como trastorno de pánico con agorafobia, trastorno obsesivo severo y trastorno de estrés postraumático*”. Valorando todos los elementos concurrentes, el

¹⁶ EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK (EU-OSHA). *Occupational safety and health risks of online content review work provided through digital labour platforms*. Luxembourg, 2022.

¹⁷ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. *Factores de riesgo psicosocial en el trabajo en plataformas digitales*. Madrid, 2024.

¹⁸ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 28 de Barcelona, de 12 de enero de 2024 (Procedimiento núm. 616/2022).

Tribunal Superior de Justicia apreció que la incapacidad era exclusivamente imputable a la actividad laboral que desempeñaba la persona quedando acreditada una relación causal indubitable.

LOUSADA AROCHENA¹⁹, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a raíz del análisis de este caso expone un razonamiento muy relevante para comprender la necesidad de actualizar el cuadro de enfermedades profesionales. El Magistrado nos recuerda la importancia de discernir entre una enfermedad asimilada al accidente de trabajo y una enfermedad profesional y defiende que debe procederse a la actualización del cuadro de enfermedades profesionales para incluir los riesgos psicosociales y los trastornos mentales que provoca la actividad laboral consistente en la moderación de contenidos. Advierte, que no solo se trata de facilitar una perspectiva reparadora (en cuanto a la acreditación de la relación de causalidad), sino que implica un cambio a título preventivo, puesto que las empresas tendrían que adoptar medidas de prevención específicas.

Por todo lo expuesto, resulta razonable que mientras la Inteligencia Artificial no sea capaz de filtrar el contenido inapropiado de las redes sociales sin la intervención humana (o mientras no se quiera obligar a invertir en ello) es necesario intentar prevenir los riesgos asociados a esta tarea y adecuar el cuadro de enfermedades a la realidad para que cuando estas personas padecen cualquiera de las enfermedades mentales que se asocian a esta actividad y necesiten acceder a una prestación, no se vean perjudicadas.

Cuando se van desgranando las características de este mercado de trabajo es fácil sentir un gran rechazo al comprobar cómo las garantías fundamentales por las que se deben regir las relaciones laborales por cuenta ajena quedan completamente anuladas por unas dinámicas tan abusivas como las que se han descrito. Algunos de los retos que supone esta realidad y el momento de evolución normativa que procede impulsar y que paso a analizar, ya han sido destacados por algunos estudios doctrinales de ámbito nacional.

2. Retos y oportunidades del legislador con ocasión de la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas

A la hora de abordar la transposición de la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas (en adelante, DTPD), el legislador debería considerar dicha labor, no como una obligación en sentido estricto, sino como una oportunidad para garantizar un adecuado y multidimensional marco normativo de protección que mejore los mínimos establecidos por la DTPD, tal y como dispone su artículo 26.2 al reservar la prerrogativa de los Estados miembros de conformar disposiciones más fa-

¹⁹ LOUSADA AROCHENA, José Fernando. Enfermedades del trabajo en la era digital: ¿están las leyes ajustadas a las nuevas realidades? Los trastornos psiquiátricos de un moderador de contenidos de Internet. *Revista de Jurisprudencia Laboral, Boletín Oficial del Estado*, nº 2, 2024, pp. 1-6.

vorables. Asimismo, puede considerarse que es una valiosísima oportunidad para lograr una transición digital justa y responder ante lo que ya no es el futuro del trabajo, sino el presente caracterizado por un mercado laboral *online* en expansión.

En cuanto a cómo materializar la transposición, parece que se plantea la duda de si la prelación de normas debería incluirse en el TRLET o en una normativa específica²⁰. TODOLÍ SIGNES²¹, de forma muy razonable manifiesta que en los últimos años se ha producido una disgregación normativa laboral al margen del TRLET que obstaculiza su aplicación y que la presencia del trabajo en las plataformas digitales a día de hoy es tal, que lo conveniente es que la Directiva sea transpuesta mediante la modificación del TRLET. Ello sin perjuicio de la necesaria actualización de otros textos normativos en torno a esta cuestión, especialmente en lo que se refiere a la LPRL, el cuadro de enfermedades profesionales y la LISOS.

Sentada esta cuestión estructural, de la misma manera que el encuadramiento en una falsa autonomía es el pilar fundamental al que se aferran las plataformas para vaciar de contenido su verdadera posición de empleadoras, el establecer una presunción de laboralidad como se ha hecho mediante el artículo 5 de la DTPD es un paso fundamental para afrontar esas situaciones fraudulentas, dado que de su aplicación emanan las responsabilidades propias de las relaciones laborales por cuenta ajena.

Al observar los estudios doctrinales publicados hasta el momento, se puede apreciar, en cierta medida, que se considera que el ordenamiento jurídico español ya ha superado esta cuestión a raíz de la D.A. 23ª del TRLET. No obstante, cabe insistir, puesto que debemos evitar caer en confusiones que no tengan en cuenta la diversidad de las plataformas digitales de trabajo, en que la presunción incluida en el ordenamiento jurídico español se refiere únicamente al trabajo en las plataformas digitales basadas en la localización (concretamente, dedicadas al reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía). Es decir, esta presunción excluye al resto de personas trabajadoras de las plataformas, entre las que se encuentran las que trabajan para las plataformas basadas en la web dedicadas a las microtarear en línea. En el momento en el que se introdujo dicha presunción, el trabajo en las plataformas de microtarear en línea existía, de forma que, el acotar la presunción de aquella manera fue, desde mi punto de vista, totalmente desacertado por parte del legislador, ya que podría haber establecido una presunción amplia que no dejase al margen la actividad de estas plataformas, que, a día de hoy, en cómputo global y conforme a las cifras mencionadas con anterioridad, tienen mayor presencia que las de reparto. En definitiva, lo que debería hacer el legislador es ampliar la presunción de laboralidad al trabajo en todo tipo de plataformas digitales de forma que las personas que trabajan para las plataformas basadas en la web que se dedican a las microtarear en línea queden cubiertas.

²⁰ GUERRERO, María Luisa Pérez. La transposición de la Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas de 2024: ¿norma específica o reforma del Estatuto de los Trabajadores? *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, nº 9, 2024, pp. 149-154.

²¹ TODOLÍ SIGNES, Adrián. La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, 2024, pp. 26-46.

La presunción de laboralidad fijada por la DTPD parece bastante garantista, dado que conforma varios niveles mediante los que se posibilita su aplicación. El primero es la constatación de hechos que indiquen dirección y control conforme al Derecho nacional, el segundo conforme a los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros y el tercero se refiere a la obligatoriedad de tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además, el apartado segundo del artículo quinto indica directamente que esta ha de diseñarse de forma que constituya una facilidad procesal para las personas trabajadoras. No obstante, la redacción de la presunción deberá hacerse con mucha cautela, puesto que la DTPD indica que habrá de ser refutable, esto es, *iuris tantum*, recayendo la carga de la prueba sobre el empleador. Consecuentemente, cuanto más restringidos sean los elementos que componen la presunción, más fácil será para el empleador desvirtuarla y viceversa. En este sentido, la definición de los conceptos reviste especial importancia, principalmente porque nos encontramos en un contexto que no responde a las formas tradicionales del trabajo, pero que, en esencia, se caracteriza por las mismas notas de dependencia y ajenidad²².

Otro de los puntos críticos consiste en la limitación de la aplicación de la presunción de laboralidad en las distintas jurisdicciones. Si bien el apartado tercero del artículo quinto blinda la preceptividad de su aplicación en los asuntos administrativos y judiciales que tengan por objeto la determinación del tipo de relación, el mismo apartado *in fine* excluye del ámbito de aplicación (salvo disposición contraria por parte del Estado miembro en cuestión) los asuntos de orden fiscal, penal o de seguridad social. En el caso del sistema español, parece que lo más razonable es que se prevea su aplicación en cualquier orden jurisdiccional ejercitando la facultad extensiva que brinda la DTPD. Es más, los efectos que tendría en materia de Seguridad Social son inherentes (al menos en nuestro sistema) a su aplicación en la jurisdicción social.

En cuanto a la autoridad competente para impulsar la rectificación de la calificación del tipo de relación a la que se refiere el artículo 5.5 de la DTPD, resulta importante que esta (en nuestro caso la ITSS) cuente con medios suficientes para la detección de la situación y su corrección.

Por otro lado, parece que, si bien la interpretación teleológica del artículo 3 de la DTPD es positiva porque se ha querido otorgar el mismo nivel de protección a las personas trabajadoras que prestan estos servicios en línea cuando media un intermediario, no obstante, puede que no haya estado a la altura del desarrollo que requiere la complejidad de la atomización de las organizaciones que operan de esta manera. Aunque su transposición puede ser compleja por la amplitud de la fórmula, resulta relevante la voluntad que se ha tenido de proteger a las personas envueltas en estos escenarios que precisamente se utilizan como estrategias de dirección indirecta y atomizada para evadir las responsabilidades sociolaborales.

²² ALOISI, Antonio, et al. *¿Una tarea inconclusa? Armonizar la directiva relativa al trabajo en plataformas con el acervo social de la Unión Europea e internacional*. Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2024. Pp. 11-18.

Una crítica que comparto es la de la exclusión de los efectos retroactivos establecida por medio del art. 5.6 de la DTPD²³. Excluir el periodo de la relación laboral anterior a la entrada en vigor de la presunción cuando esta se mantiene viva y es calificada como tal, resulta, cuando menos, llamativo.

En respuesta a la exigencia del artículo 4 de la DTPD sobre el establecimiento de procedimientos por parte de los Estados miembros para calificar correctamente el tipo de relación, existe doctrina que plantea si deberíamos establecer un procedimiento en vía administrativa *ad hoc* para resolver a instancia de parte o de oficio la calificación jurídica de la relación contractual, ya que en nuestro ordenamiento jurídico no contamos con un mecanismo extrajudicial en estos términos de verificación o certificación²⁴. Podría decirse que es una buena idea y que puede resultar más cercana para las personas trabajadoras, principalmente, porque puede evitar la necesidad de acudir a la vía judicial y todo lo que ello conlleva.

Lo que no parece dejar margen de duda es que no podemos permitir que el proceso de determinación de la situación laboral correcta se utilice como forma de perpetuar la discusión de la falsa autonomía cuando se dan las notas de dependencia y ajenidad y esto va de la mano de la necesaria aplicación del principio de primacía de los hechos que descansa tras lo establecido en el artículo 4.2 de la DTPD. Los elementos específicos de esta actividad laboral y las dinámicas organizacionales no deberían despistarnos y que volviésemos a las clásicas discusiones sobradamente superadas²⁵.

Además de desechar la falsa autonomía como fórmula que sustenta las situaciones fraudulentas, debería conformarse un marco normativo adecuado a las especificidades de las dinámicas de estas empresas. Por ejemplo, para la formalización de la relación laboral. Resulta evidente que las fórmulas contractuales basadas en las mencionadas cláusulas de exclusión empleadas hasta el momento no tendrán cabida. No obstante, el alcance de la protección normativa debe ser más ambicioso y estar a la altura de la diversidad de formas que adoptan las prácticas abusivas de las plataformas digitales de microtarefas en línea.

En Malta, la aplicación de comisiones o deducciones a las personas trabajadoras por su inscripción a la plataforma o contratación queda prohibida por la Orden del Consejo Salarial sobre la Reglamentación de los Salarios de las Plataformas Digitales de Reparto, de 21 de octubre de 2022²⁶. Siendo conscientes de que es una práctica habitual en el ámbito del trabajo en las plataformas digitales basadas en la web, una prohibición análoga quizás debería tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico con ocasión de la transposición de la DTPD.

²³ FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio. La presunción de laboralidad y la gestión algorítmica en la Directiva 2024/2831 relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. *Revista justicia & trabajo*, nº 5, 2024, pp. 75-96.

²⁴ VALVERDE ASECIO, Antonio José. La propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 168, 2023, pp. 293-338.

²⁵ Obsérvese la consideración jurisprudencial sobre que en ocasiones el que no concurren todos los indicios tradicionales para entender que concurren las notas de laboralidad es fruto precisamente del ánimo de eludir la calificación de laboralidad: STS de 25 de septiembre de 2020 (RCUD núm. 4746/2019, Sala de lo Social).

²⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Hacer realidad el trabajo decente... Op. Cit.*, p. 77.

Conforme se desvela la naturaleza de este tipo de dinámicas del trabajo, esta parece evocar el concepto de modernidad líquida de Bauman. Casualmente, al abordar las características del tiempo de trabajo en este ámbito laboral, se puede dar con la expresión “jornadas de trabajo líquidas”. Ciertamente, no puede haber una expresión que encaje más con la realidad que debemos abordar, en la que nada está definido en perjuicio de las personas trabajadoras, quienes, además, se ven atraídas por la promesa de la flexibilidad y la denominada soberanía del tiempo²⁷.

Sin perjuicio de estas conocidas especificidades que se dan en este mercado de trabajo y que responden a las dinámicas abusivas impuestas por las plataformas, la DTPD no ha desarrollado la cuestión del tiempo de trabajo. Puede decirse que este es el asunto más criticado en cuanto a las valoraciones que se han vertido hasta el momento sobre el contenido del cuerpo normativo europeo. Los elementos tradicionalmente empleados para la valoración del tiempo de trabajo efectivo, como puedan ser, la presencia en el lugar de trabajo, la disposición frente al poder de dirección del empresario y el desempeño de las funciones profesionales, ya no pueden valorarse de igual manera en el escenario que nos ocupa. La nueva realidad nos exige un enfoque aperturista que no se centre en el cumplimiento de requisitos formales sino en la comprensión y en la valoración del fondo de los asuntos. Quizás una buena forma de hacerlo sea ampliar los razonamientos jurisprudenciales y doctrinales desarrollados para la calificación de las guardias localizadas como tiempo de trabajo²⁸, de forma que se extrapolen a estas dinámicas, en las que, de igual forma, la presión psicológica resulta ser impeditiva de una organización adecuada del tiempo por estar a disposición de la empleadora. No planteo esto en aras de la calificación de un régimen de guardias localizadas para este colectivo porque sería contraproducente para la salud de las personas: lo planteo a fin de que los razonamientos que se han adoptado para la discusión en otros ámbitos laborales sirvan de evidencia para que el tiempo que estas personas invierten a la espera del lanzamiento y en la búsqueda de nuevas tareas sea considerado tiempo de trabajo ordinario sin que quepa mayor discusión. De lo contrario, además de desvirtuar el concepto de jornada ordinaria (que es a lo que intentamos asemejar la situación con la transposición de la DTPD), no atajaríamos el problema actual relativo a este tipo de abuso. Es esencial tener en cuenta que las dinámicas de explotación propiciadas por las plataformas digitales basadas en la web no conforman algo tan sencillo como una imposición directa, sino que el conjunto de condiciones precarias junto a la hipervigilancia de las personas trabajadoras en torno a la publicación de las ofertas como consecuencia de su situación de necesidad provoca el fenómeno conceptualizado como “estar de guardia”, conforme al estudio citado *ut supra*.

²⁷ BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel. El concepto de “tiempo de trabajo” ante el nuevo paradigma laboral. Desplazamientos, tiempos de presencia y guardias de disponibilidad y localización. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, nº 3, 2023, pp. 94-123.

²⁸ VILA TIERNÓ, Francisco, et al. Una necesaria revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el tiempo de trabajo en las guardias localizadas conforme al contenido de la Carta Social Europea y su interpretación por el Comité Europeo de Derechos Sociales. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 13, nº 1, 2023, pp. 1-16.

El tiempo de guardia en sus distintas vertientes ha sido objeto de muchos análisis doctrinales, pero puede observarse que en el ámbito de las plataformas no contamos con muchos enfoques que planteen el ejercicio de adaptación que requiere el trabajo para las plataformas de microtareas en línea, debido a que principalmente se centran en el trabajo en las plataformas basadas en la ubicación que se dedican a las tareas de reparto. No obstante, podemos encontrar razonamientos muy válidos extrapolables al colectivo específico que nos ocupa²⁹. Resulta muy valiosa la visión que nos proporciona la autora del referido estudio, en cuanto a no ver el tiempo de trabajo como un compartimento estanco, sino como algo inherente a la salud laboral. El tiempo de guardia en el contexto que nos encontramos analizando ha mutado. No estamos hablando de que la persona esté de guardia descansando tanto fuera como dentro del centro de trabajo (por cierto, inexistente en este ámbito de “inespacialidad laboral”); estamos hablando de jornadas inciertas determinadas por los avisos de las ofertas de empleo. Concretamente, de un estado de hipervigilancia que desvirtúa los límites entre el trabajo y la esfera personal, en un contexto de remuneración indigna que hace que las personas estén de guardia “por voluntad propia”, a la espera de “cazar” nuevas tareas. “Voluntad propia”, porque es el conjunto de prácticas abusivas por parte de las empleadoras el que determina ese comportamiento dependiente por parte de las personas trabajadoras, sin que quepa sostener que concurre libertad decisoria alguna. Es, simple y llanamente, una situación de abuso nutrida de una situación de necesidad.

Consecuentemente, ¿seguimos exigiendo que se den las condiciones tradicionales de lo que se entiende por guardia o aprovechamos la transposición de la DTPD para reconocer como tiempo de trabajo efectivo y por lo tanto sujeto a remuneración el empleado en la búsqueda de tareas? Considero que debemos ser flexibles para adaptarnos a la realidad y en ocasiones es necesario abstraerse y hacer ejercicios comparativos. Por ejemplo, descendiendo al mercado ordinario fuera de línea y pensando si es admisible que en el seno de una relación laboral por cuenta ajena se descuenta del tiempo de trabajo destinado a labores análogas a la búsqueda de tareas como funciones de hecho inherentes al puesto de trabajo. Parece que el planteamiento caería por su propio peso (y recordemos, lo que es ilegal fuera de línea debe ser ilegal en línea).

GONZÁLEZ-COBALDA³⁰, ya desde el 2021 abordaba el problema de forma muy acertada aportándonos una perspectiva que encaja muy bien con la que deberíamos trasladar y divulgar. Está prosperando una forma de trabajo que los empresarios intentan vestir como moderna y pionera, facilitadora de la flexibilidad y la conciliación, pero que, en esencia, no es más que una nueva traducción de las mismas formas de precariedad laboral sobradamente conocidas, como consecuencia, en este caso, de la deslocalización.

En este contexto parece razonable pensar en medidas específicas que impidan que las plataformas abusen y se excedan con asiduidad los límites de la jornada ordinaria. No

²⁹ GONZÁLEZ-COBALDA, Estefanía, et al. La regulación del trabajo de plataformas en línea: puntos críticos más allá de la punta del iceberg. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 459, 2021, pp. 25-55.

³⁰ GONZÁLEZ-COBALDA, Estefanía, et al. La regulación del trabajo de plataformas en línea: puntos críticos más allá de la punta del iceberg... *Op. Cit.*, pp. 25-55.

obstante, en este sentido, otro elemento que dificulta la labor de regular este mercado de trabajo es que en situaciones análogas, como la limitación de la jornada en el contexto de la actividad en las plataformas de reparto, existe cierto rechazo por parte de algunas personas trabajadoras al considerar que es una forma de perjudicar sus ingresos (porque sufren una situación de necesidad que únicamente permite reparar en su subsistencia). Por lo que, también será necesaria una labor divulgativa que dé confianza a la ciudadanía en cuanto a la garantía de los marcos jurídico-laborales de protección por los que abogamos.

Yendo un poco más allá en los objetivos de transparencia fijados por la DTPD, quizás procede que nos cuestionemos si realmente debemos conformarnos con pensar que resulta imposible que las plataformas organicen mínimamente el trabajo y lo asignen con margen suficiente para que las personas trabajadoras puedan disponer de una mínima certidumbre y no vivan con tanta angustia. Cabe insistir en que la trasposición de la DTPD nos permite mejorar el contenido mínimo que establece y quizás deberíamos dar un paso más y no quedarnos en la transparencia sino en la limitación del empleo de fórmulas que atentan sistemáticamente contra el bienestar de las personas. Debemos pensar que la necesidad de ejecutar estas tareas no es algo pasajero, sino que es un mercado de trabajo en crecimiento. De igual manera, se debería velar por una desconexión digital efectiva en cumplimiento del artículo 20 bis del TRLET, de forma que cuando la persona no esté conectada a la plataforma no pueda recibir avisos de ofertas y análogos.

El eje vertebrador del funcionamiento de estas plataformas, bien definido por WEIL como “pegamento organizativo”, lo conforman los algoritmos. La DTPD no deja resueltas algunas incógnitas relacionadas con la limitación del empleo de algoritmos para ejercitar los poderes de dirección y control. Existe un estudio específico sobre este aspecto³¹. Entre otras críticas, el referido estudio destaca que entre las obligaciones relacionadas con la transparencia en la toma de decisiones no se recoge expresamente el supuesto de que se produzca un cambio en la “tasa” de pago. No obstante, podría decirse que cabe otra interpretación distinta del precepto núm. 9.1 de la DTPD, puesto que, al añadir la expresión “o cualquier decisión con efectos equivalentes o perjudiciales” se está ampliando el ámbito de aplicación. Es decir, interpreto que el ejemplo descrito sería subsumible en dicha fórmula. Este estudio también manifiesta una falta de desarrollo suficiente de las competencias de las autoridades nacionales para intervenir en caso de cometerse infracciones por parte de las plataformas, así como pautas expresas sobre cómo cumplir con las obligaciones relativas a la prevención y a la compensación a las que quedan sujetas.

No obstante, lo que más llama la atención tras el análisis de la DTPD es una contradicción, desde mi punto de vista, notoria, que se ha generado en tanto a la limitación del empleo de los sistemas automatizados para la toma de decisiones que repercuten negativamente en las personas trabajadoras. Puede que esta cuestión constituya el punto más controvertido a la hora de proceder a la transposición, ya que podrán distinguirse dos posiciones en la discusión: la que aboga por limitar el poder *ex* artículo 10.5 de la

³¹ POTOCKA-SIONEK, Nastazja. Gestión de algoritmos. El caso del trabajo en plataformas. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, 2024, pp. 47-67.

DTPD que parece prohibir tajantemente el empleo de algoritmos y la que aboga por que únicamente se pueda exigir la motivación de las decisiones en aras de una mayor transparencia, esto es, un control *ex post*, a tenor de los artículos 9.b).iv) y 11.1 párr. 2º, que son contrarios al primer precepto citado. El considerando nº 48 de la DTPD establece que “...*teniendo en cuenta las graves repercusiones que tienen para las personas que realizan trabajo en plataformas las decisiones de restringir, suspender o cancelar su relación contractual o su cuenta, o cualquier decisión que genere un perjuicio equivalente, dichas decisiones deben ser adoptadas siempre por un ser humano*”. Parece que tanto al considerando como al precepto 10.5³² se le puede dar una interpretación literal de forma que el verbo “adoptar” (téngase en cuenta que en los preceptos contradictorios se utiliza la fórmula “o, en su caso, adoptada”) debería suprimirse de los artículos que contradicen la prohibición del artículo décimo en relación con el considerando 48º. Sorprendentemente, puede que únicamente contemos con otro estudio³³ que haya detectado y puesto de manifiesto la planteada contradicción, que puede llamar la atención desde la primera lectura de la DTPD. Esto muestra que en lugar de velar por la prevención del problema, el foco está claramente centrado en el control *a posteriori*.

Puede observarse que la Directiva alude en distintas ocasiones a circunstancias que son propias de las dinámicas abusivas de las plataformas, porque es notorio que los algoritmos que utilizan están entrenados con pautas discriminatorias para la toma de decisiones y que los sistemas de vigilancia y control son perjudiciales para la salud mental. Si bien establece algunos pilares que tienen por objeto la prohibición de algunas de esas prácticas, a nivel interno el legislador tendrá que conformar un marco para su efectividad. El abanico de las cuestiones sobre la transparencia exigidas por el artículo noveno es amplio y cabe destacar, dadas las prácticas de algunas plataformas a la hora de adoptar cambios sorpresivos incluso basándose en las cláusulas contractuales, el mandato establecido en el artículo 9.3.b) de la DTPD en cuanto a la obligación de informar a las personas trabajadoras de forma previa a la adopción de cambios que afecten a las condiciones laborales organizativas y de seguimiento.

También parece oportuno no quedarnos en la superficie de la llamada auditoría algorítmica, sino contar con comités éticos que garanticen que los empleadores no puedan valerse con tanta facilidad de estas herramientas para actuar conforme a dinámicas abusivas. Esto puede relacionarse con el mandato de disponer de recursos suficientes que sirvan para evaluar y supervisar las decisiones tomadas o respaldadas por sistemas automatizados de seguimiento y toma de decisiones conforme a lo establecido por el artículo 10.2. de la DTPD. Este precepto incluye la facultad de anular las decisiones automatizadas, así como la garantía de protección de las personas que velan por los derechos de las personas trabajadoras frente a posibles represalias, en la misma línea que los preceptos 22 y 23.1 de la DTPD.

³² “Toda decisión de restringir, suspender o poner fin a la relación contractual o a la cuenta de una persona que realice trabajo en plataformas, o cualquier otra decisión que cause un perjuicio equivalente, será adoptada por un ser humano.”

³³ FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio. La presunción de laboralidad y la gestión algorítmica en la Directiva 2024/283... *Op. Cit.*, p. 92.

Cabe destacar que otro de los retos al que tarde o temprano el legislador tendrá que prestar más atención será el de extender el desarrollo del control de los sistemas automatizados al mercado fuera de línea, en el que progresivamente se van incorporando estos modelos de dirección y control. Propuesta que se encuentra entre las políticas recomendadas por el Instituto Sindical Europeo³⁴.

Otra cuestión que puede sorprender e inquietar al mismo nivel que la contradicción en cuanto a la exigencia de la intervención humana es la naturalidad con la que la DTPD se refiere a la denegación de la remuneración. Teniendo en cuenta la gravedad que reviste y las garantías que se requieren en nuestro sistema para imponer ese tipo de sanción y conociendo las prácticas de denegación de la retribución que se llevan a cabo con total ligereza por parte de las plataformas (como consecuencia de la decisión automatizada de un algoritmo por cuestiones como no finalizar la tarea en determinado tiempo o realizarla de forma distinta a otras personas, entre otras tantas casuísticas que serían inaceptables en las relaciones laborales por cuenta ajena del mercado de trabajo fuera de línea) la DTPD podría haber formulado un marco de protección al respecto en vez de incluir, sin más, la alusión a dicha práctica durante todo el texto.

Mediante la aproximación al perfil de este nuevo precariado, se ha enfatizado el caso de las mujeres en cuanto a cómo se traslada la discriminación estructural a este mercado de trabajo, por ejemplo, acentuándose la brecha salarial. En este sentido, el papel de los algoritmos, hasta ahora potenciador de los sesgos y estereotipos tras la denominada “caja negra del algoritmo” (representación de la opacidad de los sistemas automatizados y de la asimetría informativa), también puede utilizarse como herramienta de prevención³⁵. Esta labor requerirá un trabajo multidisciplinar que afronte la discriminación algorítmica con una mirada interseccional. Este aspecto también ha de desarrollarse en la línea del artículo 10.3 de la DTPD que exige tomar medidas cuando se advierta un riesgo elevado de discriminación mediante el empleo de los sistemas automatizados.

Una cuestión que se echa en falta en el desarrollo de la DTPD ha sido que en lo relativo a la seguridad y salud se prevea una especial atención y protección al colectivo de personas trabajadoras dedicadas a la moderación de contenidos. En cierta medida, este silencio puede quedar cubierto si el legislador español aprovecha esta oportunidad para, como vengo insistiendo, actualizar el cuadro de enfermedades profesionales de forma que incluya los riesgos psicosociales específicos asociados a esta actividad y obligue a las plataformas a establecer medidas preventivas más allá del mandato expreso del artículo 12 de la DTPD. Además de las fórmulas habituales en esta materia, dicho precepto 12º contiene una que es muy valiosa: una prohibición expresa de utilizar sistemas automatizados de seguimiento o de toma de decisiones “*de manera que se ejerza una presión indebida sobre los trabajadores de plataformas o se ponga en riesgo de algún otro modo la seguridad y la salud física y mental de los trabajadores de plataformas*”. En esta prohibición se

³⁴ ALOISI, Antonio y RAINONE, Silvia. *The EU Platform Work Directive, What's new, what's missing, what's next?* The European Trade Union Institute (ETUI), 2024.

³⁵ GERARDS, Janneke; XENIDIS, Raphaële. *Algorithmic discrimination in Europe Including summaries in English, French and German Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*. Comisión Europea, 2021.

podrían encuadrar prácticamente todas las formas de las que se valen las plataformas para abusar de las personas trabajadoras con ocasión de las prácticas de seguimiento y toma de decisiones automatizadas. En esta línea, estimo que la transposición de la DTPD es el momento oportuno para atacar ciertas dinámicas que no han sido abordadas con suficiente rotundidad (como lo mencionado en cuanto a la denegación de la remuneración). A tenor del artículo 12.5 de la DTPD, también deberán garantizarse canales de denuncia adecuados frente al acoso. En definitiva, la actualización del cuadro de enfermedades profesionales va de la mano de la adaptación de la LPRL de forma que se desarrollen las medidas de prevención de los riesgos relacionados con el trabajo en las plataformas digitales en general y en especial, los riesgos psicosociales que provoca el trabajo en las microtarefas en línea y la moderación de contenidos como su máxima expresión.

Otra de las cuestiones que podría aprovechar a afrontar el legislador como forma de mejorar el contenido de la DTPD a nivel interno es el tratamiento de los sistemas de calificación de las personas, que repercute en su reputación y en su situación laboral. El hecho de que las personas sean valoradas por algoritmos o clientes a partir de cuestiones que no determinan verdaderamente sus competencias ni su comportamiento genera una inseguridad jurídica de suficiente gravedad como para buscar una forma de delimitar el poder de los clientes y los sistemas automatizados sobre la calificación de las personas trabajadoras, que deje de lado las fórmulas que las cosifican.

La cuestión relativa al marco de protección de datos personales es uno de los objetivos principales de la DTPD y es que, desgraciadamente, es un ámbito en el que se han cruzado todas las líneas de la esfera privada de las personas y de ahí la necesidad de poner límites para que no se traten datos tan sensibles como los mencionados por su artículo séptimo: el estado emocional o psicológico de las personas trabajadoras, sus conversaciones privadas, características o situaciones personales o administrativas, orientación sexual, datos biométricos, sanitarios, su sindicación, su orientación política, etc. Consecuentemente, resulta necesario limitarlo mediante la actualización de nuestra normativa de protección de datos, por mucho que en teoría se realicen evaluaciones de impacto *ex* artículo 8 de la DTPD.

Del análisis de la DTPD se extrae una especial pretensión de divulgación, orientación y formación para que todas las partes implicadas (plataformas, autoridades competentes, personas trabajadoras y ciudadanía en general) comprendan la presunción de laboralidad y se aplique eficazmente, poniendo especial énfasis en el rol de la ITSS, de forma que sea proactiva y desarrolle competencias adecuadas para detectar y perseguir a las plataformas incumplidoras. La formulación de las normas que contienen estos conceptos (el artículo sexto sobre el marco de medidas de apoyo y el artículo vigésimo séptimo) es imperativa y a mi modo de ver lo que busca es muy importante, pero es difícil de articular desde dos puntos de vista principales. El primero, en cuanto a autoridades competentes (como la ITSS), dado que supondrá un verdadero reto modernizar sus técnicas previa formación y sensibilización sobre esta realidad para la detección de las situaciones fraudulentas. El segundo, de cara a la ciudadanía, ya que es complejo lograr un acercamiento efectivo y accesible para todas las personas. En relación con la consecución de esta última pretensión resultan interesantes las iniciativas de “lectura fácil”

que ya comienzan a incorporarse tanto en vía administrativa como judicial y que tienen por objeto evitar las barreras de comprensión que suponen los tecnicismos jurídicos. Lo cierto es que esta es una labor complicada que trasciende de la temática de los derechos de las personas trabajadoras en el ámbito de las plataformas digitales de trabajo, ya que deberíamos intentar acercar la totalidad de las ramas del Derecho a la ciudadanía como herramienta preventiva y como manifestación de la justicia social.

3. Retos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Como no podía ser de otra manera, la ITSS queda definida como uno de los cuatro pilares fundamentales del marco de apoyo que exige la DTPD mediante su precepto sexto. Estas plataformas huyen de sus responsabilidades como empleadoras de hecho, que deberían declarar su actividad automáticamente en la línea del artículo 16 de la DTPD, lo que en nuestro ordenamiento no requiere mayor desarrollo por las obligaciones inherentes a la posición del empresario. Detectar su actuación debería ser posible.

Es importante destacar la forma garantista en la que se ha fijado el ámbito de aplicación de la DTPD, puesto que *“se aplica a las plataformas digitales de trabajo que organizan el trabajo en plataformas realizado en la Unión, independientemente de su lugar de establecimiento o del Derecho aplicable”* (artículo 1.3). Es decir, es una fórmula que ataca directamente una de las estrategias fundamentales que emplean las plataformas para evadir sus responsabilidades: atomizar y deslocalizar al máximo.

Desgraciadamente, si hay algo que caracteriza especialmente las situaciones fraudulentas en el mercado laboral *online*, es la desventaja con la que tendrá que actuar la ITSS por la facilidad con la que se inician las relaciones y por el contexto en el que se entablan. En cuestión de minutos se puede emprender una prestación de servicios ya que simplemente se requiere un dispositivo con acceso a internet y en la mayoría de ocasiones las personas trabajan desde sus domicilios. La cuestión es, ¿cómo pueden inspeccionarse estos movimientos? Lo que parece evidente es que los métodos tradicionales de la ITSS como pueda ser el personarse en los centros de trabajo devienen inútiles y directamente imposibles por la mencionada realidad sobre la “inespacialidad laboral”.

Ante el reto que supone la adaptación de la ITSS a las formas atípicas de empleo, existe un plan de la OIT que resulta de interés³⁶. Si bien se refiere al caso de la modernización de la Inspección de Argentina, nos aporta unas ideas que son extrapolables a la actuación inspectora española. Este informe parte de una consideración rotunda sobre la necesidad de detección temprana y de afrontar el fraude en un mercado de trabajo que se caracteriza por la falta de registro de las actividades empresariales y las condiciones laborales precarias. Para lograr una detección que permita responder de forma eficaz ante esta rápida transformación del mercado de trabajo, se considera fundamental la creación

³⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Plan de formación integral para una Inspección de Trabajo Moderna y eficiente en Argentina.- Módulo 11: La inspección del Trabajo y las formas atípicas de empleo*. Oficina de País de la OIT en Argentina, 2018-2020. Pp. 63-68.

de equipos o unidades especiales. Esto es, contar con equipos formados por personas inspectoras especializadas en las formas atípicas de empleo facilitando formaciones permanentes sobre la materia (y yo diría que también por personas expertas en ingeniería informática que puedan cooperar para adoptar medidas de investigación que se adecúen a la forma en la que se desarrolla la actividad laboral y detectar la actividad no declarada de las plataformas que operan en España). A su vez, la ITSS tendrá que dotarse de medios técnicos y herramientas que faciliten la detección de las prácticas fraudulentas. También es importante que se dé una cooperación interinstitucional de forma que el análisis comparativo de los datos de las distintas instituciones (de la Seguridad Social, tributarias, etc.) puedan revelar incoherencias de los infractores. El citado plan trae a colación el ejemplo de la metodología utilizada por la ITSS española para detectar las actividades de reparto de las plataformas digitales de trabajo basadas en la localización. En dicho contexto se realizaron requerimientos de documentación a las empresas que explotaban las aplicaciones y se realizaron entrevistas a las personas trabajadoras de estas plataformas. Visto el éxito de la estrategia, quizás cabría trasladar la metodología para la detección de la actividad de las plataformas de trabajo basadas en la web dedicadas a las microtarear en línea.

4. Retos de los agentes sociales

En otro orden de cosas, ¿cómo podemos aplicar los principios del trabajo decente a la economía digital desde el marco de las relaciones laborales colectivas? ¿Cómo podrá el legislador cumplir con el mandato de promover la negociación colectiva que contiene el artículo 25 de la DTPD?

Este reto es más complejo que otras discusiones en torno a la afectación de la digitalización a las relaciones laborales colectivas, puesto que estas han de construirse partiendo de cero en un contexto de relaciones laborales multipartitas donde el colectivo de personas trabajadoras está dividido y distribuido por todo el planeta. En el contexto de los retos de los agentes sociales ante el trabajo en línea, la doctrina se refiere a este fenómeno como la “remercantilización del trabajo”, que alude a que tras la apariencia de una forma novedosa de trabajo se esconde la misma precariedad de las formas tradicionales. Las condiciones que rodean a esta forma de trabajo no propician que las personas trabajadoras puedan desarrollar relaciones colectivas de trabajo. Principalmente, porque trabajan de forma aislada (no existe un lugar de trabajo físico compartido) y repartidas por todo el planeta, lo que dificulta que se sientan identificadas con el colectivo. Esta cuestión resulta una diferencia importante respecto al colectivo de personas trabajadoras de plataformas basadas en la localización dedicadas a las tareas de reparto, dado que, se observa cómo estas últimas pueden conseguir encontrarse y organizarse. En este sentido, los canales de comunicación en línea pueden constituir una valiosa herramienta³⁷.

³⁷ PIASNA, Agnieszka y ZWYSEN, Wouter. Vino nuevo en odres viejos: la sindicación y la negociación colectiva en la economía de plataformas. *Revista Internacional de Investigación Sindical*, vol. 11, nº 1-2, 2022, pp. 37-50.

Sin perjuicio de la dificultad a la que se enfrentan las personas sumidas en este mercado laboral, de toda esta situación de precariedad en torno al trabajo en las plataformas de microtarefas en línea podemos destacar algo positivo: que las personas trabajadoras, aun encontrándose ante la dificultad que supone organizarse ante un fenómeno tan atomizado y globalizado están siendo capaces de utilizar los medios de comunicación a su disposición, como puedan ser los foros o las redes sociales. También, que existen estudios especializados mediante los que se buscan distintas formas de comunicación y colaboración entre las personas trabajadoras de este mercado de trabajo, que permitan combatir la competitividad a la que de forma general se ven sometidas por el modelo de negocio insostenible e irresponsable de las plataformas³⁸. Si bien existían algunos ejemplos de foros intervenidos por las plataformas y por ende desprovistos de seguridad para las personas trabajadoras, gracias al artículo 20 de la DTPD, los Estados miembros estarán obligados a garantizar que las personas trabajadoras tengan acceso a medios de comunicación privados y seguros. Por lo tanto, los foros o medios análogos podrán constituir un espacio de articulación colectiva.

No obstante, también se observa una evidente carencia de un sentido de identidad profesional colectiva generada por el aislamiento en el que trabajan estas personas, que provoca que, tal y como recoge la OIT en un estudio especializado sobre las relaciones colectivas de trabajo en el ámbito de la economía en las plataformas, la mayoría de las personas trabajadoras (el 58%) refieran no acudir a sindicatos u otras organizaciones para consultar las vicisitudes de su relación laboral y trabajar el contexto del régimen de externalización que pueda dar pie a una mejor protección³⁹.

Como se ha adelantado, por mor de lo establecido en el art. 25 de la DTPD, los Estados miembros tienen que adoptar medidas adecuadas para promover el papel de la negociación colectiva en el trabajo en plataformas. En este sentido, la OIT nos plantea la necesidad de establecer mecanismos para encontrar soluciones negociadas a través de un interlocutor accesible y expone una iniciativa llevada a cabo en Alemania, consistente en la aprobación de un código de conducta común entre ocho plataformas de microtarefas (con el apoyo de la Asociación Alemana de Externalización Abierta) que contiene principios para la externalización abierta y por el que se crea una oficina de mediación encargada de recibir las quejas de las personas trabajadoras de las plataformas suscriptoras. Mediaciones que se dan entre representantes de las plataformas, de las personas trabajadoras y de la Asociación Alemana de Externalización de Microtarefas⁴⁰.

Como solución a la atomización de las plantillas y su articulación transnacional, existe la propuesta de legislar de forma que se considere la organización de la plataforma como un establecimiento único a efectos de formar órganos unitarios de representación que sirva de base para construir estructuras representativas sin que pueda

³⁸ BECKER, Annika, et al. Cooperative solidarity among crowdworkers? Social learning practices on a crowdtesting social media platform. *Convergencia*, vol. 30, nº 1, 2024, pp. 428-449.

³⁹ HADWIGER, Felix. *Aprovechar las oportunidades de la economía de plataformas digitales mediante la libertad sindical y la negociación colectiva*. Ginebra, ILO Working Paper, nº 80 2023. P. 25.

⁴⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Hacer realidad el trabajo decente... Op. Cit.*, p. 89.

dividirse en diversos centros de trabajo⁴¹. De esta forma, el desarrollo de las relaciones colectivas no queda condicionado a las exigencias clásicas. Esto es, se considera que la actualización del marco jurídico regulador del concepto de centro de trabajo es un buen punto de partida⁴².

También se considera que debemos abogar por acuerdos sectoriales que posibiliten la extensión de su cobertura en lugar de llevar a cabo negociaciones más fragmentadas a nivel de empresa⁴³.

Otra idea que se proyecta desde la OIT es la creación de comités de empresa internacionales en respuesta al trabajo deslocalizado en régimen de externalización abierta que se adecuen al carácter transnacional de las características de las plataformas de trabajo en línea dispuestas a dialogar. No obstante, las distintas jurisdicciones implicadas y la necesaria colaboración de las partes probablemente constituyan el principal obstáculo. Esta doctrina plantea la adopción de convenios adaptados a contextos transfronterizos, sea con la negociación entre federaciones sindicales mundiales y grandes empresas multinacionales (convenios marco internacionales) o mediante negociaciones multipartitas a nivel sectorial por las que se regule esta modalidad de trabajo emergente. Como no puede ser de otra manera, estas estrategias no podrán prosperar ni plantearse si se desconoce la naturaleza de estas plataformas, sus cadenas de valor y sus prácticas abusivas⁴⁴.

La novedad del carácter transnacional del trabajo en las plataformas de microtare...

reas en línea y su heterogeneidad hacen que todavía no exista un enfoque universal en materia de diálogo social y organización. Ello no obsta a que impulsemos una cooperación internacional que nos permita desarrollar mecanismos suficientes para la detección de la actividad de las plataformas, garantizar los derechos mínimos reconocidos por la DTPD y las respectivas mejoras aplicables en cada territorio.

En cuanto a los retos de los agentes sociales ante el tipo de puestos más peligrosos en el ámbito del trabajo en línea, como ya se ha expuesto, la moderación de contenidos, desde la OIT ya se menciona la necesidad de un nuevo contrato social que garantice unas condiciones laborales decentes más allá de la calificación de su relación laboral⁴⁵.

Deviene imprescindible insistir en que estas medidas no deben adoptarse con vo-

⁴¹ LEGARRETA, Ricardo Esteban; YSAS, Helena. El (micro) trabajo en línea para plataformas en España... *Op. Cit.*, pp. 65-148.

⁴² FERNÁNDEZ-RAMÍREZ, Marina, et al. La negociación colectiva ante la digitalización de las condiciones de trabajo. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo Laborum*, Ediciones Laborum, nº. 10, 2024, pp. 101-122.

⁴³ PIASNA, Agnieszka y ZWYSEN, Wouter. Vino nuevo en odres viejos... *Op. Cit.*, p. 48.

⁴⁴ JOHNSTON, Hannah. Geografías laborales en la economía de plataformas. Entender las estrategias de representación colectiva en el contexto del trabajo digital. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 139, nº 1, 2020, pp. 27-50.

⁴⁵ WAMBUI WAMAI, Jacqueline, et al. Un nuevo contrato social para las plataformas de redes sociales: priorizando los derechos y las condiciones laborales de los creadores y moderadores de contenido. *Revista Internacional de Investigación Laboral*, vol. 12, nº 1-2, 2023, pp. 16-17.

Mientras esto no sea así, mientras siga existiendo este puesto de trabajo que expone a las personas a una merma psicológica extrema, parece acertado que la OIT invoque la necesidad de un nuevo contrato social. Entre los mecanismos que se proponen destacan las redes de apoyo consistentes en servicios de orientación y formación para afrontar la exposición al contenido extremadamente violento. Especialmente, que las empleadoras faciliten herramientas y apoyo diverso y especializado en salud mental. A su vez, el exigir condiciones que eviten que las personas trabajen con temor a consecuencias perjudiciales como el rechazo del trabajo realizado por tener que ejecutarlo en determinado tiempo o la obligación de alcanzar determinados umbrales de visualizaciones por jornada. En este nuevo contrato social, el papel de los sindicatos es crucial debido a que con ocasión de la transposición de la DTPD ocupan una posición que posibilita el ejercer presión para exigir marcos jurídicos de protección suficientemente desarrollados.

De las ideas expuestas puede extraerse la conclusión de que, tal y como refiere parte de la doctrina, la vertebración actual de la dinámica colectiva española es muy rígida y complicada de aplicar en los nuevos modelos empresariales y es por ello que deberíamos establecer un diálogo social más amplio y buscar vías de actuación flexibles⁴⁶.

5. Reflexiones finales

El trabajo deslocalizado en régimen de externalización abierta ofertado por las plataformas digitales basadas en la web dedicadas a las microtarear en línea es un fenómeno multifactorial que ha de abordarse desde distintas perspectivas. Sin perjuicio de las mejoras que deberían introducirse mediante su transposición, la DTPD supone un gran avance y es una forma de obligar al legislador español a abrir la mirada hacia la diversidad de las plataformas digitales de trabajo, comenzando por ampliar la presunción de laboralidad y evitando caer en una perpetuación de la superada discusión sobre la falsa autonomía. Considero que también quedamos obligados a visibilizar el problema y divulgar de forma accesible para la ciudadanía los derechos y obligaciones que derivan de esta actividad laboral.

Si bien se ha centrado el foco en el papel del legislador, la ITSS y los agentes sociales como principales actores que pueden contribuir a la consecución de la protección de este colectivo, opino que como sociedad necesitamos reflexionar acerca del origen de esta tecnología, ya que como revelan los análisis de la OIT y el resto de estudios sobre la materia, la automatización de las múltiples herramientas que sirven para facilitarnos el día a día no es casual sino que responde al trabajo de personas trabajadoras que han de ser visibilizadas y protegidas.

También procede que nos cuestionemos qué queremos para el futuro de las relaciones laborales. Frente a mercados de trabajo cada vez más deshumanizados que dilatan

⁴⁶ FERNÁNDEZ-RAMÍREZ, Marina, et al. La negociación colectiva ante la digitalización de las condiciones de trabajo... *Op. Cit.* 116.

la asimetría de las relaciones laborales, convendría, además de conformar una protección normativa suficiente en los términos que se han ido desgranando, insistir en una evolución de los poderes de dirección y control que se aleje de la hipervigilancia y que provea un clima de confianza en el entorno laboral, sin que este quede reservado para los empleos altamente cualificados, en pos de la dignidad de las personas, de su salud mental y de la sostenibilidad de los modelos organizacionales. También convendría garantizar medidas que impidan la irrupción en la esfera personal de las personas trabajadoras mediante el tratamiento de datos a los niveles observados.

Las vías de actuación para la consecución de los objetivos de la DTPD requieren una cooperación internacional, por ejemplo, mediante la facilitación de información que favorezca la detección de la actividad de las plataformas y que cada territorio pueda exigir la aplicación de la presunción de laboralidad y la prelación de normas que de ella derivan. También será determinante para lograr el desarrollo de las relaciones laborales colectivas ante el altamente atomizado, globalizado y aislado colectivo de personas trabajadoras.

Junto a la perspectiva internacional, resulta esencial abordar el problema con un enfoque aperturista que permita la modernización de la ITSS y de las relaciones colectivas de trabajo para su adaptación al trabajo en línea.

Igualmente, debemos afrontar el problema teniendo en cuenta las especificidades del mercado de trabajo, sin caer en simplificaciones ni quedarse en la superficie. Por un lado, exigiendo unas condiciones decentes que impidan que las plataformas sigan imponiendo las diversas dinámicas abusivas tratadas, entre las que destacan las relativas al tiempo de trabajo y la denegación de la remuneración por el trabajo efectivamente realizado, sobre lo que la DTPD no se pronuncia más allá del deber de motivación y transparencia de la decisión por el empleo de sistemas automatizados. Por otro lado, exigiendo que asuman su posición de empleadoras de inicio a fin en las relaciones laborales por cuenta ajena, que organicen la actividad para garantizar la flexibilidad que publicitan como estrategia de captación y que, sin dejar margen de duda, las decisiones que afectan a las personas trabajadoras sean adoptadas por personas y de forma transparente, con garantías y disponiendo de vías asequibles para su impugnación.

A su vez, resulta esencial intentar establecer mecanismos de prevención y dejar de centrar el foco exclusivamente en la reparación. Reparación, que como se ha podido comprobar, en ocasiones no tiene cabida porque el daño provocado es de tal gravedad que resulta imposible. Mientras no se automatice por completo la tarea más peligrosa para la salud mental, la moderación de contenidos, al menos debería actualizarse el cuadro de enfermedades profesionales de una vez por todas.

Sin perjuicio de la diversidad y complejidad de los retos que se nos presentan para afrontar esta realidad, resulta muy esperanzador contar con una Directiva que aborde lo que la OIT ya pronostica como “la próxima pandemia de la precariedad” y que, insisto, no es el futuro del trabajo, sino una realidad internacional que requiere respuestas cooperativas.

Bibliografía

- ADAMS-PRASSL, Abi y BERG, Janine. When home affects pay: An analysis of the gender pay gap among crowdworkers. En: INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The future of diversity*, Geneva, 2021, pp. 95-119.
- ALOISI, Antonio y RAINONE, Silvia. *The EU Platform Work Directive, What's new, what's missing, what's next?* The European Trade Union Institute (ETUI), 2024.
- ALOISI, Antonio, et al. *¿Una tarea inconclusa? Armonizar la directiva relativa al trabajo en plataformas con el acervo social de la Unión Europea e internacional*. Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2024.
- BAIOCCO, Sara, et al. *The algorithmic management of work and its implications in different contexts*. Sevilla, European Commission, 2022.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel. El concepto de “tiempo de trabajo” ante el nuevo paradigma laboral. Desplazamientos, tiempos de presencia y guardias de disponibilidad y localización. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, nº 3, 2023, pp. 94-123.
- BECKER, Annika, et al. Cooperative solidarity among crowdworkers? Social learning practices on a crowdtesting social media platform. *Convergencia*, vol. 30, nº 1, 2024, pp. 428-449.
- EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK (EU-OSHA). *Digital platform work and occupational safety health: overview of regulation, policies, practices and research*. Bilbao, 2022.
- EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK (EU-OSHA). *Occupational safety and health risks of online content review work provided through digital labour platforms*. Luxembourg, 2022.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio. La presunción de laboralidad y la gestión algorítmica en la Directiva 2024/2831 relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. *Revista justicia & trabajo*, nº 5, 2024, pp. 75-96.
- FERNÁNDEZ-RAMÍREZ, Marina, et al. La negociación colectiva ante la digitalización de las condiciones de trabajo. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo Laborum*, Ediciones Laborum, nº. 10, 2024, pp. 101-122.
- GERARDS, Janneke; XENIDIS, Raphaële. *Algorithmic discrimination in Europe Including summaries in English, French and German Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*. Comisión Europea, 2021.
- GONZÁLEZ-COBALEDA, Estefanía, et al. La regulación del trabajo de plataformas en línea: puntos críticos más allá de la punta del iceberg. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 459 (junio 2021), pp. 25-55.
- GUERRERO, María Luisa Pérez. La transposición de la Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas de 2024: ¿norma específica o reforma del Estatuto de los Trabajadores? *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, nº 9, 2024, pp. 149-154.

- HADWIGER, Felix. *Aprovechar las oportunidades de la economía de plataformas digitales mediante la libertad sindical y la negociación colectiva*. Ginebra, ILO Working Paper, nº 80 2023.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), O.A., M.P. *Factores de riesgo psicosocial en el trabajo en plataformas digitales*. Madrid, 2024.
- JOHNSTON, Hannah. Geografías laborales en la economía de plataformas. Entender las estrategias de representación colectiva en el contexto del trabajo digital. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 139, nº 1, 2020, pp. 27-50.
- LASCĂU, Laura, et al. "Sometimes It's Like Putting the Track in Front of the Rushing Train": Having to Be 'On Call' for Work Limits the Temporal Flexibility of Crowdworkers. *ACM Transactions on Computer-Human Interaction*. New York, AMC, vol. 31, nº 2, 2024, 1-45.
- LEGARRETA, Ricardo Esteban y YSAS, Helena. El (micro) trabajo en línea para plataformas en España: estudio empírico y análisis jurídico-laboral. *Iuslabor*, nº 3, 2024, pp. 65-148.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando. Enfermedades del trabajo en la era digital: ¿están las leyes ajustadas a las nuevas realidades? Los trastornos psiquiátricos de un moderador de contenidos de Internet. *Revista de Jurisprudencia Laboral, Boletín Oficial del Estado*, nº 2, 2024, pp. 1-6.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. La salud psicosocial, una condición de trabajo decente: el "neo-taylorismo digital" en clave de (pérdida de) bienestar. En: CORREA CARRASCO, Manuel. *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3,5,8,10)*. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2020, pp. 8-37.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Hacer realidad el trabajo decente en la economía de plataformas*. Ginebra, 2024.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo*. Ginebra, 2019.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Plan de formación integral para una Inspección de Trabajo Moderna y eficiente en Argentina. - Módulo 11: La inspección del Trabajo y las formas atípicas de empleo*. Oficina de País de la OIT en Argentina, 2018-2020.
- PIASNA, Agnieszka y ZWYSEN, Wouter. Vino nuevo en odres viejos: la sindicación y la negociación colectiva en la economía de plataformas. *Revista Internacional de Investigación Sindical*, vol. 11, nº 1-2, 2022, pp. 37-50.
- POTOCKA-SIONEK, Nastazja. Gestión de algoritmos. El caso del trabajo en plataformas. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, 2024, pp. 47-67.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián. La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, 2024, pp. 26-46.

- VALVERDE ASECIO, Antonio José. La propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 168, 2023, pp. 293-338.
- VILA TIERNO, Francisco, et al. Una necesaria revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el tiempo de trabajo en las guardias localizadas conforme al contenido de la Carta Social Europea y su interpretación por el Comité Europeo de Derechos Sociales. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 13, nº 1, 2023, pp. 1-16.
- WAMBUI WAMAI, Jacqueline, et al. Un nuevo contrato social para las plataformas de redes sociales: priorizando los derechos y las condiciones laborales de los creadores y moderadores de contenido. *Revista Internacional de Investigación Laboral*, vol. 12, nº 1-2, 2023, pp. 16-17.

La regulación del trabajo en plataformas digitales. Estado de la cuestión y comentario a cambios normativos

Regulation of work on digital platforms. State of the art and commentary on regulatory changes

Rafael Pardo Gabaldón

Doctor en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universidad de Valencia.

Director del Máster universitario en Abogacía, Procura y Práctica Jurídica y Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Internacional de Valencia

ORCID ID: 0000-0003-4067-6390

Recibido: 31/3/2025

Aceptado: 26/5/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9670

Resumen: El presente estudio analiza una de las cuestiones más controvertidas en los últimos años dentro del Derecho del Trabajo y de Seguridad Social: el trabajo en plataformas digitales, las cuales en la mayoría de casos han recurrido a la contratación mercantil, en ocasiones en fraude de ley. En este sentido, aunque el fenómeno de los falsos autónomos en absoluto se trate de un problema nuevo, sin lugar a dudas ha adquirido una mayor dimensión ante la expansión de este tipo de empresas. A raíz de la trascendental sentencia del Tribunal Supremo 805/2020 de 25 de septiembre, que determinó la existencia de relación laboral de los repartidores de las plataformas, el legislador español de un lado aprobó la ley 12/2021 (conocida como “Ley rider”) y de otro lado estableció un nuevo tipo penal (art.311.2 CP) que castiga con penas de prisión a quienes contraten de manera fraudulenta. Asimismo, se comenta también la directiva la Directiva 2024/2831, que aborda la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas de una manera mucho más amplia.

Palabras clave: Plataformas digitales, falsos autónomos, fraude de ley, gestión algorítmica

Abstract: This study focuses on one of the most controversial issues in recent years within labor and social security law: platform work, which in most cases has resorted to commercial contracting, sometimes in fraudulent practice. In this sense, although the phenomenon of false self-employment is by no means a new problem, it has undoubtedly acquired greater dimensions as a result of the proliferation of this type of company. Following the momentous Supreme Court ruling 805/2020 of September 25, which established the existence of an employment relationship for platform delivery drivers, the Spanish legislator, on the one hand, approved Law 12/2021 (known as the “Rider Law”) and, on the other, established a new criminal offense (Article 311.2 of the Criminal Code) that punishes those who hire fraudulently with prison sentences. The directive 2024/2831 is also discussed, which addresses the improvement of working conditions in platform work in a much broader way than the national standard.

Keywords: Digital platforms, false self-employment, legal fraud, algorithmic management.

1. Estado de la cuestión y consideraciones previas

1.1. La tradicional problemática de los falsos autónomos

Sin lugar a dudas, uno de los grandes problemas relacionados con el encuadramiento en seguridad social de los trabajadores, es en ocasiones la utilización fraudulenta de la contratación mercantil para enmascarar relaciones profesionales que en realidad son de carácter laboral. Este fenómeno, conocido como “efecto huida del Derecho del Trabajo” conlleva recurrir a contratos mercantiles (caracterizados por la autonomía de la voluntad de las partes) para formalizar legalmente relaciones profesionales en las que en la práctica se producen las notas esenciales de dependencia y ajenidad, y que, por tanto, según ha determinado la jurisprudencia de manera reiterada, deberían quedar encuadradas en el marco de la contratación por cuenta ajena.

Las causas según las cuales una parte del tejido empresarial (en España y en todo el mundo) recurre a esta especie de “ficción jurídica”¹ o “fraude de ley” son de diversa índole. Aunque, bajo mi punto de vista, fundamentalmente responderían a cuatro concretamente.

- En primer lugar, a una cuestión de flexibilidad, al poder finalizar la relación laboral con el trabajador en cualquier momento, sin tener que afrontar por ello obligaciones de carácter laboral.
- En segundo lugar, a una cuestión económica, no ya por los costes directos salariales (en muchas ocasiones lo cierto es que los falsos autónomos ganan más dinero que los verdaderos asalariados), sino por otros gastos de diversa índole que debe afrontar todo empresario, como es el caso de las vacaciones, indemnizaciones por despido, planes de prevención de riesgos laborales o planes de igualdad en su caso. Y por no hablar de los gastos de seguridad social,² que en el caso del régimen general son directamente proporcionales al salario percibido.
- En tercer lugar –y determinante según mi opinión– a una cuestión de productividad, al entender que un trabajador sin ingresos fijos, cuya remuneración depende exclusivamente de los resultados de su trabajo, estará mucho más enfocado hacia la proactividad y motivado para ser lo más productivo posible en su trabajo, aun a costa de incrementar sus horas de trabajo y sacrificar la conciliación de la vida profesional y personal. Y, en cuarto lugar –y no menos importante– como práctica antisindical, al maniobrar de esta manera para intentar no alcanzar un determinado número de trabajadores, que conlleve

¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Propuestas para una regulación del trabajo autónomo*. Madrid, Fundación Alternativas, 2003, p.51.

² ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, FABREGAT MONFORT, Gemma, Concepto y régimen profesional del trabajador autónomo en ALFONSO MELLADO, Carlos Luis (director), *El trabajador y empresario autónomo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p.24.

la obligación de contar con órganos de representación de los trabajadores (siempre y cuando así sea promovido por los trabajadores), como es el caso de delegados de personal (hasta 10 trabajadores) o comité de empresa (hasta 49 trabajadores).

Considero importante matizar, que optar por la contratación mercantil frente a la contratación laboral, se trata de una opción totalmente legítima, empresarial y jurídicamente hablando, siempre y cuando la relación profesional responda a una verdadera naturaleza mercantil y no exista dependencia y ajenidad. En consecuencia, únicamente hablaremos de ficción jurídica y de la existencia de falsos autónomos, cuando se enmascare a través de una contratación mercantil una relación profesional que en realidad sea de índole laboral.³

En relación a su importancia cuantitativa, lógicamente no existe ningún registro oficial de falsos autónomos. Aunque si cruzamos los datos ente el número de afiliados al RETA publicados por la Tesorería General de la Seguridad Social y los datos de la Encuesta de población activa (EPA) publicados por el INE, podremos comprobar la existencia de más de 170.000 personas, que a pesar de cotizar como autónomos, se consideran trabajadores por cuenta ajena (no Trades) de una sola empresa.⁴

En una relación profesional cualquiera, a la hora de poder determinar si nos encontramos ante una relación mercantil o asalariada, debemos de tener en cuenta que mientras que un profesional por cuenta propia debe desempeñar su trabajo por cuenta propia y con independencia jurídica, por el contrario, el asalariado lo hace por cuenta ajena y sometido a dependencia jurídica en relación al empleador.

Así, por lo desprendido del Estatuto de los Trabajadores (ET), y siempre partiendo de la base de la presunción de laboralidad, establecido en el artículo 8.2, dos serían las notas tipificadoras esenciales presentes en el trabajo asalariado: ajenidad y dependencia.⁵

La ajenidad supone la cesión por anticipado de los frutos del trabajo a su empleador. Y ello significa que el trabajador asalariado no es el propietario del resultado de su trabajo, al haber sido previamente adquirido por el empresario a cambio de un salario. Por otro lado, la dependencia conlleva que la actividad profesional se desarrolle bajo el ámbito de dirección del empresario y por tanto sometido a sus instrucciones.⁶

Por otro lado, son dos las notas tipificadoras esenciales presentes en el trabajo autónomo: por cuenta propia e independencia jurídica. La primera de ellas se traduce, en que los frutos o resultados de su trabajo le corresponden al propio autónomo, mientras

³ PARDO GABALDÓN, Rafael, La protección social de los trabajadores autónomos: una propuesta de mejora. Alfonso Mellado, Carlos Luis, Fabregat Monfort, Gemma (directores). Valencia, Tesis doctoral Universitat de Valencia, 2018, p.84.

⁴ Instituto Nacional de Estadística. (2024). *Encuesta de Población Activa (EPA), primer trimestre, 2024*.

⁵ Art.1.1 Ley de Estatuto de los Trabajadores. “Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

⁶ DESDENTADO DAROCA, Elena, *Lecciones de Trabajo Autónomo. Régimen Profesional y Protección Social*. Albacete, Bomarzo, 2015, p.38.

que la segunda, supone que el trabajador por cuenta propia desempeña su trabajo según su propio criterio y consecuentemente en el marco de su propia dirección.

En este sentido, el mayor problema radica en que muchas veces resultan claramente difusas⁷, las fronteras entre trabajo autónomo y trabajo asalariado, propiciando una enorme conflictividad jurídica, que se remonta al propio nacimiento del Derecho del Trabajo. A este respecto, nuestros Juzgados y Tribunales han intentado resolver la cuestión, a través de la aplicación de la técnica conocida como “haz de indicios”⁸.

Según ha determinado el tribunal supremo reiteradamente, “la dependencia y la ajenidad son los elementos esenciales que definen el contrato de trabajo” Asimismo, “la calificación de la relación como laboral ha de hacerse en cada caso en atención a los indicios existentes, valorando el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio”.⁹ Por tanto, atendiendo al principio de primacía de la realidad, los contratos tendrán la naturaleza derivada de su contenido real, con independencia de la calificación jurídica que pudieran otorgar empresario y trabajador.

Por otro lado, ya desde el siglo pasado, se venía abogando para poder resolver la cuestión, por la sustitución del criterio de dependencia jurídica por el de dependencia económica.¹⁰

En cuanto al poder legislativo en nuestro país, con el claro objetivo de poder resolver esta controversia, se decantó por la creación de la figura legal del TRADE, como una inclusión expresa dentro del trabajo autónomo, lo cual claramente supuso una “verdadera innovación”¹¹ dentro de la histórica Ley de Estatuto del Trabajador Autónomo, aprobada en 2007, por unanimidad parlamentaria.

En este sentido, la mayor aportación de la propia ley al crear la figura del TRADE, además de encuadrarla claramente como relación mercantil, incluso como relación administrativa¹² (en caso de que el cliente principal sea una administración pública) fue precisamente su intento de eliminar las zonas grises existentes entre trabajo asalariado y trabajo autónomo. Así, además del requisito de dependencia económica traducido en la necesidad de obtener al menos un 75% de los ingresos de un solo cliente,¹³ se establecieron otra serie de requisitos que simultáneamente debían cumplirse para quedar

⁷ CRUZ VILLALÓN, Jesús, VALDÉS DAL-RE, Fernando, *El Estatuto del Trabajo Autónomo*. Madrid, La ley, 2009, p.199.

⁸ SUPLOT, Alain (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p.49.

⁹ Entre otras: STS de 24 de enero de 2018 (Rº. 3595/2015), STS de 29 de octubre de 2019 (Rº. 1338/2017), STS de 08 de febrero de 2018 (Rº. 3389/2015), STS de 20 de enero de 2015 (Rº. 587/2014).

¹⁰ SUPLOT, Alain (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p.52.

¹¹ GOERLICH PESET, José María, PEDRAJAS MORENO, Abdón, SALA FRANCO, Tomás, *Trabajo autónomo: nueva regulación*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 40.

¹² ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, FABREGAT MONFORT, Gemma, *Concepto y régimen profesional del trabajador autónomo en ALFONSO MELLADO, Carlos Luis (director), El trabajador y empresario autónomo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p.26.

¹³ Respecto al cómputo de los ingresos según señalaba GOERLICH PESET, José María, en: La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos”, *Justicia Laboral*, núm. 33, 2008, p.30 “el tiempo de dedicación al cliente es, desde este punto de vista, un criterio mucho más nítido”.

catalogado como TRADE y así de paso distinguir claramente a esta figura legal de la de los fasos autónomos.¹⁴

Lo cierto es que la aprobación de la LETA y la creación de la figura legal del TRADE, en modo alguno frenó la conflictividad jurídica y la proliferación de falsos autónomos. Es más, en muchas ocasiones fue utilizado por ciertas empresas para dar una apariencia de legalidad, al formalizar sus relaciones de trabajo con falsos autónomos, a través de la modalidad del contrato TRADE. Lo cual, no dejaba de ser nuevamente una ficción jurídica, cuando en la práctica, continuaban produciéndose las notas esenciales de dependencia y ajenidad.¹⁵

Aunque eso sí, como ventaja novedosa para los trabajadores, a partir de ese momento, las controversias en relación a la interpretación del contrato TRADE (a pesar de su naturaleza mercantil o administrativa), serían dirimidas por los Juzgados de lo Social.¹⁶

Pero por si la cuestión no era ya lo suficientemente conflictiva, la problemática adquirió una dimensión mayor con la proliferación de las plataformas digitales¹⁷ (sobre todo con la llegada a España de Uber a partir de 2014 y de Deliveroo a partir de 2015)¹⁸, caracterizadas por estar gestionadas a través de algoritmos digitales, suponiendo una enorme innovación tanto en la gestión de la actividad empresarial, como en todo lo relativo a las condiciones de trabajo que aquí nos ocupa.

A este respecto, cabe indicar, que en las plataformas digitales son las aplicaciones informáticas, las que, a través de algoritmos,¹⁹ asignan a uno u otro trabajador la presta-

¹⁴ Art. 11.2 Ley 20/2007 de Estatuto del Trabajo Autónomo. “Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones: a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes....

b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.”

¹⁵ A este respecto la OIT en línea con la jurisprudencia del tribunal supremo en su recomendación 198 OIT establece que “la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador”.

¹⁶ PARDO GABALDÓN, Rafael, Los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES), en FABREGAT MONFORT, Gemma (directora), *Revisitar parte de la obra de Carlos L. Alfonso desde una perspectiva actual: Homenaje al profesor Carlos L. Alfonso Mellado con ocasión de su jubilación como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, p.736.

¹⁷ Al respecto según señala TODOLÍ SIGNES, Adrián, “crean una infraestructura invisible que conecta oferta y demanda, facilitando la interacción de los prestadores de servicios y aquellos que necesitan de uno” en: La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales. Madrid, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p.14.

¹⁸ GOERLICH PESET, José María, Plataformas digitales y regulación del mercado de trabajo. Madrid, *ICE, Revista de Economía*, núm. 925, 2022, p.125.

¹⁹ Ibid, p. 134. Al respecto GOERLICH PESET, José María, destaca la importante relevancia adquirida por los algoritmos en la gestión de los recursos humanos.

ción del servicio encargado por el cliente, incluyendo además sistemas de reputación y de evaluación del desempeño²⁰, los cuales podrían exportarse a otras plataformas.²¹

En cuanto a la organización del trabajo,²² para poder justificar el recurso a trabajadores autónomos, desde el primer momento las plataformas digitales intentaron desligarse de la empresa clásica y auto enmarcarse dentro de la “nueva economía” o “economía colaborativa”.²³ Ello entre otras cuestiones, fundamentalmente justificado por la supuesta gran autonomía con la que desempeñaban la actividad sus profesionales colaboradores, como por ejemplo, en el caso de los Riders, al otorgarles la posibilidad de rechazar un pedido²⁴. Aunque eso sí, cabría añadir que ello siempre bajo justificación previa y posible penalización.

Lo cierto, es que la organización del factor trabajo en este tipo de empresas, presentaba una serie de peculiaridades propias nunca vistas anteriormente en la empresa clásica, suponiendo un enorme desafío para el Derecho del trabajo. Y sin lugar a dudas,²⁵ con gran potencial para transformar, tanto el modelo clásico de producción, como las relaciones laborales en su conjunto.

Aunque es cierto que la plataforma se reservaba la organización y control del servicio, ejecutado por el trabajador, lo cual iría más en línea con la gestión del factor trabajo en la empresa clásica, no es menos cierto que el llamamiento abierto en la red a una multitud de trabajadores a la hora de gestionar los pedidos, suponía una significativa innovación. Por otro lado, en relación al pago del servicio, el trabajador no percibía importe alguno por parte del cliente. Así “el precio del servicio abonado por medios electrónicos por el cliente a través de la aplicación se ingresa en una cuenta de la mercantil. Esta, a su vez, paga al restaurante, con la periodicidad que se acuerde, la cantidad que corresponda por los pedidos realizados, previo descuento de la comisión pactada”.²⁶ Lo cual bajo mi punto de vista, claramente sería indicio de dependencia organizativa.

En relación a la postura sobre la calificación jurídica de la prestación de servicios de los trabajadores de plataformas digitales, cabe destacar la gran diferencia de criterio existente entre Juzgados y Tribunales, por un lado, e Inspección de Trabajo y Seguridad

²⁰ FERNÁNDEZ PRIETO, M. (2020). La prestación de servicios a través de plataformas digitales. El caso Deliveroo. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 151, p.195.

²¹ TODOLÍ SIGNES, Adrián, La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales. Madrid, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p. 135.

²² Al respecto señala TODOLÍ SIGNES, Adrián, resulta indudable como “*El trabajo en plataformas digitales ha supuesto en la última década una oportunidad de trabajo para muchas personas*”, aunque también como contrapartida “*riesgos de precariedad, falta de previsibilidad de ingresos, exceso de horas de trabajo y riesgos laborales específicos*” en: La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales. Madrid, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p.26.

²³ Autores como Rodríguez Piñero desde el primer momento consideraron indebida la denominación de “economía colaborativa” en: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social. Sevilla, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 138, 2017, p.160.

²⁴ FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, La prestación de servicios a través de plataformas digitales. El caso Deliveroo. Sevilla, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 151, 2020 p.210.

²⁵ Ibid. p. 196 y ss.

²⁶ Ibid.

Social, por otro. Así, mientras que Juzgados de lo Social –a nivel de pronunciamientos de instancia– y Tribunales Superiores de Justicia –a nivel de pronunciamientos en suplicación–²⁷ emitieron sentencias contradictorias, en las que unos casos otorgaban la razón a las plataformas y en otros a los trabajadores, en cambio la postura de la Inspección se alineaba claramente hacia la existencia de relación laboral. Hasta tal punto que el resultado de sus actuaciones dio origen a diversas sentencias judiciales, entre las que sin duda, destaca sobremanera la sentencia del Tribunal Supremo 805/2020 de 25 de septiembre,²⁸ la cual paso a comentar debido a su especial trascendencia en relación a los cambios normativos que acontecieron posteriormente y que son objeto del presente estudio.

1.2. La trascendental STS 805/2020 de 25 de septiembre, sobre trabajo en plataformas digitales

Esta sentencia, se erige como el gran hito fundamental en nuestro país, en relación a la interpretación de las relaciones laborales en el contexto de la economía digital, y más concretamente en la determinación del encuadramiento en seguridad social de los trabajadores vinculados a plataformas digitales. Esta resolución judicial, (la primera emitida en este ámbito por el tribunal supremo) que serviría de pretexto al Gobierno para la aprobación posterior de la conocida como Ley rider, aborda toda una serie de cuestiones claves sobre la reconfiguración de las relaciones de trabajo, propiciada por este nuevo fenómeno del trabajo en plataformas digitales.

La controversia surge a raíz de una relación de trabajo entre la conocida plataforma digital GLOVO (star tups creada en 2014, formalmente como agencia de transporte)²⁹ y un trabajador que realizaba servicios de reparto como “rider”. Así, mientras el trabajador, reclamaba el reconocimiento de su condición de trabajador por cuenta ajena y consecuentemente la consideración de falso autónomo, la empresa defendía la legalidad de la relación mercantil suscrita entre ambas partes, en un primer momento canalizada a través de contrato mercantil estándar y posteriormente a través de contrato TRADE.

La sentencia fundamentalmente analizaba la presencia o ausencia de las notas tipificadoras de dependencia y ajenidad características del contrato de trabajo, que tradicionalmente venían siendo consideradas clave por parte del tribunal supremo, a la hora de poder determinar la existencia o no de relación laboral. Aunque, en esta ocasión en el marco de esta novedosa modalidad de organización empresarial, basada en la tecnología y algoritmos, la cual claramente presentaba ciertas características diferentes al modelo de empresa tradicional.

²⁷ Ver entre otras: Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia de 1 de junio de 2018 (Procedimiento núm. 244/2018), STSJ Asturias de 25 de julio de 2019 (Rº. 1143/2019), Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Zaragoza de 27 de abril de 2020 (Procedimiento núm. 158/2020) STSJ Cataluña de 21 de febrero de 2020 (Rº. 759/2020).

²⁸ STS de 25 de septiembre de 2020 (Rº. 4746/2019).

²⁹ Al respecto cabe destacar la siguiente afirmación de TODOLÍ SIGNES, Adrián: “*el conflicto jurídico surge porque las plataformas virtuales alegan, en la mayoría de casos, que son meros intermediarios que solamente ponen en contacto la persona que desea un servicio con la persona que lo provee*” en: La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales. Madrid, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 202, p.64.

En relación a la dependencia, el alto tribunal evaluó numerosas pruebas sobre si el rider estaba sujeto o no a las instrucciones y control de la plataforma digital. Y en relación a la ajenidad, evaluó si los riesgos económicos y el fruto del trabajo recaían efectivamente en el trabajador, como así debería suceder en caso de tratarse de un verdadero autónomo. Lo cierto es que la labor del Tribunal Supremo, fue ardua atendiendo a la ingente cantidad de pruebas aportadas por ambas partes, así como a los numerosos indicios tanto de laboralidad como de relación mercantil, presentes en el caso.

En cuanto a los indicios de laboralidad argumentados por el trabajador, de manera sucinta quisiera destacar los siguientes:

- La emisión de ordenes por parte de Glovo al trabajador en cuanto a la ejecución del servicio.
- La puesta a disposición en favor del trabajador de tarjeta de crédito corporativa.
- La necesidad de localización permanentemente a través de GPS.
- El abono de compensación económica en favor del trabajador por tiempo de espera.
- La posesión exclusiva de información esencial para la ejecución la actividad por parte de Glovo, tal como la identidad de los comercios adheridos, pedidos realizados, etc.
- La fijación del precio del servicio por parte de la empresa, así como el resto de decisiones comerciales.
- La emisión de la factura por parte de Glovo correspondiente a la ejecución del servicio por parte del cliente. Lo cual considero que resultaría disparatado en el marco de una verdadera relación mercantil.

Por su parte, como indicios de relación mercantil aducidos por la empresa, considero importante destacar los siguientes:

- La capacidad del trabajador para rechazar clientes o servicios.
- La elección por parte del trabajador de la franja horaria en la que desea realizar el servicio.
- La compatibilidad del trabajador para poder trabajar también con otras plataformas.
- La ausencia de necesidad de justificación de posibles ausencias. Lo cual ciertamente salvo excepciones considero que sería inviable en el marco de una relación laboral.
- La puesta a disposición por parte del trabajador de elementos necesarios para la ejecución de la actividad, tales como motocicleta y teléfono móvil.

Como puede comprobarse, este caso enmarcado dentro de las plataformas digitales, ciertamente presentaba mayores indicios característicos de relación mercantil, en

comparación con otros casos resueltos anteriormente por los tribunales sobre la existencia o no de relación laboral. Hasta el punto, que previamente, tanto el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid,³⁰ como el Tribunal Superior de Justicia,³¹ habían desestimado la demanda del actor, negando la existencia de relación laboral y determinando que efectivamente el trabajador ostentaba la condición legal de TRADE.

Finalmente, el fallo de la sentencia, a pesar de reconocer la existencia de elementos relevantes, que a priori pudieran parecer contrarios a la existencia de contrato laboral, concluyó determinando que la relación profesional reunía los requisitos propios de un contrato de trabajo. Desautorizando de esta manera de forma contundente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, objeto del presente recurso de casación para la unificación de la doctrina.³² Al respecto, considero relevante destacar que el Tribunal Supremo se negó a plantear cuestión prejudicial alguna al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a pesar de su insistencia por parte de Glovo. El argumento del alto tribunal, fue que, en este caso, no existían dudas razonables en relación a la aplicación de la normativa comunitaria.

En cuanto a los argumentos jurídicos más relevantes aducidos por el Tribunal Supremo, a la hora de emitir el fallo de la sentencia, destacaría los siguientes:

- Control algorítmico: Aunque es cierto que no existía una supervisión humana directa, en la práctica el algoritmo actuaba como una herramienta de control efectivo sobre la actividad del trabajador, de tal modo que las decisiones operativas del trabajador estaban significativamente limitadas por la plataforma. Ello claramente denotaría la existencia de dependencia enmarcada dentro del poder de dirección del empresario.
- Determinación de precios y condiciones: GLOVO imponía unilateralmente las tarifas de los servicios abonados por el cliente, así como también todas las condiciones laborales, lo que reforzaría la presencia de ajenidad.
- Medios de producción: Los medios materiales esenciales para el desarrollo de la actividad, no eran aportados por el trabajador, al considerar que la moto y el móvil, en realidad se tratarían de elementos “accesorios”, siendo el programa informático (aportado por la empresa) la infraestructura esencial para la prestación del servicio. A este respecto, el alto tribunal destacaba la escasa inversión económica del trabajador, frente a la cuantiosa inversión de Glovo en la sufragación de la herramienta especializada. A lo cual, creo importante añadir: la ingente inversión en publicidad desembolsada por la plataforma.
- Organización del trabajo: el rider no desarrollaba su actividad con criterios organizativos propios, al considerar que ciertos indicios de la existencia relación mercantil (capacidad de rechazar clientes o servicios, elección de franja horaria, compatibilidad con otras plataformas, no justificación de ausencias)

³⁰ Sentencia Juzgado de lo social de Madrid de 3 de septiembre de 2018 (Procedimiento núm. 417/2018).

³¹ STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019 (Rº.195/2019)

³² Ibid.

quedarían desvirtuados por la existencia de un sistema de puntuación de los repartidores donde se ponía el foco en la realización de servicios en las horas de mayor demanda, así como en el número de servicios ejecutados.

- Poder sancionador: Glovo disfrutaba de un poder para sancionar a sus riders por una serie de conductas diferentes
- Frutos del trabajo: Glovo se apropia del resultado de la prestación del servicio, denotando claramente en consecuencia la existencia de ajenidad.
- Glovo no es una mera intermediaria del servicio de transporte: la empresa en realidad realiza una labor de coordinación y organización del servicio productivo, además de fijar el precio y las condiciones del pago del servicio. Por lo que, para el tribunal supremo, resulta evidente, que, en este caso, nos encontraríamos ante una falsa agencia de transporte.

En definitiva, el Tribunal Supremo –con buen criterio bajo mi punto de vista– a través de esta sentencia no realizó otra cosa que reafirmar su compromiso con los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, aunque eso sí, adaptándolos a este nuevo contexto generado por las plataformas digitales. En este sentido, considero que la relación profesional entre Glovo y este trabajador, a pesar de la existencia de dudas razonables, así como de algunos importantes indicios más típicos de lo que sería una relación mercantil, a tenor de la abundante jurisprudencia anterior del propio Tribunal Supremo, de la normativa específica sobre TRADES, emanada del Estatuto del Trabajo Autónomo –donde recordemos deben reunirse todos y cada uno de los requisitos legales establecidos para ostentar la consideración de TRADE– y la presunción de laboralidad, establecida en el Estatuto de los trabajadores, debe considerarse como relación laboral, al concurrir las notas definitorias del contrato de trabajo.

También considero que, la sentencia además de sentar un importante precedente para futuras reclamaciones de trabajadores en situaciones similares,³³ en cierta manera reconfiguró el concepto de subordinación, al reconocer nuevas formas de control, como es el caso del control algorítmico, propio de las plataformas digitales.

1. Comentario a la ley 12/2021 de 28 de septiembre: “Ley rider”

La repercusión de la sentencia del Tribunal Supremo comentada anteriormente,³⁴ trascendería con creces el ámbito empresarial y jurídico, convirtiéndose desde el primer momento, claramente en foco del debate político. Lo cual, añadido al hecho de la existencia de plataformas específicas de riders ajenas a los sindicatos tradicionales, –las cuales reclamaban la aprobación de legislación específica sobre la cuestión– resultaría claramente

³³ Posteriormente otras sentencias emitieron fallos contra GLOVO en el mismo sentido: Sentencia del Juzgado de lo Social de Santander de 20 noviembre 2020 (Procedimiento núm. 285/2020), Sentencia Juzgado de lo Social de Oviedo de 28 de febrero de 2022 (Procedimiento 559/2019), STSJ Aragón de 19 de septiembre de 2022 (Rº. 638/2022).

³⁴ STS de 25 de septiembre de 2020 (Rº. 4746/2019).

determinante a la hora de la posterior aprobación de la ley 12/2021 de 28 de septiembre, más conocida como “Ley rider”.³⁵

La norma finalmente, sería fruto del diálogo social, ya que después de un intenso debate alargado en el tiempo, conseguiría no solo el lógico apoyo de los sindicatos mayoritarios (CC. OO y UGT), sino sorprendentemente también el apoyo de la parte empresarial presente en la mesa de negociación constituida específicamente para esta cuestión, en octubre de 2020 (CEOE y CEPYME); lo cual por cierto acabaría siendo objeto de ruptura entre la CEOE e importantes plataformas digitales integradas en el seno de la gran patronal, al sentirse traicionadas y abandonadas por la misma.

Lo primero que llama la atención de esta norma, es como a pesar de las grandes expectativas mediáticas depositadas en la misma, únicamente cuenta con un artículo, integrado a su vez por dos únicos apartados, uno de los cuales para más inri considero totalmente innecesario en términos jurídicos.

El preámbulo del texto legal, además de destacar que la norma resultó fruto del acuerdo alcanzado en la Mesa de diálogo constituida a estos efectos, justifica la misma en el contenido de la Sentencia 805/2020 del Tribunal Supremo, anteriormente analizada.³⁶ En este sentido, especifica que “se traslada a la ley la jurisprudencia sobre esta materia, con el objetivo de que el Estatuto de los Trabajadores refleje estas nuevas realidades de forma clara”

De un lado, el artículo único.1 de la norma, en lo relativo a los derechos colectivos de representación de los trabajadores en la empresa, establece la necesidad de ser informados por parte de 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”*.

Y de otro lado, el apartado 2 del artículo único, con el objetivo de frenar la proliferación de supuestos falsos autónomos, además de establecer la presunción de laboralidad en el seno de las plataformas digitales de reparto (exceptuando las conocidas como “relaciones laborales excluidas” del art.1.3 del Estatuto de los Trabajadores) detalla además quienes concretamente, se presumirán incluidos en el ámbito de aplicación de la norma. En concreto: *“las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través*

³⁵ Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021).

³⁶ Preámbulo ley 12/2021 de 28 de septiembre “...el Alto Tribunal analizó la relación entre la plataforma de reparto demandada y el trabajador concernido por el recurso, reiterando, como ya lo había establecido en numerosas ocasiones con anterioridad (por todas, SSTs de 22 de abril de 1996, recurso 2613/1995; y de 3 de mayo de 2005, recurso 2606/2004), que las facultades empresariales de dirección, organización o control de la actividad y, en tal sentido, las notas de dependencia y ajenidad, pueden traducirse a la realidad de formas diferentes a las clásicas cuando la empleadora asume los riesgos de la operación y es beneficiaria de sus frutos, realizando una labor de coordinación, organización o control de la prestación u ostentando la potestad sancionadora, y ello aunque sus prerrogativas se manifiesten de forma indirecta o implícita, a través de la gestión algorítmica, de las condiciones de trabajo o del servicio prestado.”

de una plataforma digital". De tal manera, que la norma limitaba el paraguas protector de la misma, exclusivamente a los repartidores de plataformas digitales, (conocidos como riders) excluyendo por tanto a los supuestos falsos autónomos del resto de plataformas de otros sectores, tales como los del sector del comercio electrónico, o los del sector turístico. Lo cual ciertamente parece una discriminación de difícil justificación.

En relación al apartado estrella de la ley: la presunción de laboralidad en las plataformas digitales (apartado 2 del artículo único), sobre la cual, por cierto cabe prueba en contrario, desde el punto de vista jurídico, lo considero totalmente innecesario, ya que el artículo 8.1 de la Ley de estatuto de los Trabajadores³⁷ ya establecía dicha presunción con carácter general, lo cual lógicamente, incluía también a las relaciones de trabajo en el seno de las plataformas digitales, tal y como por cierto nos recordaba el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la ya famosa y anteriormente comentada sentencia de 25 de septiembre de 2020. Y por todo ello, considero que dicho precepto, realmente obedecía más a una motivación política, que a una verdadera necesidad jurídica.

En este sentido, puestos a legislar, la apuesta del legislador la considero poco valiente, ya que si de verdad hubiera querido distinguir y reforzar la protección de los trabajadores de las plataformas digitales en relación al resto de empresas (ya contemplado anteriormente por el Estatuto de los Trabajadores) podría haber dotado a la presunción de laboralidad del alcance *iuris et de iure*. Como, por ejemplo, en sentido opuesto hizo en su momento con los transportistas con vehículo propio (exclusión de relación laboral) de tal modo que no hubiera cabida a la aportación de pruebas en sentido contrario.

Por el contrario, en relación a los derechos colectivos de representación de los trabajadores, considero claramente acertada la nueva disposición del artículo único.1 de la norma –que supone la modificación del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores dentro del título II de los derechos de los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa–³⁸ ya que teniendo en cuenta que la novedosa

³⁷ Art. 8.1. *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015): "El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel."

³⁸ Redacción actual Art. 64.2.4 ET tras la aprobación de la "ley rider": "El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a:

a) Conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a estos.

b) Conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa, así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral.

c) Ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves.

d) 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.

e) Ser informado por la empresa de las medidas de actuación previstas con motivo de la activación de alertas por catástrofes y otros fenómenos meteorológicos adversos, sin perjuicio de los derechos de información, consulta y participación previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Todo ello a los efectos de la adopción de las respectivas medidas y decisiones, incluidas, entre otras, las previstas en el artículo 21 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

Asimismo, el comité de empresa tendrá derecho a recibir la copia básica de los contratos, así como la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos en el plazo de diez días siguientes a que tuvieran lugar."

utilización de los algoritmos en las relaciones de trabajo, ciertamente suponía una innegable evolución en la gestión de los recursos humanos. Al respecto, en aras a garantizar el correcto desarrollo del derecho a la libertad sindical y negociación colectiva, considero del todo necesario garantizar el acceso a la información de comité de empresa y delegados sindicales, en relación a cualquier cuestión referente al funcionamiento de los algoritmos. Y más concretamente, en cuanto a los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan a la hora de la toma de decisiones relativas al mantenimiento y condiciones de empleo de los trabajadores.

Más de tres años después de su aprobación, podemos decir que hasta hace escasas fechas, su aplicación práctica por parte de las plataformas digitales de reparto, por lo general había venido brillando por su ausencia, al defender estas la ausencia de dependencia y ajenidad y en consecuencia la plena legalidad de su modelo de negocio basado en el reclutamiento de trabajadores por cuenta propia.³⁹ Lo cual, bajo mi punto de vista, tampoco representaba sorpresa alguna, atendiendo a la nula novedad jurídica que en realidad supuso la presunción de laboralidad establecida en la ley, la cual incluía la posibilidad de aportación prueba en contrario. Prerrogativa que lógicamente utilizaban estas empresas.

En este sentido, por lo general, este tipo de plataformas asumieron una actitud de enorme resistencia a la aplicación de “ley rider”, en los términos que deseaban tanto el Gobierno como la parte sindical, por considerarlo injustificado e incompatible con su modelo de negocio, negándose en particular a negociación alguna sobre cualquier cuestión acordada por las patronales empresariales a nivel nacional, al margen de la posición específica mayoritaria del sector.

En este contexto, la Asociación Española de Economía Digital, apuntaba a la posibilidad de pérdidas de más de 23.000 trabajadores y de más de 250 millones de facturación, si finalmente se vieran obligadas a cambiar su modelo de negocio y tuviesen que contratar a los riders como personal asalariado, proponiendo un modelo alternativo basado en una libertad de elección de los propios trabajadores⁴⁰ (la realidad es que una parte significativa de los riders preferían continuar como autónomos), como así sucede desde hace mucho tiempo con la libre elección (RETA o Régimen General) presente en las Cooperativas de Trabajo Asociado, aunque en este caso decidido por el Consejo Rector de la Cooperativa y en relación a todos los trabajadores cooperativistas, elección que necesariamente se debe incorporar a los Estatutos Sociales.

Más allá del rechazo general del sector anteriormente comentado, lo cierto es que la posición específica de cada una de las plataformas digitales de reparto, presentó evidentes divergencias. Al margen del modelo de Just Eats, el cual desde el principio se basó en la contratación en régimen general y en ciertos casos en la subcontratación de empresas de transporte; Deliveroo de manera abrupta, tomaría la decisión de cesar su actividad en España. Glovo, la cual defendía que la nueva norma en modo alguno les obligaba a contratar como asalariados a los riders, al contener únicamente una presunción de laboralidad,

³⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, La Ley Rider dos años después: enseñanzas de una experiencia particular. Málaga, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, 2023, p14.

⁴⁰ Ibid, pp. 17-18.

frente a la cual seguía cabiendo prueba en contrario, modificó eso sí, ciertas condiciones del contrato de prestación de servicios, para intentar acercarlo a lo que debe ser un verdadero modelo de trabajo por cuenta propia. A pesar de lo cual, la Inspección de Trabajo seguiría rechazando su modelo de contratación e imponiéndole importantes sanciones económicas. Por otro lado, la posición de Ubers Eats, inicialmente fue la de transformar el modelo de contratación mercantil por el de contratación laboral, aunque posteriormente tras denunciar previamente que su competidor GLOVO mantenía a sus autónomos, volvería en buena parte de los casos a su modelo anterior de contrato TRADE, al considerar que el modelo de “asalariados”, le resultaba inviable económicamente.⁴¹

Bajo mi punto de vista, este rechazo general del sector a la aplicación de la nueva norma, en los términos que deseaban Gobierno y Sindicatos, vendría motivado por una cuestión jurídica totalmente razonable (realmente pese al ruido generado, la nueva norma no aportó nada nuevo en cuanto a la presunción de laboralidad) pero de otro y principal, por una cuestión de supervivencia económica de las propias plataformas. En este sentido, hablamos de un sector con modelos de negocio LOW COST, basados en tarifas muy bajas, que únicamente pueden digerirse financieramente con una política de personal de bajos salarios y máxima productividad. Lo cual, únicamente puede resultar posible, recurriendo a un perfil de autónomos, dispuestos a trabajar el máximo de horas posible.

2. Comentario al nuevo tipo penal del art. 311.2 CP

Apenas un año después de la aprobación de la “ley rider”, en el año 2022, se daría un paso más, en la clara apuesta por evitar a toda costa, la contratación como autónomos de los riders, por parte de las plataformas digitales. Desplazando de lleno la controversia de lo estrictamente laboral, al ámbito penal. Así, el legislador introdujo un nuevo tipo penal (art.311.2 CP) que castiga con penas de prisión de hasta 6 años, a los empresarios que recurran a la contratación laboral de manera fraudulenta. En concreto, a aquellos que “*impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa*”.⁴²

El contenido del art. 311. C.P. (dentro del Título XV del Código Penal de los delitos contra los derechos de los trabajadores), ya “constituía el núcleo esencial de la tutela penal del trabajador”, según los propios términos utilizados por la jurisprudencia. Simplemente, lo que hizo el legislador, a través de la aprobación de la *Ley Orgánica 14/2022*, sería añadir un nuevo párrafo al citado artículo, (apartado 2) para así castigar penalmente a aquellos empleadores que impongan condiciones ilegales, bajo fórmulas

⁴¹ Ibid, pp.18-20.

⁴² Art. 1.9. *Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.* “Se añade un nuevo numeral 2.º en el artículo 311, pasando los actuales numerales 2.º a 4.º a ser 3.º a 5.º, con la siguiente redacción: «2.º Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.»

jurídicas diferentes al contrato laboral (como sería el caso de la contratación mercantil), o los que las mantengan a pesar de ser requeridos o sancionados por la Administración.

El preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de un lado, justificó la necesidad de la aprobación de este nuevo tipo penal, debido a la supuesta elusión de obligaciones laborales, constituyentes de “nuevas formas de criminalidad grave”, que facilitaría la proliferación de las plataformas digitales. Así, según entendía el legislador *“La incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena bajo otras fórmulas que niegan a las personas trabajadoras los derechos individuales y colectivos que a tal condición reconoce, con carácter de indisponibles e irrenunciables, la legislación laboral, con respaldo expreso de la Constitución y de los tratados internacionales que vinculan a nuestro país.”*⁴³

Aunque de otro lado, se aclaraba que la medida estaba dirigida a todas las empresas y no exclusivamente a aquellas enmarcadas en las nuevas tecnologías y en el uso de sistemas automatizados en las relaciones laborales. Así, *“el nuevo precepto pretende cubrir una laguna de punibilidad sobre hechos vinculados, en general pero no exclusivamente, a nuevas tecnologías que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo.”*⁴⁴

Más allá de las justificaciones del legislador, bajo mi punto de vista, esta reforma del código penal, además de innecesaria desde el punto de vista jurídico laboral, atenta de lleno contra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, al pretender evitar que las empresas recurran judicialmente y acaten de inmediato las resoluciones y sanciones de la Inspección de Trabajo (dependiente del Ministerio de Trabajo), como si el poder ejecutivo, ejerciese poder absoluto en nuestro país. En este sentido, cabe recordar que en un ordenamiento democrático como el nuestro, resultan totalmente legítimas las diferencias interpretativas, configurándose el derecho a la tutela judicial efectiva, como un derecho fundamental.⁴⁵ Además, resulta que en este caso, como se ha analizado en el primer apartado del artículo, los argumentos jurídicos planteados por GLOVO, habían sido validados por juzgados y tribunales en instancia y en suplicación con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo 805/2020 de 25 de septiembre⁴⁶, por lo que con independencia de que los mismos se puedan compartir o no, no cabe duda de que al menos, ciertamente presentan cierto rigor jurídico y dudas razonables suficientes para justificar la presentación de recursos a eventuales sanciones administrativas emitidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Asimismo, resulta totalmente incoherente

⁴³ Preámbulo Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Art. 24. CE: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

⁴⁶ STS de 25 de septiembre de 2020 (Rº. 4746/2019).

con el contenido anteriormente analizado de “ley rider”, la cual optó por la presunción *iuris tantum*, y por tanto por dejar abierta la puerta a la aportación de prueba en contrario por parte de las plataformas digitales.

Esta reforma del código penal, ha provocado recientemente la imputación penal, por un presunto delito contra los derechos de los trabajadores, del fundador y consejero de la empresa Glovo (por cierto, a instancia de la fiscalía), y a tenor de su reacción, parece claro que esta estrategia –que considero de amedrentamiento legal y negación del derecho a la discrepancia– ha dado sus frutos. En este sentido, un solo día antes de la comparecencia en sede judicial de su consejero delegado, Glovo anunciaba por fin, su decisión de cambiar su modelo laboral en España, pasando de utilizar repartidores autónomos a contratarlos como trabajadores por cuenta ajena. Decisión que considero acertada en términos laborales, y a su vez en términos penales, enmarcada dentro de la estrategia de defensa del citado alto directivo de la empresa.

3. Comentario a la Directiva Europea 2024/2831

Después de un periodo de intensas negociaciones políticas, el Parlamento Europeo y el Consejo, aprobaban en octubre de 2024, la *Directiva 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2024 relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas*. La normativa –cuya entrada en vigor no se producirá hasta diciembre de 2026–⁴⁷ nació con un claro consenso parlamentario, al estar respaldada por un total de 554 eurodiputados y contar únicamente con 56 votos en contra y 24 abstenciones.⁴⁸ Abrumadora mayoría, que sería más intensa si cabe, en el seno del Consejo de la Unión Europea, al contar con el apoyo de la práctica totalidad de los 27 países que componen el mismo (incluyendo a Grecia y Estonia que cambiaron de postura a última hora) y con las únicas excepciones de Francia (voto en contra) gobernada por el Partido Liberal de Macron y Alemania (abstención), cuyo gobierno socialista de aquellas fechas, dependía del Partido Democrático Liberal, y que sin duda, ejercería una enorme influencia en la posición final del país centroeuropeo sobre esta cuestión.

Este citado consenso político y parlamentario, en modo alguno pudo trasladarse a las partes directamente interesadas, a lo largo del proceso de consultas previas, celebradas entre las autoridades comunitarias y los agentes sociales. En este sentido, a pesar de que tanto la parte sindical, como la parte empresarial, coincidían en los importantes

⁴⁷ Consideración 33. *Directiva 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2024 relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas*. “En aras de la seguridad jurídica, la presunción legal no debe tener efectos jurídicos retroactivos y, por tanto, debe aplicarse únicamente al período que comienza a partir del 2 de diciembre de 2026, también para las relaciones contractuales celebradas antes y que aún estén vigentes en esa fecha. Por consiguiente, las reclamaciones relativas a la posible existencia de una relación laboral antes de esa fecha, y los derechos y las obligaciones resultantes hasta entonces, deben evaluarse únicamente sobre la base del Derecho de la Unión y nacional aplicables antes de dicha fecha, incluida la Directiva (UE) 2019/1152.”

⁴⁸ Parlamento Europeo: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240419IPR20584/nuevas-reglas-para-el-trabajo-de-repartidores-y-otros-empleados-de-plataformas>

desafíos que, en materia de relaciones de trabajo, provocaba la proliferación de las plataformas digitales, no consiguieron ponerse de acuerdo en la necesidad de implementar medidas específicas a nivel de la Unión Europea. Así, mientras los representantes de los trabajadores, defendían la necesidad de aprobar una directiva europea que estableciese la presunción de laboralidad con inversión de la carga de la prueba, así como también toda una serie de nuevos derechos vinculados a la gestión algorítmica de la empresa, los representantes de los empresarios, pese a ser partidarios de regular cuestiones relacionadas con las condiciones de trabajo, el acceso a información relevante por parte de los trabajadores y sus representantes, o el incorrecto encuadramiento en seguridad social, defendieron que en todo caso, dichas medidas deberían aprobarse voluntariamente a nivel nacional, por los diferentes países miembros. Lo cual, finalmente impediría la posibilidad de poder firmar un acuerdo colectivo a nivel europeo en los términos previstos por el artículo 155 del TFUE, tal y como pretendían las autoridades comunitarias.⁴⁹

A pesar que desde ciertos sectores, desde el primer momento se transmitió la idea de que la Directiva Europea, presentaba un claro paralelismo y se basaba en la “Ley rider” española, lo cierto es que el contenido de ambas normas difiere claramente, resultando sin duda mucho más completo y ambicioso el texto comunitario, frente a la norma nacional. De un lado, por la cantidad de medidas y disposiciones legales (31 artículos frente a los únicamente 2 de la norma española) y de otro por el alcance legal de aplicación. Así, el ámbito de aplicación de la norma europea, a diferencia de la “ley rider”, abarca en sentido amplio las relaciones laborales en su conjunto en el seno de las plataformas digitales⁵⁰ (lo cual considero mucho más acertado) y no exclusivamente el trabajo de los repartidores en plataformas digitales, (riders) como sucede de forma limitante en el caso de la norma nacional. Por tanto, en realidad, a pesar de que la directiva también ha sido conocida en ciertos sectores como “la ley rider europea”, la misma presenta un alcance jurídico considerablemente mayor, al regular el trabajo en plataformas digitales⁵¹,

⁴⁹ European Commission: *Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on improving working conditions in platform work*, 2021, p.13.

⁵⁰ Art. 1. *Directiva 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2024 relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas*. 1. “El objetivo de la presente Directiva es mejorar las condiciones laborales y la protección de los datos personales en el ámbito del trabajo en plataformas mediante: a) la introducción de medidas para facilitar la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas; b) la promoción de la transparencia, la equidad, la supervisión por humanos, la seguridad y la rendición de cuentas en la gestión algorítmica en el ámbito del trabajo en plataformas, y c) la mejora de la transparencia en relación con el trabajo en plataformas, también en situaciones transfronterizas. 2. La presente Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todas las personas que realizan trabajo en plataformas en la Unión que tienen, o que, sobre la base de una evaluación de los hechos, se considera que tienen, un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La presente Directiva establece además normas para mejorar la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos personales mediante la introducción de medidas sobre gestión algorítmica aplicables a las personas que realizan trabajo en plataformas en la Unión, incluidas aquellas que no tienen un contrato de trabajo o una relación laboral. 3. La presente Directiva se aplica a las plataformas digitales de trabajo que organizan el trabajo en plataformas realizado en la Unión, independientemente de su lugar de establecimiento o del Derecho aplicable.”

⁵¹ El art. 1.a de la directiva 2024/2831 establece la siguiente definición de plataforma digital de trabajo: “toda persona física o jurídica que preste un servicio en el que se cumplan todos los requisitos siguientes:

mucho más allá de la mera actividad de reparto dentro del sector del transporte. Y, por ende, regulando también, por ejemplo, las relaciones profesionales en otros ámbitos con pujante presencia de plataformas digitales, como es el caso de los sectores de traducción, codificación de datos, o diseño.

En cuanto al origen de la iniciativa, en contra de lo a veces sostenido, el mismo tampoco se remontaría a la aprobación de la ley rider española (septiembre 2021) sino a la propuesta de directiva específica elaborada por la Comisión Europea relativa a la mejora de las condiciones profesionales en el trabajo en plataformas digitales, cuyos trabajos se iniciaron a principios de 2021.⁵² Y por tanto antes de la aprobación de la norma española.

Según se justifica en la exposición de motivos de la citada propuesta, la misma se sustenta en el importantísimo auge adquirido por las plataformas digitales en toda la Unión Europea, cuyo negocio en el último lustro se habría incrementado hasta un 500%, proporcionando empleo a fecha de elaboración de la misma, a más de 28 millones de personas, que se incrementarían progresivamente a lo largo de los siguientes 4 años, hasta llegar a los 43 millones en 2025. De los cuales, un 90% lo harían como trabajadores autónomos, y por ende, enmarcados dentro de una relación mercantil (a través del oportuno contrato de prestación de servicios suscrito con las plataformas) facilitado en gran parte, por la ocultación de la existencia de subordinación y control hacía la plataforma digital, que conlleva la gestión algorítmica.⁵³

En este sentido, como consecuencia del incorrecto encuadramiento en seguridad social, se aludía a una importante merma en materia de derechos de protección social, como por ejemplo, *“el derecho a un salario mínimo, la normativa sobre el tiempo de trabajo, la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, y el derecho a vacaciones retribuidas, así como un mejor acceso a la protección social contra accidentes laborales, desempleo, enfermedad y vejez.”*⁵⁴

4.1. La presunción de laboralidad

La norma, siguiendo la tesis de la ley “rider” española, establece la presunción legal de laboralidad, debiendo asumir la plataforma digital, la carga de la prueba. En este sentido *“se presumirá que, desde el punto de vista jurídico, la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha*

i) se presta, al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, por ejemplo, por medio de un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles,

ii) se presta a petición de un destinatario del servicio,

iii) implica, como elemento necesario y esencial, la organización del trabajo realizado por personas físicas a cambio de una contraprestación económica, con independencia de que ese trabajo se realice en línea o en un lugar determinado,

iv) implica la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones.”

⁵² European Commission: Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on improving working conditions in platform work, 2021, p.11.

⁵³ Ibid, pp.1-2.

⁵⁴ Ibid.

*plataforma es una relación laboral cuando se constaten hechos que indiquen dirección y control, de conformidad con el Derecho nacional, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En caso de que la plataforma digital de trabajo pretenda refutar la presunción legal, corresponderá a la plataforma probar que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral tal como se define en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.*⁵⁵

Aunque a diferencia del caso español, con carácter general (excepto decisión en sentido contrario del Estado miembro en cuestión) quedan fuera de la presunción general de laboralidad, los procedimientos relacionados con cuestiones fiscales, penales o de seguridad social. Excepción que considero carente de justificación, sobre todo en lo relativo al “ámbito de la seguridad social” al estar íntimamente conectado con el “ámbito laboral”, y al compartir, el mismo orden jurisdiccional del derecho (orden social). En este sentido, considero que debilita el carácter protector de la Directiva y aunque pueda justificarse en la autonomía y peculiaridades propias de cada uno de los Estados miembros, ello precisamente de manera clara, contravendría el supuesto espíritu armonizador de la norma, al dejar un excesivo margen de discrecionalidad.⁵⁶

Con el objetivo de reforzar y garantizar la aplicación eficaz y el cumplimiento de dicha presunción legal, la norma remarca la necesidad de realizar inspecciones pertinentes en las plataformas digitales, cuando la administración nacional competente, determine la existencia de relación laboral. Asimismo, de forma expresa la Directiva, incide en la necesidad del carácter proporcionado y no discriminatorio de las mismas, argumento que, en relación a la situación española, quizás podría ser aducido por los servicios jurídicos de empresas como GLOVO, sometidas a un continuo goteo de inspecciones, como se ha tenido ocasión de analizar en el presente estudio.⁵⁷

4.2. La protección de datos personales

Otro de los grandes objetivos de la Directiva, es la mejora de la protección de datos personales en el seno de las plataformas digitales, a tenor de las peculiaridades propias de las mismas. En concreto, a través de la implementación de medidas específicas relativas a la

⁵⁵ Art. 5.1 Directiva 2024/2831.

⁵⁶ Art. 5.3. Directiva 2024/2831: “La presunción legal que se dispone en el presente artículo se aplicará en todos los procedimientos administrativos o judiciales pertinentes cuando se dirima la determinación de la situación laboral correcta de la persona que realiza trabajo en plataformas. La presunción legal no se aplicará a los procedimientos relacionados con cuestiones fiscales, penales o de seguridad social. No obstante, los Estados miembros podrán aplicarla en dichos procedimientos con arreglo al Derecho nacional”.

⁵⁷ El art. 6.c de la Directiva 2024/2831 en el marco de medidas de apoyo indica que para garantizar el cumplimiento de la presunción legal de laboralidad, los Estados miembro “establecerán controles e inspecciones eficaces realizados por autoridades nacionales competentes, de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales y, en particular, establecerán, cuando proceda, controles e inspecciones en plataformas digitales de trabajo específicas cuando una autoridad nacional competente haya determinado la existencia de una relación laboral entre dicha plataforma y una persona que realiza trabajo en plataformas, garantizando al mismo tiempo que dichos controles e inspecciones sean proporcionados y no discriminatorios”.

gestión algorítmica, que deberán aplicarse a todos sus trabajadores, incluyendo en este caso, tanto a los trabajadores asalariados, como a los trabajadores autónomos.⁵⁸

El legislador, partiendo de la base de que el tratamiento de los datos personales por parte de las plataformas digitales a través de sistemas automatizados de seguimiento y toma de decisiones, genera un importante riesgo en relación a los derechos y libertades de las personas físicas, establece la necesidad de que las mismas, realicen una evaluación de impacto del tratamiento de datos personales, teniendo en cuenta dichos riesgos, y que en todo caso, deberán transmitir a los representantes legales de los trabajadores, en el marco de los derechos colectivos de los trabajadores.⁵⁹

Por su parte, el artículo 7 de la Directiva, creo que, con buen criterio por el fundado riesgo de colisión con derechos fundamentales, establece toda una serie de limitaciones al tratamiento de los datos personales a través de sistemas automatizados de seguimiento o de toma de decisiones.⁶⁰

En concreto, las plataformas digitales a través de los citados sistemas, deberán abstenerse de:⁶¹

- a) *tratar ningún dato personal sobre el estado emocional o psicológico de la persona que realiza trabajo en plataformas;*
- b) *tratar ningún dato personal relacionado con conversaciones privadas, tampoco los intercambios con otras personas que realicen trabajo en plataformas ni con los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas;*
- c) *recopilar datos personales de la persona que realiza trabajo en plataformas cuando esta no esté ofreciendo ni realizando trabajo en plataformas;*
- d) *tratar datos personales para predecir el ejercicio de los derechos fundamentales, incluyendo la libertad de asociación, el derecho de negociación y acción colectivas, o el derecho a la información y consulta, tal como se establece en la Carta;*
- e) *tratar datos personales para inferir el origen racial o étnico, la situación migratoria, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la discapacidad, el estado de salud, incluidas las enfermedades crónicas o el estado del VIH, el estado emocional o psicológico, la afiliación sindical, la vida sexual o la orientación sexual;*
- f) *tratar datos biométricos, tal como se definen en el artículo 4, punto 14, del Reglamento (UE) 2016/679, de una persona que realiza trabajo en plataformas para establecer su identidad mediante el cotejo de sus datos con los datos biométricos de personas físicas almacenados en una base de datos.”*

⁵⁸ Ibid, art. 1.2.

⁵⁹ Ibid, art. 8.

⁶⁰ Al respecto cabe destacar el siguiente inciso de TODOLÍ SIGNES, Adrián” *El capítulo dedicado a la dirección algorítmica comienza limitando el procesamiento de datos personales mediante monitorización automatizada y decisiones automatizadas. De esta forma, el foco de la prohibición se pone en la conjunción de dos elementos, de un lado, procesar datos personales, y de otro lado, con cierto objetivo.*” en: La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales. Madrid, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 202, p.36.

⁶¹ Ibid, art. 7.1.b

No quisiera finalizar esta cuestión, sin destacar, como el artículo 15 de la Directiva, reconoce—acertadamente en mi opinión— también expresamente el derecho de información en todo lo relativo a la protección de datos personales, a los “representantes de las personas que realizan trabajo en plataforma distintos de los representantes de los trabajadores”⁶², lo que implícitamente parece aludir a las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, que representen a trabajadores mercantiles de las plataformas digitales.

4.3. El derecho de información de los representantes de los trabajadores

El artículo 9 de la Directiva, en relación a la necesidad de transparencia, en todo lo referente a los sistemas automatizados de seguimiento y de toma de decisiones, establece la obligatoriedad de las plataformas digitales de proporcionar cierta información mínima por escrito (se admite la vía electrónica), tanto directamente a sus trabajadores afectados, como a sus representantes legales. La misma deberá proporcionarse, como máximo, el primer día de trabajo, o en su caso, cuando se lleven a cabo hipotéticos cambios que pudieran afectar a las condiciones de trabajo.

En lo relativo a los sistemas automatizados de seguimiento, deberá especificar si los mismos ya están en uso o en proceso de implementación, las distintas categorías de datos, las acciones objeto de seguimiento y el objetivo de las mismas, así como también los destinatarios específicos de los datos personales tratados.

Por su parte, en relación a los sistemas automatizados de toma de decisiones, al igual que en el caso anterior, deberá detallar si los mismos ya están en uso, o en proceso de implementación, las diferentes categorías de decisiones adoptadas, y las distintas categorías de datos.

Así como también, (muy importante bajo mi punto de vista) los motivos precisos, en caso de restringir, cancelar o suspender la cuenta de los trabajadores, denegarles el abono de la retribución por el servicio realizado, o cualquier otra decisión que pudiera afectar a su situación contractual. En este sentido, cabe recordar—en línea con lo comentado anteriormente en el presente estudio— como en ocasiones, las plataformas digitales han penalizado de muy diversas formas, a trabajadores supuestamente autónomos, simplemente por ejercer su legítimo derecho de no aceptar la realización de servicios en horas de mayor demanda, o en función del número total de servicios ejecutados en un periodo determinado. Y ello a través del establecimiento de un sistema de puntuación de los repartidores.

Otro nuevo derecho establecido por la Directiva, y que considero totalmente acertado, es el derecho de portabilidad. Así *“las personas que realizan trabajo en plataformas tendrán derecho a la portabilidad de los datos personales generados por la realización de su trabajo en el contexto de los sistemas automatizados de seguimiento o de los sistemas automatizados de toma de decisiones de una plataforma digital de trabajo, incluidas las calificación-*

⁶² Art. 15. Directiva 2024/2831.

nes y reseñas, sin que ello vaya en detrimento de los derechos del destinatario del servicio en virtud del Reglamento (UE) 2016/679.” Debiendo proporcionar la plataforma digital de manera gratuita, las herramientas necesarias para facilitar el ejercicio efectivo del derecho de portabilidad.⁶³

En relación a los distintos derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores regulados en la *directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores*, se establece que la misma necesariamente incluya también las posibles decisiones relativas a la introducción de sistemas automatizados de seguimiento o de toma de decisiones. Al respecto, considero importante destacar como los representantes de los trabajadores, podrán recurrir a la asistencia de un experto a su elección en caso de que lo consideren necesario para examinar el asunto objeto de información y consulta, y en cuyo caso deberá emitir el dictamen correspondiente. En relación a la retribución del experto en cuestión, deberá ser sufragada por los propios trabajadores, siempre y cuando la empresa no alcance los 250 trabajadores, teniendo que ser abonado en caso contrario (a partir de 251 trabajadores) por la propia plataforma digital, cuestión que considero injustificada, y discriminatoria en función del tamaño de la empresa. Así, en buena lógica, teniendo en cuenta, que los únicos beneficiarios de la contratación del experto serían los propios trabajadores, entiendo que debería corresponder a ellos mismos –con independencia del tamaño de la empresa– quienes corrieran con los costes de los honorarios.⁶⁴

También cabe destacar, como la Directiva de manera expresa, asegura en todo caso el derecho de información de todos los trabajadores, en relación a las “*decisiones que puedan conducir a la introducción de sistemas automatizados de seguimiento o de los sistemas automatizados de toma de decisiones o a cambios sustanciales en la utilización de dichos sistemas*”, aún en caso de no existir representación legal en el seno de la empresa.⁶⁵ Lo cual considero bastante acertado, a tenor de que no todas las plataformas (aunque la mayoría tengan más de 10 trabajadores) cuentan con representación legal, teniendo en cuenta que la existencia de la misma, en ningún caso es automática, requiriendo de la iniciativa de los propios trabajadores a través de elecciones, y que no en todos los casos, sucede.

Por último, en relación a esta cuestión, considero relevante destacar la voluntad del legislador comunitario, de fomentar la negociación colectiva en el ámbito de las relaciones laborales en plataformas digitales, con especial incidencia en la herramienta del convenio colectivo.⁶⁶ En este sentido, atendiendo a las importantes diferencias entre plataformas digitales y el resto de empresas “convencionales” del mismo sector, entiendo que el instrumento de negociación más adecuado, sería el convenio de empresa frente al convenio de sector.

⁶³ Ibid, art. 9.

⁶⁴ Ibid, art. 13

⁶⁵ Ibid, art. 14

⁶⁶ Ibid, arts. 25 y 28

4.4. *La supervisión y seguimiento de la gestión algorítmica*

Teniendo en cuenta que la mayor peculiaridad de la plataforma digital en el ámbito de las relaciones de trabajo en relación a la empresa clásica, es la utilización de los algoritmos digitales, con buen criterio el legislador comunitario, ha previsto toda una serie de garantías de supervisión humana de los sistemas automatizados de seguimiento y de toma de decisiones.

Así, las plataformas digitales, además de dicha supervisión, quedan obligadas con la participación de los representantes de los trabajadores, a efectuar de manera periódica (cada 24 meses) una exhaustiva evaluación de las decisiones de dichos sistemas, cuando los mismos pudieran tener incidencia en las condiciones de trabajo. Para ello y en aras a la realización de una correcta supervisión y evaluación, deberán garantizar todos los recursos humanos necesarios. Los profesionales encargados de dicha labor, deberán poseer la destreza necesaria para desempeñar la misma, así como la autoridad necesaria dentro de la empresa, para hasta incluso poder anular decisiones automatizadas.

En caso de que resultado de la supervisión o evaluación, se constatare la existencia de riesgo elevado de discriminación, o de vulneración de derechos, deberán adoptarse todas las medidas necesarias, hasta incluso la posible modificación o suspensión del sistema automatizado de seguimiento y toma de decisiones.⁶⁷

Bajo mi punto de vista, esta obligatoriedad de supervisión por parte de la empresa, me parece totalmente acertada atendiendo a que no son pocas las ocasiones en las que la inteligencia artificial comete errores en la toma de decisiones y al igual que las decisiones “humanas” en cualquier empresa, son supervisadas por superiores jerárquicos y en último caso por el propio empresario, en buena lógica lo mismo debería suceder en el caso de plataformas digitales gestionadas a través de algoritmos. En definitiva, se trata de asegurar frente a los riesgos inherentes a la automatización, que dichas decisiones robotizadas cumplen escrupulosamente las disposiciones legales, el convenio colectivo, así como el propio contenido del contrato de trabajo.

4.5. *La seguridad y Salud*

En materia de seguridad y salud laboral, las plataformas digitales en línea con lo establecido en el artículo 12 de la Directiva: ⁶⁸

- “a) *evaluarán los riesgos que entrañen los sistemas automatizados de seguimiento o los sistemas automatizados de toma de decisiones para su seguridad y su salud, en particular los posibles riesgos psicosociales, ergonómicos y de accidentes laborales.*
- b) *evaluarán si las salvaguardias de dichos sistemas son adecuadas para los riesgos detectados habida cuenta de las características específicas del entorno laboral.*
- c) *introducirán medidas preventivas y de protección adecuadas.”*

⁶⁷ Ibid, p.10

⁶⁸ Ibid, art. 12

Asimismo “*las plataformas digitales de trabajo no utilizarán sistemas automatizados de seguimiento ni sistemas automatizados de toma de decisiones de manera que se ejerza una presión indebida sobre los trabajadores de plataformas o se ponga en riesgo de algún otro modo la seguridad y la salud física y mental de los trabajadores de plataformas.*”

Considero que el establecimiento de esta serie obligaciones específicas, representa un importante avance legislativo en materia de seguridad y salud laboral, teniendo en cuenta que ciertamente la gestión algorítmica en las relaciones de trabajo es susceptible de generar riesgos laborales específicos y adicionales. En este sentido, considero sobre todo acertada la especial referencia que se hace a la protección de la salud mental, en línea con la creciente preocupación socioeconómica sobre esta cuestión en todo el mundo. En esta línea, con el objetivo de poder abordar de manera más efectiva la problemática de la salud mental en el seno de las relaciones laborales, países como España –en el marco del diálogo social– en este momento se encuentran en plena fase de negociación de modificación de la “*ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales.*” Y que a priori, cuenta con el respaldo tanto de la parte empresarial (aunque de manera más cautelosa) como de la parte sindical.

4. Una breve conclusión

Sin lugar a dudas, una de las cuestiones más controvertidas en los últimos años dentro del derecho laboral, es el trabajo en plataformas digitales, las cuales, mayoritariamente a la hora de reclutar personal, han acudido a fórmulas ajenas al contrato de trabajo. En muchas ocasiones, en fraude de ley. En este sentido, aunque el uso fraudulento de la figura del trabajador autónomo, se trata de un problema tan antiguo como la propia existencia del Derecho del Trabajo, lo cierto es que el mismo, ha adquirido mayor relevancia, a raíz de la proliferación de este tipo de empresas, enmarcadas dentro de la Economía Digital, y caracterizadas por su gestión a través de algoritmos digitales.

Tras años de conflictividad jurídica, la relevante sentencia del *Tribunal Supremo* 805/2020 de 25 de septiembre, en contra de resoluciones previas en instancia y en suplicación, determinó la existencia de relación laboral entre GLOVO y sus repartidores. Reconfigurando en cierta manera el concepto de subordinación, al reconocer nuevas formas de control, como es el caso del control algorítmico.

Con motivo del citado pronunciamiento judicial, el legislador español, aprobaría la denominada “Ley rider”, con el apoyo de Sindicatos y Patronal. Bajo mi punto de vista, el contenido de la norma (circunscrita exclusivamente a la actividad de los repartidores), desinfló enormemente las expectativas depositadas en la misma, ya que en relación a la presunción de laboralidad en plataformas digitales (apartado estrella de la ley), el legislador no hizo otra cosa que ratificar la presunción ya existente a nivel general (art. 8.1. ET). Lo cual, ya incluía también a las relaciones de trabajo en el seno de las empresas de la Economía Digital. Poco después, y a la vista de la nula aplicación de la nueva norma, el legislador a través de la introducción de un nuevo tipo penal (art. 311.2. CP), daría

un paso más al castigar con penas de entre 6 meses y 6 años de prisión, a los empresarios que recurran a la contratación laboral de manera fraudulenta, o a los que la mantengan, a pesar de ser requeridos o sancionados por la Administración. Lo cual, podría atentar de lleno contra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, al pretender evitar que las empresas recurran judicialmente y se vean obligadas a acatar de inmediato las resoluciones y sanciones de la Inspección de Trabajo.

Por su parte, el legislador europeo aprobó recientemente, la Directiva 2024/2831, la cual aborda la mejora de las condiciones laborales del trabajo en plataformas digitales, de una manera mucho más amplia que la norma española. De un lado, por la cantidad de medidas y disposiciones legales (31 artículos frente a los únicamente 2 de la norma española), abordando cuestiones al margen de la presunción de laboralidad, relacionadas con: la protección de datos personales, el derecho de información de los representantes de los trabajadores, la supervisión y seguimiento de la gestión algorítmica, o la seguridad y salud laboral. Y de otro lado, por el alcance legal de aplicación. En este sentido, el ámbito de aplicación de la norma europea, abarca en sentido amplio, las relaciones laborales en su conjunto en el seno de las plataformas digitales (lo cual parece más acertado) y no exclusivamente el trabajo de los repartidores (riders), como ocurre con carácter restrictivo en el ámbito de la norma nacional.

Bibliografía citada

- ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, FABREGAT MONFORT, Gemma, Concepto y régimen profesional del trabajador autónomo en ALFONSO MELLADO, Carlos Luis (director), *El trabajador y empresario autónomo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp.13-100.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, VALDÉS DAL-RE, Fernando, *El estatuto del trabajo autónomo*. Madrid, La ley, 2009.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Propuestas para una regulación del trabajo autónomo*. Madrid, Fundación Alternativas, 2003.
- DESDENTADO DAROCA, Elena, *Lecciones de Trabajo Autónomo. Régimen Profesional y Protección Social*. Albacete, Bomarzo, 2015.
- FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, La prestación de servicios a través de plataformas digitales. El caso Deliveroo. Sevilla, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 151, 2020, pp. 193-217.
- GOERLICH PESET, José María, PEDRAJAS MORENO, Abdón, SALA FRANCO, Tomás, *Trabajo autónomo: nueva regulación*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- GOERLICH PESET, José María, La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos. Valladolid, *Justicia Laboral*, núm. 33, 2008
- GOERLICH PESET, José María, Plataformas digitales y regulación del mercado de trabajo. Madrid, ICE, *Revista de Economía*, núm. 925, 2022, pp.125-137.

- PARDO GABALDÓN, Rafael, La protección social de los trabajadores autónomos: una propuesta de mejora. Alfonso Mellado, Carlos Luis, Fabregat Monfort, Gemma (directores). Valencia, Tesis doctoral Universitat de Valencia, 2018.
- PARDO GABALDÓN, Rafael, Los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES), en FABREGAT MONFORT, Gemma (directora), *Revisitar parte de la obra de Carlos L. Alfonso desde una perspectiva actual: Homenaje al profesor Carlos L. Alfonso Mellado con ocasión de su jubilación como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, pp.729-738.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social. Sevilla, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 138, 2017, pp.125-161.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, La Ley Rider dos años después: enseñanzas de una experiencia particular. Málaga, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, 2023, pp. 13-35.
- SUPIOT, Alain (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián, Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos. Barcelona, *IUS Labor: Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, núm. 2, 2021, pp. 28-65.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián, La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales. Madrid, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p. 26-46.

Prácticas de IA prohibidas en el ámbito laboral. Análisis y posibles soluciones desde la normativa laboral española

Prohibited AI practices in the workplace. Analysis and possible solutions from Spanish labour legislation

Alejandro Morales Aragón

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Recibido: 12/4/2025

Aceptado: 23/5/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9671

Resumen: El artículo estudia la relación de las prácticas prohibidas de inteligencia artificial del Reglamento (UE) 2024/1689 (Reglamento de inteligencia artificial) con la normativa laboral española. Partiendo de una revisión sistemática de las preocupaciones frecuentes sobre la inteligencia artificial en el ámbito laboral mostradas por la academia y de un análisis de las normas aplicables, se definen las prácticas prohibidas y se plantea, recurriendo a hipótesis, qué prácticas prohibidas guardarían más conexión con las relaciones laborales. Por su conexión con las prácticas prohibidas y por el empleo de tecnologías similares, se analizan también los puntos de contacto de dichas prácticas con la Directiva (UE) 2024/2831 (Directiva de plataformas). Con todo ello se razona la necesidad –o no– de modificación de alguna de las principales normas laborales españolas y se afloran ciertas zonas grises que, previsiblemente, requerirán de clarificación futura.

Palabras clave: Inteligencia artificial, prácticas prohibidas, manipulación subliminal, discriminación, supervisión humana.

Abstract: This article explores the relationship between prohibited artificial intelligence practices established by Regulation (EU) 2024/1689 (Artificial Intelligence Regulation) and Spanish labour legislation. Beginning with a systematic review of prevalent academic concerns regarding artificial intelligence in the employment context, and through an analysis of relevant legal provisions, the article defines these prohibited practices and hypothesises which among them bear the closest connection to employment relationships. Additionally, given their relation to prohibited practices and the use of similar technologies, the article examines points of intersection with Directive (EU) 2024/2831 (Platform Work Directive). Through this comprehensive approach, the article assesses whether there is a necessity to amend key elements of Spanish labour law, while also highlighting certain grey areas that will likely require future clarification.

Keywords: Artificial intelligence, prohibited practices, subliminal manipulation, discrimination, human oversight.

1. Introducción

La inteligencia artificial (IA) ha irrumpido en todos los ámbitos de nuestra sociedad y economía, transformando sectores como la sanidad, la educación, el transporte, la energía y la justicia, entre otros muchos. Esta expansión tecnológica, promotora –como todas– de innovación y desarrollo económico, también genera complejos conflictos éticos, jurídicos e, incluso, sociales. Como se expondrá, la ia puede operar de manera totalmente distinta a la acostumbrada con derechos fundamentales como la intimidad, la no discriminación e incluso la libertad y autonomía personales.

En este contexto, consciente de los riesgos derivados de una regulación fragmentada entre Estados miembros, la Unión Europea ha optado por elaborar un marco jurídico armonizado: el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), que se aprobó el 12 de julio de 2024. Esta norma, surgida tras un proceso legislativo complejo y prolongado, tiene como objetivo establecer normas comunes que garanticen una IA centrada en el ser humano, fiable y respetuosa con los derechos fundamentales, al mismo tiempo que fomenta la innovación y mantiene la competitividad de la Unión Europea a nivel global.

Con la entrada en vigor de este reglamento la unión europea manifiesta su intención de abordar esta nueva tecnología desde la creación de un marco normativo que promueva un desarrollo responsable y ético, estableciendo un estándar que influya en la regulación internacional de la IA que puedan terminar adoptando otros actores. Este modo de acción, no obstante, conlleva las dificultades propias del hecho de que se esté *regulando a tiempo real*, al compás de los continuos cambios tecnológicos, lo que posiblemente haga de esta norma, y de las que la desarrollen, un instrumento que requiera adaptaciones frecuentes en el medio y corto plazo.

El Reglamento se publicó en el DOUE el 12 de julio de 2024, entró en vigor el 1 de agosto del mismo año y comenzará a ser aplicable, no obstante, a partir del 2 de agosto de 2026, siguiendo la intrincada redacción del artículo 113. En este, la letra a) aclara –emplearemos este verbo a pesar de la dicción habitual del legislador comunitario– que «los capítulos I y II serán aplicables a partir del 2 de febrero de 2025». El capítulo II se dedica en exclusiva a las prácticas de IA prohibidas, siendo su único contenido el amplio artículo 5, que examinaremos en cuanto a sus efectos laborales y que, fuera ya de toda duda, se encuentra vigente desde el 2 de febrero de este año.

Este artículo contextualizará una revisión de las preocupaciones más habituales sobre la IA mostradas por la doctrina laboralista, que servirá para enmarcar la definición de las prácticas prohibidas según el reglamento, previendo las de mayor impacto para las relaciones laborales. También, por traer su causa en tecnologías similares, se hace preciso completar el análisis con las relaciones que pueden establecerse entre el reglamento y

la directiva de plataformas, para terminar ofreciendo algunas propuestas de soluciones técnicas desde la normativa laboral española. El estudio finaliza apuntando hacia algunas zonas grises que, lejos de dudas, habrán de ser clarificadas en el futuro.

2. Preocupaciones laborales frecuentes sobre la IA

Desde su irrupción la IA ha pasado de ser una confusa amalgama de conceptos a un elemento omnipresente cuyos efectos se han ido definiendo específicamente en cada disciplina. Concretamente en la esfera laboral, y sin ánimo de exhaustividad, se han ido identificando una serie de cuestiones relacionadas con la implantación de la ia que deben tenerse presentes.

En primer lugar, existe una preocupación creciente sobre la posibilidad –en muchos casos constatación– de que el empleo de la IA, especialmente en procesos de selección o de control del personal, genere exclusiones apriorísticas discriminatorias, especialmente si se despersonaliza, es decir, si opera descontrolada –esto es, sin supervisión estrecha de humanos con responsabilidad en la toma de decisiones–. Esta discriminación genera situación de especial indefensión, pues es totalmente invisible e inevitable, y puede ocurrir incluso antes del comienzo de la relación laboral, dificultando la determinación de la legislación aplicable. (Olarte Encabo, 2020) (Guzmán, et al., 2023) (Todolí Signes, 2023) (Fernández Villazón, 2024) (López Ahumada, 2024) (Páez & Urueña, 2024) (Tobey, et al., 2025).

Los algoritmos son capaces de gestionar volúmenes ingentes de datos a gran velocidad y, además, facilitan una toma de decisiones aparentemente objetiva. Esto los hace especialmente atractivos, pero sin un diseño y supervisión conscientes pueden consolidar sesgos discriminatorios y afectar a los derechos fundamentales de los trabajadores (Mercader Uguina, 2019) (Todolí Signes, 2023) (Fernández Villazón, 2024) (López Ahumada, 2024) (Páez & Urueña, 2024).

Ante este panorama, la tutela clásica llevada a cabo por el propio trabajador afectado, sus representantes, sus asesores, la Inspección de Trabajo o la jurisdicción se debilita, tanto por la dificultad técnica de comprender el funcionamiento de los algoritmos como por la complejidad de obtener y enjuiciar pruebas o por la propia redefinición de las figuras de empresario y trabajador. La normativa de protección de datos parece resultar también insuficiente en el ámbito laboral. La *vis atractiva* de este último parece que podría no repercutir en una mayor protección del trabajador debido a la dificultad de proteger derechos laborales frente a tecnologías con tal nivel de innovación, lo que hace que incluso el *test de proporcionalidad* habitual pudiese llegar a resultar insuficiente. El enjuiciamiento de la idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de medidas tecnológicamente complejas, éticamente líquidas e innovadoras habrá de hacer frente a ciertos contratiempos: primero, los problemas derivados de la propia comprensión de las tecnologías y las situaciones que se generan –sirvan como ejemplos el complejo aterrizaje laboral que siguen teniendo el trabajo en plataformas, las deslocalizaciones o

las formas de empleo atípicas promovidas por las nuevas tecnologías–; y, en segundo lugar, porque la novedad implica, precisamente, que se desconozca el impacto real sobre el tejido sociolaboral –lo que impide presuponer y afinar efectos positivos o negativos y, con ello, atinar a lo que puede ser deseable o justo a medio o largo plazo–. Que los requisitos de proporcionalidad empleados hasta la fecha en la defensa de los derechos de los trabajadores no se ajusten a la realidad de la tecnología resulta especialmente grave, por cuanto reclamará un nivel de exigencia, pericia e innovación muy elevado a los primeros operadores jurídicos que deban resolver esta clase de conflictos y, previsiblemente, conducirá a un incremento de la cantidad y complejidad de los litigios (Mercader Uguina, 2019) (Olarte Encabo, 2020) (Guzmán, et al., 2023) (Fernández Villazón, 2024) (Ginès i Fabrellas, 2024) (Álvarez Cuesta, 2024) (López Ahumada, 2024) (Mercader Uguina, 2024) (Mercader Uguina, 2024).

De esta forma, los principales derechos laborales clásicos comprometidos por la IA son el derecho a la no discriminación y el derecho a la intimidad y dignidad. Si bien el primero operaría en sus términos habituales, el segundo requeriría una redefinición, por cuanto habría que vincular ciertas prácticas de IA con una lesión a la intimidad y dignidad –cuando no, en ocasiones, con la invasión de la esfera más íntima de la persona, su inconsciente–. Además, es posible que la IA, a la vez que mejore la prevención de riesgos laborales, pueda ser fuente de nuevos riesgos (Mercader Uguina, 2019) (Todolí Signes, 2023) (López Ahumada, 2024) (Guzmán, et al., 2023) (Beltrán de Heredia Ruiz, 2024) (Llorens Espada, 2024) (Fernández Villazón, 2024) (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2024).

Por ello, se entiende que la realización de auditorías algorítmicas y la alfabetización en IA resultan absolutamente imprescindibles, pues son herramientas defensivas esenciales para garantizar que la IA aplicada al entorno laboral no vulnere derechos fundamentales, al tiempo que promueven una cultura organizativa basada en la transparencia y el conocimiento tecnológico. La gestión algorítmica ha de ser transparente, ética y comprensible, al menos para las personas afectadas por ella. Se trata de evitar que los algoritmos se conviertan en «cajas negras» indescriptibles para los afectados –trazándose una línea, por ejemplo, entre la manipulación prohibida y la posible persuasión que pudiera ser legítima–, lo que exige acciones de todos los involucrados en las relaciones laborales: empresa, trabajadores, operadores jurídicos y administraciones públicas (Fernández Villazón, 2024) (Ginès i Fabrellas, 2024) (Mercader Uguina, 2024) (Tobey, et al., 2025) (Todolí Signes, 2024).

3. Definición de las prácticas prohibidas

En este contexto, establecer prohibiciones de determinadas prácticas de IA aparece como objeto del Reglamento en su artículo 1.2.b), listándose exhaustivamente dichas prácticas en el artículo 5. Si bien es necesario recurrir a los considerandos, especialmente del 26 al 33, para desentrañar con más detalle las pretensiones del legislador comunitario, podrían definirse las prácticas prohibidas como aquellos usos de sistemas de IA que, por su natu-

raleza, finalidad o impacto potencial, presentan un riesgo inaceptable por ir «en contra de los valores de la Unión de respeto de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia y el Estado de Derecho y de los derechos fundamentales consagrados en la Carta, como el derecho a la no discriminación, a la protección de datos y a la intimidad y los derechos del niño».

Como complemento, las Directrices de la Comisión sobre prácticas prohibidas de inteligencia artificial establecidas por el Reglamento (UE) 2024/1689 (Reglamento de Inteligencia Artificial), responden al mandato del artículo 96.1.b) del Reglamento y tienen por objeto aumentar la claridad jurídica y proporcionar información sobre la interpretación que hace la Comisión de las prohibiciones del artículo 5, con vistas a garantizar su aplicación coherente, efectiva y uniforme. Las Directrices, aunque útiles, no tienen carácter vinculante y se han elaborado teniendo en cuenta las aportaciones de numerosos colectivos interesados, incluida la propia Comisión, el Parlamento y los Estados miembros. Se organizan en torno a varios apartados: primero se presenta el contexto y los objetivos; posteriormente se ofrece una visión general de las prácticas prohibidas y su fundamento legal; luego se analizan detalladamente cada una de las categorías específicas de prohibiciones; y finalmente se abordan las salvaguardias y excepciones.

Desde el punto de vista de las consecuencias, la realización de cualquiera de las prácticas prohibidas implica, entre otros efectos, y además de su propia prohibición, esto es, la del uso, comercialización o puesta en servicio del sistema –como indica el propio artículo 5.1 del Reglamento–; sanciones especialmente graves, lo que implica «multas administrativas de hasta 35.000.000 EUR o, si el infractor es una empresa, de hasta el 7 % de su volumen de negocios mundial total correspondiente al ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior», y «multas administrativas de hasta 1.500.000 EUR» cuando el sujeto infractor sea una institución, órgano u organismo de la Unión –según prevén, respectivamente los artículos 99.3 y 100.2–.

Conviene no confundir las prácticas prohibidas con los sistemas de IA de alto riesgo, que son sistemas a los que el Reglamento exige especiales requisitos. Entre estos sistemas de alto riesgo se encuentran los que forman parte de ciertos ámbito sensibles, entre los que se encuentra el «empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo» y, en particular, los «Sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos» y los «Sistemas de IA destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones». Estos sistemas se encuentran permitidos con ciertas limitaciones, una de las cuales será, obviamente, que de ninguna forma incurran en prácticas prohibidas.

4. Prácticas prohibidas de ia con impacto en las relaciones laborales

Sentado esto, y tras una revisión del Reglamento y las Directrices, el objeto de este análisis es definir qué prácticas prohibidas guardarían más conexión con las relaciones laborales y aportar algunos ejemplos, partiendo del presupuesto de que, por la amplia literalidad del artículo, la relación que se presenta en este estudio no puede ser sino meramente indicativa.

4.1. Manipulación subliminal o engañosa para alterar el comportamiento (artículo 5.1.A).

Se estaría ante el empleo de técnicas que, sin ser percibidas por el receptor, hagan que tome una decisión que de otro modo no habría tomado y que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables para sí mismo o para otros. La conducta proscibiría herramientas de motivación oculta, tales como inserciones de mensajes subliminales que instasen a un trabajador a actuar de una determinada manera —por ejemplo, a ser agresivo en las ventas o a tomar decisiones que podrían causarle rechazo—, o instrumentos que, sobre la base de una falsa empatía, enmascaran la emisión de órdenes o la realización de evaluaciones de los propios trabajadores que, sin esta ocultación, no admitirían. La gamificación, cuando tuviese por objeto que los trabajadores aceptasen mensajes u órdenes que no aceptarían de otro modo, constituiría una clase especial de esta manipulación prohibida.

Los riesgos de estas prácticas se encuentran relacionados con el aumento del estrés y la presión psicológica generados por el aumento de la exigencia, agravados, si cabe, por la indefensión provocada por la pérdida de autonomía y la falta de consciencia y defensa ante la manipulación.

4.2. Explotación de vulnerabilidades por edad, discapacidad o situación socioeconómica (artículo 5.1.B)

Ocurriría cuando un sistema de IA explotase vulnerabilidades asociadas a factores como la edad, una discapacidad o una situación económica desfavorable, alterando el comportamiento del trabajador en perjuicio de sus condiciones laborales.

Serían ejemplos, entre otros, el empleo de herramientas de contratación que ofreciesen automáticamente los contratos más precarios existentes en la empresa —aunque legales— a las personas desempleadas o vulnerables. También los sistemas de selección o promoción que descartasen ciertos perfiles, como mayores de cierta edad o jóvenes; o los sistemas de organización del trabajo que priorizasen la asignación de ciertas tareas —por ejemplo, las que exigiesen carga física o sometimiento a ciertos horarios— solamente a jóvenes, a personas con ingresos bajos o a personas con o sin responsabilidades de cuidado.

Esta práctica perpetúa los prejuicios y la discriminación tanto en el acceso al empleo como en el trabajo, siendo especialmente lesiva por cuanto, para ello, se sirve del tratamiento de condiciones concretas explotadas por la capacidad analítica de la IA.

4.3. Evaluación o clasificación social con fines laborales (artículo 5.1.C)

Se refiere al uso de sistemas de IA que evalúan o clasifican a trabajadores en función de comportamientos ajenos al entorno laboral o de características personales irrelevantes o inconexas con el desempeño profesional, cuando ello implique trato perjudicial o desfavorable.

Por su conexión tangencial el ámbito laboral esta conducta es especialmente amplia y puede dar lugar a gran cantidad de comportamientos como, por ejemplo, las herramientas que descartan candidatos por su actividad política o sindical en redes sociales; o, en general, las aplicaciones de IA que otorguen beneficios o perjuicios a trabajadores o aspirantes sobre la base de información ajena al trabajo, como el barrio en que residan, los centros donde se haya educado o sus intereses personales. También encajarían en este tipo las aplicaciones empresariales que puntuaran aspectos no relacionados con el desempeño, como la participación en eventos de empresa o en iniciativas ajenas al estricto trabajo.

Estas herramientas, aunque conceptualmente similares a las que explotan vulnerabilidades –por ejemplo, serían especialmente aplicables a la selección de candidatos o la asignación de tareas–, se caracterizarían no por discriminar sobre la base de dichas vulnerabilidades sino por otras características que, sin serlo, habrían de quedar protegidas de generar reacciones empresariales. Algunas de las zonas grises que se apuntarán al final del artículo tienen que ver con este tipo de prácticas.

4.4. Reconocimiento de emociones en los lugares de trabajo (artículo 5.1.F)

Esta práctica implica el empleo de sistemas que infieran las emociones de los trabajadores a través, por ejemplo, del análisis facial, de voz o corporal. El Reglamento cita aquí expresamente los lugares de trabajo pues, como indica el considerando 44, «Teniendo en cuenta el desequilibrio de poder en el contexto laboral o educativo, unido al carácter intrusivo de estos sistemas, dichos sistemas podrían dar lugar a un trato perjudicial o desfavorable de determinadas personas físicas o colectivos enteros».

Se encontrarían dentro de esta categoría el empleo de software que analice el lenguaje no verbal, las microexpresiones o la voz, para, por ejemplo, premiar el entusiasmo o penalizar la impaciencia o el desinterés.

Como en los casos anteriores, se estaría vulnerando la intimidad de la persona y su derecho a que cuestiones personales y que escapan de la órbita de control de la empresa tengan efecto en su trabajo. Así, la consciencia de estar sometido a vigilancia a través de estos sistemas dispararía previsiblemente el riesgo psicosocial en la empresa, que estaría agravado, como en el resto de los casos, por la indefensión asociada a la exposición total e inevitable de la persona ante el sistema.

Este punto contiene una salvedad que, por su conexión con la esfera preventiva, ha de ser traída: no se incumple la prohibición «cuando el sistema de IA esté destinado a ser instalado o introducido en el mercado por motivos médicos o de seguridad». El perfilado de esta exclusión no se encuentra con nitidez en el Reglamento, aunque los considerandos 29 y 44 parecen aportar algo de claridad cuando indican que: «La prohibición de las prácticas de manipulación y explotación establecida en el presente Reglamento no debe afectar a prácticas lícitas en el contexto de un tratamiento médico, como el tratamiento psicológico de una enfermedad mental o la rehabilitación física, cuando dichas prácticas se lleven a cabo de conformidad con el Derecho y las normas médicas aplicables, por ejemplo, con el consentimiento expreso de las personas o de sus representantes legales» y que «Dicha prohibición no debe aplicarse a los sistemas de IA introducidos en el mercado estrictamente con fines médicos o de seguridad, como los sistemas destinados a un uso terapéutico». Según las Directrices, esta excepción ha de interpretarse de manera restrictiva y, explícitamente, indican que «El control general de los niveles de estrés en el lugar de trabajo no está permitido en el marco de los aspectos de salud o seguridad. Por ejemplo, un sistema de IA destinado a detectar el agotamiento o la depresión en el lugar de trabajo o en instituciones educativas no estaría cubierto por la excepción y seguiría estando prohibido». Como se verá, la conexión de esta práctica con la prevención de riesgos laborales es clara.

4.5. Categorización biométrica para inferir características sensibles (artículo 5.1.g)

El precepto prohíbe sistemas de IA que utilicen datos biométricos para inferir información sensible de una persona como la raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas y vida u orientación sexuales.

Estas conductas tendrían un aterrizaje más improbable en el ámbito laboral, en tanto que se apartan de su núcleo, si bien podrían encontrarse enmascaradas en sistemas de seguridad que, sobre datos biométricos, clasificasen a las personas según características sensibles, independientemente de que posteriormente esta clasificación tuviese efectos perjudiciales o no.

5. Conexión entre las prácticas prohibidas en el Reglamento de IA y la directiva de plataformas

La IA y las plataformas digitales guardan una relación muy estrecha, pues ambas tienen su origen en los avances tecnológicos derivados del empleo de algoritmos y del incremento de la capacidad de computación de los dispositivos informáticos. Si bien la IA proyecta sus efectos sobre la tecnología en general, las plataformas digitales sí que han impactado directamente en las relaciones de trabajo, razón por la cual, presumiblemente, el Reglamento se dicta al amparo de artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dedicados al mercado interior, mientras que la Directiva invoca el articulado relativo

a las políticas sociales y las condiciones laborales. Si bien actualmente las plataformas digitales pueden emplear IA o no —en función de la complejidad de sus algoritmos—, dado que la evolución de ambas tecnologías parece discurrir de manera paralela, incluso a veces combinada, es esperable que conforme las plataformas se complejicen la IA se imbricará en ellas de manera natural y definitiva, careciendo de sentido un tratamiento separado.

Volviendo a la aparición de las plataformas digitales de trabajo, es indudable que encontró terreno de arraigo fértil en las necesidades clásicas de intermediación entre clientes y proveedores —en su faceta comercial— y entre trabajadores y empresas —en la laboral—, ofreciendo un sistema que, por medio de algoritmos, facilitaba y optimizaba los emparejamientos entre consumidores y empresas y, también, entre empresas y trabajadores. Al poco tiempo de funcionamiento, estos nuevos modelos laborales difuminaron los límites entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo clásicos, lo que pasó, en no pocas ocasiones, por una reducción —por la vía de la *deslaboralización*— de los trabajadores sometidos a estos sistemas de gestión algorítmica.

Ante esta realidad, la Unión Europea identificó la necesidad de establecer un marco regulatorio armonizado, capaz de aprovechar los beneficios generados por estas tecnologías y, a la vez, minimizar los riesgos inherentes, como la precarización laboral, la vigilancia tecnológica excesiva y la opacidad en la toma de decisiones. Así, el 11 de noviembre de 2024, y después de un complejísimo proceso legislativo, se publicó la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, que se trae al presente estudio en tanto que contiene algunos preceptos que podrían conectarse directamente con las prácticas prohibidas del Reglamento.

Como cuestión previa, debe contextualizarse que las referencias a la IA en la Directiva de plataformas y a las plataformas en el Reglamento de IA no son recíprocas, pues mientras que la Directiva no incluye ninguna referencia a la inteligencia artificial, el Reglamento sí incorpora menciones a las plataformas y a las condiciones de trabajo. Las razones solo están al alcance del legislador comunitario, si bien sería sensato atribuir este hecho a que el Reglamento constituye un instrumento más amplio —dentro, tanto de su enfoque, como del sistema de fuentes europeo— que la Directiva y, sobre todo, a que en los periodos en que se negociaron ambos instrumentos la tecnología de las plataformas se encontraba más desarrollada que la de la IA, lo que habría hecho más intuitivo prever los impactos de las plataformas sobre la IA que al contrario —esto evidencia los problemas, ya apuntados, de regular a tiempo real—. Así, respecto de la Directiva, la primera propuesta legislativa de la Comisión es del 9 de diciembre de 2021; mientras que la misma propuesta, pero del Reglamento, se encuentra fechada el 22 de abril de 2021. Dado que la Directiva se aprobó el 23 de octubre de 2024 y el Reglamento el 13 de junio de 2024, puede decirse que ambos instrumentos se diseñaron prácticamente a la vez.

El primer puente entre ambas normas tiene que ver con los principios de transparencia y equidad, que reconoce el artículo 1 y desarrollan los artículos 9, 11, 13 y 14 de la Directiva, los cuales ya proscribirían casi cualesquiera de las prácticas prohibidas por el Reglamento porque basan su efectividad, en gran medida, en que operan de manera

inevitable y oculta para las personas —especialmente los que emplean manipulación subliminal, explotación de vulnerabilidades o reconocimiento de emociones—.

Lo mismo ocurre con el artículo 7 de la Directiva, que prohíbe que las plataformas accedan a datos personales sobre el estado emocional o psicológico, traten de predecir ciertos comportamientos o intenten inferir características sensibles. La convergencia entre ambas normas es tal que la literalidad de este artículo se acerca, en ocasiones hasta confundirse, con la de algunos apartados del artículo 5 del Reglamento.

Por otra parte, el artículo 10.3 de la Directiva protege frente a la discriminación al prever que «Cuando en la supervisión o la evaluación a que se refiere el apartado 1 [supervisión humana] se detecte un riesgo elevado de discriminación en el trabajo en la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones, o se constate que las decisiones individuales adoptadas o respaldadas por sistemas automatizados de seguimiento o por sistemas automatizados de toma de decisiones han vulnerado los derechos de una persona que realice trabajo en plataformas, la plataforma digital de trabajo adoptará las medidas necesarias, en particular, si procede, la modificación del sistema automatizado de seguimiento y toma de decisiones o la suspensión de su utilización, a fin de evitar tales decisiones en el futuro». Esta cláusula, por su amplitud, prohibiría todas las prácticas ya prohibidas por el Reglamento, por cuanto discriminan o —aun cuando no lo hagan— vulneran los derechos de los trabajadores. De hecho, una razonable interpretación de los derechos que se estarían vulnerando habría de pivotar sobre una valoración conjunta de Directiva y Reglamento.

Por último, el artículo 12 de la Directiva exige ciertas condiciones de seguridad y salud —especialmente apuntando hacia los riesgos psicosociales—, prohibiendo expresamente que las plataformas empleen «sistemas automatizados de seguimiento ni sistemas automatizados de toma de decisiones de manera que se ejerza una presión indebida sobre los trabajadores de plataformas o se ponga en riesgo de algún otro modo la seguridad y la salud física y mental de los trabajadores de plataformas», lo que guarda estrecha relación, entre otros, con la manipulación subliminal o explotación de vulnerabilidades proscrita por el Reglamento.

Resulta clara, entonces, la conexión entre el Reglamento de IA y la Directiva de plataformas, habida cuenta de que son dos instrumentos que abordan facetas complementarias de la misma realidad tecnológica. Es previsible por ello por lo que el Reglamento deja claro, en su considerando 9, que «no debe afectar a las disposiciones destinadas a mejorar las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales establecidas en una directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales».

6. Propuestas de soluciones desde la normativa laboral española

A la vista de todo lo expuesto se pueden apuntar algunas soluciones que permitan consolidar el cumplimiento por parte de la normativa española de la prohibición de prácticas

prohibidas, tal y como las entiende el Reglamento y las refleja –de manera más directa o indirecta– la Directiva. Estas intervenciones, planteadas desde un punto de vista técnico, reducirían, con pleno respeto a los principios de buena regulación y a las directrices que regulan la técnica normativa, el espacio en el que se podrían desarrollar las prácticas prohibidas, haciéndolas inviables y permitiendo asideros jurídicos claros desde los que defender los derechos de los trabajadores. Si bien es cierto que el Reglamento –no así la Directiva– resulta directamente aplicable, no es menos cierto que un reglamento comunitario que corra independiente de las principales normas nacionales que regulan la materia provocaría una serie de problemas prácticos e interpretativos cuya evitación es, precisamente, lo que pretenden las siguientes propuestas.

6.1. El derecho a no ser objeto de cierto tratamiento algorítmico, una prioridad en el Estatuto de los Trabajadores

En tanto que se está ante un fenómeno de naturaleza transversal, la primera aproximación laboral respecto de soluciones normativas podría plantearse desde el ET. En este sentido, el derecho general a la no discriminación previsto en el artículo 4.2.c) parecería suficiente para abarcar todas las prácticas prohibidas que implicasen discriminaciones –explotación de vulnerabilidades o clasificación social–, pero podría no ser bastante para proteger a los trabajadores frente a conductas intrusivas no discriminatorias –manipulación subliminal, reconocimiento de emociones o inferencia de características sensibles–.

Estos últimos, no obstante, podrían considerarse teóricamente incluidos dentro del derecho general al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad del artículo 4.2.E). Sin embargo, pretender vehicular la protección frente a un fenómeno tan atípico y difuso como el de las invasiones no discriminatorias causadas por la IA a través de las clásicas referencias a la intimidad y dignidad podría dar lugar a un incremento de la litigiosidad y a un excesivo esfuerzo aclaratorio que recayese exclusivamente en las primeras interpretaciones judiciales. Es por ello que, sin tener que pasar por una modificación del artículo 4, podría ser recomendable revisar el contenido del artículo 20 bis del ET, que regula los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, para clarificar algunos extremos.

La redacción actual del precepto es la siguiente: «los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.»

De esta redacción queda claro que el derecho principalmente asociado al uso de herramientas digitales es el de la intimidad y que, además, la protección relativa a los dispositivos de videovigilancia y geolocalización se deja a lo que prevea la normativa sobre protección de datos. Poco cambia, en lo que compete a este estudio, en el anteproyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el re-

gistro de jornada y el derecho a la desconexión —según versión publicada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social a propósito del trámite de audiencia e información públicas llevado a cabo en diciembre de 2024—, habida cuenta de que las novedades que se incluyen consisten, en síntesis, definir el derecho a la desconexión.

Parece pendiente, por tanto, una modificación normativa que facilite la aplicación de las garantías previstas en el Reglamento de inteligencia artificial y que, por definición, resultan directamente aplicables y exigibles. En este contexto, y dada la especial relevancia y anticipada entrada en vigor de las prácticas prohibidas, podría ser sensato incorporar, en el artículo 20 bis, un derecho a no ser objeto de tratamiento a través de sistemas de IA que, si bien no discriminatorios, llevasen a cabo estos usos prohibidos. Se estaría apuntando, por tanto, a consolidar la protección frente a técnicas ilegales como la manipulación subliminal, el reconocimiento de emociones o la inferencia de características sensibles, cuando no fueran discriminatorias, toda vez que las prácticas prohibidas que son discriminatorias ya cuentan con suficiente protección a través del artículo 17 del ET.

En función de la redacción final del artículo 20 bis del ET podría ser también más que recomendable una revisión del artículo 20.3, por la conexión que guarda con los sistemas de control del trabajo que se apoyen en la IA. En este apartado no puede dejar de recalcarse la conveniencia de que —no solamente por las previsiones del Reglamento sino por la necesidad de transposición de la Directiva— se introduzcan los derechos a no ser objeto de decisiones automatizadas sin supervisión humana y a la revisión por humanos de las decisiones automatizadas. Este derecho habría de recoger, además de lo que ya es aplicable por el Reglamento, lo establecido en los artículos 7, 10 y 11 de la Directiva que no se hubiese introducido en el 20 bis, cuando no se decidiese insertar todo en este último.

Adicionalmente, y a la vista de todo lo razonado, también sería más que adecuado explicitar la obligatoriedad de que se realicen auditorías algorítmicas en las empresas —respecto de la que habría que concretar, al menos, contenido, plazos y responsables—, aterrizar en el ámbito laboral el deber de alfabetización en materia de IA que expresamente prevé el artículo 4 del Reglamento —identificando, como en el caso anterior, contenido y obligados— y dotar de un papel reforzado, a todos estos efectos, a la negociación colectiva. Estas cuestiones, aunque se apunten, exceden del objeto de este estudio.

6.2. Solo podrían ser necesarios algunos ajustes puntuales en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

De quedar adecuadamente trazados los derechos en el ET podría no ser necesaria una intervención en la LPRL, toda vez que las prácticas prohibidas se habrían evitado ya en su origen, invocando el derecho a la no discriminación y a no ser objeto de tratamiento a través de sistemas de IA que realizasen dichas prácticas. Como se indicará más adelante, es cierto que algunas zonas grises de la aplicación real de estas prácticas podrían tener una naturaleza preventiva, si bien la solución podría no venir tanto por una modificación en la LPRL como por un empleo intuitivamente razonable de la IA.

En cualquier caso, es el momento de adelantar que la conexión principal entre eventuales desarrollos normativos de la LPRL y el fenómeno de la IA pasaría, con probabilidad, por tres frentes diferenciados: el empleo de la IA en la actividad preventiva —especialmente en la evaluación de riesgos, la planificación preventiva y el seguimiento de todo ello—, la gestión de los riesgos psicosociales —como previsible categoría de riesgos especialmente incrementados por la IA— y la clarificación de las responsabilidades por accidentes y enfermedades vinculados —o provocados, incluso— por sistemas de IA. El desarrollo de estas posibles medidas, por su especialidad, podría ser objeto de otros estudios monográficos.

6.3. El impacto de la IA en las ofertas privadas podría quedar fuera de la Ley de Empleo

La inserción de preceptos que evitasen prácticas prohibidas iría dirigida exclusivamente a su evitación por parte de las Administraciones, habida cuenta de que la Ley de Empleo no regula, de forma clara, el contenido o el modo de gestión de las ofertas de empleo privadas —es decir, cuando dichas ofertas operan fuera de las políticas de empleo y de la acción del Sistema Nacional de Empleo—. En el ámbito de las políticas de empleo, la no discriminación estaría protegida por el artículo 5.a) de la citada ley, no así las prácticas prohibidas no discriminatorias —por ejemplo, la manipulación subliminal, el reconocimiento de emociones o la inferencia de características sensibles—. Por ello, podría ser recomendable introducir en el artículo 5.b) la referencia explícita a que los sistemas públicos asegurarán la transparencia y supervisión humana en la utilización de IA en cualquier proceso de acceso y consolidación del empleo y desarrollo profesional. Como expansión de este precepto sería esperable una actualización de los artículos 16 y 17, especialmente de este último, tanto para evitar aplicaciones prohibidas como para asegurar que el recurso a la IA se realiza de manera transparente y con supervisión humana. En esta ubicación, además, las obligaciones acompañarían a las relativas a protección de datos, con las que guardan estrecha relación.

No obstante, y salvo que se entienda que la Ley de Empleo dicta los requisitos de las ofertas de trabajo o de la selección de personal realizada directamente por las empresas, externamente a los sistemas públicos —lo que requeriría no poco contorsionismo argumental—, la necesaria exigencia de requisitos legales relacionados con el empleo de IA en la selección de personal en la esfera privada parece tener un mal encaje en dicha ley, a pesar del impacto que tienen en la selección de personal tanto la IA como las prácticas prohibidas.

6.4. La difusa, pero tolerable, redacción de la Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Aunque se ha argumentado ya que, a efectos laborales, la igualdad y no discriminación producida por la IA contaría con protección suficiente, no puede soslayarse una posible necesidad de actualización del artículo 23 de la Ley integral para la igualdad de trato y

la no discriminación. Vista la norma, podría dificultar la aplicación del reglamento la salvaguarda que contiene la obligación de que las administraciones pongan en marcha mecanismos que minimicen los riesgos, aumenten la transparencia y rindan cuentas. La muy alambicada redacción del precepto diluye el carácter ya de por sí más declarativo que imperativo al condicionarlo a que «sea factible técnicamente», creando lo que parece una vía rápida de huida del derecho que no se está terminada de consolidar. No mejoran la comprensión del precepto expresiones de confuso aterrizaje real como «promoverán» o «priorizarán», que suelen tener un cuestionable efecto material.

Es de agradecer, no obstante, que el apartado 3 incluya a las empresas a la hora de promover una IA «ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido». Este imperceptible nexo entre las obligaciones generales y las empresas podrá servir a los operadores jurídicos laborales, sin duda, para tratar de anudar ciertas obligaciones difusas respecto de la IA al comportamiento empresarial si bien, como se ha indicado, la protección frente a la discriminación laboral –cualquiera que sea su origen– cuenta ya con un desarrollo amplio y específico en las normas laborales nacionales.

6.5. La necesidad de un ajuste final que alinease la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

La norma dedica sus artículos 87 al 92 al ámbito laboral. Si bien el contenido respeta las exigencias actuales de las distintas normas, podría ser recomendable que esta ley orgánica se alinease de manera más literal con el et –más aún si prosperasen las propuestas aquí planteadas–. Por ejemplo, sería recomendable que se explicitara el deber de que las empresas realizaran auditorías algorítmicas.

Adicionalmente, convendría que, en alguna parte de la norma, se explicitase la prohibición de las prácticas prohibidas de ia, no ya desde un punto de vista laboral, sino como garantía de la protección de datos y de los derechos digitales de las personas. Esto redundaría en una mejor y más nítida conexión entre los deberes empresariales en materia de protección de datos y los puramente laborales, tendiendo unos más que necesarios puentes entre dos ámbitos en los que las soluciones normativas, salvo excepciones, no han terminado de discurrir suficientemente hiladas.

7. Algunas zonas grises

Como conclusiones adicionales del estudio, más orientadas al desarrollo futuro, se plantean a continuación una serie de situaciones complejas en las que las prácticas prohibidas podrían aparecer confundidas dentro de otra clase de actuaciones más habituales y aparentemente neutras. Alumbrar estas zonas de oscuridad será un ejercicio previo a ofrecer cualquier solución jurídica.

7.1. IA como promotora subliminal de hábitos

Las primeras dudas que se pueden tener al plantear distintas hipótesis de uso de la IA tienen que ver con su empleo en la prevención de riesgos laborales y, más concretamente, en los problemas que podrían generar herramientas basadas en IA que –indudablemente bienintencionadas y seguramente efectivas– manipulasen subliminalmente a los trabajadores para llevar a cabo determinadas prácticas preventivas o, por ejemplo, pretendiesen reconocer sus emociones o características biométricas para ajustar las evaluaciones y medidas preventivas a cada sujeto. Como se ha indicado, el control general de los niveles de estrés en el lugar de trabajo estaría prohibido, en todo caso, por implicar el reconocimiento de emociones, lo que impediría el recurso a sistemas de IA, aunque, por ejemplo, persiguiesen realizar mejores evaluaciones psicosociales detectando emociones. De este modo, la adaptación del trabajo a la persona que persigue la LPRL, si se lleva a cabo de manera poco transparente y sin supervisión, podría acabar generando una práctica prohibida.

En conexión con esto, otras aplicaciones aparentemente dudosas de la IA podrían ser las que –también abusando de la manipulación subliminal– recomendasen a los trabajadores mantener hábitos como descansar o respetar los horarios laborales, o incluso otros totalmente ajenos al trabajo, sirvan como meros ejemplos la lectura o el voluntariado. Sin poner en duda su objetivo parecería que habría que asegurar, con extremo cuidado, el cumplimiento del Reglamento y la inexistencia de prácticas prohibidas. Recursos como la transparencia, la participación y el consentimiento informado, a todas luces, ayudarían a reducir esta clase de zonas grises.

7.2. IA como herramienta de organización del trabajo

La situación se complicaría cuando las herramientas de IA asignasen trabajos mejores –por retribución u otras condiciones– a ciertos trabajadores sobre la base de características imposibles de ocultar como la edad o la condición física. El desbroce partiría, previsiblemente, de tratar de separar aquello que es íntimo y legítimamente ocultable a la empresa de aquella información que la empresa –dentro de su poder de organización y dirección– tiene derecho a saber, aventurándose productivas discusiones sobre la convivencia de sistemas de control del rendimiento con otros que vigilen otros aspectos como podrían ser el cansancio o el desgaste físico.

El debate aquí no sería nuevo y discurriría paralelo a la línea que separa la protección de colectivos desfavorecidos de la discriminación. De nuevo en todas estas situaciones la transparencia, la participación de los trabajadores y la supervisión humana afloran como garantía imprescindible de que el sistema no pueda desplegar automáticamente sus sesgos.

7.3. IA como promotora de discriminación positiva

Hasta el momento se han calificado como prácticas prohibidas ciertas manipulaciones, categorizaciones o invasiones a la voluntad de las personas que, por medio de la potencia técnica de la IA, dejaban a las víctimas en situación de indefensión frente a pretensiones externas –en este caso empresariales–. La creación de discriminaciones, cuando se produce mediante la intervención de la IA, provoca que la práctica sea automáticamente calificada como prohibida. No obstante, en caso de un sistema de IA que opere corrigiendo los sesgos y discriminaciones habituales por medio del recurso a la discriminación positiva, ¿podría ser una práctica prohibida, a pesar de que nuestro ET –y nuestros valores sociales– la admiten? La respuesta no es sencilla, toda vez que requeriría despejar conceptos tecnológicamente complejos y ya líquidos de por sí que se complicarían al interactuar con la propia noción de discriminación positiva. Principios como que las personas «tomen una decisión que de otro modo no habrían tomado», que el sistema altere «de manera sustancial el comportamiento» o que se causen «perjuicios considerables» requerirán, muy probablemente, notables esfuerzos argumentativos cuando deban ser valorados en el difícil escenario de las discriminaciones positivas. Como se apuntó al principio de este estudio, el *test de proporcionalidad* que acompaña en no pocos casos a la valoración de la posible discriminación positiva se empañaría cuando esta fuese propiciada por una IA, añadiendo una capa más de complejidad.

En definitiva, parece que lo que más peso específico podría tener en la determinación de si el uso de una IA es contrario o no al Reglamento son su transparencia y, en todo caso, su fin último como favorecedor de sesgos. Es precisamente esto: la capacidad extremadamente alta para conducirse a través de sesgos, aumentándolos, y la extracción de información y el condicionamiento, aun en contra de la voluntad de las personas, lo que hace a la IA una herramienta especialmente eficaz a la hora de generar indefensión. Estos riesgos se acentúan más aún en un ámbito como el laboral, en el que las relaciones entre empresa y trabajador parten, normalmente, del desequilibrio.

La solución a esta nueva realidad tecnológica y laboral, que tendrá necesariamente carácter multifactorial, requerirá, con certeza, la redacción de una normativa clara y precisa, tanto en sus objetivos como en su dicción.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Cuesta, H., 2024. Experiencias convencionales de regulación del impacto laboral de la inteligencia artificial y su uso con fines de control. *Trabajo y derecho*, issue 19.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I., 2024. Hacia el estatuto del yo inconsciente de la persona trabajadora. *Trabajo y derecho*, issue 19.

- Fernández Villazón, L. A., 2024. Nuevo reglamento europeo de ia: los derechos humanos como especificación técnica de producto. *Briefs aedtss*.
- Ginès i Fabrellas, A., 2024. Algoritmos sesgados en el trabajo. Consideraciones entorno a su tratamiento jurídico. *Trabajo y derecho*, issue 19.
- Guzmán, M. E., Rodríguez-Piñero, M. & Espinas, C., 2023. Hacia una regulación laboral de la gestión algorítmica. *Pwc, periscopio fiscal y legal*.
- Guzmán, M. E., Rodríguez-Piñero, M. & Muriel, L., 2023. Avances en la regulación de la gestión algorítmica. *Pwc periscopio fiscal y legal*.
- Llorens Espada, J., 2024. La inteligencia artificial para la mejora de la seguridad y salud laboral y su encaje en el marco regulatorio europeo (1). *Trabajo y derecho*, issue 19.
- López Ahumada, J. E., 2024. Sistemas algorítmicos y desarrollo de la inteligencia artificial desde la perspectiva del poder de dirección de las empresas. *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*.
- Mercader Uguina, J., 2019. Algoritmos y derecho del trabajo. *Actualidad jurídica uría menéndez*, pp. 63-70.
- Mercader Uguina, J., 2024. El principio de proporcionalidad como límite al control laboral basado en la inteligencia artificial. *Trabajo y derecho*, issue 19.
- Mercader Uguina, J., 2024. El reglamento de inteligencia artificial: frecuentemos el futuro. *Briefs aedtss*.
- Olarte Encabo, S., 2020. La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación. *Doc. Labor*, pp. 79-98.
- Páez, A. & Urueña, R., 2024. Análisis jurídico de la discriminación algorítmica en los procesos de selección laboral. *Innovación en derecho y nuevas tecnologías*.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, B., 2024. La responsabilidad empresarial por accidentes vinculados a la inteligencia artificial (1). *Trabajo y derecho*, issue 19.
- Tobey, D. Y otros, 2025. *European commission publishes guidelines on prohibited ai practices*, s.L.: Dla piper.
- Todolí Signes, A., 2023. *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación..* Pamplona: aranzadi.
- Todolí Signes, A., 2024. El principio de transparencia algorítmica en su dimensión individual y colectiva: especial referencia a la directiva de plataformas digitales y al reglamento de ia. *Trabajo y derecho*, issue 19.

DEBATE

El aseguramiento de la responsabilidad empresarial del pago del recargo en las prestación de Seguridad Social

Ensuring corporate liability for the payment of surcharges on social security benefits

Tomás Sala Franco

Catedrático emérito de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valencia

Estudio general

doi: 10.20318/labos.2025.9672

1. El Art. 164 de la LGSS establece que *“todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”,* añadiendo que *“la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla”* y que *“la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”*.

Así pues, a partir de aquí es posible señalar lo siguiente:

- 1.º) Que la responsabilidad se exige al empresario, no solamente en el caso de que él mismo hubiese incumplido las obligaciones preventivas, sino también cuando los incumplidores sean sus subordinados, aplicando la jurisprudencia la doctrina de la *“culpa in eligendo”* o de la *“culpa in vigilando”*, siendo la jurisprudencia muy estricta en la exigencia de una relación de causalidad entre el accidente de trabajo o la enfermedad profesional y el incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones en materia preventiva (por todas, STS de 3 de marzo de 2013).

- 2.º) Que el recargo operará sobre todas las prestaciones económicas (subsídios por incapacidad temporal, prestaciones por incapacidad permanente o pensión de viudedad en caso de fallecimiento) obligatorias del sistema de Seguridad Social y no sobre las mejoras voluntarias derivadas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional cuando la lesión se produzca por incumplimiento empresarial de las normas de seguridad y salud en el trabajo, con la única exclusión de responsabilidad en los casos de fuerza mayor, caso fortuito, exceso de celo del trabajador, dolo o imprudencia temeraria de éste o actuación de terceros, ya que en tales casos no habría propiamente accidente de trabajo o enfermedad profesional. Se trata por tanto de una responsabilidad que no sanciona conductas, sino que pretende resarcir al trabajador de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento empresarial.
- 3.º) Que la cuantía del recargo será del 30 al 50 por 100, según la gravedad de la falta, siendo la Dirección Provincial del INSS el órgano competente para la declaración de la responsabilidad por recargo en el plazo de 135 días y la fijación de la concreta cuantía del porcentaje del recargo, a instancia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o por denuncia del propio trabajador interesado dentro del plazo de prescripción de cinco años del Art. 53.1 de la LGSS, siendo la Tesorería General de la Seguridad Social la que gestionará la liquidación del recargo cobrándolo del empresario y más tarde abonándolo al trabajador o a sus causahabientes en el caso de fallecimiento mientras dure la prestación correspondiente.
- 4.º) Que las resoluciones del INSS podrán ser impugnadas por el empresario ante la jurisdicción social con base en el Art. 2 o) de la LRJS.
- 5.º) Que esta responsabilidad es compatible con todas las demás que pudieran surgir de los mismos hechos -penal y civil derivada de la penal o civil contractual en el caso de ausencia de responsabilidad penal y sancionatoria administrativa de la LISOS,- de forma que no procederá descontar de su cuantía las indemnizaciones civiles (cfr. STS de 2 de octubre de 2000) ni las multas impuestas por la autoridad administrativa laboral (Arts. 43.1 de la LISOS y 42.3 de la LPR).
- 6.º) Que la responsabilidad del pago del recargo corresponde directamente al empresario sin posibilidad alguna de aseguramiento mercantil, “*siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla*”.
- 7.º) Que en el caso de que el empresario no abone el recargo impuesto en el periodo voluntario (el capital/coste), podrá reclamarse en vía ejecutiva, pudiendo el INSS proceder al embargo de los bienes personales del empresario, pudiendo encadenarse este proceso con otros procesos judiciales por alzamiento de bienes, en el bien entendido que el trabajador no co-

brará el recargo en el caso de insolvencia del empresario infractor, ya que el INSS no es responsable subsidiario.

2. De todo lo anterior se deduce que la responsabilidad empresarial sobre el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social establecida por la ley viene configurada como una responsabilidad híbrida de carácter mixto - sancionatoria y a la vez indemnizatoria- *“específica y singular de nuestro sistema de Seguridad Social”* (STS de 2 de octubre de 2000), compatible a la vez con las sanciones administrativas de la LISOS (vulnerando dudosamente el principio administrativo *“non bis in idem”* al sancionar dos veces un mismo hecho) y con las indemnizaciones contractuales civiles (vulnerando dudosamente el principio civil de la reparación íntegra del daño al duplicar la compensación del daño y generar un *“enriquecimiento injusto”* de acuerdo con esta doctrina), realidad negada por la jurisprudencia (STS de 9 de octubre de 2001), que pretende, con toda la buena intención del mundo, de una parte, contribuir, junto con el establecimiento de responsabilidades penales, administrativas y civiles contractuales compatibles, a la presión sobre el empresario para que cumpla sus obligaciones preventivas en evitación de daños que afectan a la vida y a la salud de los trabajadores y, de otra parte, resarcir a los trabajadores afectados por los daños y perjuicios causados.

Sin embargo, lo cierto es que, en la realidad, sobre todo de las pymes, estas dos pretensiones no se cumplen. Primero, porque determinadas empresas, demasiadas, siguen siendo renuentes a cumplir con las obligaciones preventivas pese a las múltiples responsabilidades a las que se exponen *“jugando a la lotería”*, esto es, arriesgándose a no cumplir y a pagar en su caso cuando el riesgo se ha convertido en daño. Y, segundo, porque en el caso de exigirse la responsabilidad por recargo capitalizando la sanción, sumada ésta a las responsabilidades penales o administrativas y civiles por indemnización de daños y perjuicios (en muchos casos no aseguradas mercantilmente pese a su posibilidad jurídica), los procesos judiciales de ejecución de los embargos se complican enormemente con largos procedimientos de alzamiento de bienes o con retrasos en el pago del recargo e, incluso, en determinados casos, con el no cobro por los trabajadores afectados del recargo por desaparición de la empresa y el consiguiente desempleo de sus trabajadores.

Así las cosas, ¿merece la pena mantener la prohibición del aseguramiento mercantil de los recargos de prestaciones? ¿no se daría en este caso la confirmación del adagio de que *“lo mejor es enemigo de lo bueno”*?

3. Se trata, ciertamente, de una cuestión antigua y largamente abordada por la doctrina laboralista que habría que abordar de una vez por todas. Para el eventual caso de que se decidiese admitir legalmente el aseguramiento mercantil de los recargos, surge el problema de cómo superar lo dispuesto en el Art. 76 bis de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, según el cual *“que-*

dan excluidos de la cobertura del seguro de defensa jurídica el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales”.

A mi juicio, con independencia de la modificación de la Ley del contrato de seguro, aceptando en su caso el aseguramiento de las actuaciones culposas y no dolosas, bastaría con considerar el carácter mixto de la responsabilidad por recargo señalado y de su vis indemnizatoria al trabajador accidentado o enfermo para justificar suficientemente la modificación puntual del Art. 164 de la LGSS en el sentido de admitir el aseguramiento de las sanciones por recargo por razones de eficacia y en atención a los efectos perversos que la prohibición de aseguramiento plantea.

La vigencia del recargo de prestaciones de Seguridad Social del incumplimiento de medidas de prevención de riesgos laborales

The validity of the surcharge on Social Security benefits for failure to comply with occupational risk prevention measures

Andrés Ramón Trillo García

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

doi: 10.20318/labos.2025.9673

1. Introducción

El recargo de prestaciones por el incumplimiento de medidas de seguridad e higiene es una de las instituciones más complejas del sistema de Seguridad Social sobre la que se ha escrito ríos de tinta sobre su naturaleza jurídica, dada la parquedad de su regulación, e incluso, no faltan voces que discuten la oportunidad de su vigencia. No obstante, es una institución que cada día ofrece nuevas facetas que exigen el pronunciamiento de los tribunales¹, El recargo de prestaciones es una institución jurídica que presenta una enorme y creciente litigiosidad, bien por el desacuerdo del empresario o del trabajador o de ambos con la resolución administrativa que se dicta, o bien por la necesidad de completar a través de pronunciamientos jurisdiccionales las lagunas que la sucinta regulación de la institución presenta².

¹ En la Base de datos “Aranzadi Insignis”, constan en 2024, 89 pronunciamientos de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo relativos a distintos aspectos del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene.

² Según los informes anuales de la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social en 2011 se iniciaron ante los Juzgados de lo Social 540 procesos en materia de recargos por falta de medidas de prevención, mientras que en el ejercicio 2024, el número de procesos iniciados asciende a 2043, con un incremento cercano al 400 %.

2. Origen y evolución del recargo

El origen más remoto de esta institución lo encontramos en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, es decir, en la primera norma que dio origen a nuestro sistema de Seguridad Social, como instrumento moderador de los principios de responsabilidad objetiva y de inmunidad³. El principio de inmunidad proporcionaba al patrono una limitación de la responsabilidad que se reducía a las indemnizaciones previstas en el artículo 5 de dicha Ley. Así para compensar la infraprotección, el artículo 5.5 de LAT/1900 para los casos en los que el empresario había actuado con culpa lo señalaba lo siguiente: “las indemnizaciones determinadas en esta ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución a los que se refieren los artículos 6º, 7º, 8º y 9º. Los citados preceptos indicaban que el gobierno, de acuerdo con la Junta Técnica constituida al efecto, establecería en los reglamentos y disposiciones de desarrollo, los casos en los que deben acompañar a las máquinas, los mecanismos protectores del obrero o preventivas de las accidentes de trabajo, así como las demás medidas de seguridad e higiene indispensables a cada industria.

La LAT/1900 contemplaba otras tres cuestiones trascendentes, por un lado, se permitía a los patronos la posibilidad de sustituir las obligaciones patrimoniales derivadas del accidente por el seguro hecho a su costa por cada uno de los obreros con una sociedad de seguro debidamente constituida y aceptada por el Ministerio de Gobernación, pero a condición de que la suma que reciba el obrero no sea inferior a la determinada en la ley; la segunda cuestión es que la responsabilidad en la satisfacción del incremento no sólo alcanzaba a los patronos privados sino que también se extendía a las administraciones públicas cuando actuaban como empleadores de manera que se extendía a las obligaciones del Estado por la actividad desarrollada en sus arsenales, fábricas de armas de pólvora y en los establecimientos o industrias que sostuviere así como a las Diputaciones Provinciales y ayuntamientos, en los respectivos casos, así como en las obras públicas que se ejercitaran por administración; por último, se determinaba como plazo de prescripción para ejercitar las acciones de exigencia de responsabilidad patrimonial derivadas del accidente, la de un año a contar desde la fecha del siniestro. Por otra parte, el artículo 15 LAT/1900 determinaba la nulidad de toda renuncia a los beneficios de la Ley y en general, todo pacto en contrario a sus disposiciones.

La Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de enero de 1922 mantuvo en su artículo 6.5 el incremento de las indemnizaciones previstas en la mitad de la cuantía cuando el accidente se produjera en un establecimiento u obra cuyas máquinas y artefactos que carecieran de los aparatos de protección previstos en el artículo 17 de dicha norma. Por otra parte, el apartado segundo de dicho precepto prohibía su aseguramiento.

El carácter fijo del incremento y la prohibición de aseguramiento a consecuencia de los incumplimientos de medidas preventivas y del incumplimiento de las obligaciones

³ A. DESDENTADO BONETE. “El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución al debate”. Revista de Derecho Social. Nº 21/2003. (Pag. 11-27).

preventivas se recogen en el Código del Trabajo aprobado por Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926 y en las normas sectoriales.

El artículo 5 del Reglamento de aplicación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 consideraba el recargo como una sanción quedando prohibido bajo pena de nulidad el aseguramiento.

La configuración normativa del recargo se modifica en dos aspectos en el Decreto 3250/1962, de 6 de diciembre. En primer lugar, el recargo se predica tanto del accidente de trabajo como de la enfermedad profesional y, en segundo lugar, se amplía el ámbito objetivo de la infracción de la obligación preventiva de modo que no sólo se reduce al incumplimiento de normas reglamentarias sino también a cualquier medida general o particular o incluso a las elementales medidas de seguridad.

Pese a que la Ley de Bases de la Seguridad Social no establecía previsión alguna en relación con el recargo, el texto articulado de la Ley de Seguridad Social aprobado por Decreto 967/1966, de 21 de abril establece un régimen jurídico del recargo de las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los términos actuales introduciendo la modulación actual del recargo al indicar que se podría imponer entre un mínimo del 30 y un máximo del 50 por ciento.

Desde el punto de vista objetivo se establece que el recargo recaerá sobre las cantidades a tanto alzado, pensiones y las cantidades tasadas en el baremo de lesiones permanentes no invalidantes que resulten debidas a un trabajador víctimas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Se prevé además el elemento causal de manera que la lesión se debe producir a consecuencia de la existencia de máquinas, artefactos, instalaciones y lugares de trabajo que carezcan de dispositivos de precaución reglamentaria, los tengan inutilizados o en malas condiciones o en los que no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad en el trabajo o las elementales de salubridad o adecuación al trabajo.

La responsabilidad del pago del recargo recae directamente en el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

El Decreto establecía el principio de compatibilidad de manera que la responsabilidad es independiente y compatible con las de otro orden, incluso con el penal, que pueda derivarse de la infracción.

Por último, desde el punto de vista de la gestión, se encomienda la competencia para declarar en vía administrativa la responsabilidad fijada a las Comisiones Técnicas Calificadoras. El desarrollo reglamentario del recargo se realizó en la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas de aplicación y desarrollo de las prestaciones de invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social y, en concreto en los artículos 51, 52 y 53 de la Orden, actualmente en vigor.

Pues bien, el régimen legal del recargo establecido en el Decreto 967/1966 se mantiene en los mismos términos actualmente, con las necesarias adaptaciones adjetivas referidas al procedimiento o competencias para imponerlo.

3. La discutida naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas

La complejidad del recargo de prestaciones, y su elasticidad camaleónica⁴ provoca que atienda a distintas finalidades⁵, por un lado, cumple una función disuasoria a la par que represiva y por otro lado, cumple una función reparadora en beneficio de la víctima del siniestro laboral o de sus causahabientes, lo que provoca un denso debate sobre la naturaleza jurídica de esta institución que como señala DESDENTADO BONETE, en ocasiones oscurece más que ilumina a la hora de resolver los problemas interpretativos que se plantean en la cotidiana realidad.

Se ha defendido por amplios sectores de la doctrina el carácter sancionador del recargo, existiendo numerosas razones, no solo por la determinarse positivamente en el artículo 55 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, sino también por su finalidad disuasoria y represiva y su imposición por una Administración Pública, por la imposibilidad del aseguramiento, la necesidad de que exista un incumplimiento normativo, la existencia de una culpabilidad del empresario, y por su graduación en función de la gravedad de la infracción normativa.

Otra parte de la doctrina, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se inclina por considerar que la naturaleza jurídica de la institución se enmarca en el ámbito del resarcimiento con fundamento legal en el artículo 42.3 LPRL que señala que: “Las responsabilidades que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y con el recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema”. A este argumento, se unen otros como el hecho de que el recargo suponga una atribución patrimonial a favor del damnificado laboral. La solución tampoco es del todo satisfactoria pues, el recargo mantiene algunos aspectos típicamente resarcitorios y, puede provocar una satisfacción económica que exceda del daño que se pretende reparar.

Otra parte de la doctrina plantea una posición ecléctica considerando que tiene un carácter mixto de manera que en parte tiene un carácter sancionador y, por otro lado, un carácter afflictivo que en algunos aspectos se manifiesta como una indemnización a favor del beneficiario de las prestaciones causadas por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional a lo que habría que añadir el elemento prestacional. De esta manera el recargo tiene una naturaleza plural como sanción, indemnización y prestación de la seguridad social.

A mi juicio, ese carácter camaleónico del recargo que indicaba DESDENTADO, requiere que no acudamos a una categoría ontológica única cuando hablamos del recargo, sino que este se comporta como una sanción, una indemnización o como una

⁴ DESDENTADO BONETE, A “El recargo de prestaciones y el complejo de Robin Hood”. Diario la Ley de 9 de enero de 1991

⁵ SEMPERE NAVARRO, AV y MARTÍN JIMÉNEZ, R “El recargo de prestaciones”. Cuadernos Aranzadi Social. Aranzadi civitas, 2001, Pág. 29.

prestación según a la faceta a la que se atienda. Así, en sus aspectos dirigidos al cumplimiento de su finalidad disuasoria se comporta como una sanción y así se impone por una Administración Pública, la imposibilidad de su aseguramiento, la necesidad de que exista un incumplimiento normativo, la necesidad de que exista culpabilidad del empresario, y su graduación en función de la gravedad del incumplimiento. En cambio, al dirigirse al patrimonio del trabajador se comporta como una indemnización derivada de los daños producidos por el incumplimiento empresarial de ahí que se apliquen las instituciones propias de extensión de la responsabilidad a otros empresarios. Por último, al acompañar a las prestaciones nacidas de la contingencia profesional su dinámica en cuanto al nacimiento, modificación o extinción se comporta como la prestación que acompaña. Esta naturaleza polifacética ha sido asumida por el TS⁶ al considerar que el recargo tiene su razón de ser y su finalidad en su doble naturaleza sancionadora e indemnizatoria del daño causado por el incumplimiento empresarial, pero que, además, como prestación de seguridad social tiene sustantividad propia.

4. El bien jurídico protegido: la salud del trabajador

Como señala MERCADER UGUINA⁷, los derechos fundamentales se integran como facultades integrantes del hombre o de la mujer, imprescindibles para el desarrollo del individuo y que resultan como una proyección de su dignidad como persona y, por ende, como trabajador.

Entre los derechos fundamentales que se enmarcan en la relación laboral, destaca el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y, precisamente la vida y la salud se arriesgan en la relación laboral, de manera que junto a la obligación genérica del derecho a la salud (artículo 43 CE), el artículo 40.2. CE ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Este mandato se articula a través de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de prevención de riesgos laborales que además de establecer una regulación unitaria de la protección a los trabajadores traspone al derecho nacional la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y otras normas internacionales como el Convenio 155 OIT.

Ahora bien, la salud y la integridad del trabajador no solo se concibe como un deber de los poderes públicos, sino que también como un derecho del trabajador y como una deuda del empresario, de ahí que el artículo 4.2.d) ET disponga que los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales y, que el artículo 19 ET establezca que el trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad en el trabajo, protección que incumbe al empresario en virtud de la facultad de dirección y control que el artículo 20 ET le atribuye.

⁶ Entre otras, STS 4ª de 25 de febrero de 2025 (recurso 409/2022).a<

⁷ MERCADER UGUINA, Jesús R. "Lecciones de Derecho del Trabajo". Tirant Lo Blanch 2016, pag. 325.

El deber empresarial de evitar las lesiones y enfermedades con ocasión y a consecuencia del trabajo se contempla como una obligación de medios y no de resultado⁸ exigiéndose la responsabilidad subjetiva del empresario por dolo o culpa. No obstante, la importancia del bien jurídico protegido propicia que la naturaleza de las obligaciones y la diligencia exigible tengan tanta importancia que dificulta la exención de responsabilidad. Así, el artículo 96.2 LRJS establece que en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. En este sentido, no podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira.

5. El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene como indemnización disuasoria

Una de las características típicas del sistema indemnizatorio de derecho del trabajo es el de la baremación de las indemnizaciones al tasarse objetivamente las indemnizaciones y por ende, que no respondan exactamente al daño producido al trabajador⁹ de manera que en algunos casos resulta insuficiente para resarcir el daño causado y en otros se sobrepasa sobradamente, ejemplos de ello lo encontramos en la indemnización por despido (artículo 56 ET) o de los intereses devengados por mora en el pago de los salarios (artículo 29.3 ET).

Frente a esta tradicional categoría indemnizatoria, el derecho antidiscriminatorio europeo ha introducido en nuestro derecho del trabajo un nuevo sistema indemnizatorio que resarza del daño de forma proporcional y disuasoria. Así, por ejemplo, el artículo 18 de la Directiva dispone que: “Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante ante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”.

⁸ SALA FRANCO, Tomás “El Deber empresarial de protección al trabajador en materia de seguridad y salud laboral. “Derecho y Salud Vol. IV. 1996. Pag 11.

⁹ MOLINA NAVARRETE, Cristobal. “Aperturas de las indemnizaciones tasadas por incumplimientos laborales e irrupción de su efecto disuasorio: entre la dogmática (teorización) y pragmática (estudio de casos típicos)” Revista de Trabajo y Seguridad Social. Nº 483 Noviembre y Diciembre de 2024. CEF

La indemnización disuasoria es aquella que indemniza a un trabajador como consecuencia del incumplimiento de una obligación y que, junto a las indemnizaciones que cubran el daño material y moral causado, y cuya cuantía depende de la gravedad del resultado causado por el incumplimiento¹⁰. Este tipo de indemnización fue recibida inicialmente por la jurisprudencia nacional compatibilizando la indemnización por la vulneración de un derecho fundamental con otro tipo de indemnizaciones (STS de 17 de mayo de 2006 (recurso 4372/04) y 20 de septiembre de 2007 (recurso 3326/2006).

Nuestra norma procesal laboral atendió a esta doctrina jurisprudencial, extendiendo la posibilidad de exigir una indemnización disuasoria a los daños derivados de la vulneración de un derecho fundamental del trabajador, y así el artículo 183.1 LRJS determina: “Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”. Esta indemnización se integra por tres elementos: 1) resarcitorio que debe resarcir suficientemente a la víctima; 2) restitutorio para restablecer al trabajador en la integridad a la situación anterior a la lesión; 3) preventivo y ejemplarizante con la finalidad de prevenir el daño¹¹. Añade el apartado 3 del precepto que la indemnización será compatible con otras que pudieran corresponder al trabajador, concretándose en el apartado 2 de la norma la competencia del tribunal para pronunciarse sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba del importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de los posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

La jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio) y del Tribunal Supremo (STS 256/2022, de 20 de abril de 2022 recurso 2391/2019) afirman la utilización como criterio orientador de las indemnizaciones por vulneración de un derecho fundamental las sanciones pecuniarias previstas en la LISOS, si bien, la aplicación de este criterio no puede ser sistemática y directa, sino que se debe sujetar al principio de razonabilidad. Así, la doctrina de la Sala se ha alejado del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que nos descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización. En este sentido, la orientación a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto como pueden ser la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la

¹⁰ STJUE de 17 de diciembre de 2015 (Asunto C-407/14) apartados 35 y 45

¹¹ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Juan José ¿Qué sentido tiene la indemnización en la jurisdicción social? CEF, núm 411, junio de 217 Pags. 163-168.

conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho trasgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso.

Pues bien, las características del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene regulado en el artículo 164 LGSS se adapta a esta categoría de indemnización, tanto por preservar un derecho fundamental, por su triple finalidad resarcitoria, reparatoria y preventiva, por su carácter adicional a las sanciones e indemnizaciones derivadas del incumplimiento, por la moderación de su importe atendiendo a la gravedad de la infracción. En este sentido, el propio Tribunal Supremo ha considerado el carácter de indemnización disuasoria de esta institución jurídica en las sentencias de 25 de junio de 2007 (recurso 1388/2006) y de 27 de junio de 2007 (recurso 2321/2006).

El recurso a esta institución por parte de los trabajadores enfermos y accidentados y la adaptación de la institución a las nuevas realidades sociales y jurídicas determina a mi juicio que cobre una indiscutible vigencia.

¿Qué hacemos con el recargo de prestaciones? Reflexiones y propuestas para un debate necesario

What to do with the social security benefits surcharge? Thoughts and suggestions for a much needed debate

Elena Desdentado Daroca

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UNED)

doi: 10.20318/labos.2025.9674

Resumen: El recargo de prestaciones que regula el art. 164 LGSS es una figura extraña, híbrida y anacrónica, con un régimen jurídico escaso y confuso. La crítica a esta figura jurídica es prácticamente unánime. Son muchas las voces que defienden la modificación de su régimen jurídico e incluso su supresión, pero el legislador no ha reaccionado ante las críticas y, así, el recargo lleva ya más de un siglo entre nosotros. Esta situación no beneficia a nadie. Los trabajadores o sus causahabientes tienen que enfrentarse a una auténtica maraña de procedimientos administrativos y judiciales para poder cobrar el recargo; si es que, finalmente, lo cobran, porque, al estar prohibido su aseguramiento, las probabilidades de que la TGSS declare la deuda incobrable son altas, más aún teniendo en cuenta el elevado importe de los capitales coste. Tampoco desde la perspectiva empresarial los resultados son satisfactorios: el recargo puede llegar a ser desproporcionado y actuar de forma extemporánea. En este trabajo se reflexiona sobre algunos de los aspectos más problemáticos del régimen del recargo y se ofrecen propuestas de *lege data* y de *lege ferenda* como contribución a un debate que es necesario recuperar en el marco de una reforma que no debe esperar más.

Palabras clave: Recargo de prestaciones, accidente de trabajo, reparación, daño, responsabilidad empresarial, procedimiento, devolución, compensación.

Abstract: The surcharge for social security benefits, established in article 164 of the current Social Security regulation, is an odd concept, hybrid and anachronistic, with an insufficient and confusing legal framework. Criticisms of this concept are practically unanimous. Many are those who defend its modification, even its suppression, but legislators have not taken any action in the face of these criticisms and so, this peculiar surcharge has been with us for over a century. This situation benefits nobody. Workers or their successors have to face a tan-

*We have chosen to refer thus to the “recargo”. It is in fact a concept with no equivalent in an English-speaking legal system. It refers to an increase in the benefits an employee is entitled to, in the case of a workplace accident that the employers are at fault for. It is an increase that the employers themselves are responsible for paying.

gle of administrative and judicial proceedings in order to receive the surcharge; if they do in fact receive it at the end of the road, because, since employers are not allowed to have insurance for it, there is a high probability that the Treasury of Social Security will declare the surcharge uncollectible, especially when the sums are often very high. Results are no more satisfactory from the employer's perspective: the surcharge might be disproportionate or mistimed. This paper reflects on some of the most problematic aspects of this legal concept and offers some suggestions in terms of *lex data* and *lex ferenda*, as contributions to a debate that must be reopened about an urgent legal reform.

Keywords: Social security benefit surcharge, workplace accident, reparation, injury, corporate responsibility, proceedings, return, compensation.

1. Un breve viaje por el tiempo: las razones históricas del recargo de prestaciones y su desconexión actual

En España, como es sabido, el marco general de protección de los accidentes de trabajo¹ se articula a través de un sistema de prevención y un sistema de reparación. En el sistema de prevención, se definen las obligaciones en materia de prevención de los riesgos laborales (en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en sus normas de desarrollo y en los convenios colectivos) y se establecen dos mecanismos represivos: el administrativo (LISOS) y el penal (arts. 316, 317 y 350 del Código Penal). El sistema de reparación, por su parte, funciona a través de tres mecanismos resarcitorios: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de esas prestaciones y la denominada indemnización “civil” adicional, que llamaremos simplemente “indemnización adicional” pues, en realidad, no es civil sino laboral.

Centremos nuestra atención en este sistema de reparación. ¿Por qué es tan complejo? ¿Realmente son necesarias tres vías distintas de reparación? Y, en especial, ¿qué sentido tiene el recargo en este sistema?

En un trabajo especialmente clarificador, DESDENTADO BONETE y DE LA PUEBLA PINILLA explican las razones históricas de este complejo sistema². La cobertura de los accidentes de trabajo se articuló en España, como en la mayoría de los países de nuestro entorno, a través de la responsabilidad del empresario. Al principio, la reparación se regulaba por el art. 1902 del Código Civil, que exigía la prueba de la culpa. Este régimen era muy insatisfactorio, por dos razones fundamentales: primero, por la dificultad de la prueba; segundo, porque dejaba sin protección a los accidentes producidos sin culpa empresarial. Era necesario pasar de una responsabilidad por culpa a una responsabilidad objetiva. Y esto es lo que hace la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. Esta ley estableció la responsabilidad objetiva del empresario, aunque lo hizo mediante una

¹ A efectos de claridad expositiva, a lo largo del trabajo me voy a referir tan solo al accidente laboral, aunque bien entendido que todo lo que diga en relación con este resulta aplicable también a la enfermedad profesional.

² A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y el recargo de prestaciones”, en AAVV, *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000, pp. 639 a 664.

solución de compromiso: el empresario responde siempre, pero esa responsabilidad objetiva queda limitada a las indemnizaciones tasadas expresamente por la ley (cuya cuantía, por otra parte, resultaba muy reducida). Ese sistema de responsabilidad objetiva pero limitada se completaba con el principio de inmunidad y el recargo de las indemnizaciones legales. El principio de inmunidad suponía que quien percibía las indemnizaciones previstas en el sistema legal de responsabilidad objetiva no podía ejercitar la acción civil por culpa para reparar el resto del daño. Pero si existía culpa empresarial, el principio de inmunidad se compensaba imponiendo al empresario la obligación de pagar a la víctima o a sus causahabientes un recargo sobre esas indemnizaciones legales tasadas³. El esquema legal podía resumirse de la siguiente forma: las indemnizaciones legales cubrían la responsabilidad objetiva del empresario en los accidentes de trabajo; si además se acreditaba la culpa del empresario en el accidente de trabajo, se imponía al empresario el pago de un recargo sobre esas indemnizaciones legales, que venía a completar la reparación; estas dos vías de cobertura impedían ejercitar la acción civil de responsabilidad.

Posteriormente, el legislador obligó a asegurar la responsabilidad objetiva del empresario y más adelante el seguro pasó a ser público, momento en el que las indemnizaciones se configuraron como prestaciones de la Seguridad Social.

Este esquema original (indemnizaciones legales + recargo + principio de inmunidad) tampoco fue satisfactorio, pues la mayoría de las veces las dos vías de reparación (indemnizaciones legales + recargo) resultaban insuficientes para reparar el total del daño y el principio de inmunidad impedía que esa reparación íntegra pudiera obtenerse por vía judicial.

La Ley Articulado de la Seguridad Social de 1966 intentó superar las deficiencias de ese esquema originario, suprimiendo el principio de inmunidad: se mantiene la responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes de trabajo, que ahora se cubre con las prestaciones de la Seguridad Social; pero esa responsabilidad objetiva no impide que, si en el accidente media culpa del empresario, el trabajador o sus causahabientes puedan acudir a la vía judicial para exigir una indemnización adicional que garantice la reparación íntegra del daño.

Hasta aquí todo parece claro y el nuevo esquema legal resulta coherente: prestaciones de Seguridad Social + indemnización adicional en caso de culpa empresarial. El problema es que la Ley Articulado de la Seguridad Social de 1966 no eliminó, junto con el principio de inmunidad, el recargo, que, como vimos, iban de la mano: había recargo porque había inmunidad. Con la Ley Articulado de la Seguridad Social de 1966 ya no hay inmunidad, pero sigue habiendo recargo. Un recargo que ha perdido su fundamento y que complica el esquema de reparación del accidente de trabajo, con tres mecanismos resarcitorios distintos (prestaciones, recargo e indemnización), cuya coordinación plantea graves problemas, teniendo en cuenta, además, su compatibilidad con las sanciones administrativas y penales que puedan derivarse de la infracción.

³ El art. 5.5 lo establecía así: “las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía” cuando el accidente se produzca con incumplimiento de las medidas de prevención de accidentes de trabajo.

El recargo, fuera ya de su contexto histórico, no tiene un encaje coherente en nuestro ordenamiento jurídico. A ello hay que añadir que su régimen jurídico es, además, claramente insuficiente, fragmentario y confuso.

No es posible aquí hacer un análisis de todas las cuestiones problemáticas que plantea el recargo. Me remito para ello a mi trabajo “El recargo y su problemática: régimen sustantivo, procedimientos administrativos y aspectos procesales”, de próxima publicación en Bomarzo. Me limitaré ahora simplemente a apuntar los aspectos del recargo que considero más conflictivos y a ofrecer algunas propuestas de *lege data* y *de lege ferenda*, como contribución a un debate que es necesario recuperar en el marco de una reforma que no debe esperar más.

2. Las disfunciones del recargo de prestaciones. Propuestas de *lege data*

2.1. La premisa: el recargo como indemnización

De *lege data* es importante, a mi juicio, partir de la naturaleza resarcitoria del recargo. El recargo es una indemnización y no una sanción.

Es cierto que la naturaleza jurídica del recargo no es clara y así se refleja en la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo que, como sabemos, ha adoptado una solución ecléctica, aplicando unas veces el régimen propio de la sanción, otras el de la indemnización y en algunas casos el de las prestaciones de Seguridad Social. Tampoco la doctrina científica se ha puesto de acuerdo sobre este punto⁴: hay autores que consideran el recargo una sanción impropia o una institución compleja con una naturaleza predominantemente sancionadora; otros autores, alegando el principio *non bis in idem*, defienden que solo puede ser una indemnización; en los últimos años, se ha defendido también su consideración como indemnización punitiva, argumentando que esta figura, propia de los países anglosajones, ya está aceptada en nuestro ordenamiento laboral por el art. 183.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Ninguna de estas teorías resulta totalmente satisfactoria y los autores son conscientes de ello, al igual que la propia jurisprudencia. El problema no está en sus razonamientos: todos ellos tienen, en parte, razón. El recargo, tal y como se configura en el art. 164 LGSS, tiene una naturaleza híbrida, que, en la práctica, lo convierte en camaleónico: unas veces se mimetiza con la prestación de Seguridad Social (no hay recargo sin prestación), otras veces parece actuar como una “sanción complementaria” a la prevista

⁴ Para una exposición detallada de este debate doctrinal, vid J.L. MONEREO PÉREZ, “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: la modernidad de una institución tradicional”, Madrid, Cívitas, 1992; M.A. PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral: análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, Comares, 2000; J.R. MERCADER UGUINA, *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo: Seguridad Social y Derecho de Daños*, La Ley, Madrid, 2001; M.J. ROMERO RODENAS, *El recargo de prestaciones en la doctrina judicial*, Bomarzo, Albacete, 2010; C.L. ALFONSO MELLADO, “El recargo de prestaciones: una mirada en atención a su función”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 17, 2018, pp. 53 a 82.

en el sistema punitivo (no es asegurable) y en otros casos opera como una indemnización punitiva (cuando la reparación, con el recargo, supera el daño).

Pero las indemnizaciones punitivas tienen difícil encaje en un sistema como el de los riesgos laborales, donde ya opera un sistema sancionador específico, administrativo o penal. A favor de la calificación del recargo como indemnización punitiva, se ha dicho que ya existen normas en nuestro ordenamiento jurídico que establecen un plus de responsabilidad en función de la mayor reprochabilidad de la conducta o del beneficio obtenido por el autor del daño⁵. Se citan, en este sentido, el art. 9.3 de la Ley de Protección Civil del Honor, el art. 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, el art. 74 de la Ley de Patentes, el art. 43 de la Ley de Marcas y el art. 55 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Sin embargo, la doctrina civil ha rechazado que en estos supuestos el legislador esté realmente admitiendo la figura de la indemnización punitiva. En todos estos casos, se trata de partidas del daño difíciles de cuantificar con las reglas objetivas de estimación (daño moral y lucro cesante, principalmente); de ahí que el legislador acuda a otros criterios de cuantificación, como el beneficio del infractor⁶. De la misma forma, creo, hay que interpretar el art. 183.2 LRJS. Es muy cuestionable que este precepto admita las indemnizaciones punitivas en un contexto en el que ya existen sanciones administrativas y penales que cumplen con esa finalidad preventiva. Lo que el precepto dice es que, en los supuestos en los que el daño sea difícil de determinar, el juez fijará la cuantía de la indemnización de forma prudencial, teniendo en cuenta la función que, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene la responsabilidad por daños: la reparación íntegra del daño, y, en esa justa medida, la contribución también a la prevención de conductas semejantes. Esto no equivale, a mi juicio, a admitir una indemnización por encima del daño, que es ajena a nuestro Derecho.

El recargo de prestaciones no debe entenderse como una indemnización punitiva sino como una indemnización complementaria a las prestaciones de Seguridad Social, cuya finalidad es reparar el daño causado por el accidente. Es cierto que en ocasiones puede operar como una verdadera indemnización punitiva. Este efecto no se puede evitar, tal y como está regulado actualmente el recargo, y, de hecho, puede intensificarse, debido a la forma en se recauda el capital-coste del recargo en los supuestos de prestaciones sucesivas, lo que crea graves disfunciones en la práctica como después comentaremos. Pero que el recargo opere, en algunos supuestos, como una indemnización punitiva, no significa que lo sea y, desde luego, no significa que lo deba ser.

En nuestro ordenamiento jurídico, las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales están tipificadas en la legislación administrativa y penal. Estos son los únicos mecanismos punitivos que deben aplicarse. El principio *non bis in idem* prohíbe que a la sanción administrativa o penal se pueda sumar otra en forma de recargo sobre las prestaciones causadas. Y, en este sentido, no se puede argumentar que el recargo y la sanción tienen finalidades distintas, pues es evidente que, desde una perspectiva punitiva,

⁵ Se manifiestan a favor de esta interpretación, en su excelente monografía, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN y L.F. DE CASTRO FERNÁNDEZ, *Accidente de trabajo: procedimientos administrativos y soluciones procesales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 115 a 117.

⁶ R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, "Constitución y Derecho de Daños", *Estudios de Deusto*, 2007, vol. 55, nº 1, pp. 30 y ss.

ambos buscan la tutela del mismo bien social: la salud y seguridad en el trabajo. Además, el Derecho Sancionador está sometido a una serie de exigencias y garantías que el recargo no cumple: el recargo no está tipificado como sanción, no se impone por una autoridad con competencia sancionadora y no se determina a través de un procedimiento sancionador; tampoco se aplican al recargo principios propios del Derecho Sancionador como son el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad y el principio de presunción de inocencia. No debería, pues, operar como una medida punitiva.

El recargo, por tanto, solo puede ser una indemnización. Y es lógico que sea así, pues se trata de una cantidad de dinero que pasa del patrimonio del empresario incumplidor al patrimonio de la víctima o de sus causahabientes. Es, ciertamente, una indemnización peculiar, pues se vincula a una prestación de Seguridad Social, con las consecuencias que derivan de ello (cálculo mediante un porcentaje sobre la prestación, recaudación por la TGSS, pago junto con la prestación, etc). Pero, en definitiva, su finalidad principal es reparar el daño, aunque ello pueda tener también un efecto general preventivo frente al ilícito, como siempre lo tienen las indemnizaciones.

De la consideración del recargo como indemnización se derivan el resto de las propuestas que a continuación expongo.

2.2. La eliminación del procedimiento administrativo de reconocimiento del recargo

En el punto anterior he concluido que el recargo debe ser entendido como una indemnización que el empresario debe pagar al trabajador, aunque esta indemnización opera de una manera peculiar, incrementando las prestaciones económicas de la Seguridad Social. Esta particularidad justifica que sea la TGSS quien liquide y, en caso de quedar afectada una pensión, sea también la TGSS la que recaude el capital coste del recargo, comunicándolo después a la entidad gestora para que proceda al pago mensual de la pensión ahora con el incremento.

Pero lo que resulta cuestionable es que el reconocimiento del derecho al recargo corresponda a la Administración. El deudor y el acreedor son ambos particulares. Estamos, pues, ante una relación *inter privados*. Y la competencia para resolver los conflictos entre particulares corresponde en exclusiva a los tribunales. Así lo dispone el art. 117.3 de la Constitución. El pago del recargo solo interesa al empresario y al trabajador, y, por ello, son los tribunales los que deben conocer directamente de esta cuestión.

La competencia de la Administración en el reconocimiento del derecho al recargo tiene una explicación histórica, pero no debe actualmente admitirse. El trabajador debería poder reclamar el recargo directamente ante la jurisdicción social, sin tener que pasar primero por un procedimiento administrativo y, en su caso, por una reclamación administrativa previa.

El pago por la TGSS es perfectamente compatible con la competencia directa de los tribunales en el reconocimiento del derecho al recargo, como, de hecho, se demuestra

en todos los supuestos en que el recargo se impugna y, finalmente, se ejecuta la sentencia de condena al pago.

La supresión de la competencia del INSS no solo es lo correcto, sino también lo más eficiente, pues, de esta forma, se simplificarían los trámites.

Y, en este sentido, hay que tener en cuenta que la normativa que atribuye al INSS la competencia para imponer el recargo [art. 1.1.e) del RD 1300/1995, de 21 de julio y art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1996] carece actualmente de apoyo legal⁷. Me remito para esta cuestión a un trabajo anterior⁸.

2.3. La detracción del recargo en el cálculo de la indemnización adicional

Partiendo de que el recargo es una indemnización y no una sanción, creo que sería conveniente también revisar la doctrina de la Sala IV en relación con la forma de cálculo de la indemnización adicional. El recargo, las prestaciones y la indemnización son tres mecanismos resarcitorios; por eso, a la hora de calcular la cuantía de la indemnización adicional debería detraerse no solo las prestaciones sino también el recargo. Con un sistema de baremación adecuado, esta fórmula nos debería llevar a garantizar la reparación íntegra del daño: ni más, ni menos. Esta es la lógica del Derecho de Daños y hay que respetarla. La reparación no debe ser insuficiente, pero tampoco debe ir más allá del alcance económico del daño efectivamente producido.

Esta conclusión puede producir, en principio, cierto rechazo. Se puede afirmar, en este sentido, que, al detraer el recargo en el cómputo de la indemnización, se pierde su función preventiva. Pero creo que no hay que confundir los distintos planos en que opera el ordenamiento jurídico. La función resarcitoria la cumple el Derecho de Daños; la función preventiva, por el contrario, la tiene que asumir el Derecho sancionador a través de las sanciones administrativas y penales. Si confundimos estos planos, el ordenamiento jurídico pierde coherencia y esto tiene un precio: la inseguridad jurídica y las disfunciones.

El Derecho sancionador es el que debe cumplir la función punitiva. Y no solo por coherencia, sino también porque solo él puede hacerlo de forme eficiente y equitativa. Está configurado para ello. Su finalidad es justamente esa.

DIEZ PICAZO⁹ pone un ejemplo muy ilustrativo al respecto: “hace tiempo, un conocido cronista de asuntos judiciales de un importante diario de difusión nacional, aunque probablemente no plenamente experto en materias jurídicas, mostraba su extrañeza y casi su irritación, ante una sentencia judicial que, en un caso de muerte por acci-

⁷ Es cierto que el art. 22.8 de la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social dispone que los inspectores de trabajo y Seguridad Social pueden instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones. El precepto reconoce, así, la competencia de la Administración de la Seguridad Social para resolver sobre el derecho al recargo de las prestaciones, pero no se trata de una atribución de competencias, sino más bien de la referencia a una atribución previa que no está hecha por la ley.

⁸ E. DESDENTADO DAROCA, “Procedimiento administrativo y protección social. Algunas perturbaciones recíprocas”, *Revista de Derecho Social*, nº 40, 2007, pp. 31 a 62.

⁹ L. DIEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 47.

dente de tráfico de un indigente sin familia, no había acordado ninguna indemnización, no obstante reconocer la culpabilidad del acusado”. La sentencia, como advierte DIEZ PICAZO, era, sin embargo, correcta. El Derecho de Daños se limita a reparar el daño causado; si no hay daño, no hay obligación de indemnizar. DIEZ PICAZO se pregunta qué hubiera pasado si el mismo automovilista culpable hubiera ocasionado la muerte de un banquero o de un notario de Madrid, con familia. La respuesta es evidente: en tal caso, el automovilista tendría que haber pagado una cuantiosa indemnización.

Un ejemplo similar se podría poner en relación con el accidente de trabajo. Imaginemos que, por un grave incumplimiento de las medidas de prevención, un trabajador sufre un accidente de trabajo que le produce la muerte, pero este trabajador no tiene familia. No hay daño y, por tanto, no surgirá ninguna de las tres vías de reparación: ni prestaciones, ni recargo, ni indemnización, a pesar de que exista una grave infracción de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales por parte del empresario.

El Derecho de Daños no sirve para sancionar los ilícitos. Para eso ya está el Derecho Sancionador, que, además, es absolutamente igualitario. Las normas sancionadoras son iguales para todos: el automovilista merece la misma sanción con independencia de si la víctima es un indigente o un banquero; el empresario merece también la misma sanción con independencia de si el trabajador tiene o no familia, y con independencia también del nivel de salario del que, como sabemos, depende la prestación que el recargo incrementa.

Volveremos después sobre ello. Pero quedémonos con esta idea, que DIEZ PICAZO nos ha mostrado: las normas verdaderamente igualitarias son las normas sancionadoras. El Derecho de Daños indemniza al que sufre un daño y en la medida en que lo sufre. El Derecho Sancionador, por el contrario, sanciona al que comete una infracción y, en este sentido, la misma infracción merece quien, con la infracción, ha producido un daño, que quien, aun cometiendo idéntica infracción, no ha producido ningún daño o lo ha producido en menor medida. Por eso, es el Derecho Sancionador y no el Derecho de Daños el que debe asumir la función punitiva.

2.4. El aseguramiento del recargo

Durante muchos años, se ha entendido que la responsabilidad empresarial que deriva del recargo no es asegurable¹⁰. Esta conclusión parte de dos razonamientos. El primero parece concluyente: el art. 164.2 LGSS lo prohíbe claramente cuando dispone que la responsabilidad del empresario en el pago del recargo “no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla”. La segunda razón es más discutible: se afirma que, aun cuando no existiera esa prohibición legal, seguiría sin poder asegurarse el recargo,

¹⁰ Sobre el aseguramiento del recargo, vid A. ARUFE VARELA, “La asegurabilidad del recargo español de prestaciones de seguridad social: el marco teórico”, en AAVV, *La responsabilidad del empresario*, 2012, pp. 271 a 281; M. LUGUE PARRA, “El aseguramiento del recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales”, en AAVV, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, 2007, pp. 1269 a 1294.

dada su naturaleza sancionadora; el recargo, desde esta perspectiva, no puede ni debe asegurarse, pues, en caso contrario, perdería su efecto preventivo.

Algunos autores, sin embargo, han defendido que la prohibición de aseguramiento prevista en la Ley General de la Seguridad Social quedó derogada por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales¹¹. Para fundar esta interpretación se alude a los arts. 42.3 y 15.5 de esta última ley: el art. 42.3 califica el recargo como una indemnización y, a su vez, el art. 15.5 admite, con carácter general, el aseguramiento de los riesgos derivados del trabajo. A estos razonamientos legales, se añade una defensa de los efectos positivos del aseguramiento del recargo. Se afirma, en este sentido, que la prohibición de aseguramiento perjudica a la víctima: hay que tener en cuenta que en el recargo no hay anticipo ni responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora, por lo que si el empresario es insolvente las prestaciones de la víctima o de sus causahabientes no recibirán ese incremento económico; con el aseguramiento se garantizaría el cobro.

Es cierto que, si se examina la tramitación parlamentaria de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no está claro que, con los arts. 42.3 y 15.5 de esta ley, el legislador quisiera derogar la prohibición de aseguramiento del recargo establecida en el art. 164.2 LGSS¹². Creo, a pesar de ello, que hay argumentos para superar esta prohibición: su posible carácter *ultra vires*, su clara contradicción con lo dispuesto en los arts. 42.3 y 15.5 de la LPRL y su encaje en el seguro de responsabilidad civil (arts. 73 a 76 de la Ley del Contrato de Seguro)¹³. En todo caso, lo que es innegable es que el aseguramiento del recargo tendría efectos positivos tanto para la víctima, que tendría una mejor garantía de cobro, como para el propio empresario, que ganaría en seguridad. Aunque, lo cierto es que en la práctica es dudoso que las entidades aseguradoras estén interesadas en cubrir este riesgo, dada la dificultad de calcular mínimamente su coste al estar sometido a numerosos factores aleatorios.

2.5. *El recargo debe ser proporcionado al daño. Revisión del régimen reglamentario de las devoluciones y compensaciones*

Otro aspecto que, en mi opinión, debería revisarse es la interpretación judicial del régi-

¹¹ J. APARICIO TOVAR y S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales”, Trotta, Madrid, 1996, p. 273; C. PALOMEQUE LÓPEZ, “La configuración del derecho a la protección frente a los riesgos laborales. Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales”, en AAVV, *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 1997, pp. 11 y ss; A. DESDENTADO BONETE, “El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate”, *Revista de Derecho Social*, nº 21, 2003, pp. 11 a 27.

¹² Enmienda nº 97 del Grupo Parlamentario Socialista, BOCG (CD), serie A 9-10, 2-6-1995, p. 165. La doctrina mayoritaria entiende, con apoyo en el trámite parlamentario de la LPRL, que la prohibición de aseguramiento sigue vigente. Comenta esta tramitación parlamentaria M.E. CASAS BAAMONDE en “Derecho público y salud laboral: el régimen sancionador”, AAVV, *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, La Ley, 1997, pp. 138 y 139; también en “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, *Derecho y salud*, vol. 4, julio-diciembre, 1996, nota 20.

¹³ A. DESDENTADO BONETE, “El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate”, cit., pp. 11 a 27; J. APARICIO TOVAR y S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales”, Trotta, Madrid, 1996, p. 273.

men de la devolución del recargo establecido en el art. 71 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGRSS). Para facilitar la exposición de esta problemática, especialmente compleja, propongo que imaginemos dos hipótesis.

En la primera hipótesis, se impone el recargo sobre una pensión de viudedad, pero, poco después del ingreso del capital coste, el beneficiario fallece. ¿Es posible, en este caso, la devolución del capital coste sobrante al empresario? La respuesta es sencilla: no es posible, pues el art. 71 RGSS no admite la devolución en estos supuestos. Esta solución legal es, a mi juicio, razonable. La TGSS calcula el capital coste de acuerdo con unos criterios técnicos actuariales, entre los cuales está la esperanza de vida del beneficiario de acuerdo con su edad. Si, finalmente, esa persona vive más años que los previstos, la Seguridad Social asumirá el coste adicional, pues seguirá pagando la pensión con el recargo. Si, por el contrario, vive menos años, la Seguridad Social se quedará con el remanente, lo que le permitirá afrontar los desajustes que se puedan producir en otros casos. No es una solución desproporcionada, ni irracional; al contrario, responde a la lógica del seguro¹⁴.

La segunda hipótesis es un caso de prestaciones sucesivas. Como consecuencia de un accidente de trabajo, el empresario debe ingresar de forma sucesiva tres recargos: un primer recargo sobre una prestación de incapacidad temporal; un segundo recargo sobre una pensión de incapacidad permanente absoluta; y, finalmente, conforme al art. 217.2 LGSS, un tercer recargo sobre una pensión de viudedad. ¿Es posible en estos casos la aplicación del importe del capital coste no consumido a la capitalización de la pensión de viudedad? La respuesta ya no es tan evidente. La doctrina de suplicación rechaza esta posibilidad¹⁵ y también lo hace, aunque sea *obiter dicta*, la Sala IV del Tribunal Supremo¹⁶. Se argumenta, en este sentido, que, de acuerdo con el art. 71 RGRSS, salvo supuestos especiales expresamente previstos, los capitales coste no son objeto de reversión, ni de rescate, ni de reintegro.

Pero aquí no se trata de rescatar, ni de revertir a la empresa, ni de reintegrar al deudor. De lo que se trataría es de pasar el sobrante del capital coste de la primera pensión al capital coste que ha generado la segunda pensión, exigiendo al empresario únicamente el pago de lo que falte para cubrir la nueva deuda. No se le devolvería nada al empresario, solo se le exigiría pagar la parte que falte. Si, finalmente, la viuda falleciera antes del tiempo que se ha previsto para calcular el capital coste del recargo, ese sobrante final, conforme al art. 71 RGRSS, no se devolvería. Estaríamos, ya, en el caso de la primera hipótesis.

¹⁴ Un supuesto parecido, aunque no idéntico, se planteó en la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, 30.7.2020 (r. 1719/2021). La sentencia entiende que la normativa aplicable no considera la muerte como una causa que justifique la devolución del recargo no consumido. Y afirma que el resultado no supone un enriquecimiento injusto de la Administración de la Seguridad Social: “la extinción de la pensión sin haber consumido todo el capital coste del recargo no puede implicar devolución del sobrante, como tampoco se exige complementos del recargo en caso de superarse el promedio de vida calculado para el beneficiario”. Dada la aleatoriedad que supone el fallecimiento, “unas veces la Administración resultará beneficiada y otras, por el contrario, el resultado saldrá perjudicada”.

¹⁵ SSTSJ de Cantabria, Sala de lo Social, 10.3.2020 (r. 999/2019) y Sevilla, Sala de lo Social, 14.12.2017 (r. 3820/2016).

¹⁶ STS 11.10.2023 (r. 1719/2021).

Esta solución, a mi juicio, es más razonable pues, de lo contrario, el empresario podría terminar pagando en concepto de recargo una cantidad de dinero completamente desproporcionada en relación con el daño causado. Imaginemos, por ejemplo, que el trabajador y su esposa son dos personas jóvenes. Si al trabajador, como consecuencia del accidente, se le reconoce una prestación de incapacidad permanente absoluta, el capital coste que deberá pagar el empresario será muy elevado. Pero pensemos que este trabajador, al cabo de tres años, tiene un accidente de circulación y fallece. Como consecuencia de la presunción *iuris et de iure* prevista en el art. 217.2 LGSS, que, según la jurisprudencia, es aplicable al recargo¹⁷, se fijará un nuevo recargo, ahora a favor de la pensión de viudedad; este recargo, dada la juventud de la esposa, también tendrá un capital coste muy alto. El daño, en este caso, se ha transformado y es lógico que, en estas circunstancias, lo que se ha ingresado para cubrir el daño originario, pase a cubrir el nuevo daño. No es este un supuesto que se pueda equiparar a la primera hipótesis que planteamos (pensión de viudedad y fallecimiento del beneficiario *ante tempus*). En esa primera hipótesis hay un daño de cuantía incierta, que se indemniza de acuerdo con criterios actuariales objetivos. En esta segunda hipótesis (prestaciones sucesivas), se producen distintos daños consecutivos; la entidad del primer daño cambia y se añade uno nuevo. Por eso lo más equitativo es admitir que, a medida que el daño se transforma, la indemnización lo haga también, permitiendo la compensación. De lo contrario, el recargo resulta totalmente desproporcionado y contrario a los principios básicos del Derecho de Daños.

Esta solución, sin embargo, tiene un inconveniente. Se podría decir que no es equitativa para la TGSS. Hay que tener en cuenta que la TGSS asume el riesgo de que el capital coste del recargo de la primera pensión sea insuficiente. Si falta, lo paga la TGSS; si sobra, se pasa al segundo recargo. Volvamos a nuestra hipótesis e imaginemos que el trabajador, pensionista de incapacidad permanente absoluta, fallece a una edad superior a la esperanza de vida media que se tuvo en cuenta para calcular el capital coste del recargo de esa pensión. Imaginemos que el coste adicional que ha supuesto esta circunstancia asciende a 50.000 euros. Esos 50.000 euros de más los paga la TGSS. Pero si, por el contrario, el pensionista vive menos tiempo del esperado, se produce un excedente en el recargo de la primera pensión, que, en caso de generarse una pensión de viudedad, no se quedaría la TGSS, sino que, conforme a nuestra propuesta, se llevaría al segundo recargo, vinculado con esta última pensión. La TGSS, en esta operación, asume siempre el riesgo; mientras que el empresario solo lo asumiría en relación con el último recargo.

El resultado, desde luego, no es satisfactorio. Pero creo que, a pesar de todo, esta opción es preferible a la que actualmente aplica la jurisprudencia, exigiendo tres recargos independientes: uno por la incapacidad temporal, otro por la incapacidad permanente

¹⁷ SSTs 9.6.2015 (r. 36/2014) y 11.10.2023 (r. 1719/2021). Esta doctrina resulta cuestionable. No se puede equipar de forma automática el régimen de las prestaciones al recargo. Las prestaciones cubren la responsabilidad objetiva del empresario en el accidente de trabajo o en la enfermedad profesional; mientras que el recargo solo opera si ese accidente o enfermedad se ha producido por culpa del empresario. El fundamento de las prestaciones de Seguridad Social y del recargo sobre esas prestaciones es distinto. El fundamento de este último es la culpa empresarial y no resulta razonable imputar *iuris et de iure* esa culpa a otros daños.

absoluta y otro por la pensión de viudedad, sin que, en caso de que haya excedentes en el segundo recargo, estos puedan pasar a cubrir parte de la deuda generada como consecuencia del tercer y último recargo.

En todo caso, hay que reconocer que ninguna de las opciones resulta óptima. Y esto es así porque, en realidad, el recargo no es, en ningún caso, la solución adecuada.

¿Por qué pasa esto? Porque una indemnización para reparar el daño no debería estar vinculada, como lo está el recargo, a una prestación de Seguridad Social. Y esto nos lleva a la segunda parte de estas reflexiones: el recargo debe suprimirse, porque no tiene solución de *lege data*. Por mucho que se intente corregir su régimen jurídico por vía interpretativa, el resultado nunca es satisfactorio.

3.1. Revisión de lege ferenda. La necesaria eliminación del recargo

El recargo de prestaciones es una contradicción en sí misma. Hemos intentado superar los problemas del recargo considerándolo una indemnización; es la única vía posible, porque, como sanción, vulneraría el principio *non bis in idem*. Pero, aun aceptando que, en esencia, es una indemnización, resulta innegable que tiene también ciertos elementos que lo aproximan a la sanción.

Sabemos que el recargo tiene un régimen especial, que, claramente, pretende cumplir dos funciones: una resarcitoria y una punitiva. Pero sabemos también que nuestro ordenamiento jurídico ya tiene mecanismos que cumplen estas dos funciones: el Derecho de Daños y el Derecho Sancionador. El recargo se solapa con estos mecanismos generando graves disfunciones.

Ahora bien, destruir la lógica interna del ordenamiento jurídico tiene un coste en la coherencia del sistema. Si el Derecho Sancionador no funciona hay que mejorarlo. Lo mismo sucede con el Derecho de Daños. El primero se puede mejorar reforzando las actuaciones inspectoras; el segundo, claramente resultaría más eficaz si se articulara un baremo específico para los accidentes de trabajo con valoraciones del daño realistas y con actualizaciones regulares, como desde hace mucho tiempo lleva reclamando la doctrina.

Los problemas del Derecho Sancionador y del Derecho de Daños tienen que resolverse con reformas legislativas adecuadas que actúen en cada una de estas ramas del ordenamiento jurídico. No hay que pensar que estos problemas los va a resolver el recargo. Muy al contrario, el recargo actúa como un problema añadido. Ello es así porque el recargo no es eficiente ni como mecanismo preventivo, ni como mecanismo resarcitorio.

El recargo no es eficiente como mecanismo preventivo, porque actúa de forma aleatoria y desproporcionada:

- a) Si no hay prestación, no hay recargo, aunque la infracción empresarial haya sido muy grave.
- b) Si hay prestación, opera el recargo, pero su importe dependerá de la cuantía de la prestación, que a su vez dependerá del salario de la víctima. La misma

infracción con un resultado similar tendrá recargos distintos en función del mayor o menor salario del trabajador accidentado.

Es evidente que un régimen de estas características no es equitativo ni eficiente en el plano preventivo.

En el ámbito resarcitorio, tampoco el recargo actúa con eficacia. Y esto es debido fundamentalmente a la cantidad de procedimientos administrativos y judiciales que debe seguir el afectado para poder cobrar el recargo; si es que, finalmente, lo cobra, porque, al estar prohibido su aseguramiento, las probabilidades de que la TGSS declare la deuda incobrable son altas, más aún teniendo en cuenta el elevado importe de los capitales coste.

La víctima, o sus causahabientes, pueden tener que pasar por varios procedimientos administrativos: el procedimiento de reconocimiento de la prestación de Seguridad Social, el procedimiento sancionador (en el que tiene la condición de interesado), el procedimiento de reconocimiento del recargo y el procedimiento de liquidación y recaudación del recargo. Cada uno de estos procedimientos puede dar lugar a una impugnación judicial, generando hasta cuatro procesos distintos. Los tres primeros son competencia del orden social, pero la posibilidad de resoluciones contradictorias existe desde el momento en que no se admite la acumulación de acciones ni la acumulación de procesos¹⁸. Del último conoce el orden contencioso-administrativo. En paralelo, también es posible que se abra un proceso penal. Y, finalmente, habrá también que presentar demanda en el orden social para reclamar la indemnización adicional. En total: 4 procedimientos administrativos y 6 procesos judiciales. Esto sin contar la posibilidad de tener que impugnar la calificación de la contingencia.

Ya el Tribunal de Cuentas alertó en 2019 de las deficiencias del recargo como mecanismo de reparación del daño¹⁹. En su informe, el Tribunal señala que existen “graves retrasos desde la resolución de la declaración de responsabilidad hasta que el beneficiario comienza a percibir el importe del recargo reconocido”. De 24 expedientes analizados, el Tribunal de Cuentas señala que “en 7 de ellos, el tiempo transcurrido fue de 509 días; en 6 expedientes, ese tiempo se elevó a 946 días; en siete expedientes subió a 1.342 días; en ocho a 1.658 días y en dos expedientes a 1.968 días”. En la jurisprudencia se pueden ver casos en los que pasaron casi 20 años entre el reconocimiento inicial del derecho y el término del *via crucis* judicial, casos en los que, finalmente, no se llegó a cobrar nada; también supuestos en los que la Administración ha tenido que asumir la responsabilidad patrimonial por el largo tiempo transcurrido entre la resolución del INSS relativa al recargo y el inicio del procedimiento de recaudación, socializándose así el coste derivado de la infracción empresarial²⁰.

¹⁸ Arts. 25.4 y 30.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

¹⁹ Tribunal de Cuentas, “Informe de fiscalización sobre los procedimientos de gestión y control relativos a los recargos aplicados por la falta de adopción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo”, nº 1332.

²⁰ Un caso especialmente significativo es el que se planteó en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2021, r. 289/2017. En la doctrina de suplicación, tiene también interés el supuesto suscitado en la STSJ de Castilla y León (Burgos), de la Sala de lo Contencioso-administrativo, de 25 mayo de 2018 (r. 54/2017).

En fin, es innegable que en muchos casos la víctima del accidente o sus causahabientes tiene importantes dificultades para cobrar el recargo, que se agravan, además, como consecuencia de la prohibición de aseguramiento.

Tampoco desde la perspectiva empresarial los resultados son satisfactorios: el recargo puede llegar a ser desproporcionado y actuar de forma extemporánea. En algunos casos el empresario puede llegar a pagar varios recargos sucesivos, sin compensación entre ellos; el último recargo, además, se puede imponer muchos años después del accidente de trabajo, 15, 20 e incluso 30 años después, a veces sobre la empresa sucesora, que no contaba con semejante deuda.

¿Es este un sistema de reparación adecuado? Claramente no.

Se ha dicho que el recargo tiene un enorme atractivo emocional, que responde a un ideal de justicia romántico²¹. Es cierto. En principio, una figura de este tipo, que azota al empresario incumplidor, parece justa y uno siente que eliminarla supone debilitar tanto el sistema de reparación como el de prevención. Pero ya hemos visto que, en la práctica, no funciona; al contrario, puede ser perjudicial.

A mi juicio, la solución más razonable es eliminarlo y volver nuestra atención sobre el Derecho de Daños y el Derecho Sancionador. Mejoremos estos mecanismos, para prevenir de forme eficiente los accidentes de trabajo y para reparar a la víctima como merece, de forma íntegra y rápida. No lo confundamos con una telaraña de procedimientos administrativos y judiciales. Ofrezcámosle una solución sencilla, que le permita solicitar la reparación del daño directamente, en un único proceso. Y demos al empresario también la claridad y seguridad necesaria para que conozca el alcance de su responsabilidad, lo que facilitará, sin duda, su aseguramiento. Esto, a su vez, ofrecerá una garantía de cobro a la víctima. Todo ello, dejando aparte las prestaciones de Seguridad Social, que tienen una lógica y un fundamento distintos. Creo que así el sistema mejoraría en coherencia, en claridad, en eficacia y, lo que es más importante, en equidad.

²¹ A. DESDENTADO BONETE, “El recargo de prestaciones y el complejo de Robin Hood”, *Diario La Ley*, nº 6857 (9 de enero de 2008).

El recargo de prestaciones. Crónica de un anacronismo

The benefits surcharge. Chronicle of an anachronism

Rodrigo Martín Jiménez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo

Universidad Rey Juan Carlos

ORCID ID: 0000-0001-5728-9245

doi: 10.20318/labos.2025.9682

El recargo de prestaciones es una figura singular, sugerente, polémica, cuestionada¹ y de difícil justificación dogmática en un momento en que los sistemas normativos e institucionales de seguridad social y de seguridad y salud en trabajo gozan de un elevado nivel de desarrollo y otorgan una adecuada y seguramente completa protección jurídica y económica al trabajador que sufre un accidente laboral y establecen también una adecuada reacción frente a la empresa que no aplicó con la diligencia suficiente las medidas de adecuadas de prevención y evitación de los accidentes.

La vigencia del recargo, 125 años después de su nacimiento, suscita serias dudas. La lectura del art. 164 de la LGSS y de otras normas concordantes, así como de las resoluciones judiciales que lo aplican produce cuando menos desconcierto y duda.

1. Origen, justificación y anacronismo actual

El recargo de prestaciones tiene su origen en la vieja Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, cuyo artículo 5 establecía para el caso de que “el accidente produjese la muerte del obrero” una obligación a cargo del patrono consistente en que “las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento ú obra cuyas máquinas ó artefactos carezcan de los aparatos de precaución” (disposición 5ª).

El hecho de que los beneficiarios de esta indemnización fueran la viuda, los descendientes legítimos menores de diez y seis años y los ascendientes, pero no el propio trabajador accidentado, era coherente con el carácter de una Ley “hecha para los pobres”²

¹ Pionero fue, en esta idea, el trabajo de A.V. Sempere Navarro “La responsabilidad del empresario por accidente de trabajo” V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 1994.

² A. Ossorio y Gallardo, *Accidentes del trabajo*, 2ª ed., Las Leyes, Biblioteca económica de legislación y jurisprudencia, Madrid, 1902, pág. 34.

como lo prueba que el propietario de los establecimientos industriales pudiera sustituir las indemnizaciones establecidas en el art. 5 (entre ellas, el recargo) por pensiones vitalicias garantizadas a satisfacción de la víctima o de sus derechohabientes en porcentajes variables entre el 40 y el 10% del salario anual dependiendo de la supervivencia o no del cónyuge y de, en su caso, las cargas familiares.

Muy escasas y fragmentarias eran las normas laborales de la época. Dejando a un lado el Real Decreto de 1 de marzo de 1906 –que estableció como objeto de inspección, dentro del Instituto de Reformas Sociales, el cumplimiento de la Ley de Accidentes “en lo que hace relación á la previsión de estos accidentes”– o la Ley de Tribunales Industriales de 1908, el panorama normativo hasta la década de 1920 venía representado por un puñado normas dispersas vinculadas a la legislación industrial o legislación obrera³; tras la creación del Ministerio de Trabajo en 1920, fue el Código del Trabajo de 1926 el primer cuerpo normativo que refundió y sistematizó las normas de la época atinentes a las relaciones de trabajo; habría que esperar hasta los años 30 para ver en letra impresa la expresión “Derecho del Trabajo”⁴, la obligatoriedad del seguro de accidentes (1932)⁵ o, pasado el ecuador de los años 40, asistir a la creación de la primera Cátedra de Derecho del Trabajo, que fue ganada por Eugenio Pérez Botija. No ha de olvidarse, en fin, que la Jurisdicción especializada data de 1938 con la creación de las Magistraturas de Trabajo⁶, que la primera Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo fue de 1962 y que no fue hasta la Ley de Bases de 1963 cuando se crea la Seguridad Social como sistema público de protección que pone fin al viejo sistema de seguros privados y seguros sociales⁷ ...

Podría pensarse que este aumento de la indemnización en que consistía el recargo de prestaciones podría encajar conceptualmente en la responsabilidad contractual del art. 1101 o aún en la extracontractual del 1902 del Código Civil. Una razón puramente temporal –los poco más de 10 años que separan la aprobación de éste y la de la Ley de Accidentes– abonaría esta tesis. Sin embargo, como si de un anticipo premonitorio del actual art. 14 de la LPRL se tratara, el art. 2 de la Ley de Accidentes atribuía al empresario la responsabilidad “de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen”, y el art. 53 del Reglamento de 28 de julio de 1900 añadía: “Los patronos tienen el deber de emplear en las fábricas, talleres y obras todas las medidas posibles para la seguridad de sus operarios”⁸. Con toda razón se

³ L.E. de la Villa Gil, *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003, pág. 135.

⁴ C. García Oviedo: “Consideraciones jurídicas acerca del derecho del trabajo”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 164, 1934.

⁵ Como indica M. Alonso Olea, “el seguro forzoso hubo de esperar hasta el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo de 1932 (bien que éste fue precedido, para los accidentes del mar, por el Decreto de 15 de octubre de 1919). *Vid.* “La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 como origen de la Seguridad Social”, en *Cuadernos de Información Económica*, nº 159, noviembre/diciembre 2000, pág. 148. El texto refundido se publicó en la Gaceta de Madrid de 12 de octubre de 1932.

⁶ Decreto de 13 de mayo de 1938, de supresión de los Jurados Mixtos y creación de las Magistraturas de Trabajo.

⁷ Sobre el tema, F. García Ortuño, *Seguros privados y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, 1976.

⁸ Ciertamente, estas medidas no eran cualesquiera, sino las “que dicte el Gobierno, de acuerdo con la Junta técnica, para la previsión de los accidentes, con el fin de aplicar aparatos y mecanismos especiales destinados a la seguridad de los operarios” (art. 56).

ha escrito que este precepto fue revolucionario⁹, pues la responsabilidad sin mediar culpa o negligencia rompe con una tradición milenaria y la convierte —añadimos nosotros— en una responsabilidad objetiva o cuasi objetiva que solo admite como excepción a su nacimiento la fuerza mayor y la improcedencia temeraria.

Situados ante una responsabilidad objetiva o cuasi objetiva por accidente de trabajo, el recargo de prestaciones deviene en una figura o institución anacrónica y carente de justificación hoy en día por las siguientes razones:

- El presupuesto de la indemnización en que consistía el actual recargo era el fallecimiento del trabajador accidentado, lo que justificaba que los beneficiarios del mismo fueran la viuda, los descendientes menores de una cierta edad y los ascendientes. En la actualidad, tal presupuesto se ha sustituido por la existencia de una prestación de la Seguridad Social.
- Si la empresa incumple las medidas preventivas y este incumplimiento es la causa del accidente:
 - a) El sistema de vigilancia en el cumplimiento de la legislación preventiva a cargo de la Inspección de Trabajo se aplicará a la empresa inculpidora, con las garantías propias del Derecho Administrativo Sancionador (legalidad, tipicidad, etc.).
 - b) Se depurará la responsabilidad penal de los presuntos responsables, como lo prueba el número creciente de resoluciones judiciales que aplican los arts. 316 a 318 del Código Penal.
 - c) El trabajador podrá obtener una indemnización de daños y perjuicios si la empresa concertó el correspondiente seguro y, en otro caso, podrá exigir a la misma los daños que consiga acreditar ante los órganos jurisdiccionales del orden social derivados de la responsabilidad civil/laboral por el accidente de trabajo¹⁰.
- Compatibilidad con otras responsabilidades:
 - El Reglamento de Accidentes de Trabajo de 28 de julio de 1900 ya advertía (artículo 64) que ese aumento de las indemnizaciones procedía “con independencia de toda clase de responsabilidades”. Esta regla general pudo ser matizada por la jurisprudencia (civil) de la época: “aun cuando por sus términos literales pudiera suponerse aplicable el art. 64 a los casos de total inobservancia de los preceptos generales de la ley, en modo alguno cabe apli-

⁹ M. Alonso Olea, “La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 como origen de la Seguridad Social”, cit. pág. 145.

¹⁰ Es llamativo que el art. 27 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 28 de julio de 1900 ya previera que “El obrero víctima del accidente, ó la persona ó personas interesadas, tienen derecho a reclamar ante las Autoridades gubernativas y á demandar al patrono ante el Juez de primera instancia

car dicho texto a otras omisiones del patrono como las de asistencia médica, la cual tiene adecuada compensación en la condena al pago de los gastos hechos”¹¹. Matizado o no, el hecho de que el recargo fuera compatible en una época de escaso desarrollo normativo y con contados casos que acreditaran la plena cobertura de la responsabilidad nacida del accidente, no justifica su compatibilidad actual, considerando la responsabilidad la amplia responsabilidad (penal, administrativa, civil/laboral, prestacional de la Seguridad Social) que hoy en día surge y es exigible.

- La compatibilidad se ha mantenido en los diversos textos de las Leyes de Accidentes de Trabajo –cuya cita omitimos en aras a la brevedad expositiva– y el vigente art. 164.3 de la LGSS: “La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”. Preguntarse por la pertinencia actual de esta compatibilidad exige cuando menos una aproximación al primero de los puntos débiles del recargo: su naturaleza jurídica.

2. Puntos débiles y/o de especial complejidad

2.1. Naturaleza jurídica

Las diversas finalidades que persigue el recargo –sancionadora-punitiva, indemnizatoria-resarcitoria– han motivado un amplio debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la determinación de su naturaleza jurídica. Su fundamento incumplidor lo encuadraría en el área del Derecho Sancionador Público (Derecho punitivo del Estado), mientras que su finalidad y destino lo asimila a las indemnizaciones.

Sanción administrativa

Es clásica la posición doctrinal y jurisprudencial favorable al encuadramiento del recargo como tipo o subtipo especial de las sanciones administrativas. El fundamento de esta tesis se encuentra, históricamente, en la reforma de 1955 que conectó la normativa en materia de accidentes con la de la incipiente Seguridad Social y reconoció legalmente el carácter sancionador del recargo¹².

Hay argumentos que permiten respaldar esta postura: su responsabilidad se depura tras un procedimiento administrativo a cargo del INSS que, si bien es entidad gestora

¹¹ Sentencia de 28 mayo 1918, sintetizada por A. RODRÍGUEZ MARTÍN y S. ALARCÓN HORCAS, en *Accidentes del trabajo (teoría y práctica de la responsabilidad)*, Reus, Madrid, 1923, p. 347 y 348. La sentencia de 23 abril 1918 (también recogida, en esencia, en la obra citada, p. 348) a fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en este precepto, entendió infringido “el art. 64 del Reglamento al no imponer en la sentencia el aumento de indemnización por la falta de medidas previsoras para la seguridad del obrero en el trabajo”.

¹² A.V. Sempere Navarro y R. Martín Jiménez, *El recargo de prestaciones*, Aranzadi, 2001, pág. 34.

y no tiene la condición de autoridad pública, conecta con el procedimiento administrativo sancionador tramitado por la Inspección de Trabajo y concluido mediante resolución de la Autoridad laboral; como las sanciones administrativas, no puede ser objeto de aseguramiento; la obligación de constituir ante la TGSS el capital coste hace que su importe se considere un recurso de la Seguridad Social, especialmente visible cuando los beneficiarios fallecen; el principio de tipicidad que, ciertamente debilitado, sigue rigiendo en la materia, permite entender como exigible un previo incumplimiento normativo...

Esta tesis presenta indudables objeciones: el fundamento de la imposición de sanciones se encuentra en el incumplimiento objetivo de un deber tipificado en la norma, de manera que el incumplimiento es el factor desencadenante de la sanción sin que el resultado concreto pueda considerarse como esencial o inherente a aquélla, sin perjuicio de que este resultado pueda servir como criterio de agravación de la responsabilidad; por otra parte, el beneficiario del importe de las sanciones debería ser el sistema público y no el trabajador accidentado; en fin, si fuese precisa la comisión de al menos una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, pese a su carácter abierto en cuanto a los tipos [basta una falta de medidas generales o particulares (art. 164.1 LGSS)] el *non bis in idem* resultaría vulnerado.

Indemnización

Los argumentos sobre los que se apoya la concepción indemnizatoria del recargo son, sucintamente, los siguientes: el destinatario del mismo es un particular (el beneficiario de las prestaciones) y no el sistema público de Seguridad Social, con lo que su naturaleza se sitúa en un plano de relación jurídico-privada, a pesar de la intervención de un organismo público; se evita la colisión con el principio *non bis in idem*, la capitalización del importe del recargo ante la TGSS no desvirtúa esta naturaleza; en fin, la LISOS no lo ha incorporado en su articulado.

También esta tesis presenta sus objeciones: dificultad de deslindarlo de la indemnización civil/laboral de daños y perjuicios, porcentaje tasado (30-50% en función de la gravedad de la falta) y vinculado la cuantía de una prestación de la Seguridad Social de duración indeterminada, etc.

Síntesis

El Prof. Monereo ha tenido ocasión de postular la naturaleza dual (aflictiva y reparadora) del recargo en términos no de yuxtaposición sino de combinación: el recargo posee carácter esencialmente sancionador, pero está limitado por un componente indemnizatorio en razón del perjuicio causado por el siniestro laboral. Se trata de una “sanción compleja unitaria” o una “sanción extraordinaria”¹³, situada entre las sanciones públicas

¹³ STSJ del País Vasco de 15 de abril de 1998 (AS 1998\2026).

y las privadas, lo que induce a hablar de su “modernidad”, habida cuenta de que “son justamente este tipo de sanciones complejas las que han demostrado mayor eficacia para atender a los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico”¹⁴.

La naturaleza híbrida del recargo exige admitir la presencia de elementos propios de las indemnizaciones junto a otros caracterizadores de las sanciones. Así, persigue reparar los daños sufridos por el trabajador, pero se trata de una responsabilidad no asegurable; se penaliza al empresario infractor, pero la LGSS lo recoge entre las “Normas generales en materia de prestaciones”; el beneficiario natural es el trabajador, pero cuando el mismo ha fallecido y carece de causahabientes el importe correspondiente puede integrarse en los fondos del Sistema de la Seguridad Social mediante el capital coste constituido ante la TGSS; quien lo impone es una entidad gestora que carece de la auctoritas necesaria para la imposición de sanciones; se precisa de un previo procedimiento administrativo a su imposición, y la resolución que se dicte es susceptible de impugnación jurisdiccional, pero el procedimiento seguido no es el propio de las sanciones administrativas; en fin, su imposición requiere un previo incumplimiento empresarial, pero los criterios acogidos para determinar su existencia parecen separarse de los propios del Derecho sancionador (por ejemplo, la tipicidad) y adentrarse en los de la responsabilidad patrimonial.

2.2. Ausencia de tipicidad

Podríamos analizar algunos pronunciamientos judiciales que han elaborado criterios relevantes respecto de la exigencia o no de tipicidad en la falta cometida y su conexión con el accidente. Creemos, sin embargo, que puede resultar de mayor utilidad aportar algunas ideas propias que son el resultado de la lectura de infinidad de sentencias sobre esta cuestión. Tengamos en cuenta que el recargo surge “cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador” (art. 164.1 LGSS). La referencia a la inobservancia de las medidas generales bastaría para dejar zanjada la cuestión, más aún si se considera que el art. 14 de la LPRL establece a cargo de la empresa un deber general de prevención que llega a ser ilimitado, pues aquélla es garante y responsable de cualquier lesión producida en tiempo y en lugar de trabajo. De otra parte, el concepto de norma preventiva es sumamente amplio presta cobertura a nor-

¹⁴ J.L. Monereo Pérez, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. La modernidad de una institución tradicional*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 78; su desarrollo, en págs. 54-82. Así, el componente indemnizatorio explica que “el beneficiario último de la prestación suplementaria de recargo sea el trabajador accidentado (o, en su caso, otro destinatario legal), aunque no se trata de una pura indemnización de naturaleza jurídico-privada, sino de una responsabilidad anudada a la infracción de normas eminentemente de Derecho público” (pág. 65); “se produce una pervivencia de la responsabilidad individual del empresario, pero no se trata de la permanencia de las técnicas de Derecho Civil, sino de la responsabilidad aneja a la medida sancionadora” (pág. 67).

mas de muy diverso rango (legales, reglamentarias, convencionales) e incluso a normas de dudosa naturaleza como lo son las llamadas normas jurídico-técnicas¹⁵. La ausencia de tipicidad es fuente de inseguridad jurídica, y ésta se incrementa con el carácter cuasi objetivo de esta responsabilidad, la cual no queda anulada por la concurrencia de culpa o negligencia del trabajador o por el acaecimiento de un hecho fortuito o improbable (lluvia en Madrid en el mes de julio, por ejemplo). La culpa *in eligendo* o *in vigilando* no eximen de responsabilidad, aunque sí (y solo) la fuerza mayor y la imprudencia temeraria del trabajador, pero estos casos son muy poco habituales, por lo que el recargo se impone con un (casi) inevitable automatismo.

2.3. Necesidad de que haya (o no) una prestación de la Seguridad Social que recargar y constitución del capital coste

La conexión entre un importe capitalizado por la empresa ante la TGSS y la prestación que el beneficiario percibe del INSS a resultas del accidente de trabajo permite detectar algunas anomalías.

El importe del recargo se otorga al beneficiario de la prestación, es decir, al propio trabajador (en accidentes que dan lugar a la declaración de incapacidad temporal o incapacidad permanente) o a sus causahabientes en caso de fallecimiento (viudedad, orfandad), lo que permite cuestiona el carácter reparador del recargo respecto del trabajador accidentado, que en estricta lógica preventiva debería ser –al margen de los poderes públicos– el único beneficiario. Por otra parte, la vinculación del recargo a una prestación implica, paradójicamente, que sin prestación no haya recargo (por ejemplo en el caso del accidente mortal de un trabajador sin cónyuge o pareja de hecho, hijos y ascendientes) y también supone que si la prestación se extingue por fallecimiento del beneficiario, el capital coste resultante del cálculo actuarial que ya abonó la empresa no le sea reintegrado a ésta, dando lugar a un inexplicable enriquecimiento injusto a favor de la Administración.

Si la empresa resulta finalmente condenada al abono del recargo –ya sea porque no recurre la resolución del INSS o porque, recurrida ésta, el orden jurisdiccional social entiende procedente la imposición del recargo– deberá ingresar el importe (capital-coste) correspondiente en la Dirección provincial de la TGSS:

- El INSS no está obligado a anticipar las cantidades de que se trate en caso de que el empresario no pueda hacerlo¹⁶.
- Tampoco cabe imputar al INSS responsabilidad subsidiaria en el supuesto de insolvencia empresarial: el recargo no es una modalidad de prestación, sino una pena o sanción que se añade a la propia prestación de la que sólo es responsable

¹⁵ Sobre el tema, R. Martín Jiménez, *Informe conmemorativo de los veinte años de la aprobación de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, CEOE, Madrid, 2015, págs. 25-37.

¹⁶ Art. 16.3 OM 18 enero 1996.

la empresa incumplidora de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales¹⁷.

- Consecuencia de lo anterior es que no se aplica al recargo la revalorización anual prevista para las prestaciones de la Seguridad Social; de igual modo, su cuantía no se ve limitada por el tope máximo de las pensiones que se establece anualmente¹⁸.

Se ha dicho que el recargo lo es sobre las prestaciones de la Seguridad Social, de manera que la inexistencia de éstas –ya sea por incumplimiento de los requisitos para causar derecho a ellas o por inexistencia de beneficiarios– determina la improcedencia de su imposición efectiva, al no ser posible recargar lo que no existe¹⁹. Y ello porque, más técnicamente, la imputación de responsabilidad a un sujeto implica admitir la previa existencia de un derecho atribuible a otro²⁰, de modo que la ausencia de éste determina también la de aquélla. Ocurre, sin embargo, que la capitalización del importe del recargo por la TGSS se realiza sin necesidad de que la resolución del INSS (o la sentencia dictada por los órganos jurisdiccionales sociales en caso de impugnación) sea firme, y ello sin perjuicio de las devoluciones que en su caso procedan si su pago resultara indebido²¹; por esta razón es posible que el INSS dicte resolución condenando a la empresa al pago del recargo sin que existan beneficiarios e inmediatamente después la TGSS le exija el pago del capital-coste correspondiente, lo que no parece lógico ni razonable, además de ser su muchas veces inasumible y de consecuencias dramáticas para las pequeñas y medianas empresas. Como apunte, se indica que es posible aumentar el importe del recargo si aumenta el porcentaje de la base reguladora de la pensión (en el caso, de viudedad) a consecuencia de una reforma normativa²².

2.4. Prohibición de aseguramiento

La Ley de 10 de enero de 1922, de Accidentes de Trabajo, en el artículo (sexto) encargado de regular las indemnizaciones a satisfacer por el empresario en casos de fallecimiento por accidente de trabajo, advertía que “las indemnizaciones determinadas por esta Ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas y artefactos carezcan de los aparatos de precaución a que se refiere el artículo 17” (regla quinta, párrafo primero), añadiéndose que “el riesgo

¹⁷ SSTs de 8 de marzo y 16 de noviembre de 1993 (RJ 1714 y 9069), 31 de enero, 7, 8, 9 y 12 de febrero, 20 de mayo, 22 de septiembre (RJ 398, 809, 815, 820, 1030, 4288, 7170) y 20 de marzo de 1997 (RJ 2591), entre otras.

¹⁸ Cfr. A. Cea Ayala, “El recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: criterios jurisprudenciales y administrativos”, *Actualidad Laboral* nº 24, 1994, pág. 372.

¹⁹ STS 14 octubre 1991.

²⁰ S. Olarte Encabo, *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997, pág. 163, quien cita, en apoyo de esta idea, a RODA LÓPEZ, “La relación jurídica de previsión: su naturaleza y estructura estática”, *Revista de Trabajo* nº 54-55, 1976, pág. 203.

²¹ Art. 83.2 de RD 2064/1995, de 22 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

²² STS de 25 de enero de 2024 (rec. 3521/2020).

de la indemnización especial a que se refiere esta disposición 5ª no puede ser materia de seguro” (párrafo segundo). Los comentaristas de la época configuraron esta indemnización como un supuesto de *agravación de la responsabilidad del patrono que se adapta a las medidas de represión típicas del derecho penal positivo*²³; el carácter personalísimo de esta responsabilidad implicaba que no fuera considerada como una indemnización agravada —“fenómeno objetivo que reca(y)e(ra) sobre la propia obra o industria”²⁴—, sino que se trata(ba) de una *pena pecuniaria* impuesta al patrono por la omisión ilegal de los mecanismos y medidas de seguridad encaminadas a evitar accidentes de trabajo; por eso se prohibió el aseguramiento del recargo en términos tan absolutos.

Un siglo más tarde cabe preguntarse por el recto sentido que deba tener esta prohibición, especialmente si se tiene en cuenta que el art. 15.5 de la LPRL permite a las empresas “concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo”²⁵. Algún autor que ha estudiado en profundidad esta cuestión²⁶, ha concluido que del examen de los trabajos parlamentarios de la LPRL en relación con este precepto y con el nonato art. 42.6²⁷ no puede extraerse la consecuencia de la admisibilidad de su aseguramiento, sin perjuicio de la conveniencia —en aras al fortalecimiento de la seguridad jurídica— de haber reiterado en esta Ley la referida prohibición de aseguramiento²⁸.

La mayoría de los autores se han mostrado contrarios a la posibilidad de asegurar el recargo²⁹. Desde otra óptica se ha apuntado que el cumplimiento empresarial de las medidas preventivas puede conseguirse a través de otros medios como las sanciones administrativas o la participación de los trabajadores³⁰. También se ha escrito que el asegu-

²³ A. Rodríguez Martín y S. Alarcón Horcas, *Accidentes del trabajo (teoría y práctica de la responsabilidad)*, Reus, Madrid, 1923, pág. 340.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Así, por ejemplo, S. González Ortega y J. Aparicio Tovar entendieron que el art. 15.5 LPRL ha derogado en la práctica el art. 123.2 LGSS; *vid. Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 118. En el mismo sentido, J.I. Moltó García, *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 48.

²⁶ M.A. Purcalla Bonilla, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, cit., págs. 187 y 188.

²⁷ Este precepto prohibía expresamente el aseguramiento del recargo, en los mismos términos del vigente art. 123.2 LGSS.

²⁸ En este sentido, M.E. Casas Baamonde, “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, en AA.VV., *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley, Madrid, 1997, pág. 139; también A. Fuertes Leganés, “La problemática del aseguramiento del recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad e higiene”, *RCEF* nº 2, 1997, pág. 57 y C.L. Alfonso Mellado, *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 45.

²⁹ Por todos, M.E. Casas Baamonde, “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, cit., p. 139; M. González Labrada, *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 567; del mismo, “El recargo de prestaciones y la reforma: ¿un retorno a 1900 o la pérdida de su carácter coactivo?”, en J.L. Monereo Pérez (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, Granada 1996, págs. 743 y 744; J. García Murcia, *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 146.

³⁰ En este sentido, J.M. Blanco Martín, “La responsabilidad civil y penal del empresario derivada del accidente de trabajo: a propósito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en L.J. Dueñas Herrero, *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 644.

ramiento del recargo incrementaría notablemente las garantías del cobro de la cantidad correspondiente por el beneficiario de las prestaciones en caso de insolvencia empresarial, teniendo en cuenta que el INSS no es responsable subsidiario en estos casos³¹. Más matizadamente, algún autor ha señalado la posibilidad de tal aseguramiento limitada a los supuestos en los que el incumplimiento de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo sea exclusiva y directamente imputable a las entidades externas responsables con las que el empresario haya contratado el desarrollo de las oportunas funciones³².

En contra de la admisibilidad del aseguramiento del recargo aun en un plano *de lege ferenda* se ha traído a colación la pérdida de la función preventiva tradicionalmente asignada a la institución y su correlativa sustitución por una función meramente reparadora de los daños causados³³. En efecto, permitir el aseguramiento del recargo con independencia de la naturaleza de los incumplimientos que dan lugar a su imposición desembocaría en una pérdida de la cultura preventiva general, en tanto la vigilancia del cumplimiento de las medidas de seguridad y salud quedarían descentralizados en empresas especializadas, desplazándose consiguientemente la función preventiva –y, por tanto, la responsabilidad– a otras entidades. No obstante, si se establece una distinción atendiendo a las circunstancias concurrentes en el accidente –*v.g.*, imprevisibilidad o inevitabilidad del accidente, imprudencia del trabajador– podría pensarse en la posibilidad de aseguramiento de los accidentes debidos a caso fortuito o a la propia imprudencia del trabajador. Sea como fuere, personalmente creo que la prohibición de aseguramiento del recargo no contribuye a reforzar el cumplimiento normativo en materia preventiva (pues éste es inespecífico) y las consecuencias de aquélla son en muchas ocasiones fatales en términos de impacto en las empresas y en los propios trabajadores, que pueden llegar a no percibir el recargo.

2.5. Subcontratación

La STS de 18 de septiembre 2018 (rec. 144/2017) compendia los criterios generales:

- “a) La encomienda de tareas propias de la propia actividad a otra empresa genera específicos y reforzados deberes de seguridad laboral, pero no comporta un automatismo en la responsabilidad del recargo de prestaciones que pueda imponerse a los trabajadores de las contratistas o subcontratistas.

³¹ Vid. A. Fuertes Leganés, “La problemática del aseguramiento del recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad e higiene”, cit., pág. 64.

³² M. Luque Parra, “El aseguramiento del recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 96, 1999, pág. 558-560.

³³ En este sentido, M. González Labrada, “El recargo de prestaciones y la reforma: ¿un retorno a 1900 o la pérdida de su carácter coactivo?”, cit., pág. 728: La evolución histórica de la prohibición de aseguramiento del recargo pone de manifiesto que su fundamento se encuentra en la finalidad de “evitar que se sustituya la obligación de prevención por el seguro voluntario; así pues, al ser el empresario responsable directo y único de las consecuencias derivadas de una conducta propia no conforme con la normativa técnica preventiva, se impone la prevención sobre la reparación, quedando sólo la posibilidad de asegurar la responsabilidad en aquellos supuestos en que el accidente es debido a un riesgo inevitable por medios técnicos o a la propia imprudencia profesional”.

- b) La encomienda de tareas correspondientes a actividad ajena a la propia es un elemento que debe valorarse, junto con otros, de cara a la exención de responsabilidad de la empresa principal.
- c) La empresa principal puede resultar responsable del recargo de prestaciones aunque las tareas encomendadas a la empresa auxiliar del trabajador accidentado no correspondan a su propia actividad.
- d) En todo caso, lo decisivo para determinar si la empresa principal asume responsabilidad en materia de recargo de prestaciones es comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.
- e) Que las tareas encomendadas sean ajenas a la propia actividad no comporta la imposibilidad de que se imponga el recargo de prestaciones, como en ella se afirma.
- f) Es errónea la doctrina extensiva de la responsabilidad por el recargo de prestaciones al empresario principal en todo caso, incondicionalmente y sin apreciar la existencia de infracciones que le sean achacables”.

De acuerdo con los criterios expuestos, la responsabilidad establecida en el art. 42 del ET puede ampliarse dependiendo del tipo de subcontratación de que se trate, de la puesta en juego de los elementos personales y materiales y de las concretas obligaciones preventivas que correspondan en función de aquélla. Así, se ha rechazado la extensión a la empresa principal de la responsabilidad solidaria del recargo de prestaciones impuesto a la contratista por el accidente sufrido por un trabajador de esta última en una explotación forestal porque no era precisa la aplicación de medidas de coordinación empresarial en el lugar de trabajo³⁴.

2.6. Sucesión o transmisión de empresas

Sin ánimo de ir más allá de un mero apunte, el carácter universal que el art. 44 del ET impone a estos fenómenos justifica que, sin mayores argumentos, se ofrezca una respuesta afirmativa: el recargo es transmisible. En este sentido se ha pronunciado (modificando el criterio anterior) la STS de 23 de marzo de 2015 (rec. 2057/2014) con argumentos tomados de la STJUE de 5 de marzo de 2015.

³⁴ STS de 23 de enero de 2025 (rec. 2396/2022).

RECENSIONES

BLASCO JOVER, CAROLINA. *Cuestiones clave sobre la readmisión y los salarios de tramitación en el despido improcedente*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2024.

doi: 10.20318/labos.2025.9675

El despido es una de las principales figuras del Derecho del trabajo, y por ello resulta de interés cualquier obra que trate sobre dicho tema, en particular cuando se abordan cuestiones específicas, como es el caso de la obra ahora reseñada, que se centra en la figura de la readmisión del trabajador y el correspondiente abono de los salarios de tramitación en casos de despido declarado improcedente. Pero antes de ello conviene referirse a la autora de la obra, conocida Catedrática en el departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante. Además de distinguida académica, la autora es apreciada amiga de muchos compañeros de mi departamento, por lo que agradezco que se me haya encomendado la reseña de esta interesante obra.

La autora compagina su labor docente e investigadora con distintos cargos de gestión en la Universidad de Alicante, en la que imparte materias relacionadas con el Derecho del trabajo, la protección social o la prevención de riesgos laborales en titulaciones del ámbito jurídico y de las relaciones laborales. En su faceta investigadora, destaca la publicación, entre otras, de obras monográficas como *El derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información* (2009), *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales* (2013) o *Controversias laborales en torno a los grupos de empresas* (2021), así como numerosos artículos en

revistas científicas, sobre materias tanto de Derecho del trabajo individual como colectivo, protección social, y en particular aportaciones en materia de despido. En estas últimas ha tratado precisamente cuestiones como la declaración de improcedencia del despido y la nulidad objetiva, el despido por causas objetivas y en particular los despidos colectivos.

Como señalaba, el tema que aborda la obra es de gran relevancia, al ser el despido una materia que suscita frecuentes debates jurídicos y que afecta a algo tan destacado como el derecho al trabajo. Ahora bien, en el presente caso, la obra tiene todavía más importancia, por referirse a una cuestión específica como es la readmisión y el correspondiente abono de los salarios de tramitación, pues arroja luz sobre varios aspectos que provocan dudas entre los operadores jurídicos y también entre las empresas. En nuestro ordenamiento, el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores regula la declaración de improcedencia del despido, concediendo al empresario –salvo que se trate del despido de un representante de los trabajadores– el derecho a optar entre abonar una indemnización al trabajador cuyo contrato se extingue o la readmisión del trabajador, en cuyo caso este tendrá derecho a que se le abonen los salarios de tramitación, es decir una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia.

Se trata de una cuestión que ha traído numerosos problemas aplicativos y que la obra analiza. En primer lugar, hay que señalar que la obra se estructura en cuatro bloques o capítulos, a saber: Introducción; Cuestiones previas sobre la readmisión y los salarios de trámite; Configuración ge-

neral de la readmisión y de los salarios de tramitación; y Problemáticas específicas.

En la Introducción se destaca la figura del despido como “uno de los pilares centrales” del Derecho del trabajo, muy a menudo sometido a debates políticos, y se delimita el objeto de análisis en relación a la opción empresarial por la readmisión en casos de despido improcedente y la cuestión de los salarios de tramitación, dos materias que se analizan desde un enfoque tanto teórico como práctico. Destaca la referencia de la autora a que se trata de una materia más tradicional que de actualidad, pero comparto que efectivamente se analizan problemáticas que afectan a todas las empresas y que son relevantes para estas y para los trabajadores. Además, a lo largo del libro se incluyen numerosos pronunciamientos judiciales sobre los aspectos tratados, así como la posición de la más destacada doctrina académica.

El segundo capítulo se refiere a cuestiones previas sobre la readmisión y los salarios de trámite, destacando la controversia en relación a quién debe ejercer el derecho de opción (empresario, trabajador u órgano juzgador) o en relación a si debería suprimirse el derecho de opción y apostar por una forma de tutela restitutiva en que la readmisión del trabajador sea la norma general ante situaciones de despido injustificado. También se aborda la naturaleza indemnizatoria o salarial de los salarios de trámite, así como el debate sobre su suficiencia, con referencia a la modificación operada con la reforma laboral de 2012.

El tercer capítulo tiene un enfoque mayormente teórico, y realiza un detallado estudio de la configuración general de la figura de la readmisión y de los salarios de

tramitación. Se consideran aspectos como la cuestión de la titularidad del derecho de opción (el empresario, salvo despido de un representante de los trabajadores), sus requisitos y la posibilidad de anticipar el derecho de opción y los problemas que posteriormente se plantean en caso de que no sea posible la readmisión, lo cual viene acompañado de una explicación de los criterios judiciales al respecto y su evolución en los últimos años. También se analiza la figura de la readmisión irregular y los aspectos procesales en fase de ejecución, el cálculo de la cuantía de salarios abonar y los posibles descuentos e incompatibilidades, así como la extensión de la responsabilidad del pago al Estado.

Considero que el cuarto capítulo resulta de necesaria referencia para la comunidad académica y los profesionales del Derecho en general, pues analiza problemáticas específicas y concretas en relación a la opción por la readmisión con abono de salarios de tramitación. Así, en primer lugar, se plantean los problemas derivados de la imposibilidad de readmitir por circunstancias que afectan al trabajador, como el fallecimiento, la incapacidad permanente sobrevenida o la terminación de un contrato temporal, para a continuación tratar la cuestión de la readmisión de los empleados públicos, en donde se prevé un régimen de readmisión obligatoria para casos de despido declarado improcedente. Por otro lado, se realiza un estudio sobre las problemáticas relativas a los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular –y por consiguiente imposibilitados para trabajar–, y las consecuencias en materia de extinción del contrato de trabajo y salarios de tramitación. Muy interesante resulta

también el apartado relativo al abono de salarios de tramitación en supuestos de corresponsabilidad, donde se profundiza en distintas situaciones como el abono de salarios de tramitación en grupos de empresas y la responsabilidad solidaria; también en casos de cesión ilegal de trabajadores y supuestos de contratación y subcontratación de obras o servicios; así como la sucesión o transmisión de empresa. El capítulo termina con un análisis de la readmisión y salarios de tramitación en las relaciones laborales especiales.

Para concluir, no puedo más que recomendar la lectura de la obra y agradecer a la autora por su trabajo, pues se trata de un libro con evidente trascendencia jurídica y que resulta de consulta obligatoria para cualquier académico o profesional que preste atención a la figura del despido declarado improcedente.

Juan Alberto Tormos Pérez
Profesor de Derecho del Trabajo
Universitat de València
0000-0001-8829-192X

MONTOYA MEDINA, DAVID, *Enfermedad, contrato de trabajo y discriminación por razones de salud*. Aranzadi, Madrid, 2025.

Doi: 10.20318/labos.2025.9676

Pocos temas se me antojan de mayor actualidad que la posible calificación como nulo por discriminatorio del despido de los trabajadores en situación de incapacidad temporal, especialmente a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Ante la notable incertidumbre interpretativa que ha generado esta normativa, el profesor Montoya Medina arroja luz sobre esta cuestión en la monografía que hoy tengo el placer de reseñar, que sirvió, además, como base para su ejercicio de acceso a la cátedra.

La Ley 15/2022, supuso un giro copernicano, expresión empleada por el propio autor, para el sistema jurídico español, en particular en lo relativo al régimen jurídico del despido. Con el fin de lograr su objetivo declarado: prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación, la norma reconoce expresamente la enfermedad como rasgo protegido por el derecho a no ser discriminado. En concreto, se refiere a la enfermedad, la condición de salud, estado serológico y predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. A partir de este reconocimiento, el debate doctrinal y jurisprudencial queda inevitablemente abierto.

De no existir esta obra, muchas de las dudas que continúan generándose en torno a esta compleja materia probablemente seguirían sin respuesta. Difícilmente podría hallarse un trabajo más idóneo para disiparlas. A lo largo del texto, el autor no

solo lleva a cabo un análisis exhaustivo del estado de la cuestión, sino que también formula sus propias aportaciones, lo que incrementa notablemente la relevancia de la obra en el ámbito de la investigación jurídica. Así lo subraya también la profesora Carmen Viqueira, autora del prólogo que encabeza el volumen.

A ello se suma el tono cercano, accesible y didáctico que mantiene el autor a lo largo de la obra, logrando establecer una suerte de comunicación dialogada con el lector, al que invita de manera implícita a hacerlo participe de las reflexiones que se realizan en la obra.

Al desgranar el contenido de la obra, debe señalarse, en primer lugar, que se estructura en cinco capítulos, seguidos de un sexto y último capítulo dedicados a las conclusiones.

Aunque hemos destacado el impacto que la Ley 15/2022, y la consiguiente consideración de la enfermedad como rasgo discriminatorio, ha tenido en el régimen del despido, el autor se ocupa de estudiar cómo dicha previsión normativa también ha repercutido a lo largo de toda la relación laboral. Si antes de la entrada en vigor de dicha ley eran escasas las ocasiones en que los mecanismos de protección antidiscriminatoria se proyectaban sobre los trabajadores enfermos, hoy esta afirmación ya no resulta sostenible.

Como no podía ser de otro modo, el autor comienza exponiendo el anclaje constitucional de la ya mencionada Ley 15/2022, destacando la facultad del legislador para identificar nuevos factores merecedores de protección en el marco de la tutela antidiscriminatoria. Esta posibilidad pone de relieve la estrecha vinculación entre el derecho a no ser discriminado y

las preocupaciones sociales predominantes, en permanente evolución.

Entrando ya en el análisis del ámbito estrictamente laboral, el primer capítulo se centra en las implicaciones de la prohibición de discriminación por razón de enfermedad en el acceso al empleo por cuenta ajena, pues dicha prohibición despliega también sus efectos en las fases previas a la formalización del contrato. Como regla general, la enfermedad no puede operar como un factor excluyente; no obstante, esta afirmación exige ciertos matices, ya que, por motivos de seguridad y salud en el puesto de trabajo, podría plantearse la posibilidad de establecer determinadas limitaciones, siempre que estas se encuentren amparadas por la legislación de prevención de riesgos laborales.

Continúa el libro con el análisis de los mecanismos jurídicos de los que dispone el trabajador que padece algún problema de salud, orientados a garantizar la compatibilidad de su situación con las exigencias del puesto de trabajo. Se trata de instrumentos que, como ya anticipa el autor, podrían ser objeto de ampliación y mejora. En este marco, la atención se centra especialmente en dos figuras clave: por un lado, la obligación empresarial de llevar a cabo los ajustes razonables necesarios para evitar situaciones discriminatorias y, por otro, la posibilidad de modificar las condiciones contractuales por razones de salud.

El libro concluye con el análisis de la tutela frente al despido motivado por la enfermedad del trabajador. Es la máxima expresión de las tensiones que ha generado su reconocimiento como causa autónoma de discriminación en el ámbito laboral.

Desafortunadamente, sigue siendo habitual que los empleadores extingan contratos de trabajo con fundamento en situaciones de incapacidad temporal, a pesar de que dicha causa no constituye, en sí misma, una justificación válida ni suficiente desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, el nuevo marco normativo refuerza de manera significativa las posibilidades de que estos ceses contractuales sean calificados judicialmente como nulos, al asentarse sobre la base de un derecho plenamente reconocido por el legislador.

Pero aún hay más. El hecho de que la enfermedad se configure como un rasgo protegido frente a la discriminación no implica que todo despido producido durante una situación de incapacidad temporal del trabajador, o tras su reincorporación, deba ser necesariamente calificado como nulo. Precisamente, uno de los retos que aborda el autor en esta monografía es esclarecer los términos en los que el estado de salud del trabajador puede desempeñar un papel determinante en el despido, así como los criterios que permiten diferenciar cuándo nos encontramos ante una actuación empresarial discriminatoria.

Como corolario, se ofrecen unas reflexiones finales. Breves, pero lo suficientemente elocuentes como para captar el sentido profundo de la obra. No las desvelaremos aquí, pues corresponde al lector descubrirlas al adentrarse en su lectura.

Beatriz Sánchez-Girón Martínez
Universidad Pontificia Comillas
ORCID: 0000-0001-8850-5983
bsanchezg@comillas.edu