

Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España

Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data

■ CISS



Director

Jesús Baz Rodríguez

Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España

Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data

Director

Jesús Baz Rodríguez

© De los autores, 2021
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.es
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Enero 2021

Depósito Legal: M-1132-2021
ISBN versión impresa: 978-84-9954-696-4
ISBN versión electrónica: 978-84-9954-697-1

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

I. INTRODUCCIÓN

Las situaciones determinantes de incapacidad temporal son las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con las características establecidas por la normativa reguladora. Asimismo, se incluyen los periodos de observación por enfermedad profesional con una duración máxima de seis meses.

Sólo el gasto derivado del abono de la prestación económica por las entidades gestoras y colaboradoras superó los ocho mil cuatrocientos millones de euros en once meses del año 2019 ciclo económico. A este gasto habría que sumarle el de la asistencia sanitaria, el del complemento de la prestación abonado por las empresas, el de las cotizaciones y el asumido por las empresas derivado de la sustitución de los trabajadores. Por ello, es necesario realizar un buen control.

La mayor dificultad de control reside en verificar que la enfermedad o el accidente del trabajador produce la necesidad de recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y le impide realizar su trabajo. Por lo que existe un elevado riesgo de fraude en la obtención de la prestación que, por el elevado gasto de la prestación, también las cuantías de un posible fraude podrían ser elevadas.

Estas elevadas cuantías generan improductividad en la economía del país, además de la percepción de los ciudadanos de no disponer de una administración eficaz; lo que erosiona el aspecto de justicia social que todo sistema de Seguridad Social debe reforzar.

A lo largo de este trabajo se ha hecho un análisis de la normativa reguladora de la prestación por incapacidad temporal y de su procedimiento de gestión; además del análisis del seguimiento, o comportamiento, de la prestación en su conjunto. Destacando en todo ello las debilidades en su sistema de control.

Pero el elevado número de procesos de incapacidad temporal hace que sea imposible un buen control utilizando solo medios humanos y materiales tradicionales, por lo que se deben utilizar todas las técnicas que estén al alcance de las administraciones públicas. Dado que, en los últimos tiempos *Big Data* y analítica predictiva se está utilizando con muy buenos resultados en las empresas, se ha decidido incluir en la administración pública, y en concreto en el INSS para el control de esta prestación.

Pero, la mayor dificultad se produce en el diseño de los aplicativos informáticos con esta tecnología, al requerir no solo personal informático y jurídico especializado, sino personal sanitario, especialmente médicos, que estén lo más familiarizados posible con la vanguardia informática. Además de ser necesaria la coordinación al pertenecer estos profesionales a diferentes organismos.

Este estudio se concluye con la descripción del procedimiento concreto que utiliza las técnicas predictivas en el control de la incapacidad temporal.

II. GESTIÓN Y CONTROL DE LA PRESTACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR INCAPACIDAD TEMPORAL

Para realizar un buen diseño de las técnicas de control de la prestación por incapacidad temporal, primero se deben conocer todos los procedimientos gestores y su normativa reguladora, para poder determinar cuáles son los elementos que representan mayores inconvenientes de verificación; bien por la carencia de información sobre estos elementos, o bien por la dificultad para determinar que la información disponible es fiable.

En los siguientes subapartados se irán extrayendo dichos elementos, que también podemos denominar «debilidades gestoras», mediante el análisis de la normativa de aplicación para el reconocimiento del derecho a la prestación, y de los métodos de gestión y administración.

1. La prestación económica por incapacidad temporal

Dentro de la acción protectora de la Seguridad Social se incluye, entre otras, la prestación por incapacidad temporal⁽¹⁾. Su concepto está recogido en el TRLGSS⁽²⁾, que dice que se consideran situaciones determinantes de incapacidad temporal:

«a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

b) Los periodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad».

De lo contenido en esta definición, se puede determinar que el aspecto clave para una eficiente gestión, y para un adecuado control del derecho a esta prestación, reside en verificar que la enfermedad o el accidente del trabajador produce la necesidad de recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y le impide realizar su trabajo. Es decir, hay tres elementos que deben simultanearse: una enfermedad o un accidente, asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y la imposibilidad de realizar el trabajo.

De esos tres elementos, hay dos que representan las mayores debilidades gestoras, que son, poder determinar que ha habido un correcto diagnóstico de la dolencia, y relacionar este diagnóstico con la imposibilidad de trabajar. Por ello, el análisis del comportamiento de estos dos elementos, serán fundamentales para conseguir un buen diseño del procedimiento de gestión y su correspondiente control.

⁽¹⁾ Art. 42 del TRLGSS.

⁽²⁾ Art. 169 del TRLGSS.

A) *Requisitos para el reconocimiento de la prestación por incapacidad temporal*

Para acceder al cobro de la prestación, además de los requisitos generales de estar afiliado y en alta o situación asimilada al alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, se exige reunir la carencia necesaria: ciento ochenta días cotizados dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, en caso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común⁽³⁾.

Aunque en la actualidad, los trabajadores por cuenta propia encuadrados en el RETA gozan de un estatus muy próximo en su protección al de los trabajadores por cuenta ajena, siguen existiendo algunas particularidades; la mayoría de ellas intrínsecas a las singularidades del trabajo por cuenta propia, y que, por lo tanto, se deben analizar de forma especial.

Entre esas particularidades, destaca que, para el reconocimiento del derecho a esta prestación, a los autónomos se les exige además de los requisitos generales, el cumplimiento de dos requisitos específicos, que son los siguientes:

a. Estar al corriente en el pago de las cuotas.

b. Aportar una Declaración sobre la persona que gestionará directamente el establecimiento o la actividad. Con excepción de los incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios (SETA) y de los TRADE.

Es conocida la dificultad de conseguir en breve tiempo una persona que sustituya al autónomo, de forma equivalente en todos los aspectos de su actividad laboral. Lo que lleva deducir, *a priori*, que el mayor número de requisitos podría estar provocando que los trabajadores autónomos tuvieran no solo más inconvenientes, sino más prejuicios que los trabajadores por cuenta ajena, para obtener la prestación. Ya que, en el caso de padecer una enfermedad o accidente y acudir a los servicios médicos para requerir asistencia sanitaria, dichos requisitos podrían resultar ser un verdadero impedimento para solicitar el parte de baja laboral, sobre todo cuando la dolencia no les dificulte en exceso realizar su trabajo habitual.

Ese hecho es importante para el diseño del procedimiento de control, sobre todo cuando los medios humanos disponibles para materializar el control sean escasos, y hagan necesario priorizar los sectores económicos objeto de verificación; en este caso, sin duda, los trabajadores autónomos podrán seleccionarse en menor porcentaje que los trabajadores por cuenta ajena, sin menoscabar los resultados estadísticos.

B) *Nacimiento del derecho y cuantía de la prestación económica*

La prestación económica de incapacidad temporal se determina en función de la base reguladora percibida en el mes inmediatamente anterior al de obtención de la baja por enfermedad y de una serie de porcentajes aplicables a la misma. La base reguladora de los trabajadores autónomos es la misma que en el régimen general. Y el tipo aplicable tampoco difiere entre autónomos y cuenta ajena. Así, si la incapa-

⁽³⁾ Según el art. 165.4, y 172.b TRLGSS, no se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones derivadas de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional.

cidad temporal deriva de riesgos comunes se percibirá el 60% de la base reguladora desde el cuarto día de la baja hasta el vigésimo día y, a partir de este, el 75%, y si deriva de riesgos profesionales el tipo es del 75% desde el día siguiente al de la baja médica.

En el caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el subsidio se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja. Y en el caso de enfermedad común o de accidente no laboral, el subsidio se abonará a partir del cuarto día de baja en el trabajo, si bien desde el cuarto al decimoquinto día, el subsidio será a cargo del empresario.

En muchos convenios colectivos y acuerdos se recoge que el subsidio puede complementarse a cargo de la empresa, hasta un determinado porcentaje de salario, con lo que los trabajadores por cuentas ajena, respecto a los por cuenta propia, disponen de una nueva ventaja. Esta característica se une a otras dificultades, expuestas en el apartado anterior de este estudio, que tiene el trabajador autónomo para obtener la baja por enfermedad. Además, supone un mayor coste laboral para las empresas, y que será mayor si hubiera una utilización inadecuada, incluso engañosa, de la prestación por parte del trabajador.

Por consiguiente, todo ello se deberá tener en cuenta en el momento del diseño del procedimiento gestor y de control, para dirigir mayores elementos de control a los colectivos que generan mayores riesgos.


2. Organismos gestores de la prestación por incapacidad temporal y colectivo protegido

Otro de los elementos que es necesario conocer para el diseño del procedimiento de control, es la estructura organizativa establecida para la gestión y administración de la prestación, y los colectivos protegidos por cada entidad.

El TRLGSS⁽⁴⁾ designa al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) como entidad gestora para la gestión y administración de todas las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social, con las excepciones establecidas en las leyes⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Art. 66.1.a de la TRLGSS.

⁽⁵⁾ El artículo 66 TRLGSS establece que, la gestión de las pensiones no contributivas corresponde al IMSERSO. Asimismo, se asigna al ISM la gestión y administración de la incapacidad temporal para los afiliados en el régimen especial de los trabajadores del mar. Si bien, los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen especial de los trabajadores del mar podrán optar por proteger las contingencias profesionales con el ISM o con una Mutua. Los trabajadores incluidos por el grupo tercero de cotización deberán formalizar la protección de las contingencias comunes en el ISM (art. 83. 1. B. TRLGSS).



Esta obra colectiva, elaborada por un amplio elenco de profesionales del ámbito jurídico-laboral y de la Seguridad Social, ofrece una visión panorámica actualizada a propósito del renovado marco jurídico regulador de los derechos digitales de las personas trabajadoras y la problemática que plantea su ejercicio, tanto dentro como fuera de los lugares de trabajo. Constituyen así objeto de tratamiento, en los diversos Capítulos de la obra, cuestiones como la vigilancia tecnificada del trabajo a través de una pluralidad de variantes y modalidades (uso de los dispositivos digitales, videovigilancia, geolocalización, tratamiento de datos biométricos, redes sociales en línea); el recurso a la Inteligencia Artificial y a Big Data en el ámbito del empleo y la Seguridad Social; así como el derecho a la desconexión laboral y el teletrabajo, realidad, esta última, en claro auge a partir de la pandemia de la Covid-19 y que cuenta con un novedoso marco normativo en España (RD-L 28/2020, de 22 de septiembre). Una extensa y profunda labor de análisis cuya oportunidad se acentúa con motivo de las recientes iniciativas de desarrollo de los derechos digitales laborales de las personas trabajadoras puestas en marcha, a partir de 2020, tanto en el contexto interno (elaboración de la «*Carta de los Derechos Digitales*») como de la UE («*Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización*»).

ISBN: 978-84-9954-696-4



9

788499

546964



3652K23131



ER-0280/2005



GA-2005/0100