

# RELACIONES LABORALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DIGITAL. UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO ITALIANO\*

SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

*Ricercatrice T.D.*

*Universidad de Cagliari (Italia)*

## EXTRACTO

**Palabras clave: Italia, relaciones laborales, mercados digitales, derechos fundamentales**

El presente trabajo recoge el resultado de mi intervención en la mesa redonda que conformó el programa del Congreso internacional titulado: Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. El objetivo era responder cuatro preguntas desde una perspectiva nacional, para así poder presentar un cuadro comparado entre los tres países que formaban la mesa: Italia, Francia e Inglaterra. Los interrogantes giraban en torno a temas de actualidad como la *privacy*, el uso de algoritmos y el trabajo a distancia. En concreto, Italia cuenta con una legislación relativa al trabajo a distancia desde el 2017, mientras que falta un derecho a la desconexión, a diferencia de cuanto sucede en Francia. Asimismo, el tema del algoritmo ha sido tratado por el Consejo de Estado en Italia y, por primera vez en Europa, el Tribunal de Bolonia ha reconocido la parcialidad del algoritmo usado por Deliveroo, siendo capaz de discriminar al reproducir al infinito la “lógica” de sus programadores, en particular, el juez considera que el algoritmo obstaculiza la participación de los trabajadores en acciones de lucha sindical\*\*.

## ABSTRACT

**Key words: Italy, labour relations, digital market, fundamental rights**

This work reflects the outcome of my intervention in the round table that formed the agenda of the International Congress entitled: Industrial Relations and Fundamental Rights in the Digital Age. The objective was to answer four questions from a national perspective, so that they could present a table compared between the three countries that formed the table: Italy, France and England. The questions revolved around current issues such as privacy, the use of algorithms and remote work. In particular, Italy has had legislation on distance work since 2017, while there is a lack of a right to disconnection, unlike in France. In addition, the issue of the algorithm has been addressed by the Council of State in Italy and, for the first time in Europe, the Bologna Court has recognised the bias of the algorithm used by Deliveroo, being able to discriminate by reproducing to infinity the "logic" of its programmers, in particular, the judge considers that the algorithm hinders the participation of workers in trade union fighting actions.

\* Este trabajo recoge la ponencia presentada al Congreso Internacional “Derechos Fundamentales, trabajo subordinado y digitalización” (octubre-noviembre de 2020), organizado por el sub-proyecto de investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” (DER2017-83488-C4-3-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación, FEDER y por la Conselleria de Innovació, Universitats, Ciència y Societat Digital de la Generalitat Valenciana.

\*\*La sentencia del Tribunal de Bolonia no ha sido incluida en el presente trabajo porque es de fecha posterior a la presentación.

## ÍNDICE

1. IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO DEL REGLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
2. EL DERECHO A LA DESCONEJIÓN DIGITAL DESDE LA PERSPECTIVA LEGAL Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. PROBLEMAS Y DESAFÍOS DE LA UTILIZACIÓN DE ALGORITMOS POR LOS EMPLEADORES
4. LA MODALIDAD CONTRACTUAL ITALIANA DEL TRABAJO ÁGIL

## 1. IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO DEL REGLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Antes de la aprobación del Reglamento UE, el Gobierno italiano se ocupaba de la Reforma laboral denominada *Jobs Act* y, en concreto, modificaba la normativa sobre el control a distancia teniendo en cuenta, por un lado, la evolución tecnológica y las exigencias productivas y organizativas de la empresa y, por el otro, la tutela de la dignidad y de la privacidad del trabajador (art. 1.7 ley 183/2014). A partir de esta norma, se modificaba el art. 4 del *Statuto dei lavoratori* (art. 23 d.lgs. 151/2015) que redefine los límites al poder empresarial de control sobre la actividad del trabajador reconociendo una importante centralidad al entonces existente Código de la *privacy* (d.lgs. 196/2003, de 30 de junio). Como consecuencia, se puede observar que el legislador ha encargado la tutela del trabajador frente al control empresarial a la norma laboral, que se ocupa de establecer cómo recabar la información a través del ejercicio del control empresarial, pero también a la norma sobre la privacidad que se ocupa, en concreto, de gestionar los datos recogidos.

Antes del *Jobs Act*, el art. 4 del *Statuto dei lavoratori* establecía una prohibición absoluta de carácter general respecto del uso de instalaciones audiovisuales y otros aparatos con la finalidad de controlar a distancia la actividad del trabajador. A partir del *Jobs Act*, el uso de instrumentos audiovisuales, así como otros a través de los cuales sea posible realizar un control de la actividad de los trabajadores, es posible siempre y exclusivamente por razones organizativas y productivas, para la seguridad del trabajo y la tutela del patrimonio empresarial. Para su instalación, sin embargo, es necesario un previo acuerdo colectivo estipulado con los representantes sindicales de la empresa, esto es la RSA/RSU (*Rappresentanza sindacale aziendale/Rappresentanza sindacale unitaria*). En alternativa, en caso de empresas con unidades productivas ubicadas en diversas provincias, el acuerdo puede estipularse por los sindicatos comparativamente más representativos a nivel nacional. En caso de falta de acuerdo, será necesaria la autorización de la dirección territorial del trabajo o, en alternativa, en caso de empresas con

centros de trabajo ubicados en diversas provincias, será necesaria la autorización del Ministerio de trabajo y de políticas sociales. Autorización, además, que no podrá sustituirse por el consentimiento de los trabajadores<sup>1</sup>. Ahora bien, no será necesario el acuerdo o autorización cuando se trate de instrumentos utilizados por el trabajador para la realización de la prestación laboral<sup>2</sup>, así como tampoco para aquellos instrumentos que registran el acceso y la presencia del trabajador (entre los cuales se comprenden los *badge*, los sistemas biométricos de identificación, huellas digitales, ect., es decir cualquier modalidad utilizada pro el empresario que permita controlar la presencia del trabajador en la empresa).

Respecto de los instrumentos de trabajo, la norma permite el control empresarial solo respecto de la “ejecución de la prestación laboral”. Instrumento de trabajo es el medio que “sirve al trabajador para cumplir con su obligación laboral”<sup>3</sup>. Sin embargo, no será legítimo el control de “otras actividades de los trabajadores”, esto es actividades que no coincidan con aquella laboral. Así, por ejemplo, no es posible realizar un control a través de los instrumentos de trabajo durante las pausas. En cualquier caso, cuanto dispuesto por el legislador en el 2º párrafo de la norma ha creado un gran impacto y, por supuesto, desconfianza. Así, por ejemplo, la jurisprudencia entiende que el *badge* a alta frecuencia no es un simple revelador de la presencia del trabajador en los locales de la empresa, sino que también sirve como un instrumento de control a distancia del trabajador. Dicho dispositivo transmite datos relativos al dependiente, no sólo la entrada y salida, sino también permisos, pausas y suspensiones. En tal caso, según la jurisprudencia sería necesario un acuerdo con los representantes sindicales o la autorización prevista en el primer párrafo del artículo 4<sup>4</sup>. Asimismo, respecto del GPS, la Inspección nacional del trabajo ha intervenido sobre esta materia<sup>5</sup> estableciendo que la localización satelital puede instalarse sólo previo acuerdo sindical o autorización, en cuanto se trata de un elemento añadido a los instrumentos de trabajo. Ahora bien, no será necesario el acuerdo o la autorización, es decir, que no entra dentro de lo previsto por el artículo 4.1, en caso en el que la prestación laboral no pueda realizarse sin el uso del GPS y en los casos en los que exista una obligación legal o reglamentaria de instalación de dicho instrumento.

<sup>1</sup> Sentencia *Corte Cassazione* 17 enero 2020, n. 1733.

<sup>2</sup> Así, es legítimo el despido de un trabajador que ha abusado repetidamente de la conexión internet empresarial. En tal caso, no ha sido necesario ni un acuerdo con los representantes sindicales de la empresa ni autorización para el control del ordenador, ya que bastaba con controlar la cronología sin la necesidad de instalar ningún dispositivo de control, al tratarse de datos que normalmente registra cualquier ordenador. Sentencia *Corte Cassazione* 15 junio 2017, n. 14862; Sentencia Tribunal de Brescia 13 junio 2016.

<sup>3</sup> Direzione interregionale del Lavoro de Milán nota n. 5689 del 10 mayo 2016.

<sup>4</sup> Sentencia *Corte Cassazione* 14 julio 2017, n. 17531.

<sup>5</sup> Circular n. 2 de 7 noviembre 2016.

Asimismo, hay que tener en cuenta cuanto previsto del párrafo 3º del artículo 4 que establece que la información recogida con tales instrumentos, o con aquellos dispositivos de control autorizados, puede utilizarse solo con una finalidad relacionada con el trabajo siempre que el trabajador reciba una información adecuada sobre la modalidad de uso de los instrumentos y de la realización de los controles en el respeto de cuanto dispuesto por el Código de la *privacy*. El reenvío expreso de la norma estatutaria al Código de la *privacy* consiente afirmar que los límites establecidos por esta última norma se colocan al mismo nivel de los límites establecidos por el Estatuto, asumiendo de tal forma una incidencia directa sobre el legítimo ejercicio de los poderes empresariales<sup>6</sup>.

## 2. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL DESDE LA PERSPECTIVA LEGAL Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El problema de la conexión a los instrumentos informáticos y que, como consecuencia, el trabajador pueda estar siempre conectado es el nuevo contexto tecnológico y organizativo del *working anytime, anywhere*. El paso de una mayor posibilidad de trabajar en cualquier lugar y en cualquier momento a una situación de *tous connectés, partout, tout les temps* resulta cada vez más estrecho. Esto hace cada vez más necesario otorgar contenido y espacio al derecho a la desconexión. Este derecho sirve, por un lado, para asegurar la salud del trabajador contra los riesgos de *overworking* y de la constante conexión al trabajo y, por el otro, como instrumento para delimitar la esfera privada y la esfera profesional asegurando de tal forma la posibilidad de un correcto equilibrio entre tiempo de trabajo y tiempo de vida privada.

Una regulación específica sobre el derecho a la desconexión no existe en el ordenamiento jurídico italiano. No obstante, el legislador italiano se ha interesado del derecho a la desconexión sólo en el ámbito del denominado *lavoro agile*. En concreto, la ley n. 81/2017 introduce en el ordenamiento italiano una modalidad de ejecución de la prestación del trabajo subordinado llamado trabajo inteligente o trabajo ágil. Según esta modalidad, el empresario y el trabajador acuerdan la organización de la prestación por “fases, ciclos y objetivos” “sin precisos vínculos de horario o de lugar de trabajo con la ayuda de instrumentos tecnológicos”.

Uno de los problemas que plantea esta modalidad de trabajo es que el trabajador “ágil” al utilizar tecnologías informativas queda expuesto a una perenne disponibilidad. Por ello, resulta imprescindible elaborar un derecho de nueva

<sup>6</sup>I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, en *Labour&Law Issues*, n. 1, 2016, p. 30.

generación que tutele al trabajador garantizando su privacidad y su salud. Dicho derecho es el derecho a la desconexión, lo que se sustancia en el derecho de no estar disponible.

El artículo 19 de la ley n. 81/2017 determina que “el acuerdo establece los tiempos de descanso del trabajador, así como las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar la desconexión del trabajador de los instrumentos tecnológicos de trabajo”. Ahora bien, aun cuando la norma hace referencia al tema, en realidad no configura un derecho: la norma no califica expresamente la desconexión como un derecho<sup>7</sup>. La norma, más bien, no establece una definición de desconexión, incluso no aclara si dichos márgenes de indisponibilidad del trabajador hay que colocarlos dentro de las pausas del horario de trabajo o si se encuadran en las horas de tiempo libre.

El proyecto de ley inicial reconocía en el artículo 3.7 “el derecho a la desconexión de los instrumentos tecnológicos y de las plataformas informáticas de trabajo sin que esto tenga efectos sobre la prosecución de la relación de trabajo o sobre el salario” subordinándolo al “respeto de los objetivos acordados y las relativas modalidades de ejecución del trabajo autorizadas por el médico de trabajo, así como de las eventuales fases de disponibilidad”. Sin embargo, como se ha dicho, el texto final de la ley es mucho más vago sobre este tema, posiblemente con la finalidad de dejar mayor discrecionalidad a los sujetos colectivos en la definición de las concretas modalidades de trabajo, lo más posible compatibles con los modelos organizativos empresariales<sup>8</sup>. En conclusión, esto evidencia que en el ordenamiento italiano será la negociación colectiva la que consagrará este derecho, teniendo en cuenta las evoluciones tecnológicas y las particulares exigencias de cada sector. Y, en cualquier caso, la desconexión se ha introducido sólo para los trabajadores ágiles, lo que puede provocar una situación de disparidad de tratamiento.

Sin embargo, a diferencia del ordenamiento francés, el italiano cuenta con algunas normas constitucionales relativas al tiempo de trabajo y al reposo. En concreto, los párrafos 2 y 3 del artículo 36, según los cuales “la duración máxima de la jornada laboral debe establecerse por ley” y “el trabajador tiene derecho al descanso semanal y a vacaciones anuales retribuidas, y no puede renunciar a ello”. Estas normas están dirigidas a proteger a la persona del trabajador no solo de un excesivo trabajo sino también la necesaria recuperación y el cuidado de

<sup>7</sup> Allmprese, A. y Pascucci, P., *La tutela della salute e sicurezza del lavoratore “agile”*, en *Rivista giuridica del lavoro e della prevenzione sociale*, n. 2, 2017.

<sup>8</sup> Di Meo, R., *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, en *Labour&Law Issues*, n. 2, 2017, p. 28.

sus propios intereses personales<sup>9</sup>. Así, a falta de norma sirven de referencia los derechos fundamentales, en concreto el derecho a la salud y el derecho a la vida privada. Por lo tanto, se considera que el artículo 19 de la ley n. 81/2019, aun cuando no reconoce un derecho, se trata de una norma imperativa que necesita “heterointegrarse a través de la negociación colectiva”<sup>10</sup> que, por lo demás, es la primera fuente que ha comenzado a hacer frente al tema estableciendo medidas para evitar el fenómeno del *always on*<sup>11</sup>.

Como consecuencia, en Italia, es la negociación colectiva quien en la regulación del trabajo ágil se ha ocupado ampliamente del derecho a la desconexión. El Acuerdo marco global sobre derechos humanos y derechos fundamentales de trabajo de UniCredit (22 enero 2019) establece que las comunicaciones empresariales, como llamadas, chat o mail y las reuniones de orientación comercial deben realizarse en el respeto de la normativa sobre el horario de trabajo prevista en el convenio colectivo nacional. Findomestic, en el último acuerdo sindical, ha establecido que “fuera del horario de trabajo, estrechamente relacionado a la tarea y a la estructura de pertenencia, se reconoce el derecho a la desconexión, es decir a la posibilidad de los trabajadores de no responder a los mensajes electrónicos y a las llamadas fuera de dicho horario”.

En la política empresarial de Cattolica Assicurazioni, firmada con el sindicato, se establecen horarios precisos: “también en la modalidad de trabajo ágil e dependiente está obligado a respetar la normativa sobre descansos prevista por la ley y, en particular, a efectuar al menos 11 horas consecutivas cada 24 horas y al menos 24 horas de descanso consecutivas cada 7 días y desconexión de los instrumentos tecnológicos de trabajo. Para ello, no se prevé ni se solicita el desarrollo de actividad de trabajo en el periodo comprendido entre las 18.30 y las 07.45 horas ni durante todo el día del sábado y festivos”. Estos periodos entran dentro del tiempo de desconexión en el que “no se pide al trabajador el desarrollo de la prestación de trabajo y, por consiguiente, la lectura del correo, la respuesta a las llamadas y a los sms empresariales, el acceso y la conexión al sistema informático empresarial. Durante el periodo de descanso y desconexión, el trabajador podrá desactivar los dispositivos electrónicos utilizados para el desarrollo de la actividad laboral”. Asimismo, el convenio colectivo Acea de julio de 2018 ha establecido que “el trabajador tiene la obligación de conexión cuanto más posible

<sup>9</sup> Leccese, V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 21-22.

<sup>10</sup> Di Meo, R., *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, op. cit., p. 28.

<sup>11</sup> Zucaro, R., *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale*, en *Labour&Law Issues*, n. 2, 2019, p. 220.

en concomitancia con el horario de trabajo salvo el derecho a la desconexión desde las horas 20 a las 8.30 de la mañana”. Un derecho garantizado también por la Universidad de Insubria que ha establecido un reglamento (2017) más allá del trabajo ágil, donde “el uso de las tecnologías debe calibrarse y permitir al cerebro de descansar. desconectarse sirve para tener una mayor eficiencia productiva, eliminando la errónea idea que la conexión no-stop sea índice de productividad”. Se trata de la aplicación del principio de la no disponibilidad extra laboral. En efecto, desde las horas 20 a las 7 del día siguiente y en todos los fines de semana y festivos quien recibe un correo, llamada y otra similar tiene derecho a no responder y concentrarse en su vida privada y no sólo profesional.

En ámbito público, el convenio colectivo nacional de la Instrucción e Investigación de 19 de abril de 2018 introduce el derecho a la desconexión como criterios generales para el uso de instrumentos tecnológicos de trabajo en horario diverso a aquel de servicio, con el objetivo de una mayor conciliación entre vida profesional y familiar (art. 22.5, let. C, punto 8).

### **3. PROBLEMAS Y DESAFÍOS DE LA UTILIZACIÓN DE ALGORITMOS POR LOS EMPLEADORES**

Una decisión del Consejo de Estado italiano ha tenido como protagonista el algoritmo. La causa nace de una controversia después de que algunos candidatos no han superado la prueba escrita de una oposición pública. Recurren al TAR (tribunal administrativo regional) de Roma que les da razón porque la actividad administrativa ha sido realizada por un algoritmo desconocido que no ha funcionado correctamente, por efecto del cual se han dispuesto movibilidades sin tener en cuenta las preferencias manifestadas, aun en presencia de plazas disponibles en las provincias indicadas (sent. TAR n. 9230/2018)<sup>12</sup>. Dicha decisión es recurrida por el Ministerio de Instrucción de frente al Consejo de Estado.

Así, el Consejo de Estado italiano con la sentencia 13 diciembre 2019, n. 8472<sup>13</sup>, se ocupa de valorar la legitimidad del uso de un algoritmo para el desarrollo de una actividad administrativa. El caso hace referencia a la adopción en ámbito escolástico de un plan extraordinario para contratar personal a través de un algoritmo. Para el Consejo de Estado, en principio, el uso de instrumentos digitales es admisible por parte de la Administración, sobre todo cuando se trata de una oposición pública que implica la elaboración de una gran cantidad de instancias y se caracteriza por la adquisición de datos ciertos y objetivamente comprobables, así como por la falta de apreciamiento discrecional. La asignación

<sup>12</sup> En sentido contrario: TAR Roma 27 mayo 2019, n. 6606.

<sup>13</sup> En el mismo sentido: Sentencia del Consejo de Estado 8 abril 2019, n. 2270; 4 febrero 2020, n. 881.

de las sedes sobre la base de criterios objetivos que conduzca directamente a la decisión final no debe ser estigmatizada, sino más bien alentada. Según el Consejo, comporta numerosas ventajas como, por ejemplo, la notable reducción de los plazos procedimentales para operaciones meramente repetitivas y privas de discrecionalidad, la exclusión de interferencias debidas a negligencia del funcionario y la consecuente mayor garantía de imparcialidad de la decisión automatizada.

En este contexto asumen importancia dos aspectos fundamentales como elementos de garantía mínima para cada hipótesis de uso de algoritmos de frente a una decisión pública: el pleno conocimiento *ad hoc* del módulo utilizado y de los criterios aplicados, y la imputabilidad de la decisión al órgano titular del poder, el cual debe poder controlar la lógica y legitimidad de la elección y del resultado confiado al algoritmo. Respecto del primer elemento, asume importancia el principio de la transparencia, tanto para la Administración titular del poder como para los sujetos sobre los que recae el poder, en este caso los candidatos a la oposición. Así mismo, el Consejo de Estado subraya la obligación de la Administración de informar a los candidatos, según cuanto previsto por los arts. 13 y 14 del Reglamento 679/2016, sobre que el proceso decisonal será automatizado. Y, además, en conformidad con el artículo 22 del Reglamento 679/2016, es necesario individualizar un centro de imputación y de responsabilidad que sea en grado de verificar la legitimidad y la lógica de la decisión adoptada por el algoritmo que, según la Carta de la Robótica del Parlamento europeo de febrero de 2017, no puede ser atribuida al algoritmo que actúa “independientemente de un control o influencia externa”. Por lo tanto, la decisión final será responsabilidad del órgano competente.

Para el Consejo de Estado, en definitiva, el uso de algoritmos debe responder a tres principios fundamentales. En primer lugar, el principio sobre el conocimiento, por el que cada uno tiene derecho a conocer la existencia de procesos decisonales automatizados en los que esté involucrado y, en tal caso, recibir información significativa sobre la lógica utilizada<sup>14</sup>. Hay que tener en cuenta, tal y como apunta el Consejo de Estado (punto 8.3 sentencia n. 2270/2019) que la “caracterización multidisciplinar” del algoritmo no exime de la necesidad de que la “fórmula técnica”, que de hecho representa al algoritmo, sea acompañada de una

<sup>14</sup> El conocimiento del algoritmo debe garantizarse en todos sus aspectos: desde los autores al procedimiento usado para su elaboración y el mecanismo de decisión, que comprenda las prioridades asignadas en el procedimiento de valoración y decisonal y de los datos seleccionados como relevantes. Con el objeto de poder verificar que los criterio, presupuestos y resultados del procedimiento robotizado sean conformes a las prescripciones y finalidades establecidas por la ley y por la misma Administración previamente, para que sean claros y, como consecuencia, sindicables las modalidades y reglas sobre las que se ha impostado el procedimiento.

explicación que la traduzca en “regla jurídica” y que la haga legible y comprensible. En tal sentido, el principio de conocimiento se acompaña necesariamente del principio de comprensibilidad o, como indica el Reglamento europeo sobre protección de datos, del derecho a recibir “informaciones significativas sobre la lógica utilizada”. En este sentido, el Consejo de Estado no admite la invocación de la privacidad de las empresas productoras de mecanismos informativos utilizados, los cuales poniendo al servicio del poder autorizado tales instrumentos, aceptan las relativas consecuencias en términos de necesaria transparencia. La misma solución se encuentra en caso de invocar el derecho a la propiedad intelectual. En segundo lugar, el principio de no exclusividad de la decisión algorítmica<sup>15</sup>. En caso en el que una decisión automatizada “produzca efectos jurídicos que incidan significativamente o relativos a una persona”, esta tiene derecho a que dicha decisión no se base únicamente en el proceso automatizado. Por lo tanto, es necesario que en el proceso decisonal exista una contribución humana capaz de controlar, validar o desmentir la decisión automatizada<sup>16</sup>. Y, en tercer lugar, el principio de no discriminación algorítmica, según el cual es oportuno que el titular del tratamiento utilice procedimientos matemáticos o estadísticos apropiados para la realización de perfiles, adoptando medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar, en particular, que sean rectificadas los factores que comportan inexactitud de los datos y sea minimizado el riesgo de errores. Se deben adoptar modalidades que tengan en cuenta los potenciales riesgos existentes para los interesados y los derechos del interesado y que impida efectos discriminatorios en relación con las personas físicas sobre la base de la raza o del origen étnico, opiniones políticas, religiosas o convicciones personales, en relación con la pertenencia sindical el estatus genético, del estado de salud o de orientación sexual, o que comporten medidas que tengan tal efecto. En este sentido, aun frente a un algoritmo conocido y comprensible, en cuyo resultado decisonal haya participado el humano, es necesario que el mismo no asuma en ningún caso un carácter discriminatorio. En estos casos, como afirma el Consejo de Estado, sería necesario rectificar los datos de “ingreso” para evitar efectos discriminatorios en el *output* decisonal, operación que necesita la cooperación de quien instruye a las máquinas que producen tales decisiones.

En el caso concreto, el Consejo de Estado sostiene que el algoritmo no resulta haber sido utilizado en términos conforme a los principios indicados por lo que no puede considerarse legítimo. La imposibilidad de comprender las modalidades

<sup>15</sup> Principio global utilizado en la conocida decisión *Loomis vs. Wisconsin*.

<sup>16</sup> En ámbito matemático e informático, el modelo se define HITL (*human in the loop*), en el que para producir su resultado es necesario que la máquina interactúe con el humano.

con las cuales, a través del algoritmo, se han designado las plazas disponibles, constituye un vicio que invalida el procedimiento.

Por otro lado, en Italia, la Cgil ha presentado a finales del 2019 el primer recurso de frente al tribunal de Bolonia por discriminación colectiva a causa del algoritmo usado por la plataforma Deliveroo para asignar los pedidos. Según el sindicato, la plataforma usa un algoritmo, denominado Frank (algoritmo que decide qué *rider* debe realizar una entrega y que se basa en una tecnología de aprendizaje automático que permite prever tiempo de preparación y de entrega del producto), que margina a los trabajadores que por motivos personales (enfermedad y huelga) no están disponibles continuativamente para el trabajo. El recurso se concentra en subrayar la ceguera del algoritmo respecto de las condiciones personales. El algoritmo, al elaborar los ranking reputacionales de los *riders*, los cuales condicionan de hecho las futuras oportunidades de trabajo y las prioridades de reservas para las entregas, margina, hasta excluirlos del ciclo productivo, aquellos que no consiguen estar disponibles a acceder al app de Deliveroo en las áreas de trabajo asignadas. El *rider* que no se adecua a la lógica del algoritmo viene gradualmente excluido de las posibilidades de trabajo, llegando en algunos casos incluso a ser cancelado del sistema.

#### **4. LA MODALIDAD CONTRACTUAL ITALIANA DEL TRABAJO ÁGIL**

La normativa del trabajo ágil en Italia puede colocarse en el último capítulo del proceso de reforma del conocido *Jobs Act*, con el objetivo de llevar el trabajo subordinado a un nuevo contexto cultural y más allá de la fábrica fordista, un contexto caracterizado por modelos organizativos menos ligados a la presencia física del trabajador, gracias al uso de la tecnología, y orientados hacia objetivos y resultados. La regulación del trabajo ágil responde a una valoración del tiempo fluido y variable que ya no sirve como medida del trabajo, comporta efectivamente una reconsideración jurídica del tiempo desde una perspectiva del bienestar y calidad del trabajo. La característica de esta modalidad es que es ágil en cuanto no se realiza únicamente dentro de la sede empresarial, sino también al externo, poniendo de tal forma el acento sobre un nuevo concepto de movilidad del trabajador.

El trabajo ágil o *smart working* en Italia (ley n. 81/2017) es una modalidad de ejecución de la relación de trabajo subordinado caracterizado por la ausencia de vínculos horarios o de espacio y una organización por fases, ciclos y objetivos, establecida mediante acuerdo entre el trabajador y el empresario, una modalidad que ayuda al trabajador a conciliar vida privada y trabajo y, al mismo tiempo, favorece el crecimiento de su productividad, cuya actividad de trabajo se desarrolla regularmente fuera de los locales de la empresa. En concreto, se trata de

una modalidad de ejecución de la relación de trabajo subordinado establecida mediante un acuerdo entre las partes de la relación laboral. Se caracteriza por desarrollar la prestación sin precisos vínculos de horario o de lugar de trabajo y con el uso de instrumentos tecnológicos. La definición pone el acento sobre la flexibilidad organizativa, sobre la voluntariedad de las partes que firman el acuerdo individual y sobre el uso de instrumentos que consienten trabajar a distancia. Supone un cambio en la cultura de la empresa, de la cultura jerárquicas, de los modelos de organización interna para todos los trabajadores, no solo para los trabajadores ágiles.

Uno de los grandes problemas vinculados a esta modalidad de organización empresarial se relaciona con la seguridad del trabajador, además de la desconexión a la que ya me he referido en el segundo apartado. El trabajador recibe información escrita sobre cuáles son los riesgos generales y específicos relacionados con el trabajo ágil<sup>17</sup>. Para ello, es absolutamente necesaria la cooperación del trabajador que está obligado a actuar las medidas de prevención predispuestas para hacer frente a los riesgos relacionados con la ejecución de la actividad fuera de los locales empresariales. Por este motivo, la empresa puede excluir determinados lugares públicos o abiertos para realizar la prestación.

El trabajo ágil, tal y como viene planteado, puede constituir un proceso de innovación y participación. Desde el punto de vista del medioambiente, es una óptima solución porque, por un lado, disminuye el uso del transporte al evitar que la gente tenga que trasladarse a su lugar de trabajo y, por esta misma razón, es una opción válida para hacer frente a la despoblación rural, ya que un trabajo ágil permite poder trabajar fuera de la ciudad, gracias a las posibilidades que ofrece la tecnología. Esto, a su vez, debe hacer replantear el concepto de ciudad.

Antes de la emergencia Covid-19, en Italia los *Smart workers* eran alrededor de 500.000 personas, mientras que con el confinamiento se estiman más de 8 millones de trabajadores. En realidad, hay que tener presente que el trabajo a distancia desarrollado durante el *lockdown* y que en algunos sectores continua todavía, no puede considerarse un verdadero *Smart working*. Con la prórroga del estado de emergencia se prolonga el régimen simplificado para el *Smart working* (sin acuerdo individual para activarlo) para todos los trabajadores que puedan aplicarlo hasta el 31 de enero de 2021. Para la Administración Pública el trabajo ágil es posible para el 50 por ciento de los dependientes, mientras que antes del 31 de enero de 2021 cada Administración pública junto con los sindicatos debe elaborar el llamado POLA, Plan organizativo del trabajo ágil, en el que se tendrá que prever el trabajo ágil al menos para el 60 por ciento del personal. El POLA

<sup>17</sup> En tono crítico, Ichino, P., *I pericoli del lavoro agile*, en *lavoce.info*, 20 marzo 2020.

lo ha introducido el decreto del 17 de julio 2020, n. 77, que ha modificado el artículo 14 de la reforma Madia, encuadrando el plan en la sección del Plan de la *performance*, que es un documento programático trienal que las Administraciones públicas tienen que realizar el 31 de enero de cada año, como previsto por la reforma Brunetta “para asegurar la calidad, comprensibilidad y fiabilidad de los documentos de representación de la *performance*”. Con este plan, las Administraciones públicas deben preocuparse de individualizar las modalidades de actuación del trabajo ágil y prever, para las actividades que pueden realizarse en modalidad ágil, que al menos se refiera al 60 por ciento de los trabajadores, garantizándoles que no sufrirán penalizaciones respecto del reconocimiento de profesionalidad y de la progresión de carrera.

En realidad, el trabajo a distancia de la emergencia no es un verdadero trabajo ágil, justo porque necesariamente se debe realizar desde el propio domicilio debido al confinamiento<sup>18</sup> y justo, entre otras cosas, porque falta el elemento de la libertad, libertad de elección<sup>19</sup>. Por lo tanto, más que un *Smart working* (modalidad de trabajo sin vínculos espacio temporales, pero organizada por fases, ciclos y objetivos) podemos hablar de un *home working* (realizar en casa lo que se estaba haciendo en el lugar de trabajo). Esta forma de trabajo ha cogido por sorpresa tanto a trabajadores como empresarios, por lo que probablemente en muchos casos no se ha realizado una previa reflexión sobre la organización del trabajo, sobre los espacios, sobre trabajar por objetivos, en grupo, ni por supuesto una adecuada preparación. En mi opinión, este vacío ha podido condicionar la percepción en conjunto del trabajo a distancia. Además, hay que tener en cuenta que el confinamiento también ha afectado a los estudiantes, por lo que muchos padres se han encontrado trabajando en casa y siguiendo los deberes escolares de los hijos o cuidando a sus mayores. Y esta situación ha sido sufrida, sobre todo, por las mujeres (para las que esta modalidad es más pesada, complicada, alienante y estresante)<sup>20</sup>. Así, uno de cada cuatro trabajadores lo hará desde casa el 50 por ciento del tiempo. Una vez superada la situación de emergencia posiblemente nada volverá a ser como antes, los empresarios han visto las ventajas en lo que se refiere a un ahorro de costes y, en algunos casos, también los trabajadores, ahora bien en mi opinión el *Smart working* puede ser una trampa para algunos colectivos como el de las mujeres con hijos y de las personas inválidas, existe en estos casos vulnerables la posibilidad de producirse un aislamiento de estas personas,

<sup>18</sup> Brollo, M, *Smart o emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6, 2020, p. 553 y ss; B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I. 2020, p. 215 y ss.

<sup>19</sup> Gaeta, F., *Per favore, non chiamatelo smart working*, en *Percorsi di secondo welfare*, 2020.

<sup>20</sup> Las cargas familiares, según un estudio de la CGIL, son del 71 por ciento.

si no va acompañado de otras medidas, por lo que es necesaria una intervención y regulación por parte de la negociación colectiva.

La negociación colectiva, sobre todo empresarial, es bastante importante y numerosa<sup>21</sup>, si bien es cierto que la ley no prevé expresamente una competencia de la negociación colectiva, aunque esto no significa que esté excluida. El convenio colectivo, sobre todo aquel descentrado, desarrolla un papel importante a la hora de determinar algunos aspectos del trabajo ágil definidos en modo poco claro por la ley. En concreto, respecto de los poderes empresariales, el horario de trabajo, el derecho a la desconexión como hemos visto anteriormente. Interesantes son los convenios de la empresa Barilla, el cual insiste sobre el respeto taxativo de la salud e higiene del trabajador ágil, sin que sea posible solicitar la responsabilidad del propio trabajador, asimismo fija un límite máximo de horas mensuales en trabajo ágil de trabajadoras embarazadas o de personas que tengan una invalidez superior al 80 por ciento. Así, como el convenio colectivo de Nestlé o el de Vodafone que incluyen el trabajo ágil dentro del concepto del *welfare* empresarial (conocido en España como el salario emocional). Un tema que se encuentra en muchos convenios hace referencia a la distinción entre teletrabajo y trabajo ágil, subrayan la ocasionalidad, la no continuidad y la no prevalencia de la prestación realizada al externo de la sede empresarial respecto de aquella dentro de la misma (Nestlé, General Motors, Enel). Los trabajadores individuados por la negociación colectiva aptos para realizar un trabajo ágil se indican sobre la base de criterios técnico organizativos

<sup>21</sup> Ya antes de la aprobación de la ley, el trabajo ágil había sido objeto de experimentación por parte de la negociación colectiva. Al respecto, Tiraboschi, M., Dagnino, E., Tomassetti, P. y Tourres, C., *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, en *Adapt WP*, n. 2, 2016; Verzaro, M., *Il lavoro agile o Smart working*, en *Osservatorio online. Contrattazione collettiva*, G. Galli y S. Cairoli (a cura di), en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, 2017, p. 88.