

# TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL  
155/2020 - Cuarto trimestre

155



---

# TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**155**

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
Dirección y Administración  
Calle Algodón, nº 1  
41006 Sevilla

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN  
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

### VOCALES

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA DÍAZ	Viceconsejero de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa

### CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

### SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

#### Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006 - Sevilla.. Tf. 955 066 200  
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros.  
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 155/2020**

**Cuarto Trimestre**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo . . . . .	13
JAIME CABEZA PEREIRO	
El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación. . . . .	41
CARMEN SÁEZ LARA	
Derecho a la protección de datos personales en el marco de la relación laboral . . . . .	61
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA	
Digitalización, nuevas formas de empleo y libertad sindical . . . . .	81
CAROLINA MARTÍNEZ MORENO	
Digitalización y derecho de huelga . . . . .	93
JOSÉ MARÍA GÖERLICH PESET	
Seguridad, salud laboral y desconexión digital. . . . .	109
MIGUEL ÁNGEL PURCALLA BONILLA	
Cambio técnico, mercado de trabajo y protección social . . . . .	129
RAFAEL MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE	
Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. Una visión desde el Derecho francés . . . . .	145
MARIE-CÉCILE ESCANDE-VARNIOL	
Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. Una visión desde el Derecho británico . . . . .	161
MICHAEL WYNN	

Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. Una  
visión desde el Derecho italiano . . . . . 177  
SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

Modificación sustancial de las condiciones laborales: su vertiente selectiva . . 191  
MILAGROS ALONSO BRAVO

## **2. INFORMES Y DOCUMENTOS**

Memoria de la negociación colectiva en Andalucía en 2019 . . . . . 299

## **3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

### **DERECHO SOCIAL COMUNITARIO**

Universidad de Sevilla

Concepto europeo de “trabajador con contrato de duración determinada”.  
Diferencia de trato entre jueces de paz y jueces de carrera en Italia . . . . 253

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

### **EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Universidad de Huelva

Límites a los derechos fundamentales del trabajador mediante el uso de  
las nuevas tecnologías de geolocalización . . . . . 269

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO

## **4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN**

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía . . . . . 279

## PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review (Delavci in delodajalci-Eslovenia)*, *Derecho de las Relaciones Laborales (España)*, *Diritti Lavori Mercati (Italia)*, *Diritto delle Relazioni Industriali (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *European Labour Law Journal (Bélgica)*, *E-journal of International and Comparative Labour Studies (Italia)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour and Social Law (Bielorrusia)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Pecs Labour Law Journal (Hungría)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)*, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale (Italia)*, *Russian Yearbook of Labour Law (Rusia)*, *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej (Polonia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

## HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carlp/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

## FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: [jesucruz@us.es](mailto:jescruz@us.es) y/o [chano@uhu.es](mailto:chano@uhu.es). De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación –que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

## 1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

## 2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

## 3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

## 4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

## 5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (\*).

## 6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecomillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32.

También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva* (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

## 7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

## 8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

## 9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

## 10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.



**LABOUR AFFAIRS**  
**INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE**  
**ANDALUSIAN REVIEW**  
**Nº 155/2020**

**Fourth Trimester**

**INDEX**

**1. STUDIES**

Digitalization as a cause of fracture of labour market . . . . .	13
JAIME CABEZA PEREIRO	
The algorithm as the protagonist of the employment relationship. An analysis from the perspective of the prohibition of discrimination . . . . .	41
CARMEN SÁEZ LARA	
Right to the protection of personal data within the framework of the employment relationship . . . . .	61
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA	
Digitization, new forms of employment and freedom of association . . . . .	81
CAROLINA MARTÍNEZ MORENO	
Digitization and right to strike . . . . .	93
JOSÉ MARÍA GÖERLICH PESET	
Safety, occupational health and digital disconnection . . . . .	109
MIGUEL ÁNGEL PURCALLA BONILLA	
Technical change, labour market and social protection . . . . .	129
RAFAEL MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE	
Industrial relations and fundamental rights in the digital age. A vision from French law . . . . .	145
MARIE-CÉCILE ESCANDE-VARNIOL	
Industrial relations and fundamental rights in the digital age. A vision from British law . . . . .	161
MICHAEL WYNN	

Industrial relations and fundamental rights in the digital age. A vision from Italian law . . . . .	177
SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ	
Substantial change in working conditions: its selective side . . . . .	191
MILAGROS ALONSO BRAVO	
<b>2. REPORTS AND DOCUMENTS</b>	
Memory of collective bargaining in Andalusia in 2019 . . . . .	299
<b>3. JUDICIAL COMMENTS</b>	
COMMUNITY SOCIAL LAW	
University of Seville . . . . .	253
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	
EXTINCTION LABOUR CONTRACT	
University of Huelva	
Limits on workers' fundamental rights through the use of new geolocation technologies . . . . .	269
EMILIA CASTELLANO BURGUILLO	
<b>4. LEGISLATIVE REMARKS</b>	
Legislation of the autonomous community of Andalusia . . . . .	279





# LA DIGITALIZACIÓN COMO FACTOR DE FRACTURA DEL MERCADO DE TRABAJO

JAIME CABEZA PEREIRO\*

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

Universidad de Vigo

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Brecha digital, discriminación, mercado de trabajo, equidad digital

La brecha digital ha emergido como uno de los mayores retos de las sociedades democráticas en el siglo XXI. La red global había generado expectativas de relaciones más democráticas e igualitarias en las que todos los individuos y grupos disfrutarían de un acceso total a oportunidades, ventajas y servicios. Lejos de estas promesas, se ha producido más discriminación, más desventajas y más exclusión social a causa de la aparición de oligopolios tecnológicos. La brecha digital crece en contra de los grupos más victimizados y precarios, pero golpea con particular intensidad a las personas mayores, sobre todo a las mujeres. En el marco de las relaciones laborales y de empleo, amenaza a los trabajadores ocupados en trabajos monótonos y repetitivos, pero también a personas con cualificaciones intermedias. En efecto, el desarrollo tecnológico crea un entorno en el que los robots u otros aparatos pueden desarrollar tareas de complejidad creciente. Además, el *big data* y los algoritmos permiten la toma de decisiones automatizadas que pertenecen a los puestos directivos. Emerge un concepto de equidad digital como un asunto de derechos civiles y sociales vinculado a la dignidad de las personas y de las colectividades.

## Abstract:

**Key Words:** Digital divide, discrimination, labour market, digital equity

The digital divide has emerged as one of the highest challenges of democratic societies in the 21st century. The global net had prompted expectancies of more democratic and equalitarian relationships where all individuals and groups would enjoy full access to opportunities, advantages and services. Far from these promises, more discrimination, disadvantages and social exclusion have arisen due to the emergence of technological oligopolies. The digital divide grows against the more victimized and precarious groups but hits with particular intensity on elder people, mostly women. In the framework of employment and labour relationships it threatens employees occupied in monotonous and repetitive work but also persons with middle qualifications. Indeed, the development of technologies creates an environment where more complex tasks can be conducted by robots or other devices. Moreover, big data and algorithms allow the production of automatized decisions that belong to managerial positions. A concept of digital equity is emerging as a question of civil and social rights linked to the dignity of persons and collectivities.

\* 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.

**ÍNDICE**

1. LA TECNOLOGÍA, LA INCLUSIÓN Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL
2. UNA APROXIMACIÓN A LA ESENCIA DE LA BRECHA DIGITAL
3. BRECHAS Y COLECTIVOS DESFAVORECIDOS
  - 3.1. Descripción general
  - 3.2. Brecha digital y discriminación por razón de sexo
  - 3.3. Brecha digital y discapacidad
  - 3.4. Brecha digital y edad
4. BRECHA DIGITAL, EMPLEO Y DESEMPLEO
  - 4.1. Brecha digital y riesgo de desempleo
  - 4.2. La formación digital para el empleo
  - 4.3. Brecha digital y precariedad
  - 4.4. Dimensión y perspectivas de las empresas
  - 4.5. BRECHA DIGITAL Y TELETRABAJO
5. HACIA LA EQUIDAD DIGITAL
6. CONCLUSIÓN

**1. LA TECNOLOGÍA, LA INCLUSIÓN Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL**

La brecha digital constituye uno de los asuntos que produce una mayor exclusión del mercado laboral y, por extensión, de la vida social. Hace tiempo que forma parte del debate académico, como va a reflejarse en las páginas que siguen, pero, al margen de algún estudio aislado<sup>1</sup>, no puede decirse que, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y del marco de las relaciones haya sido tratado suficientemente, al menos en nuestro país. Conviene, en consecuencia, partir de un análisis descriptivo y de concepto para más tarde centrar el debate en los asuntos de empleo y condiciones de trabajo.

La tecnología ha sido contemplada, desde una perspectiva promisoriosa, como un nivelador social en la economía globalizada. Se ha especulado con la idea de que la red, la alta velocidad y la banda ancha reducirían las fracturas sociales<sup>2</sup>. Internet había generado, en esta tendencia de opinión, altas expectativas de libre circulación de la información, que se desataría de todas las ligaduras preexistentes, de modo que todas las personas podrían ser partícipes del intercambio de información y opiniones a nivel planetario<sup>3</sup>. Se desarrollaría una suerte de “ciudadanía” en el espacio virtual, que convertiría a los usuarios de las TICS en partícipes de los intercambios culturales y económicos que se producían entre las más diversas zonas geográficas del mundo, una vez derribadas todas

<sup>1</sup> Debe citarse el estudio de Olarte Encabo, S., Brecha digital, pobreza y exclusión social, *Temas Laborales*, nº 138, 2017, pp. 285 ss.

<sup>2</sup> Middleton, K.L. Chambers, V., *Approaching digital equity: is wifi the new leveler?*, *Information Technology & People*, vol. 23, nº 1, 2010, p. 5.

<sup>3</sup> Así se describe en Brown, J., *The digital divide*, *Civil Rights Journal*, nº 16, 1999, p. 17.

las fronteras físicas<sup>4</sup>. Con esta integración en la “Red”, cabría pronosticar una consecuente mejora en las condiciones de vida de las personas desfavorecidas y una aproximación hacia las capas más protegidas que, en definitiva, disminuiría los desequilibrios sociales.

A mayor abundamiento, se ha puesto de manifiesto que la alta velocidad y la banda ancha son facilidades especialmente necesarias y cruciales para algunos de los colectivos más desaventajados. Por ejemplo, para que personas sin conocimientos lingüísticos primarios, ya sea con carácter general o en el idioma en el que se transmite en texto escrito, puedan recibir información por video. O para que las personas con discapacidad o que viven en ciertos entornos especialmente alejados sean partícipes de la misma, de acuerdo con los condicionamientos personales y medioambientales<sup>5</sup>.

Todo ello no obstante, las TICS no ponen remedio por ellas mismas a las grandes fracturas sociales. Incluso, bien al contrario, es probable que agraven las brechas preexistentes. A este respecto, un indicio bastante elocuente consiste en contrastar cómo el precio de los equipos (*hardware*) ha descendido mucho a lo largo de los años, en tanto en cuanto el de los programas (*software*) ha sido mucho más resistente a la baja<sup>6</sup>. Además, la formación y el conocimiento necesarios para poder manejar la tecnología más compleja no son fácilmente accesibles, tanto en términos de precio como de restricción a un grupo reducido de individuos<sup>7</sup>. De esta forma, se produce un estricto oligopolio de personas, entidades y corporaciones que determinan tanto el acceso a la información como su manejo y distribución entre los consumidores finales. Los grandes operadores de la red pueden ordenar protocolos que, en definitiva, definen quién y de qué modo se accede a ciertos contenidos particularmente significativos<sup>8</sup>. Todo lo cual produce, indudablemente, un crecimiento de la brecha y una mayor separación entre colectivos favorecidos y grupos en desventaja. Propicia, de forma inevitable, un deterioro de la calidad democrática en todos los niveles y, consiguientemente, un incremento de las desigualdades. Por supuesto, los gigantes digitales son actores públicos y privados, un escasísimo número de países y de entramados corporativos empresariales que actúan en una dirección muy opuesta a las más elementales reglas

<sup>4</sup> Véase esta idea en Cooper, M.N., *Inequality in the digital society: Why the digital divide deserves all the attention it gets*, *Cardozo Arts & Entertainment Law Review*, n° 73, 2002, p. 79.

<sup>5</sup> Sobre estos ejemplos, Gordon, J.R., *Legal services and the digital divide*, *Albany Law Journal of Science & Technology*, vol. 12, 2002, pp. 812-3.

<sup>6</sup> Cooper, M.N., *Inequality...*, p. 88.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>8</sup> Meinrath, S.D., Losey, J.W. y Pickard, V.W., *Digital feudalism: Enclosures and erasures from digital rights management to the digital divide*, *COOMLAW Conspectus*, vol. 19, 2011, p. 424.

de un mercado de libre competencia. Y, además, operan en un sentido totalmente contrario a la equidad y a la justicia social, como tratará de expresarse en estas páginas.

Quien no tiene acceso a la red se encuentra aislado de la vida civil o social, cuando menos en muchos aspectos de ambas. Puede decirse que el círculo virtuoso de la tecnología se convierte en un círculo vicioso en relación con las personas que no tienen acceso a ella<sup>9</sup>. Por este motivo, lleva ínsito un fuerte potencial para crear desigualdad<sup>10</sup>. De la desconexión digital a la exclusión social puede haber un muy escaso trecho en la actualidad. El mantenimiento del contacto se erige como exigencia indeclinable en la socialización de los individuos y en el disfrute de los derechos derivados de la ciudadanía e incluso de la personalidad. En este último sentido no es gratuito añadir que en la brecha digital está envuelto el debate acerca de la dignidad de las personas. Las personas desconectadas se convierten en personas en desventaja y engrosan las filas de los colectivos vulnerables.

Del mismo modo, las áreas geográficas y zonas sin accesibilidad a los recursos tecnológicos exigibles se convertirán en espacios yermos, sin capacidad para atraer ningún negocio mínimamente viable. Ya entrando en la tercera década del siglo XXI, sigue siendo pretencioso decir que el acceso a esos recursos es generalizado y puede darse por garantizado en el futuro más próximo. Hay demasiados agujeros negros que, como era fácilmente previsible, coinciden con las zonas más deprimidas o menos desarrolladas, y no solo del mundo, también en el ámbito del mundo desarrollado. Pero también es necesario recordar que se ensancha la diferencia entre éste y los países en vías de desarrollo<sup>11</sup>.

El impacto tecnológico en términos de probable crecimiento de la desigualdad se traduce en dos tendencias convergentes: de un lado, las situaciones de desventaja previa se agravan, porque la brecha digital intensifica las diferencias de partida o, por decirlo de manera más precisa, constituye una diferencia de partida de un valor incalculable. Por otro, se erige en nueva forma de exclusión social, que añade elementos de riesgo novedosos cualitativamente diferentes de los tradicionales. Con este efecto de tenaza, produce, como ha sido ampliamente constatado, polarización y aislamiento de grupo y refleja, una vez más, las injusticias de la sociedad<sup>12</sup>.

En el ámbito productivo, los procesos de producción robotizada, el internet de las cosas, el desarrollo de la inteligencia artificial, o la gestión, procesamiento

<sup>9</sup> Cooper, M.N., *Inequality...*, cit., p. 73.

<sup>10</sup> Gordon, J.R., op. cit., pp. 810 ss.

<sup>11</sup> Insistiendo en esta idea, Olarte Encabo, S., op. cit., p. 288.

<sup>12</sup> Vasilescu, M.D., Serban, A.C., Dimian, G.C. y Aceleanu, M.I., *Digital divide, skills and*



y el análisis de los *big data*, y, muy en particular, la red 5G, producen un riesgo cierto de crecimiento de mercados excluyentes y exclusivos en el que unos pocos actores concentren toda la capacidad de actuación. Es decir, el desarrollo tecnológico puede favorecer a escuálidas minorías en perjuicio del interés general<sup>13</sup>. Se puede generar, así pues, una “feudalización” de la economía, que sería una vertiente concreta –quizá la más significativa– de una “feudalización” del espacio virtual. Por supuesto, las libertades democráticas, fuera y dentro de los entornos empresariales se exponen a nuevos retrocesos, en beneficio de un poderoso oligopolio de entidades privadas<sup>14</sup>. Claramente, el sector público tiene una fuerte responsabilidad, que debe consistir en el desarrollo de políticas públicas que compensen estas más que probables orientaciones y generen un acceso general, inclusivo y democrático a la tecnología y a sus ventajas y beneficios.

## 2. UNA APROXIMACIÓN A LA ESENCIA DE LA BRECHA DIGITAL

Puede expresarse, primeramente, que existe una fractura en el acceso a la tecnología entre personas privilegiadas y personas en desventaja<sup>15</sup>. En segundo lugar, que la brecha digital, con incluir esa fractura, trasciende con mucho el específico asunto del acceso.

La habilidad, aptitud y suficiencia en el manejo de internet requieren una mínima competencia y formación básicas. Es necesaria, indudablemente, una capacidad razonablemente suficiente de comunicación escrita y, además, cierta aptitud a la hora de manejar información<sup>16</sup>. Además, es imprescindible una cierta predisposición subjetiva, cuya ausencia genera no pocas limitaciones.

Claro que habría que rastrear los motivos de esa falta de predisposición. Sin duda, habrá un componente irracional en esta “tecnofobia”, que puede llegar a explicar una parte de la realidad. Es evidente también que el desconocimiento general de la realidad virtual produce, lógicamente, un desinterés por aquello de lo que no se tiene noticia, o no se tiene noticia suficiente. Pero también debe reconocerse que hay poderosos motivos de fondo. Precisamente el “oligopolio” informativo y comunicativo a que se ha hecho referencia pueda ser uno de ellos. La desventaja social crea desventaja en la red y, como lógica respuesta, inhibición de su uso. En parte, el miedo a la tecnología es expresión del miedo a que circule

perceptions on digitalisation in the European Union—Towards a smart labour market, PLoS ONE, vol. 15, nº 4, 2020, p.2.

<sup>13</sup> Véase esta idea, con mayor desarrollo, en Rückert, D., Veugelers, R. y Weiss, Ch., The growing digital divide in Europe and the United States, Economics. Working papers 2020/07, European Investment Bank, p. 2.

<sup>14</sup> Meinrath, S.D., Losey, J.W. y Pickard, V.W., Digital feudalism..., cit., p. 426.

<sup>15</sup> Brown, J., The digital divide, cit., p. 17.

<sup>16</sup> Gordon, J.R., op. cit., p. 812.

una información que pueda perjudicar a quien la usa. El flujo informativo acerca de la situación de precariedad económica o vital puede percibirse, y no sin motivo, como potencialmente peligrosa, a la hora de acceder a ciertos bienes y servicios básicos. Por lo tanto, cuanto más crece el *big data* y la red 5G, más consecuencias adversas puede tener en colectivos victimizados. No deja de ser una de las grandes paradojas de la brecha digital, pues se potencia por motivos que tienen que ver con disparidades sociales susceptibles de crecer precisamente en la red. Quienes no tiene el control del flujo de comunicación tienden a auto-marginarse.

El término “brecha digital” hace referencia, así pues, a las desigualdades en la titularidad de los sistemas de comunicación tecnológicos y en el acceso a la red. Una primera vertiente del problema ya permite intuir su envergadura. Si llevó un espacio de tiempo considerablemente dilatado que se generalizara la titularidad o la disponibilidad de ordenadores personales, fue mucho más veloz la expansión de internet y de la banda ancha, con todas las matizaciones que habría que hacer a la vista de innegables disparidades<sup>17</sup>. Lo cual pone de relieve un efecto de aceleración que, no obstante ser evidente, no ostenta la generalidad suficiente como para no dejar fuera a muy amplias cohortes de personas excluidas. Desafortunadamente, es fácil predecir que ese acceso al gran público relativamente acelerado que se ha producido con la banda ancha no va a suceder con las tecnologías más desarrolladas, solo al alcance de una exigua minoría. Cuesta pronosticar cómo la inteligencia artificial pueda diseminarse con la misma capilaridad, o que el dominio, gestión y aprovechamiento del *big data* aproveche a la ciudadanía común, del mismo modo que la robotización o el internet de las cosas solo limitadamente serán de consumo general. Igualmente, es discutible que la expansión de la red 5G beneficie horizontalmente a la sociedad y no produzca una mayor polarización en las situaciones relativas de poder de los individuos y de los grupos sociales.

No se trata de una preocupación y un tópico rabiosamente novedosos. Es verdad que ha adquirido una nueva dimensión en los últimos años, pero también lo es que alude a una conectividad o, por expresarlo claramente, a una globalización de las relaciones sociales que se ha ido produciendo en las últimas cinco décadas. En este sentido, pueden encontrarse antecedentes ya en los años setenta del siglo pasado, cuando la red telefónica o las grandes computadoras dejaban marginada a una amplia mayoría de la población mundial. Aunque el término no tiene una autoría claramente diferenciada, parece probable que la haya creado, o al menos popularizado L. Irving, responsable de comunicaciones e informaciones bajo la Administración Clinton<sup>18</sup>. En cualquier caso, la eclosión de internet a partir

<sup>17</sup> Datos en torno a EEUU en Middleton, K.L. y Chambers, V., op. cit., p. 4.

<sup>18</sup> Sobre esta autoría, Rogers, E.M., The digital divide, Convergence, vol. 7, nº 4, 2001, p. 96.

de finales de los años ochenta del siglo pasado sí que ha precipitado este tópico como uno de los grandes focos de debate en el campo de las Ciencias Sociales.

Como definición comúnmente aceptada<sup>19</sup>, la OCDE, a partir de 2001, expresa que la brecha digital hace referencia a la diferencia entre individuos, hogares, empresas y áreas geográficas, de distintos niveles socio-económicos, tanto en relación con sus oportunidades de acceso a las TICS como al uso de internet para una variedad de actividades<sup>20</sup>. Sin duda, tal concepto requeriría de una actualización prácticamente veinte años después, pero mantiene su utilidad para poner de manifiesto varias vertientes del problema. Entre ellas, que afecta a países y áreas geográficas, pero también a personas individuales. Es decir, tiene una vertiente colectiva, pero también está dotado de una dimensión individual. O que tiene una dimensión socio-económica fundamental, que la acompaña de forma casi inevitable: la brecha resulta perjudicial y se vuelve en contra de los estratos más en desventaja. O también que afecta a la vida privada en sus distintas esferas, pues se sitúa en la individualidad más personal, pero también en el contexto de las unidades de convivencia y en el de las ubicaciones geográficas, sean éstas más reducidas o más amplias.

Pero, en particular, esa definición pone de relieve la complejidad del problema cuando apela al uso de la red “*para una variedad de actividades*”. Podría compararse la brecha con una carrera de obstáculos hacia el pleno disfrute de los beneficios de las TICS. Como ya se ha puesto de manifiesto, la primera barrera vendría conformada por la falta de cualquier experiencia elemental de aproximación a la red, causa y consecuencia de un desinterés general hacia el conocimiento tecnológico. En segundo lugar, se produciría en problema de la falta de acceso o del deficiente acceso a medios telemáticos o a la red. A continuación, habría que aludir a las insuficientes competencias digitales para que los individuos puedan obtener una utilidad razonablemente buena de las tecnologías asociadas a la red. Finalmente, conviene reparar en la posible falta de suficientes oportunidades para aprovechar todas las posibilidades que ofrecen<sup>21</sup>.

En este problema en cascada, probablemente solo se ha prestado una suficiente atención a las dificultades de acceso. Quizá porque, sin desdeñar las dificultades, son las que pueden abordarse de una forma más directa, pues no

<sup>19</sup> La hace suya, por ejemplo, el informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos Promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet: ways to bridge the gender digital divide from a human rights perspective, A/HRC/35/9, 2017, p. 2.

<sup>20</sup> OECD, Understanding the digital divide, 2001, p. 5.

<sup>21</sup> Una descripción de estas barreras, haciendo énfasis en su carácter secuencial, en Arendt, L., Barriers to ICT adoption in SMEs-How to bridge digital divide?, IADIS, International Conference e-Commerce, 2007, p. 84.

se trata sino de proveer de una herramienta tecnológica con conexión adecuada a la red. Las demás se enfrentan a una solución más compleja. Ciertamente, la falta de una experiencia elemental y el consiguiente desinterés mantiene una vinculación clara con la adquisición de competencias digitales, desde las más elementales hasta las más sofisticadas. En este empeño reside, sin duda alguna, el mayor reto de las sociedades democráticas<sup>22</sup>. La alfabetización digital, en sus distintos niveles, desde los más elementales hasta los más avanzados, constituye una necesidad evidente en el desarrollo de los individuos y de las sociedades. Es obvio que la alfabetización digital y la inclinación al uso de las tecnologías son requisitos muy entrelazados entre sí<sup>23</sup>.

En particular, el nivel de sofisticación de la tecnología constituye un aspecto crítico en lo referente al reto de garantizar las oportunidades de aprovechamiento de la red. Porque, en definitiva, no se trata solo de calibrar y combatir la brecha de quienes no tienen acceso a las ventajas de las TICs, sino de tener en cuenta las diferencias y disparidades que se producen entre personas que cabe definir como “conectadas”, pero con diferente grado de autonomía, de aprovechamiento y de poder<sup>24</sup>. En este contexto, la adquisición, mantenimiento y actualización de suficientes habilidades y capacidades son requisitos de una inclusión digital plena<sup>25</sup>.

A este respecto, es importante, a la hora de calibrar el impacto material de la brecha y de las disparidades en la red, distinguir tres niveles de implicación de las personas en ella. Puede ser a) básico, ocasional y a los efectos de acceder a ciertas comunicaciones necesarias y elementales, b) social, como sistema de intercambio ordinario de información, opinión y de mantenimiento del contacto con un ciclo amplio de personas, y c) económico, a los efectos del desarrollo las actividades profesionales. Por supuesto, en cada uno de estos estratos la desigualdad se manifiesta de formas diversas y tiene sus propias consecuencias, aunque también existen conexiones entre los tres. En todos ellos habría que aludir a un problema de acceso, a otro de formación y a otro de inclinación personal<sup>26</sup>. Bien es cierto que muchas personas se definen como usuarias, al menos en relación con programas

<sup>22</sup> De esta opinión es Burri, M., Re-conceptualizing the global digital divide, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-commerce Law*, vol. 3. 2011, p. 219.

<sup>23</sup> James, E., Learning to bridge the digital divide, *OECD Observer*, 2001, en *Learning to bridge the digital divide - OECD Observer.pdf*.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Vasilescu, M.D., Serban, A.C., Dimian, G.C. y Aceleanu, M.I., *Digital divide, skills...*, cit., p. 2.

<sup>26</sup> Una referencia a estos tres niveles en Reder, S., *Digital inclusión and digital literacy in the United States: A portrait from PIAAC, s survey of adult skills, Program for the International Assessment of Adult Competences, Commissioned Paper, february 2015, p. 4.*

básicos, mensajería instantánea y redes sociales<sup>27</sup>. Sin embargo, también en este contexto podrían describirse diferencias muy importantes.

Finalmente, debe expresarse que la superación de la brecha digital constituye un reto de políticas públicas desde diversos puntos de vista. En primer lugar, se manifiesta como una necesidad educativa, a los efectos de que la ciudadanía pueda utilizar las indudables ventajas de las tecnologías y de la red. En segundo, y en derivación de dicha necesidad, como una exigencia insoslayable del empleo futuro y de la obtención de un nivel de ingresos razonablemente digno. En tercero, como un canal imprescindible para la participación social y política. En cuarto, y como consecuencia de todo lo anterior, se erige en un asunto de derechos humanos, de dignidad y de equidad, como más tarde va a desarrollarse<sup>28</sup>.

### 3. BRECHAS Y COLECTIVOS DESFAVORECIDOS

#### 3.1. Descripción general

En términos generales, es fácil describir un alineamiento entre los colectivos vulnerables o victimizados<sup>29</sup> y los que sufren la brecha digital. Como caso podía esperarse, en el contexto norteamericano, se ha constatado que las diferentes minorías raciales, en particular las personas de raza latina y afroamericana, constituyen grupos desfavorecidos en el acceso a la red y en el disfrute de las ventajas que lleva asociadas. Lo cual sucede en cualquier estrato de nivel de ingresos y en el contexto de las diferentes clases sociales y circunstancias, si bien se identifica ciertamente en los ámbitos rurales, puestos en relación con los urbanos<sup>30</sup>.

Por supuesto, y desde una perspectiva global, resulta muy sencillo trazar una línea divisoria entre países desarrollados y países en vías de desarrollo. La cual, lejos de suturarse, puede hacerse más profunda con el tiempo y, a su vez, generar más desigualdad entre unos y otros<sup>31</sup>. La perspectiva de la OIT se ha centrado

<sup>27</sup> Véase esta idea en Martínez, D., Reseñas de informes: Comunicación social y medios de comunicación, Anuario ThinkEPI 2017, en la web 57975-Texto del artículo-171921-1-10-20170429.pdf.

<sup>28</sup> Por ahora, a los efectos del enunciado de estas perspectivas, baste con la cita de Willems, J, Farley, H. y Campbell, Ch., The increasing significance of digital equity in higher education: An introduction to the Digital Equity Special Issue, Australasian Journal of Educational Technology, vol. 35, nº 6, 2019, p. 3.

<sup>29</sup> Utilizo la terminología que empleé en mi estudio Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables, Laborum (Murcia, 2015) pp. 123 ss.

<sup>30</sup> Brown J, op. cit., p. 17. También, Aguilar, S.J., S.J., Guidelines and tools for promoting digital equity, Information and Legal Sciences, vol. 121, nº 5/6, 2020, p. 285, Gordon, J.R., Legal services..., cit., p. 811 y Middleton, K.L. y Chambers, B., op. cit., pp. 7-8.

<sup>31</sup> Campbell, D., Can the digital divide be contained?, International Law Review, vol. 140, nº 2, 2001, pp. 119 ss.

en particular en esta dimensión de la brecha digital, que explica en no pequeña medida las relaciones de producción y el comportamiento de las grandes cadenas mundiales, que desplazan a la periferia las actividades de mayor concentración de mano de obra directa y menor valor añadido<sup>32</sup>. La distancia tecnológica es muy evidente si se contempla desde una perspectiva horizontal, es decir, observando el fenómeno desde su vertiente geográfica<sup>33</sup>. Puede decirse, en este sentido, que la brecha digital es consustancial y una consecuencia evidente de la brecha en el desarrollo.

Como corolario de la cuestión racial, y de la diferencia entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, emerge el colectivo de personas inmigrantes. No se trata solo de la cuestión de las minorías étnicas a la que se ha hecho referencia. También, por supuesto, de la condición social que acompaña normalmente a la situación de persona inmigrante y de la precariedad legal correspondiente<sup>34</sup>. Y, adicionalmente, de los problemas de manejo de la lengua del país de acogida, que se traducen también en barreras para acceder a la realidad virtual del ámbito geográfico de residencia. Bien es verdad que este asunto viene muy condicionado por la primacía absoluta del idioma inglés en el mundo digital<sup>35</sup>, pero no cabe duda de que las minorías lingüísticas en los países de acogida afrontan particulares dificultades digitales<sup>36</sup>.

Asimismo, hay que hacer referencia a la segregación vertical, esto es, a la dimensión socio-económica de la brecha digital. Por motivos que tienen que ver fundamentalmente con la educación<sup>37</sup> o con la renta, la exclusión social es exclusión digital, aunque también pueden alterarse los factores en una relación perfectamente simétrica<sup>38</sup>. Muy en particular, la pobreza en sus diferentes manifestaciones y, entre otras, el desempleo de larga duración, son asuntos indisociables de la desventaja en el aprovechamiento de las tecnologías<sup>39</sup>. Aunque también es evidente la peor situación en la que se encuentran los trabajadores manuales en

<sup>32</sup> También la OCDE ha expresado su preocupación hacia esta dimensión de la brecha digital. Así lo describe James, E., *Learning to bridge the digital divide*, cit.

<sup>33</sup> Lera López, F., Hernández Nanclares, N. y Blanco Vaca, C., 'La 'brecha digital' un reto para el desarrollo de la sociedad del conocimiento, *Revista de Economía Mundial*, nº 8, 2003, p. 121.

<sup>34</sup> Cabeza Pereiro, J., *Ensayo...*, cit., pp. 45 ss.

<sup>35</sup> Olarte Encabo, S., op. cit., p. 295.

<sup>36</sup> James, E., *Learning to bridge the digital divide*, cit.

<sup>37</sup> *Haciendo especial hincapié en el problema educativo*, Middleton, K.L. y Chambers, V., op. cit., pp. 5 y 9.

<sup>38</sup> Cheung Wong, Y., Yat Chu Fung, J., Kwong Law, Ch., Chi Yee Lam, J. y Wan Ping Lee, V., *Tackling the digital divide*, *British Journal of Social Work*, nº 39, 2009, p. 755. También, Lera López, F., Hernández Nanclares, N. y Blanco Vaca, C., op. cit., p. 122.

<sup>39</sup> Así lo pone de manifiesto Olarte Encabo, S., *Brecha digital...*, cit., p. 293.

relación con quienes no conforman la mano de obra directa<sup>40</sup>. E igualmente, las personas desempleadas en relación con las que tienen empleo<sup>41</sup>

Otra condición asociada a la brecha digital alude a las zonas rurales, o también a las áreas geográficamente aisladas. Seguramente, esta condición tiene bastante que ver con la diferencia social entre unos colectivos y otros. Es cierto que las localizaciones más alejadas de los centros urbanos afrontan mayores problemas para que sean accesibles las TICS<sup>42</sup>. Sin embargo, el avance de la banda ancha está paulatinamente superando el problema, al menos en su dimensión estrictamente locativa. Sin duda, se trata de un problema en sí mismo en vías de solución, salvo cuando se asocia a la clase social o a la condición geográfica de país subdesarrollado o en vías de desarrollo. Ahora bien, es cierto que la velocidad en la generación de conocimiento digital produce que las ubicaciones más alejadas de los grandes centros de toma de decisiones siempre sufren un retraso comparativo, como ahora es fácil de comprobar con el reto que supone diseminar la red 5G.

Al margen de todo lo cual –o además de todo ello- hay tres condiciones particularmente vinculadas con la brecha digital y que tienen con ella una relación específica. Se trata del sexo, de la edad y de la discapacidad. Todas ellas merecen un tratamiento específico que se aborda inmediatamente, porque aquélla es susceptible de producir discriminaciones por estas causas. Es más, conjuntamente combinadas, se pueden proponer fácilmente situaciones de discriminación múltiple e intersectorial, para las cuales hay que tener en cuenta asimismo la raza o etnia, o incluso la religión y convicciones, con el trasfondo permanente de las diferencias sociales.

Cualquiera que sea la desventaja de una condición o de la pertenencia a un colectivo, puede afirmarse que la digitalización se vuelve contra los grupos vulnerables y produce una polarización más profunda y un incremento de la segregación social<sup>43</sup>. De modo que, como ya ha sido expresado, el Estado debe tener un papel activo en el mantenimiento de la cohesión digital que, a la postre, es cohesión social. A cuyo efecto, conviene tener en cuenta el protagonismo de los distintos actores en el mundo de la comunicación en la red. Los grupos desventajados, más allá de tener acceso al consumo de productos digitales, deberían, para

<sup>40</sup> Vasilescu, M.D., Serban, A.C., Dimian, G.C. y Aceleanu, M.I., *Digital divide...*, cit., p. 15.

<sup>41</sup> Olarte Encabo, S., op. cit., p. 295.

<sup>42</sup> Entre otros, Aguilar, S.J., S.J., *Guidelines...*, cit., p. 285. También, Cheung Wong, Y., Yat Chu Fung, J., Kwong Law, Ch., Chi Yee Lam, J. Y Wan Ping Lee, V., op. cit., p. 755.

<sup>43</sup> Vasilescu, M.D., Serban, A.C., Dimian, G.C. y Aceleanu, M.I., *Digital divide...*, cit., p. 2.



paliar su desventaja, ser capacitados para generar contenidos propios que afecten a intereses diversos y democratizen socialmente el mundo virtual<sup>44</sup>.

### 3.2. Brecha digital y discriminación por razón de sexo

La relación del sexo de las personas con la brecha digital es problemática. Aparentemente, no hay grandes diferencias en el comportamiento digital, al menos en su condición de usuarios, entre mujeres y hombres. Ahora bien, puede identificarse una serie de estereotipos muy poderosos. Muy en particular, se trata de la vinculación de lo tecnológico al género masculino, que tiene mucho que ver con la segregación ocupacional y que se origina en la mayor predilección masculina por las STEM (*sciences, technology, engineering, maths*)<sup>45</sup>. En todos los estratos educativos, se ha denotado una menor inclinación de las niñas y de las mujeres hacia la adquisición de conocimientos en cuanto a las nuevas tecnologías, al menos si se pone en comparación con otras áreas del conocimiento. La producción de *software* a todos los niveles tiene un sesgo masculino muy apreciable, en particular en la dimensión social de cómo se generan contenidos de juegos audiovisuales basados en la agresividad o se promueve un acceso ilimitado a contenidos pornográficos, con los consiguientes efectos de acoso y violencia suficientemente descritos. Bien es cierto que, como usuarias de la red, las mujeres se equiparan totalmente con los hombres, o incluso alcanzan mayores porcentajes de conexión, pero la situación se invierte cuando se trata del acceso y del uso de los recursos más avanzados<sup>46</sup>. Incluso se ha expresado, desde el campo de las Ciencias Sociales, que las mujeres expresan una menor confianza en sus aptitudes digitales que los hombres<sup>47</sup>.

Por otro lado, en el ámbito laboral puede predicarse una utilización cualitativamente diferente de los recursos digitales, o al menos un claro sesgo de género. Se ha sugerido que la feminización de los trabajos administrativos y auxiliares produce una “segregación digital” que masculiniza el mayor valor añadido de la red<sup>48</sup>. Lo cual, aunque pudiera parecer lo contrario, no se circunscribe a las cohortes generacionales mayores, sino que también se produce, prácticamente

<sup>44</sup> Véase esta idea, expresada en términos ciertamente interesantes, en Gordon, J.R., *Legal services...*, cit., p. 812.

<sup>45</sup> Sobre este problema, Losh, S.C., *Gender, educational and occupational gaps*, *Social Science Computer Review*, vol. 22, nº 2, 2004, p. 153. La misma idea en Bustelo, M., Flabbi, L. y Viollaz, M., *The gender labor market gap in the digital economy*, Inter-American Development Bank, *Social Sector*, 2019, p. 3.

<sup>46</sup> Con datos sobre todos estos asuntos, Middleton, K.L. y Chambers, V., *Approaching...*, cit., p. 6.

<sup>47</sup> Martínez-Cantos, J.L., *Digital skills gaps: A pending subject for gender digital inclusion in the European Union*, *European Journal of Communication*, vol. 32, nº 5, 2017, pp. 419 ss.

<sup>48</sup> Losh, S.C., *op. cit.*, p. 164.



al mismo nivel, entre las más jóvenes<sup>49</sup>. Hay una general infrarrepresentación femenina en las empresas tecnológicas y en el desempeño de puestos de trabajo y de funciones con un alto contenido tecnológico.

Claro que pueden predicarse claras intersecciones. Enseguida se hará referencia a la cuestión específica de la edad. Por ahora conviene expresar que la brecha digital de género es mucho más acusada en el contexto de los países en vías de desarrollo. En efecto, las barreras se amplían a causa de discriminaciones preexistentes fuera de la red. En el caso de la discriminación por razón de sexo, y de forma parecida a otros motivos de discriminación, es simultáneamente causa y consecuencia de las diferencias digitales entre mujeres y hombres. Hay brecha digital entre mujeres y hombres porque existe discriminación por razón de sexo y, como se produce dicha brecha, se refuerza este motivo de discriminación.

Sobre este segundo aspecto se hace necesario incidir. En la red se ubican algunas de las más importantes violaciones de derechos humanos y también algunas de las más significativas privaciones de los mismos. Desde esta última perspectiva, cuando las mujeres no gozan de un acceso efectivo y en plenitud a los recursos digitales se encuentran en una posición más débil para el disfrute de sus derechos y para la participación adecuada en la vida pública, la economía y la sociedad. Desde la primera, el acceso a la red las sitúa ante el riesgo de ser víctimas de violaciones del derecho a la no discriminación en sus más diversas vertientes, a la integridad moral y a la dignidad<sup>50</sup>. Ya se ha hecho referencia a los contenidos especialmente lesivos de su condición de sujetos de derechos. Habría que aludir también al acoso y a la violencia en la red. En el contexto laboral no es casual que el Convenio de OIT n° 190, de 2019, sobre la violencia y el acoso, en su art. 3, haga referencia explícita, como una forma de violencia o acoso que ocurre en el mundo del trabajo, a la que se produce “*en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación*”. Indudablemente, todos estos problemas son expresión de discriminación por razón de sexo, y el mundo digital constituye un escenario de agravamiento de los mismos. El adecuado respecto a los derechos a la intimidad y a la protección de datos se plantea como una exigencia necesaria para limitar todo este haz de exposiciones a una pluralidad de abusos que producen, a la postre, una vulnerabilidad de amplios colectivos de mujeres y una explicación evidente de la brecha digital en términos de género.

<sup>49</sup> Martínez-Cantos, J.L. op. et loc. cit.

<sup>50</sup> Sobre estos problemas, Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos Promotion, protection and enjoyment..., cit., pp. 6 ss.

Tampoco debe ignorarse la especial situación de desventaja en el conocimiento digital que han de afrontar ciertos colectivos de mujeres definidos en términos de su situación profesional. En particular, las que, por unos motivos u otros, pueden sufrir situaciones de aislamiento social. Lo cual probablemente suceda en el caso del trabajo en el hogar familiar, o también en el del trabajo a domicilio tradicional, o, por supuesto en el de las mujeres desempleadas en el contexto de hogares en los que asuman el papel de cuidado doméstico<sup>51</sup>.

### 3.3. Brecha digital y discapacidad

Puede parecer que el mundo tecnológico y de las comunicaciones facilita la integración social plena de las personas con discapacidad. No pretende desdeñarse aquí esta apariencia, e incluso convendría confirmarla con carácter general. Es cierto que la conexión de quienes poseen diversidades funcionales permite su incorporación a la vida social o económica, o cuando menos una mejor y mayor integración en ambas, en unas condiciones que, al margen de los recursos digitales, resultarían totalmente inviables. Ahora bien, esta virtualidad convive con otra no menos importante, y que tiene que ver con las mayores o menores dificultades de adaptación de ciertas discapacidades a las características del mundo digital.

En particular –aunque no solo- se trata de las discapacidades sensoriales. El problema reside en las adaptaciones digitales que puedan ser necesarias para el adecuado desempeño de funciones. Puede suceder que tengan un coste tan elevado que, por onerosas en exceso, no les resulten razonablemente exigibles a las empresas<sup>52</sup>. Evidentemente, en este análisis hay que tener en cuenta todas las reglas existentes, desde la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 –en concreto su art. 9-, pasando por la Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre –sobre todo su art. 5<sup>53</sup>-, hasta la normativa interna, en

<sup>51</sup> Algunas referencias a este asunto en Arriazu Muñoz, R., La incidencia de la brecha digital y la exclusión social tecnológica: El impacto de las competencias digitales en los colectivos vulnerables, *Praxis Sociológica* nº 19, 2015, p. 237.

<sup>52</sup> Un análisis muy interesante de estos problemas en Dispenza, M.L., Overcoming a new digital divide: Technology accommodations and the undue hardship defense under the American with Disabilities Act, *Syracuse Law Review*, vol. 52, nº 1, 2002, p. 6. Expresa esta autora que, si bien en la década posterior a la entrada en vigor de la ADA de 1990, las adaptaciones digitales no eran demasiado elevadas en coste, los avances tecnológicos subsiguientes las encarecieron hasta el punto de que muchas veces era discutible si la empresa estaba obligada a acometerlas.

<sup>53</sup> De especial interés es su último inciso: “la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

particular el art. 39.2 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social<sup>54</sup>.

Por consiguiente, la disponibilidad, precio y accesibilidad a la tecnología dirigida a estos colectivos, a los efectos de su integración socio-laboral es un reto que debe tomarse muy en consideración. No es casual, como antes se ha expresado, que el *software* sea más resistente a una accesibilidad económica que el *hardware*. En aquél está muy en concreto el reto de la adaptación para que la brecha de estos colectivos con ciertas diversidades funcionales no sea, además de impacto adverso por su discapacidad, discriminación digital, como una manifestación más de este tipo de discriminaciones.

### 3.4. Brecha digital y edad

Sin duda es este el binomio más evidente en relación con los colectivos desfavorecidos y el más conocido en el contexto del debate público. Se ha expresado que las personas mayores necesitan, en términos generales, una alfabetización digital y tecnológica. En efecto, la brecha digital tiene una dimensión de edad clara, en el sentido de que la formación digital lleva implícito un problema generacional, que se ha expresado con la referencia comúnmente aceptada a las personas que nacieron antes del advenimiento de la red como “inmigrantes digitales”. Como parece evidente, esta condición afecta tanto a las competencias básicas como a las más avanzadas, pues en ambas es perceptible la situación de desventaja de las personas mayores en relación con las más jóvenes. Es, así pues, un problema transversal, que alcanza el interés, la disponibilidad para aprender, las competencias digitales y la utilización social y profesional de las mismas. Se ha dicho que la edad es un claro instrumento de predicción del uso de la tecnología<sup>55</sup>.

Ahora bien, probablemente porque se ha dado por supuesta como una máxima de experiencia, ostenta una vertiente clara de discriminación de estereotipo. Es decir, hay una presuposición de que las personas mayores —en el contexto laboral, los trabajadores y trabajadoras maduros- ni disponen de una suficiente alfabetización digital ni siquiera cuentan con capacidad de aprendizaje. Es evidente e innegable que su posición competitiva de partida es desventajosa en relación con quienes han comenzado sus carreras profesionales y se han educado en contacto con el mundo digital<sup>56</sup>. Ello no obstante, el impacto de la brecha digital en el empleo y

<sup>54</sup> Real Decreto-legislativo 1/2013, de 29 noviembre.

<sup>55</sup> Middleton, K.L. y Chambers, V., op. cit., p. 8, con citas bibliográficas.

<sup>56</sup> Concediendo esta afirmación, Stark, E., Lost in a time warp. How age stereotypes impact older baby boomers who still want to work, *People & Strategy*, vol. 32, nº 4, 2009, p. 60.

en las condiciones de trabajo se refuerza a causa de estas convicciones sociales, de unos estereotipos sociales descriptivos que casi se vuelven prescriptivos<sup>57</sup>.

Es decir, la brecha digital de edad existe y no puede ignorarse, pero tampoco debe ser magnificada. Sí que debe ser tomada en consideración en particular, como ya se ha mencionado, en la intersección entre lo tecnológico y la discriminación por edad y por sexo. Precisamente, las relaciones en la red son un ecosistema especialmente peligroso para que las mujeres mayores sufran situaciones de acoso y victimización por parte de sus compañeros de trabajo más jóvenes. Es decir, los espacios virtuales pueden erigirse en escenarios que generen más indefensión, más discriminación por razón de sexo y más brecha digital<sup>58</sup>. Lo anteriormente expresado en cuanto a la relación sexo-brecha digital se magnifica cuando se incluye la variable de edad madura.

#### **4. BRECHA DIGITAL, EMPLEO Y DESEMPLEO**

##### **4.1. Brecha digital y riesgo de desempleo**

Los nuevos modelos organizativos requieren a menos personas trabajadoras, pero con un mayor grado de cualificación. Los cambios tecnológicos han desencadenado unas consecuencias sin precedentes, que afectan a las relaciones laborales con una intensidad muy grande y con una generalidad de la que no escapa ningún sector de actividad y que, además, se acelera a causa del efecto multiplicador de dichos cambios<sup>59</sup>.

La movilidad y la promoción profesionales en el escenario digital se desarrollan a través de cauces diferentes de los tradicionales. En concreto, en los sectores más dinámicos y de conocimiento intensivo, se asiste a una constante recualificación del trabajo. En ellos, y en particular entre los trabajadores más cualificados y con mayor formación, se multiplican las expectativas de mejora.

En paralelo, la robotización, la digitalización y, en general, el impacto tecnológico, producen situaciones de desempleo más prolongadas y más altos

<sup>57</sup> Sobre este asunto, Cabeza Pereiro, J., “Estereotipos vinculados a la edad”, en VV.AA. (coords. Cabeza Pereiro, J., Cardona Rubert, M<sup>a</sup> B. y Flores Giménez, F., *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi (Pamplona, 2019) pp. 97 ss.

<sup>58</sup> Una aproximación a este problema en Cardona Rubert, M<sup>a</sup> B. y Cabeza Pereiro, J., *La discriminación por edad sobre las mujeres mayores*, Trabajo y Derecho, n<sup>o</sup> 59, 2019.

<sup>59</sup> Una reflexión amplia en Del Rey Guanter, S., “El Estatuto de los Trabajadores ante el impacto de las tecnologías disruptivas en la organización del trabajo y en las relaciones laborales: una aproximación general”, en VV.AA., *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después*. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTES (Madrid, 2020) pp. 105 ss.

índices de desempleo estructural<sup>60</sup>. Los procesos productivos se modifican en profundidad, en particular porque se permite que no pocas actividades que revestían cierto grado de complejidad se estandaricen y se conviertan en rutinarias<sup>61</sup>. En consecuencia, amplios colectivos de personas trabajadoras se desprofesionalizan, a la par que un gran caudal de trabajos se robotiza. En realidad, la pérdida de un importante número de empleos no es un algo exclusivo de la revolución tecnológica, sino que ha sido un paradigma común en todas las evoluciones y revoluciones industriales, pero acaso el impacto de ésta sea más amplio, en su afectación a todo el ámbito productivo. A fin de cuentas, la sustitución del trabajo humano se produce ahora por máquinas especialmente sofisticadas, en un proceso de robotización continuo y todavía en una fase de expansión relativamente temprana, y también por algoritmos, que gestionan el mundo digital con una eficacia casi siempre incontestable.

Inevitablemente, el peligro de pérdida de empleo es más elevado para las personas que desarrollan trabajos rutinarios y mucho más reducido para quienes cuentan con y utilizan habilidades transversales y sociales. Desde este punto de vista, puede apelarse incluso a cierta masculinización del riesgo, cuando menos en términos de predominio de un sexo por encima del otro en el desempeño de ciertas tareas o profesiones. Ahora bien, las tecnologías digitales permiten la automatización de tareas dotadas de un apreciable nivel de complejidad, de modo que personas con cualificación intermedia no quedan exentas de importantes amenazas de que sus ocupaciones pierdan su contenido y su valor añadido. Incluso dentro del espectro del trabajo poco cualificado se hace necesario establecer diferencias, porque hay tareas muy poco susceptibles de desarrollarse a través de innovaciones tecnológicas. Por ejemplo, ciertas funciones ligadas al cuidado de personas, o a la atención de clientes, o también ciertas actividades de servicios de transporte, o incluso de tipo industrial, más o menos tradicionales —entre ellas, algunos trabajos concretos en el sector de la construcción— están muy alejadas actualmente de poder ser desarrolladas, al menos de forma predominante, a través de medios automatizados<sup>62</sup>.

Lo cual genera cierto alivio social, porque en este segmento del trabajo poco cualificado pero difícil de robotizar es poco previsible que se incremente de forma significativa el desempleo, al menos a causa del impacto digital y tecnológico. Así, se reduce ligeramente el riesgo de una más agravada disparidad

<sup>60</sup> Vasilescu, M.D., Serban, A.C., Dimian, G.C. y Aceleanu, M.I., *Digital divide, skills and perceptions...*, cit., p. 2.

<sup>61</sup> Cooper, M.N., *Inequality...*, cit., pp. 96 ss.

<sup>62</sup> Así se pone de manifiesto en el documento *The digital edge: Middle skill workers and careers*, Birnung Glass Technologies (Boston, 2017) p. 2.

retributiva y desigualdad social. Ahora bien, tal vez la realidad no sea tan sencilla. Aparentemente, los trabajos muy poco cualificados, por lo general, repetitivos y monótonos, susceptibles de una automatización masiva, se correspondan en ámbitos y sectores de actividad en los que no hay excesiva mano de obra disponible. Ahora bien, no puede desdeñarse el riesgo de aislamiento de importantes capas sociales de personas subempleadas y de una mayor polarización y distancia en los mercados de trabajo y en la propia sociedad. Sin olvidar que, en el contexto de la nueva economía, los cauces de promoción del trabajo no cualificado quedan totalmente cegados fuera de una adecuada aptitud en el conocimiento digital<sup>63</sup>.

Pero, como se ha avanzado, las personas con cualificaciones medias pueden ser las grandes perdedoras. Es decir, a la vez que las oportunidades de empleo probablemente crezcan de forma significativa entre los ámbitos más cualificados de las ocupaciones, y se mantengan en ese espectro del trabajo no cualificado de prestación de ciertos servicios, las personas con cualificación intermedia afrontan un mayor riesgo de pérdida de trabajos. En realidad, se trata de un problema de descualificación de las capas intermedias, que también afecta a los estratos más bajos del estamento directivo de las empresas. En efecto, cada vez es más factible automatizar ciertos aspectos de la toma de decisiones de forma centralizada. Dicho en otros términos, las decisiones basadas en algoritmos y en el manejo del *big data* suplen con eficiencia contrastada –habría que añadir, además, con similares sesgos- la decisión humana en importantes aspectos de la gestión empresarial<sup>64</sup>. Por consiguiente, el trabajo de gestión ordinaria se ve devaluado, al menos en su perspectiva de gestión humana. En consecuencia, el reto que debe abordarse consiste en producir cambios estructuras en términos de readaptación para evitar un desempleo pasivo. En este esfuerzo, indudablemente, la formación continua debe desempeñar un papel clave<sup>65</sup>.

#### 4.2. La formación digital para el empleo

Por consiguiente, hay que hacer una referencia concreta a este ámbito del trabajo medianamente cualificado. Es un espacio de alta penetración tecnológica y digital, en el que ciertos perfiles de personas trabajadoras a las que se ha hecho referencia anteriormente –vg., trabajadores mayores y, en particular, si son mujeres- están muy expuestos a sufrir el efecto de la brecha digital en términos de exclusión, potencialmente definitiva, del mercado de trabajo. Casi paradójicamente, este efecto no sucede, o por lo menos sucede con mucha menor intensidad,

<sup>63</sup> Cooper, M.N., op. cit., p. 104.

<sup>64</sup> Cooper, M.N., op. cit., p. 98.

<sup>65</sup> Sobre estas tendencias, Vasilescu, M.D., Serban, A.C., Dimian, G.C. y Aceleanu, M.I., op. cit, p. 3.

en el ámbito de los puestos de trabajo menos cualificados, cuya exposición a sufrir un desajuste entre sus aptitudes en el mundo de la comunicación virtual y las necesidades de desempeño de sus funciones es comparativamente mucho más reducida. Ahora bien, y en términos absolutamente generales, es predecible que, si unos y otros perfiles se ven expuestos a un período más o menos prolongado de desempleo, no van a volver al mercado de trabajo en posiciones que requieran de unas aptitudes digitales muy relevantes. Ello, por supuesto, a menos que las adquieran a través de los sistemas más o menos convencionales de formación para el empleo<sup>66</sup>.

Por otra parte, y como se ha apuntado, hay competencias muy ligadas a las digitales que deben tenerse muy en cuenta en este reto adaptativo de los perfiles profesionales. En particular, deben considerarse algunas muy transversales, como la mejora de la comunicación oral y escrita, la adquisición de mayores capacidades para la planificación, la adaptabilidad y, muy en particular, el manejo de datos, y la mejora en las aptitudes para el trabajo en equipo, la cooperación, el liderazgo y la solución de conflictos y problemas sociales. Lo cual debe destacarse porque con excesiva frecuencia la brecha digital se hace acompañar de otras carencias formativas<sup>67</sup>.

La formación a lo largo de la vida emerge, así pues, como una exigencia de la continuada evolución del mundo digital. Sería deseable que la mayor parte de la adaptación formativa y de la superación de la obsolescencia en TICs que pueda padecer la población activa se desarrollase en el contexto de la formación de las personas ocupadas, pero sin duda la formación para el empleo debe estar particularmente concernida en un papel de actualización digital de las personas demandantes de empleo. Por supuesto, la perspectiva preventiva es muy importante, a fin de re-cualificar a personas en riesgo de inestabilidad laboral. Claramente, las entidades de *outplacement* tienen una gran responsabilidad en estas transiciones, y con independencia de que se ubiquen en el sector público o en el privado.

<sup>66</sup> Una reflexión más amplia al respecto en el documento *The great divide. Digitalisation and digital skill gaps in the EU workforce*, European Centre for Development of Vocational Training, #ESJsurvey Insights, nº 9, 2016, pp. 5 ss. En este estudio se realiza una descomposición muy interesante sobre las causas de las diferencias en digitalización entre unos países europeos y otros, basadas, en particular, en la mayor o menor presencia de ocupaciones y prevalencia de sectores vinculados a las tecnologías de la información y en la mayor capacidad de desempeñar a través de dichas tecnologías más o menos ocupaciones en sectores tradicionales homólogos. Concluye que la brecha digital en España apenas supera la medida de la UE, tanto en lo que se refiere a ocupaciones que requieran conocimientos digitales básicos o intermedios como a puestos de trabajo con exigencias elevadas en cuanto a tecnología de la información y de la comunicación.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 11.



En todos los contextos, pero en particular en el más expuesto de las personas con cualificaciones intermedias, la formación en competencias digitales reviste una utilidad muy tangible. Provee de unas capacidades para un desarrollo profesional no necesariamente vinculado a una progresión en la educación reglada, pero de una eficacia contrastada. Eso es así porque se centra en el conocimiento concreto y en la captación de habilidades específicas para el desempeño de funciones con un determinado nivel de especialización. Por lo tanto, en capacidades altamente demandadas en el segmento del mercado de trabajo intermedio, en el que se ubican estos colectivos particularmente amenazados por la brecha digital<sup>68</sup>.

### 4.3. Brecha digital y precariedad

Ahora bien, sin desdeñar todo lo expresado, es incontestable reconocer que la digitalización ha acelerado la transformación de los mercados de trabajo y ha producido más precariedad, en forma de contratos temporales de breve duración, vinculaciones efímeras o esporádicas, trabajo por cuenta propia y, en general, modalidades atípicas de prestación de servicios. Puede decirse que el mundo virtual conforma un frondoso espacio en el que se encubren muchas situaciones abusivas. Aunque, en opinión de no pocos, pretender generar trabajos estables y con derechos en estos contextos es un reto contraproducente y, en todo caso, un ejercicio de negación de la evidencia, que dicta un incremento del trabajo autónomo propulsado por el contexto digital y tecnológico. De tal modo que el único paradigma posible para proteger estas nuevas formas de prestación de servicios consiste en afirmar derechos efectivos al trabajo por cuenta propia<sup>69</sup>.

Realmente, este tipo de argumentos incurren en una clara petición de principio, puesto que incluyen como premisa que el trabajo que se presta en estos escenarios nuevos goza de un grado de autonomía y de un menor nivel de subordinación que los trabajos más tradicionales. Lo cual, lejos de configurarse como una evidencia, más bien se desmiente con una aproximación material a la realidad contractual, aparente u oculta, que subyace al régimen de la relación establecida entre prestador y prestatario de los servicios. Tiene mucho sentido reconocer derechos para-laborales a los trabajadores autónomos, en particular cuando su situación económica les genera una posición de debilidad contractual, pero eso no es incompatible con expresar la necesidad de que el contrato de trabajo pueda

<sup>68</sup> Sobre este segmento, y con datos relativos a la demanda de conocimientos digitales y a las consecuencias retributivas de la adquisición de estos conocimientos, si bien entrados en la realidad de EEUU, *The digital edge...*, cit., p. 3.

<sup>69</sup> Por todos, Del Rey Guanter, S., “El Estatuto de los Trabajadores...”, cit., pp. 119-120.



albergar con normalidad la mayoría de las relaciones de producción, al menos las que, de hecho, generan situaciones de subordinación<sup>70</sup>.

Más allá de esta dialéctica, sí que debe revisarse la relación entre precariedad laboral y economía digital, porque no parece insoslayable que constituya una pareja necesaria. De nuevo hay que apelar a las profundas diferencias y desigualdades que ha generado la red. Es incontestable que la seguridad económica y jurídica de las personas que de forma más intensiva y con mayor valor añadido prestan servicios en estos entornos no ha padecido en absoluto, cualquiera que sea la naturaleza de la relación que mantienen con sus empresas. Más bien habrá que constatar que lo digital ha ampliado la brecha entre colectivos favorecidos y colectivos desfavorecidos, de lo cual la precariedad profesional es un epifenómeno.

#### 4.4. Dimensión y perspectivas de las empresas

Es otra vertiente de análisis de la brecha digital. Las empresas de reducida dimensión –en general, las pequeñas y medianas empresas- tienen un menor acceso a las TICs, y la diferencia se agudiza cuando se trata de las aplicaciones más sofisticadas. Es más, éstas a menudo no están adaptadas a las necesidades de las organizaciones de más reducido tamaño. Es ilusorio, tanto en términos de accesibilidad como de costes, pensar que la disponibilidad de tecnología adecuada se puede solventar mediante la externalización de determinadas partes de la actividad, de modo que la barrera tecnológica existe en perjuicio de las PYMES<sup>71</sup>. Ahora bien, tampoco debe sobre-estimarse el rasgo de la dimensión de las organizaciones productivas, pues el carácter de micro-empresa no es incompatible con una adecuada incorporación y aprovechamiento de las tecnologías de la información y de la comunicación<sup>72</sup>.

Hay que tener en cuenta la importancia de la innovación digital y de que las empresas no pierdan el compás en su continua adaptación a la misma. Desde la perspectiva del mundo de la organización de empresas se ha aludido, con evidente exceso, a la carencia de una flexibilidad suficiente que permita proceder a los “ajustes numéricos necesarios” –es decir, en castellano clásico, a despidos fáciles-, como si el problema de la digitalización estribase apriorísticamente en unas plantillas demasiado engordadas<sup>73</sup>. Es evidente que la escasa digitalización de las empresas es un problema de acceso y gestión la tecnología, no

<sup>70</sup> Sobre este debate, Cabeza Pereiro, J., Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía, *Revista de Derecho Social*, nº 86, 2019, pp. 63 ss.

<sup>71</sup> Arednt, L., *Barriers to ICT...*, cit., p. 84.

<sup>72</sup> *The great divide...*, cit., p. 8.

<sup>73</sup> *Ibid.*

de adecuación de los recursos existentes. Resulta claro que existe un problema posterior de reestructuración y ajuste, pero no es admisible imputar a la normativa protectora del contrato de trabajo el sambenito de impedir que las empresas dispongan de recursos digitales competitivos y perfectamente homologables a los entornos más competitivos. De ahí que parezca más razonable la opinión de que a las personas trabajadoras les incumbe una obligación de formación o de readaptación a los entornos cambiantes de las empresas, obligación que es complementaria del simétrico derecho a la formación<sup>74</sup>. Con todo, no parece que deban derivarse concretas consecuencias disciplinarias del incumplimiento de aquélla, más allá del riesgo evidente de que las aptitudes y profesionalidad de la persona interesada entren en proceso de obsolescencia, con las predecibles consecuencias de la fungibilidad de su estatus profesional en la empresa.

Indudablemente, el problema de digitalización desde la perspectiva de las empresas tiene múltiples condicionantes. Por ejemplo, en el contexto global, no existen empresas europeas que se sitúen entre los grandes gigantes tecnológicos ni que encabecen las estrategias de investigación y desarrollo. Que tal circunstancia se siga produciendo probablemente las aboque a perder su posición competitiva, incluso en aquellos sectores en los que tradicionalmente la producción europea haya estado en la punta de lanza a nivel global. Sin duda, existe una exposición a un riesgo cierto de crisis regional, con efectos previsibles muy considerables en términos de reestructuración, pérdida de empleo y empobrecimiento social<sup>75</sup>.

Por otra parte, el tamaño, como hándicap en la digitalización, puede ir unido a otros problemas añadidos, derivados de cierto envejecimiento organizativo de las empresas, muy característico de no pocas entidades manufactureras o prestadoras de servicios más o menos tradicionales. El perfil de estas entidades es el más expuesto a padecer insuficiencias estructurales en cuanto a las TICs, que además afectan habitualmente a zonas geográficas determinadas cuyas economías padecen las desventajas derivadas de la polarización digital. Ahora bien, no parece plausible interpretar que se trate de tendencias irreversibles, sino de situaciones circunstanciales que solo pueden abordarse a través de políticas públicas y privadas de reducción y eliminación de la brecha digital<sup>76</sup>.

#### **4.5. Brecha digital y teletrabajo**

En el contexto de una onda expansiva en la regulación del teletrabajo como modalidad específica del trabajo a distancia, se hace necesario formular algunas

<sup>74</sup> Del Rey Guanter, S., op. cit., pp. 122 ss.

<sup>75</sup> Una advertencia bien argumentada de este riesgo en Rückert, D., Veugelers, R. y Weiss, Ch., *The growing digital divide...*, cit., pp. 2-3.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 21.

reflexiones específicas en cuanto a su relación con el tópico de la brecha digital. Conviene situar la primera referencia en un momento anterior al advenimiento de la pandemia de la COVID-19. Por aquel entonces, en Europa las personas que tele-trabajaban, en una proporción de cuatro contra una, eran mayoritariamente tituladas superiores<sup>77</sup>.

No es necesario ahora expresar las paradojas y los retos a los que se enfrenta el teletrabajo, que en no pocas ocasiones puede erigirse en una forma de trabajo particularmente precaria, por mucho que en ella el elemento digital y tecnológico es consustancial, como se refleja en cualquier definición más o menos convencional que se formule de ella<sup>78</sup>. Incluso alguna de las reflexiones que se han hecho en relación con los colectivos desfavorecidos y las personas en desventaja les pueden ser de aplicación<sup>79</sup>. No obstante lo cual, la realidad del recurso masivo a él ha puesto de relieve importantes diferencias geográficas, productivas y personales.

En efecto, es importante preguntarse por las diferencias entre unos países y otros en el porcentaje de trabajos y ocupaciones susceptibles de desarrollarse a distancia a través de recursos digitales. Si se compara, vg., los del Norte de Europa con los del Sur, se comprueba una doble explicación: por una parte, la estructura productiva de aquéllos refleja una mayor incidencia y peso de sectores caracterizados por un conocimiento más intensivo, y, por lo tanto, por una mayor relación con la tecnología. Por otra parte, dentro del mismo sector, en estos mismos países el porcentaje de trabajos que se han adaptado para que puedan desarrollarse digitalmente y a distancia es asimismo mucho mayor. De modo que una explicación evidente de la diferencia reside en la necesidad de progresar en el esfuerzo de adaptar los puestos de trabajo a las realidades virtuales. Es evidente que la pandemia obligó a que cada realidad productiva se situara en el óptimo razonable exigible de teletrabajo, pero también lo es que ese óptimo resultó muy variado entre unas realidades internas y otras<sup>80</sup>.

Es decir, no se trata tanto del teletrabajo en acto, sino del teletrabajo en potencia. Expresada la idea en otros términos, puede decirse que la COVID-19 ha exteriorizado una nueva fractura, que perjudica a quienes no están en condiciones

<sup>77</sup> Dato extraído del documento de trabajo de Eurofound Labour market change. Teleworkability and the COVID-19 crisis: a new digital divide?, 2020, en la web wpef20020.pdf.pdf.

<sup>78</sup> El art. 2 b) del RD-Ley 28/2020, de 22 septiembre constituye un ejemplo arquetípico: “aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”.

<sup>79</sup> A este asunto me he referido en Ensayo sobre el trabajo precario..., cit., pp. 81 ss.

<sup>80</sup> Sobre este tema se contienen reflexiones sumamente interesantes en Labour market change..., cit., pp. 13 ss.

de tele-trabajar en comparación con los que sí lo están. Éstos se encuentran en una mejor posición para preservar su empleo y sus condiciones laborales que aquéllos, más expuestos a sufrir las vicisitudes de las reestructuraciones. Nuestra legislación de urgencia constituye un buen botón de muestra: la aplicación del art. 22 o del art. 23 del RD-Ley 8/2020, de 17 marzo se ha supeditado al carácter preferente del trabajo a distancia, de acuerdo con el art. 5 del mismo. El ámbito de “lo tele-trabajable” ha sorteado mucho mejor el terremoto socio-económico de la pandemia.

Se trata, sin duda, de un importante elemento de reflexión, porque constituye otro flanco importante a través del cual se pueden ensanchar las diferencias entre clases sociales, de nuevo a causa de la realidad digital. Ésta se convierte otra vez en un factor de agravamiento de previas polarizaciones entre personas y colectividades.

## 5. HACIA LA EQUIDAD DIGITAL

Las reflexiones que se han expresado hasta ahora confluyen en las grandes diferencias que se han generado en el contexto digital y en el riesgo de que en él se hagan más profundas las diferencias sociales. Como respuesta, se ha acuñado el término de “equidad digital”, por la que se entiende la condición en la cual todos los individuos y todas las comunidades disponen de la capacidad de información tecnológica necesaria para la plena participación en la sociedad, la democracia y la economía. Se enfatiza que es imprescindible para la participación en la vida civil y cultural, en el mercado laboral y para el acceso a todos los servicios básicos. En particular, se requiere el acceso a la formación continua a lo largo de todo el ciclo vital<sup>81</sup>.

Se han descrito cinco condiciones esenciales para que pueda producirse un nivel aceptable de equidad digital: 1) *hardware*, *software* y conectividad a internet; 2) contenidos comprensibles, de alta calidad, y culturalmente relevantes, en lenguas locales y minoritarias; 3) generación de capacidad para crear, compartir e intercambiar contenidos digitales; 4) disponibilidad de educadores con formación para usar las herramientas y recursos digitales; y 5) investigación de calidad sobre la aplicabilidad de las tecnologías en el aprendizaje<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Se trata de un concepto y de unas exigencias expresadas en 2019 por la Alianza Nacional para la Inclusión Digital, una organización constituida en EEUU. Sobre ella y el concepto, Willems, J, Farley, H. y Campbell, Ch., *The increasing significance of digital equity in higher education...*, cit, p. 1.

<sup>82</sup> *Ibid.*

En realidad, ya en 2003<sup>83</sup> se había hecho hincapié acerca de la necesidad de que todas las personas, dondequiera que estén, deben tener la oportunidad de participar, de modo que nadie quede excluido de los beneficios que ofrece la sociedad de la información. Sin embargo, estos principios no se han transformado hasta la fecha en una praxis política concreta que pueda promover una sociedad digitalmente más equitativa.

El reto de la equidad digital hasta ahora se ha transformado en un proyecto de Ley que ha entrado en el Congreso Federal de USA en 2019, a instancia de la senadora Patty Murray. En esencial responsabiliza a la Administración Nacional de Telecomunicaciones e Información (NTIA) –una agencia pública asesora de la Presidencia- en la gestión de dos programas de financiamiento dirigidos a promover la equidad digital a nivel nacional: por una parte, un programa no competitivo de ayudas dirigido a todos los Estados de la Unión para la organización y puesta en marcha de planes integrales de equidad digital en todos ellos. Por otra, un programa competitivo convocado para financiar proyectos de inclusión digital desarrollados por grupos individuales, grupos coordinados o comunidades de interés. Se trata, en suma, de dos macro-programas de alfabetización y educación digital<sup>84</sup>.

No se trata, por supuesto, de conocer el contenido concreto de este proyecto ni su tramitación actual, pero sí de destacar este sesgo específico que lo caracteriza de norma de equidad. El tópico de la equidad, como concepto de integración civil y social, aproxima el problema de la brecha digital al ámbito de los derechos civiles y políticos, y también a los económicos, sociales y culturales. Desde esta perspectiva debe contemplarse actualmente, por lo que a nuestro sistema constitucional afecta, como un asunto que invoca a los poderes públicos, en los términos del art. 9.2 de la Constitución, para que promuevan las condiciones de una igualdad real de los individuos y de los grupos sociales. Y, por supuesto, para que remuevan los obstáculos que la impidan o dificulten y faciliten la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social.

La alfabetización y formación continua en materia digital se erige, así pues, como un deber positivo de los Estados, más allá, por supuesto, del ámbito del empleo y de la ocupación. En este contexto, en todo caso cobra su importancia específica como elemento de integración socio-laboral de las personas y de efectivo disfrute del derecho al trabajo, en los términos en los que se expresa constitucionalmente.

<sup>83</sup> En la Conferencia Mundial de la Sociedad de la Información (ibid., p. 3).

<sup>84</sup> Más información al respecto en <https://www.digitalequityact.org/>.

## 6. CONCLUSIÓN

La digitalización, muy a pesar de todas las esperanzas que se han puesto en ella, ha supuesto más bien un factor de profundización en las diferencias sociales y de discriminación hacia colectivos vulnerables y victimizados. La brecha digital se manifiesta en una doble dirección: por una parte, como consecuencia de desigualdades previas que se reciben y se ensanchan en el mundo de las TICs. Por la otra, como causa de otras tantas disparidades de las cuales son víctimas, en la mayor parte de las ocasiones, los mismos individuos y grupos que padecen peores situaciones de partida.

La dificultad no estriba en exclusiva en el acceso a la red. Sin duda que el propio acceso es problemático, y tanto más cuando se asiste a un aceleramiento tecnológico sin precedentes. Pero a él se suman otros retos igualmente fundamentales, e incluso más difíciles de superar. En particular, se trata de generar conocimiento y formación suficiente y continuada y condiciones apropiadas para que la sociedad y las personas particulares puedan disfrutar de todas las oportunidades de la comunicación y de las interrelaciones globales.

Bien lejos de ese disfrute generalizado, la red se conforma cada vez más como un espacio dominado por un oligopolio de gigantes tecnológicos, ya sean públicos o privados, que generan unas reglas desigualitarias y muy poco democráticas. La capacidad de incidencia en ese contexto por parte de los Estados y de los Gobiernos sin duda es limitada, pero sobre ellos se asienta un deber positivo de hacer efectivos los derechos digitales en toda su extensión, mediante las medidas pertinentes que sean necesarias.

En el contexto de la digitalización, se plantean problemas específicos en relación con discriminaciones muy arraigadas en la sociedad, en particular la que se produce por razón de sexo y de edad, aunque también por discapacidad. En cuanto a las dos primeras, los estereotipos sociales preexistentes, sumados a la violencia y el acoso, que se reproducen con la misma o con mayor intensidad en la red, generan espacios de exclusión digital que, a la postre, incrementan las discriminaciones de partida. Por lo que al espacio laboral o profesional se refiere, dificultan extraordinariamente el mantenimiento de su vinculación con el mercado de trabajo.

El impacto de las comunicaciones digitales en el empleo reviste cierta complejidad. Contrariamente a las presuposiciones que pudiesen plantearse, lo cierto es que el vector más amenazado es el del trabajo medianamente cualificado. En efecto, el avance tecnológico permite el desarrollo automatizado de tareas que revisten ciertos niveles de complejidad y la toma de decisiones correspondientes a niveles intermedios de gobierno corporativo, a través del recurso a los algoritmos y al *big data*. Adicionalmente, y por supuesto, todos los

trabajos caracterizados por procesos rutinarios se sitúan en posición de riesgo. De lo cual debe concluirse que la recualificación profesional emerge como una necesidad imperiosa y urgente, que debe acometerse de forma prioritaria a través de la formación en el empleo, mejor que en la formación para el empleo, y sin perjuicio de que en ésta la digitalización profesional tenga que abordarse como una exigencia transversal para todas las profesiones, todos los sectores y todos los niveles productivos.

Desde una perspectiva organizativa, la digitalización de determinadas entidades empresariales, y muy en particular de las empresas de reducida dimensión con actividades y estructuras muy tradicionales, resulta necesaria para su viabilidad futura. Lo cual no guarda una relación apriorística con una reducción del volumen de empleo, pero sí con la recualificación de las personas que trabajan para ellas. En particular, la posibilidad de que el mayor número posible de puestos de trabajo sean susceptibles de desarrollarse, si fuera necesario, mediante teletrabajo emerge como una garantía de mantenimiento de la actividad, del empleo y de la profesionalidad.

Finalmente, en el contexto de todas estas reflexiones, frente al concepto de brecha digital debe postularse el de equidad digital, como tópico de derechos humanos, vinculado a los derechos civiles y de participación pública, pero también a los económicos, sociales y culturales. La equidad digital, como una de las exigencias en las que en el siglo XXI se asienta la dignidad personal y colectiva, constituye una obligación positiva de todos los gobiernos en sus diferentes estructuras estatales, nacionales y locales, y de todas las entidades supranacionales.





# EL ALGORITMO COMO PROTAGONISTA DE LA RELACIÓN LABORAL. UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN\*

CARMEN SÁEZ LARA

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

Universidad de Córdoba

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Algoritmo, discriminación, legislación, ocupación y empleo

La inteligencia artificial se está desarrollando rápidamente y puede mejorar las condiciones de trabajo, actuando frente a las discriminaciones en las empresas. Aprovechar las oportunidades que ofrece la inteligencia artificial y abordar los retos que presenta, desde la perspectiva del derecho a la igualdad en las relaciones de trabajo, es el objeto de este trabajo, pues si los pronósticos se cumplen y la actual pandemia determina una aceleración digital, será preciso abordar la actualización de la tutela antidiscriminatoria, por parte de la normativa laboral. Para ello, se ha partido de identificar los rasgos que definen la discriminación algorítmica, como categoría jurídica, y frente a la cual la tutela antidiscriminatoria ha de actualizarse incorporando exigencias de transparencia, explicabilidad y evaluación o auditoría. Si el proceso de la IA es imparable, es preciso regularlo desde la protección de la igualdad y la promoción de la diversidad, también dentro de nuestras empresas, y por tanto promover el uso de algoritmos justos y equitativos.

## ABSTRACT

**Key words:** Algorithm, discrimination, legislation, occupation and employment

Artificial intelligence is developing rapidly and can improve working conditions, acting against discrimination in companies. Taking advantage of the opportunities offered by artificial intelligence and addressing the challenges it presents, from the perspective of the right to equality in labor relations, is the object of this work, because if the forecasts are met and the current pandemic determines a digital acceleration, it will be necessary to address the updating of anti-discrimination protection, by the labor regulations. For this purpose, the starting point has been to identify the features that define the algorithmic discrimination, as a legal category, and against which the anti-discrimination protection must be updated by incorporating transparency, explainability and evaluation or audit requirements. If the AI process is unstoppable, it must be regulated from the protection of equality and the promotion of diversity, also within our companies, and therefore promote the use of fair and equitable algorithms.

\* 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.

## ÍNDICE

1. LA ERA DE LOS ALGORITMOS Y LA RELACIÓN DE TRABAJO
2. DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA: NUEVOS RASGOS Y NUEVOS RIESGOS
3. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA A LAS DECISIONES EMPRESARIALES AUTOMATIZADAS DISCRIMINATORIAS
4. PROPUESTA DE ACTUALIZACIÓN NORMATIVA EN ESTADOS UNIDOS
5. PROPUESTAS DESDE LA UNIÓN EUROPEA
  - 5.1. Estrategia Europea en IA: Marco ético respetuoso de derechos y valores
  - 5.2. El RGPD: garantía de las personas frente a las decisiones únicamente automatizadas
  - 5.3. El derecho de explicación sobre las decisiones basadas únicamente en procesos automatizados
  - 5.4. Propuestas de protección de los derechos fundamentales en el desarrollo y uso de algoritmos
6. A MODO DE RECAPITULACIÓN Y PROPUESTAS PARA ESPAÑA

## 1. LA ERA DE LOS ALGORITMOS Y LA RELACIÓN DE TRABAJO

Este siglo XXI se caracteriza por una importancia creciente de las decisiones automatizadas, de las decisiones basadas en aplicaciones de Inteligencia Artificial (IA), en sistemas algorítmicos<sup>1</sup>, que, con o sin intervención humana decisoria, producen efectos relevantes sobre las personas en el ámbito económico, social y jurídico. El análisis de macrodatos, a través de sistemas de aprendizaje automático, ha facilitado la creación de perfiles y ha automatizado las decisiones, en un número creciente de sectores, tanto privados como públicos<sup>2</sup>. El elevado volumen de información recopilada es precisamente el que requiere o hace necesarias formas de procesamiento automático, pues ningún cerebro humano podría tener en cuenta tal número de datos sobre un individuo. Igualmente en el mundo de la empresa, los algoritmos son ya herramientas de gestión empresarial. En 2016, Goldman Sachs anunciaba la introducción de un modelo algorítmico de gestión automática que incluía, entre otras decisiones de gestión de personal,

<sup>1</sup> Según el Grupo de Alto Nivel creado por la Comisión Europea, en el marco de su Estrategia sobre Inteligencia Artificial (IA), (Directrices éticas sobre una inteligencia artificial fiable, 2019) el término IA alude a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, al ser capaces de analizar el entorno y realizar acciones, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos. Una de las ramas de la IA, es el Aprendizaje Automático o *Machine Learning* (ML). El ML diseña modelos predictivos que construyen por sí mismos la relación entre las variables a estudiar mediante el análisis de un conjunto inicial de datos, la identificación de patrones y el establecimiento de criterios de clasificación. Una vez fijados los criterios, al introducir un nuevo conjunto de datos el componente IA es capaz de realizar una inferencia. Por su parte, el algoritmo establece un sistema matemático de solución de problemas.

<sup>2</sup> El sector de asistencia sanitaria, de los seguros, sector bancario y financiero, la mercadotecnia y la publicidad son solo algunos ejemplos de los ámbitos en los que se lleva a cabo con más regularidad la elaboración de perfiles, para contribuir al proceso de toma de decisiones.

contratación y despidos. Un sistema algorítmico emplea la Agencia Estatal de Empleo en Austria (AMS) para la clasificación de los trabajadores y conocidas plataformas, como Glovo o Deliveroo, también se valen de un algoritmo para fijar los niveles de pago de los repartidores, determinando cómo se combinan la oferta y la demanda, cuál es el pago y cuáles son las consecuencias si un trabajador de la plataforma recibe calificaciones positivas o negativas<sup>3</sup>.

Pues bien, estas decisiones automatizadas tienen el potencial de afectar de forma significativa a los derechos y libertades de las personas y su utilidad para las organizaciones, al ofrecer respuestas eficientes con ahorro de costes, no debe ocultar sus riesgos para los derechos de las personas afectadas. La protección de las personas físicas, en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental, al igual que el derecho a la intimidad y el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, que deben seguir siendo garantizados frente a decisiones automatizadas con virtualidad para lesionarlos.

Sin embargo, algoritmo, sesgo y discriminación son términos que se conectan frecuentemente<sup>4</sup>. En efecto, un aspecto crítico de los sistemas de IA es el de la posible existencia de sesgos o “*bias*”, que serían desviaciones inadecuadas en el proceso de inferencia. Los sesgos son particularmente graves cuando, por ejemplo, derivan en discriminaciones de un grupo en favor de otro. Aunque el sesgo de la decisión no es un problema particular de los sistemas de IA, sino que es general de cualquier proceso de toma de decisión, ya sea humano o automático, sí es preocupante que la elaboración de perfiles pueda perpetuar los estereotipos existentes y ampliar la segregación social.

Como ya se ha señalado, decisiones de contratación laboral o de atribución de productividad con efectos salariales se desarrollan a través de algoritmos y lo preocupante es el sesgo discriminatorio de las mismas que, en algunos casos, ha sido noticia en conocidas empresas y objeto de estudios académicos, en muchos otros<sup>5</sup>. Como informaron los medios de prensa, Amazon tuvo que dismantelar en

<sup>3</sup> Vid STS de 25/09/2020, rec. 4746/2019.

<sup>4</sup> Vid., Zuiderveen Borgesius, F., (*Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Consejo de Europa, 2018, pp.11-14) sobre discriminaciones algorítmicas, en materia de política criminal preventiva, de selección de alumnos y de selección de trabajadores, publicidad, precios, sistemas de búsqueda a través de imágenes e incluso en el ámbito de las herramientas de traducción. Vid., Barocas S., Selbst, A., (Big Data’s Disparate Impact, *California Law Review*, 104/2016, p. 671) sobre casos de impacto adverso asociados a decisiones algorítmicas. Un trabajo clásico, con abundantes supuestos de hecho, es el de O’Neil, C., *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*, Crown, 2016.

<sup>5</sup> Si un algoritmo de contratación utiliza, en su búsqueda de los empleados más estables, el criterio predictivo de la distancia entre el lugar de trabajo y su domicilio, producirá un impacto racial desproporcionado, dado que en muchas ciudades la discriminación ha modelado patrones

2018 su sistema de contratación algorítmica, cuando tras un año de utilización se comprobaría que desfavorecía a las mujeres, pues el sistema prefería a los candidatos hombres. El sistema algorítmico de la Agencia Estatal de Empleo en Austria (AMS) presenta el riesgo de asignar las mujeres desempleadas a un grupo inferior, incluso si su experiencia y calificaciones coinciden con las de un hombre<sup>6</sup>. También, en relación con la edad como factor de discriminación, su relevancia en las plataformas de búsqueda de empleo está cada vez más documentada, particularmente, a los efectos de eliminar o disuadir a los solicitantes de empleo mayores de determinada franja de edad<sup>7</sup>. Igualmente, en diversos estudios se ha analizado detenidamente la discriminación salarial de las trabajadoras de plataformas; plataformas que usan algoritmos para fijar los niveles de pago<sup>8</sup>.

Ahora bien, partiendo de recordar que en el ámbito de la relación laboral el empleador está vinculado por la prohibición de discriminación, la cuestión que surge inmediatamente sería la de la efectividad de esta prohibición para evitar sistemas algorítmicos sesgados o con impacto adverso sobre determinados grupos de personas trabajadoras. A estos efectos, habría que plantear si puede hablarse de la existencia de una “discriminación algorítmica” distinta de la decisión humana discriminatoria, es decir, de una nueva categoría jurídica, cuyos rasgos diferenciales exijan la adaptación del marco normativo antidiscriminatorio.

## 2. DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA: NUEVOS RASGOS Y NUEVOS RIESGOS

La primera dificultad para hacer frente a los efectos discriminatorios de las decisiones automatizadas radica precisamente en los rasgos que las caracterizan y que determinan nuevos riesgos y desafíos para la tutela antidiscriminatoria. La investigación jurídica debe partir de conocer los caracteres más destacados o sobresalientes, aquellos que las tecnologías digitales aportan al viejo problema de la discriminación en las relaciones laborales. A mi juicio, tres características

residenciales. Vid. Kim, P. T. Data-driven Discrimination at Work, *William. & Mary Law Review*, 58/2017, pp. 863 y 864.

<sup>6</sup> Vid., Allhutter D., Cech F., Fischer F., Grill G., Mager A., Algorithmic Profiling of Job Seekers in Austria: How Austerity Politics Are Made Effective, *Frontiers Big Data*, 21February 2020, <https://doi.org/10.3389/fdata.2020.00005>, p. 7. De otra parte, hemos de recordar en EEUU, el caso de *HireVue* que ofrece entrevistas virtuales con solicitantes de empleo. Esta plataforma utiliza una herramienta novedosa para la contratación que identifica la expresión facial, indicaciones de voz, elección de palabras. El problema estriba es que el sistema de análisis facial utilizado tiene dificultades para leer las caras de mujeres de piel oscura.

<sup>7</sup> Vid., Ajunwa, I., Age Discrimination by Platforms, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 40/2019, pp. 27 y 28.

<sup>8</sup> Vid., Kullmann M., Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 34/2018, p. 20.

definitorias de la discriminación algorítmica son invisibilidad, intensidad y complejidad técnica.

El primer rasgo que caracteriza a la llamada discriminación algorítmica es su invisibilidad. Es así un riesgo invisible pues se afirma que el sesgo o el efecto discriminatorio sería común a cualquier decisión, (ya sea humana o automatizada); y en todo caso es mayor el riesgo discriminatorio de la decisión humana<sup>9</sup>. La evidencia de los efectos discriminatorios de las decisiones automatizadas no puede ocultarnos, se insiste, el sesgo en la toma de decisiones humanas. De hecho, la automatización de los procesos de toma de decisiones se presenta como una forma de evitar decisiones humanas subjetivas y sesgadas, al reemplazarlas por una técnica neutral. Conectado a este rasgo se encuentra la incuestionable creencia en la objetividad de los datos, que determina una aceptación acrítica de estos sistemas algorítmicos; proclamados como oráculos, consecuentemente, son aceptados sin análisis ni evaluación. Esta invisibilidad también se proyecta en la ausencia de responsabilidad humana sobre los resultados sesgados o discriminatorios, dada la opacidad de la participación humana en las decisiones automatizadas.

Un segundo aspecto novedoso de la discriminación algorítmica es su extensión e intensidad. Dado el elevado volumen, velocidad y variedad de datos usados, en cualquier proceso automatizado de contratación o decisión empresarial, cualquier sesgo introducido en el sistema magnificará y multiplicará sus efectos.

En consecuencia, la aplicación de la IA a la toma de decisiones no deja de ser, paradójica. Por un lado, tal automatización podría ser un intento de prevenir la discriminación, pero por otro lado, existe evidencia de que los procesos algorítmicos de toma de decisiones pueden frustrar los objetivos de las leyes antidiscriminatorias y servir para reproducir las desigualdades a mayor escala. En efecto, los sesgos existen en los sistemas algorítmicos, al igual que en el mundo real y estos sistemas reproducen o repiten las discriminaciones del mundo real. De una parte, estos efectos discriminatorios pueden producirse al margen de cualquier intención de discriminar pues género o raza pueden estar estadísticamente asociados con determinado criterio o rasgo, como la productividad del trabajador, de forma que un criterio admitido serviría para autorizar uno vedado. Pero, de otra parte, se afirma que tampoco debe descartarse totalmente la idea de que estos sistemas automatizados sirvan para “blanquear” decisiones humanas

<sup>9</sup> Bornstein, S., (Antidiscriminatory Algorithms, *Alabama Law Review*, 70/2018, p. 570) cuestiona el rigor de los estudios que muestran que las decisiones automatizadas son menos sesgadas que las decisiones humanas.

discriminatorias, configurando sistemas algorítmicos que excluyan determinados colectivos o minorías. Algunos autores describen mecanismos que permiten configurar procesamiento de datos discriminatorios y que podrían así blanquear decisiones intencionalmente discriminatorias<sup>10</sup>.

El tercer rasgo de la discriminación algorítmica es su complejidad técnica. En las aplicaciones de componentes de IA intervienen múltiples elementos técnicos<sup>11</sup>, pero también humanos, que hay que tener en cuenta para determinar sus implicaciones sobre los derechos de las personas. Para determinar estas implicaciones sobre los derechos (y en concreto sobre la prohibición de discriminación) será preciso saber cómo funciona la IA. Los sistemas algorítmicos no sólo se basan en una correlación o unión de datos sino que la interpretación está en el centro del análisis de estos datos. Pueden surgir sesgos de los datos, pero también de la llamada caja negra, es decir de la definición del algoritmo, de la forma en que éste trabaja y de su facultad de predicción, derivados de los sesgos presentes en la sociedad. Atendiendo a este rasgo de la complejidad técnica, abordar las exigencias de la tutela antidiscriminatoria frente a la discriminación algorítmica conduce, en primer lugar, en la dirección de promover o imponer el desarrollo de de sistemas menos sesgados y más justos.

Para concluir este apartado creo necesario insistir en la idea de que debemos huir de debates estériles conectados con los destacados rasgos de la discriminación algorítmica. Así, comparar decisiones humanas y decisiones automatizadas desde la perspectiva de su naturaleza o efectos discriminatorios; es decir, considero desaconsejable el debate en torno a si las decisiones empresariales basadas en procesos automatizadas producen un mayor o menor impacto discriminatorio que las basadas en la voluntad humana. Tampoco creo acertado contraponer las soluciones técnicas y las jurídicas frente a la discriminación algorítmica, afirmando que se trata solamente de un problema técnico, que se soluciona con algoritmos justos y equitativos. Las soluciones técnicas, a mi juicio, necesitarán para su implantación y generalización del impulso y promoción de las normas jurídicas.

A mi juicio, la pregunta correcta es si el marco normativo actual es adecuado para hacer frente a las decisiones automatizadas discriminatorias atendiendo a los rasgos descritos. El debate necesario debe enfocar las exigencias de actualización del marco normativo para hacer frente a los nuevos riesgos, derivados de aquellos rasgos diferenciales. Es preciso coordinar el enfoque técnico y jurídico para

<sup>10</sup> Vid., Barocas, S., Selbst, A., *Big Data's Disparate Impact*, cit., p.675. Ampliamente, sobre el tema, vid., Kim, P. T. *Data-Driven Discrimination at Work*, cit., p. 884.

<sup>11</sup> Puede relacionar estos tratamientos con Big Data, Internet de las Cosas (IoT), 5G/sistemas móviles, Edge Computing y Computación en la Nube. Vid., AEPD, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial*, Una introducción, Febrero, 2020, p. 7.

hacer frente a los riesgos discriminatorios de las decisiones automatizadas. Desde nuestra perspectiva jurídica, lo relevante será arbitrar un sistema de garantías que permita el conocimiento de estos sistemas algorítmicos, a los efectos de impedir que se adopten decisiones discriminatorias. Debemos centrarnos, en fin, sobre la necesaria coordinación entre el enfoque técnico y jurídico; sobre qué deberá hacerse transparente para que las decisiones automatizadas puedan ser revisables, y así garantizar también frente a ellas la prohibición de discriminación en el mundo del trabajo<sup>12</sup>. Analizaremos, a continuación, la efectividad del marco normativo de la prohibición de discriminación en el empleo y la ocupación y, a continuación, las diversas propuestas formuladas desde EEUU y desde la Unión Europea para la protección de la igualdad frente a las aplicaciones de la IA.

### **3. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA A LAS DECISIONES EMPRESARIALES AUTOMATIZADAS DISCRIMINATORIAS**

La normativa europea y española en materia de igualdad en la ocupación y el empleo<sup>13</sup> protege a las personas frente a discriminaciones directas e indirectas basadas en criterios vedados de diferenciación como sexo, raza, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y que, entre nosotros el art. 14CE extiende, ampliamente, a cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Como se sabe, existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos antes mencionados y existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas de los colectivos definidos por los anteriores motivos (sexo, raza, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual), salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda

<sup>12</sup> Una IA fiable debe ser en primer lugar transparente y explicable y un primer inconveniente será jurídico, toda vez que el proceso de construcción de un algoritmo es confidencial, al estar amparado bajo la normativa de propiedad industrial.

<sup>13</sup> En materia de empleo y ocupación: Directiva 2000/78/CE de 27/11/2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; Directiva 2006/54/CE de 5/7/ 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; 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: Arts. 17, 22.3, 24.2, 28 y 85.1 y 2; Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo: Arts. 33.4 f) y 35.



justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios<sup>14</sup>. Frente a la relevancia del elemento intencional en la discriminación directa, es su efecto negativo o *adverse impact* en el concepto norteamericano, sobre un colectivo tutelado y la inexistencia de justificación, los dos elementos de prueba decisivos, bajo el test de la discriminación indirecta.

Pues bien, algunos caracteres de la discriminación algorítmica como su objetividad (y autoridad matemática) y el ahorro de costes y tiempo en el ámbito de cualquier decisión empresarial, conllevarán problemas de prueba, tanto bajo del test de la discriminación directa como indirecta. Sus destacados rasgos de invisibilidad y complejidad técnica introducen elementos no considerados en la conceptualización de ninguna de estas formas de discriminación prohibida.

Atendiendo a los conceptos de discriminación directa o intencional y de discriminación indirecta o por su efecto adverso, este segundo concepto parecería, en principio, el más próximo a la denunciada discriminación algorítmica. Las decisiones automatizadas sesgadas que discriminen a personas de colectivos tutelados, por ejemplo, por razón de su género, raza o edad, lo más probable, en efecto, será que, entre nosotros, se analicen bajo el test de la prohibición de discriminación indirecta<sup>15</sup>.

Sin embargo, algunos análisis ya han afirmado que, aunque la prohibición de discriminación indirecta podría abarcar muchos de los efectos discriminatorios de la IA, la aplicación de esta prohibición será difícil<sup>16</sup>. En este sentido, hemos de destacar que la doctrina norteamericana se ha mostrado cauta a la hora de aplicar la normativa antidiscriminatoria en sus actuales términos. Cuando en la decisión empresarial ha jugado un papel los algoritmos de aprendizaje automático resulta particularmente difícil aplicar el canon de interpretación o el test del impacto adverso. La aplicación mecánica de la doctrina del *disparate impact* falla, en

<sup>14</sup> El art. 2 b ii) de la Directiva 2000/78/CE, respecto de las personas con una discapacidad determinada, establece que el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique esta Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el art. 5, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

<sup>15</sup> En la doctrina norteamericana diversos autores han entendido que la discriminación algorítmica podría analizarse tanto desde la teoría del *disparate treatment* como del *disparate impact*. Sobre el tema, vid., Ajunwa I., (The paradox of automation as anti-bias intervention, *Cardozo Law Review*, 41/2020, p. 8) que afirma su “agnosticismo” sobre esta opción formulando un tercera vía.

<sup>16</sup> Vid., Zuiderveen Borgesius, F., *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, cit. p.19. Este autor también ve como debilidad de la normativa antidiscriminatoria para abordar la discriminación algorítmica que esta última se extiende a personas que no están en los colectivos amparados tradicionalmente por la tutela antidiscriminatoria.



efecto, para abordar los riesgos particulares de estos sistemas algorítmicos pues esta doctrina evalúa el uso de test o criterios, que miden habilidades de los trabajadores y se centra en la validez de tales medidas y su relevancia para un trabajo concreto. Por el contrario, los sistemas algorítmicos extraen los datos disponibles, buscando correlaciones estadísticas que conectan variables aparentemente no relacionadas, como los patrones de comportamiento de las redes sociales, con el desempeño laboral<sup>17</sup>. Los modelos algorítmicos no presentan los caracteres que se identifican para una aplicación correcta de la doctrina del *adverse impact*<sup>18</sup>, ya que, en lugar de proporcionar criterios de selección o de evaluación específicos que están justificados por su relevancia para el trabajo, los modelos de datos involucran procesos de decisión opacos, que descansan en correlaciones inexplicables, y carecen de justificaciones empresariales claramente articuladas.

En definitiva, habría que cuestionar esa fácil equiparación de la discriminación algorítmica a un eventual supuesto de discriminación indirecta. En efecto, debemos recordar que el concepto de discriminación indirecta significó la ampliación de la tutela antidiscriminatoria desde la discriminación intencional a la discriminación por efecto no justificada en la necesidad de la empresa. El concepto de discriminación indirecta está dirigido a evitar el uso de criterios neutros, pero con efectos discriminatorios, siempre que no estén justificados por su fin legítimo y no superen un escrutinio de adecuación y proporcionalidad. Sin embargo, cuando nos enfrentamos a una decisión automatizada, el problema supera o desborda el supuesto de hecho que llevaría a la ampliación de la prohibición de discriminación desde las discriminaciones directas a las indirectas. Nos enfrentamos a algo mucho más complejo, a un componente aplicativo de inteligencia artificial para adoptar decisiones parciales o finales automatizadas. Por ello, creo que el tema de la discriminación algorítmica debe abordarse con una nueva ampliación de la tutela antidiscriminatoria; una actualización del marco normativo sobre la igualdad materia de empleo y ocupación.

Como ya se ha afirmado, la aplicación de la IA a la toma de decisiones ha implicado un desafío legal sin precedentes, toda vez que la potencialidad de los sistemas algorítmicos para generar desigualdad y las dificultades para detectar y probar la discriminación de las decisiones empresariales basadas en algoritmos afectan a la efectividad de las leyes antidiscriminatorias<sup>19</sup>. Por ello, es preciso

<sup>17</sup> Vid., Kim, P.T., *Data-Driven Discrimination at Work*, cit., p. 907. Como esta autora señala, incluso se ha venido destacando, en términos más amplios, que la doctrina del *adverse impact* presenta problemas para ser aplicada fuera del contexto en que la misma se origina y desarrolla, el de criterios o prácticas fácilmente identificables.

<sup>18</sup> Vid., Selmi, M., *Was the Disparate Impact Theory a Mistake?*, *UCLA Law Review*, 53/2006, p. 705.

<sup>19</sup> Vid., Cohen, J. E., *Law for the Platform Economy*, *U.C. Davis Law Review*, 51/2017, p. 190

un cambio de estas “herramientas” legales, una extensión de las mismas a estas nuevas realidades tecnológicas. A este objetivo dedicaremos los siguientes apartados.

#### 4. PROPUESTA DE ACTUALIZACIÓN NORMATIVA EN ESTADOS UNIDOS

En la doctrina norteamericana se han formulado diversas respuestas legales frente a la discriminación algorítmica y a los análisis jurídicos que aplican el marco legal vigente<sup>20</sup>, se han contrapuesto los que abogan por actualizaciones y ampliaciones de los supuestos de discriminación prohibidas<sup>21</sup>. En este contexto, se formularía la llamada “teoría del sesgo de clasificación”. Según su autora, una lectura atenta de la normativa (Título VII *Civil Rights Act.*) sugiere que la misma prohíbe directamente las clasificaciones sesgadas. Esta clasificación sesgada se produce cuando los empresarios utilizan sistemas algorítmicos para seleccionar o clasificar (con diversas puntuaciones a trabajadores) que crean desventajas por razón de raza, sexo u otro criterio o característica protegida<sup>22</sup>. Esta teoría, reconoce la antes definida clasificación sesgada como un tipo separado de daño prohibido por la normativa antidiscriminatoria en EEUU<sup>23</sup>. En términos muy similares, se propone la denominada doctrina de la discriminación *per se* de los sistemas algorítmicos con efecto adverso sobre las categorías protegidas, y en la que trasladaría al empresario la carga de probar la necesidad de tales prácticas<sup>24</sup>. Esta doctrina parte de constatar, de un lado, que la línea de la responsabilidad (también empresarial) por los problemas creados por los algoritmos de aprendizaje automático es

<sup>20</sup> Vid., Baroca, S., Selbst, A., Big Data’s Disparate Impact, cit., pp. 671 y 674.

<sup>21</sup> Y al margen de estas existen también propuestas de regulación diversas, como sería la de desarrollar un control administrativo *ex ante*, es decir un régimen de regulación de los algoritmos como el que se usa actualmente para una aprobación previa a la comercialización de medicamentos: Vid Tutt, A., An FDA for Algorithms, *Administrative Law Review*, 68/2017, pp. 20-25.

<sup>22</sup> Vid., Kim, P.T., Data-driven Discrimination at Work, cit., p. 866. Se trata de una propuesta deducida del referido texto normativo y que está dirigida a establecer la responsabilidad empresarial y no del creador del sistema algorítmico pues aunque el citado Título VII de la *Civil Rights Act* se aplica a las agencias de colocación en difícil que pueda alcanzar a las compañías que proporcionen o vendan un sistema algorítmico de contratación.

<sup>23</sup> Teoría que aplicaría a la normativa de la UE, Kullmann M., Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law, cit., p. 18.

<sup>24</sup> Vid., Ajunwa, I. The paradox of automation as anti-bias intervention, cit., p. 45. Dadas las dificultades de prueba, esta nueva teoría de la responsabilidad empresarial modifica las reglas sobre la carga de la prueba, pues el Título VII de la *Civil Rights Act* requiere para establecer la responsabilidad o intención o, en ausencia de intención, un clara prueba del efecto adverso, sin que esté justificado en una necesidad empresarial. Se cita como antecedente de esta teoría que la *National Labor Relations Act* caracteriza algunas acciones empresariales como violaciones normativas *per se*, por ejemplo, un cambio adoptado de forma unilateral por el empresario sobre materias sujetas al deber de negociar.

borrosa y, de otro, que existen dificultades de prueba, para que pueda imputarse responsabilidad a la empresa, en caso de falta de intención de discriminar o de falta de certidumbre sobre los resultados sesgados de un algoritmo.

Y en la misma línea, otras propuestas fundamentan la responsabilidad del empresario, en caso de discriminación algorítmica, en su conducta imprudente. El empresario incurriría en responsabilidad derivada de imprudencia o negligencia, en caso de adoptar decisiones fundadas en sistemas algorítmicos con resultados sesgados, dada la posibilidad de prevenir y rectificar sesgos y estereotipos en las decisiones relativas la gestión de personal en los lugares de trabajo. Atendiendo al desarrollo de herramientas tecnológicas, los empresarios, que conocen el riesgo de los sesgos implícitos, (tienen evidencias sobre de las tendencias que pueden afectar sus decisiones) pueden utilizar algoritmos predictivos para reducir el sesgo de las decisiones, por lo que ante un fallo en materia de prevención, deben ser responsables por discriminación (intencional) derivada de su negligencia o imprudencia.

En definitiva, se afirma que de la prohibición de discriminar en el empleo se deriva un mandato legal de auditoría (interna o externa) de los sistemas de automatizados de decisión, pudiendo constituir la negativa del empresario a auditar y corregir un sistema que determina un sesgo ilegal una *prima facie* de un comportamiento discriminatorio<sup>25</sup>.

## 5. PROPUESTAS DESDE LA UNIÓN EUROPEA

La Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (FRA) ha formulado también diversas propuestas para la protección de los derechos fundamentales en el desarrollo y uso de los algoritmos<sup>26</sup>. Estas propuestas debemos analizarlas en el marco de la Estrategia Europea en IA y en conexión con las soluciones ya avanzadas desde el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)<sup>27</sup>, que constituye, hasta la fecha, la regulación normativa más importante sobre el binomio derechos fundamentales e inteligencia artificial. Si la Estrategia Europea quiere situar a la persona en el centro de la IA, es decir persigue una IA centrada en el ser humano, el RGPD establece la prohibición general de decisiones únicamente

<sup>25</sup> Vid., Ford, R.T., Bias in the Air: Rethinking Employment Discrimination Law, *Stanford Law Review*, 66/2014, p. 1381. Bornstein, S., Reckless Discrimination, *California Law Review*, 105/2017 p. 1056.

<sup>26</sup> Vid., European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) #BigData: Discrimination in data-supported decision making, 2018; European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) Data quality and artificial intelligence, mitigating bias and error to protect fundamental rights, 2019.

<sup>27</sup> Reglamento 619/2016, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD).

automatizadas con efectos jurídicos sobre los interesados (art. 22) y les asegura una intervención humana y garantías como el derecho de explicación y la evaluación de impacto (arts. 13,14 y 15).

### **5.1. Estrategia Europea en IA: Marco ético respetuoso de derechos y valores**

La Estrategia Europea en IA de 25/4/2018<sup>28</sup>, el Plan Coordinado de 7/12/2018, las Directrices éticas sobre IA fiable de abril de 2019, la Resolución Parlamento Europeo de 12/2/2019 y el Libro Blanco sobre IA de 19/02/2020 son un buen ejemplo de que la IA se abordará a nivel europeo desde la perspectiva del respeto a los valores y derechos fundamentales de las personas. En este enfoque de una IA centrada en el ser humano, debe garantizarse un marco que promueva la innovación y además respete principios éticos, como la transparencia y la obligación de rendir cuentas. Ganar la confianza necesaria para que las sociedades acepten y utilicen la IA, exige que la tecnología sea predecible, responsable, verificable, respete los derechos fundamentales y observe reglas éticas.

Para hacer realidad una IA fiable, centrada en la persona y en el respeto de los derechos fundamentales, será necesario establecer exigencias de transparencia, explicabilidad y rendición de cuentas o “responsabilidad algorítmica”. Gracias a la transparencia y explicabilidad deberán identificarse y podrán eliminarse los sesgos discriminatorios, en la fase de recopilación de la información o en los propios métodos de desarrollo del sistema de IA (por ejemplo, la programación del algoritmo). Pero será necesario complementar los requisitos anteriores con la rendición de cuentas, que exige establecer mecanismos que garanticen la responsabilidad de los sistemas de IA y de sus resultados. A estos efectos, sería necesaria la fijación de auditorías independientes, que evalúen los algoritmos (los datos y los procesos de diseño).

### **5.2. El RGPD: garantía de las personas frente a las decisiones únicamente automatizadas**

La Estrategia Europea sobre IA se encuentra directamente inspirada por la regulación del RGPD relativa a las decisiones automatizadas. El Reglamento asegura una intervención humana en las decisiones basadas en procesos automatizadas (incluida la elaboración de perfiles) que determinen consecuencias o efectos jurídicos sobre las personas. Así, de partida, establece como regla una prohibición general de las decisiones “únicamente” automatizadas y, aunque prevé supuestos excepcionales en los que estas serían admisibles, los rodea de

<sup>28</sup> Comunicación de la Comisión Europea de 25/4/2018, sobre la Inteligencia artificial para Europa COM (2018) 237 final; Comunicación de la Comisión Europea de 7/12/2018 sobre un Plan coordinado sobre la inteligencia artificial COM (2018) 795 final.

garantías y derechos de la persona interesada, que están dirigidos a conocer la lógica del proceso decisional y sus efectos. En concreto, establece un “derecho de explicación” y la evaluación de impacto de la IA sobre la protección de datos, que son dos instrumentos relevantes para garantizar los derechos fundamentales.

El art. 22.1 RGPD garantiza el derecho a no ser objeto de una decisión basada “únicamente” en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en el interesado o le afecte significativamente de modo similar. En su interpretación de este art. 22.1 RGPD, el GT29<sup>29</sup> ha señalado que el precepto establece una prohibición general de las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, lo que implicaría que las personas están protegidas automáticamente, frente a las mismas<sup>30</sup>. Estas decisiones exclusivamente automatizadas serían las que se adoptan sin una intervención humana “responsable”, que analice la información procesada y cuente con poder o capacidad de modificar la decisión automatizada<sup>31</sup>.

La protección del citado art. 22 RGPD se extiende a las decisiones únicamente automatizadas, tanto parciales o previas (elaboración de perfiles<sup>32</sup>) como finales o definitivas, pero siempre que produzcan efectos jurídicos o afecten significativamente de modo similar a la persona interesada; por tanto, esa afectación jurídica o significativa a los interesados de las decisiones automatizadas es otra pieza clave del precepto. De esta forma, la decisión debe tener el potencial de afectar significativamente a las circunstancias, al comportamiento o a las elecciones de las personas afectadas; tener un impacto prolongado o permanente en el interesado; o, en los casos más extremos, provocar la exclusión o discriminación de personas. Las

<sup>29</sup> Grupo de Trabajo de protección de datos, del art. 29 de la anterior Directiva 95/46/CE, derogada por el RGPD, actualmente sus funciones las desarrolla el Comité Europeo de Protección de Datos.

<sup>30</sup> Vid., Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29 (GT29), Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, de 3/10/2017, revisadas el 8/2/2018, p. 21. Una interpretación que se apoya también en el Considerando 71 RGPD,.... “Sin embargo, se deben permitir...” y es seguida por la doctrina: Zuiderveen Borgesius, F., *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, cit., p.22; Todolí Signes, A., La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales “big data”, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos, *Revista de Derecho Social*, 84/2018, p.77.

<sup>31</sup> Vid., Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29 (GT29), Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, cit., p.23.

<sup>32</sup> De conformidad con el art. 4.4 RGPD, la elaboración de perfiles es toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.

decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, relativas a la contratación o despido de trabajadores o a su promoción económica o profesional estarían claramente dentro de las decisiones, a las que se refiere el art. 22 RGPD.

Sin embargo, se trata de una prohibición que no es absoluta, pues, excepcionalmente, se admiten tales decisiones, entre otros supuestos, si son necesarias para la celebración o ejecución de un contrato (art. 22.2). Así estarían autorizadas las decisiones “únicamente” automatizadas (incluida la elaboración de perfiles) con efectos jurídicos o similares en el ámbito laboral, que sean necesarias para la celebración y la ejecución del contrato, por ejemplo, cuando el volumen de datos y de personal afectado haga necesario el uso de aplicaciones de IA. En otro caso, estas decisiones automatizadas solo podrán actuar como colaboradores de los responsables empresariales, que analizarán la información procesada y podrán, en ciertos casos, modificar la decisión automatizada.

Finalmente, el RGPD establece importantes garantías frente a las decisiones automatizadas. Cuando se trata de decisiones únicamente automatizadas con efectos relevantes sobre las personas interesadas, el RGPD establece una regulación específica, tanto en relación con los derechos de información de los interesados (arts. 13 y 14), como en relación con el derecho de acceso de estos (art. 15). El responsable debe informar de la existencia de estas decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles y, al menos en tales casos, ofrecer información significativa sobre la lógica aplicada, así como sobre la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado (arts. 13.2.f), 14.2.g) y 15.1.h)<sup>33</sup>. La importancia de este derecho aconseja el tratamiento separado, en el próximo apartado.

### **5.3. El derecho de explicación sobre las decisiones basadas únicamente en procesos automatizados**

Los artículos 13.2.f) y 14.2.g) del RGPD configuran el llamado derecho de explicación sobre la lógica aplicada por las decisiones exclusivamente automatizadas (así como sobre la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado), que deberá realizarse a través de una información específica y de fácil acceso. El RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada; no necesariamente una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo, pero sí una información suficientemente exhaustiva para que el interesado entienda los motivos de la decisión<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Vid. art. 22.3 RGPD.

<sup>34</sup> En sus recomendaciones, el citado GT29 indicaba que, en lugar de ofrecer una compleja explicación matemática sobre cómo funcionan los algoritmos o el aprendizaje automático, el res-

Pues bien, de una parte, no puede desconocerse que la efectividad de este derecho de explicación ha sido puesta en duda por quienes afirman que los algoritmos contemporáneos se basan en modelos, que exhiben una lógica implícita, más que explícita, por lo que la lógica subyacente a su toma de decisiones representaría una “caja negra” ininterpretable<sup>35</sup>. Sin embargo, de otra parte, otros autores destacan el significativo cambio introducido por el RGPD en relación con el poder de control y sanción del incumplimiento de esta obligación por parte de la autoridad de control (arts. 53 y 83). Por ello, se concluye que el derecho de explicación se comprende mejor a la luz de los citados preceptos, que reconocen a la autoridad de control poderes de investigación y sanción necesarios para garantizar la efectividad del derecho a la explicación de las personas afectadas por decisiones automatizadas<sup>36</sup>.

Pues bien, estas garantías y derechos del RGPD en favor de la persona interesada resultan aplicables en el caso de una empresa utilice sistemas automatizados de decisión, incluida la elaboración de perfiles, por ejemplo, para la contratación de sus trabajadores. La empresa estaría obligada así, en primer lugar, a informar sobre la existencia de una decisión únicamente automatizada y el supuesto excepcional en el que se fundamenta su admisión, dada la prohibición general del art. 22.1 RGPD<sup>37</sup>. Además, resultaría aplicable el denominado derecho de explicación sobre la lógica aplicada por el sistema algorítmico, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado. Si estamos ante decisiones únicamente automatizadas (aunque sean parciales)

ponsable del tratamiento debe considerar la utilización de formas claras y exhaustivas de ofrecer información al interesado, por ejemplo: las categorías de datos que se han utilizado o se utilizarán en la elaboración de perfiles o el proceso de toma de decisiones; por qué estas categorías se consideran pertinentes; cómo se elaboran los perfiles utilizados en el proceso de decisiones automatizadas, incluidas las estadísticas utilizadas en el análisis; por qué este perfil es pertinente para el citado proceso; y cómo se utiliza para una decisión relativa al interesado. Vid., Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29, Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, cit., p. 28.

<sup>35</sup> Vid., Goodman, B., Flaxman, S., EU Regulations on Algorithmic Decision Making and “a Right to an Explanation,” *ICML Workshop on Human Interpretability in ML*, 2016; Wachter S., et al., Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law* 7/2017, pp. 76-99.

<sup>36</sup> Téngase en cuenta que las multas previstas por el incumplimiento de esta obligación de informar sobre la lógica de la decisión automatizada puede alcanzar hasta los 20 millones de euros o el 4% del volumen de negocio anual del ejercicio anterior, optándose por la de mayor cuantía, lo que determina que ninguna empresa sea inmune al cumplimiento. Vid., Casey, B., The Next Chapter in the GDPR’s “Right to Explanation” Debate and What It Means for Algorithms in Enterprise, *European Union Law Working Papers*, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2018, p. 42.

<sup>37</sup> Y en su caso, que el proceso de contratación no está basado únicamente en decisiones automatizadas, identificando el grado o nivel de participación de la decisión humana.



habrá de garantizarse al interesado, el derecho a obtener una intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar su decisión. Y finalmente, la empresa estaría bajo los poderes de investigación y sanción de las autoridades de control de protección de datos, entre nosotros de la Agencia Española de Protección de Datos. En esta correlación de derechos individuales y de poderes o competencias de la autoridad de control se encontraría la garantía de la efectividad del derecho de explicación de las personas afectadas por decisiones automatizadas.

Desde una perspectiva dogmática, es preciso destacar que, a través de la aplicación de las garantías establecidas por el RGPD, la libertad sustantiva y formal que caracteriza algunas decisiones de gestión empresarial, como es el caso de las decisiones en materia de contratación o la política retributiva empresarial (en cuanto decisiones no sometidas a causa ni a procedimiento) resultaría limitada, en el caso de la introducción de aplicaciones de IA en la toma de estas decisiones por parte de la empresa.

Por ejemplo, la utilización de sistemas algorítmicos como colaboradores de los procesos de contratación de trabajadores, reduciría la discrecional empresarial y podría, consecuentemente, reducir su sesgo o efectos discriminatorios. De esta forma, ciertamente, la introducción de aplicaciones de IA en las decisiones empresariales de contratación, interesa a la empresa por el ahorro de costes y de tiempo y por las amplias posibilidades de evaluación de múltiples candidatos para contratar a los trabajadores más adecuados. Pero, al mismo tiempo, no deja de ser paradójico que la incardinación de las mismas dentro del ámbito de aplicación del RGPD determine necesariamente la “procedimentalización” de esta facultad empresarial, al quedar sometida a exigencias de transparencia, explicabilidad y evaluación de impacto. Las personas candidatas, participantes en los procesos de contratación automatizados, tendrán garantizados, de conformidad con el citado RGPD, los derechos de explicación, intervención humana, evaluación, revisión e impugnación, analizados. La autoridad con competencia de control en protección de datos, desarrollará sus competencias de investigación y sanción, en caso de denuncias de incumplimiento de aquellas garantías. El intenso control de las autoridades competentes y las eventuales (y significativas) sanciones pecuniarias, establecidas por el Reglamento, podrán garantizar que en las empresas los procedimientos de contratación de las personas trabajadoras se rijan por los principios de transparencia y dación de cuentas.

#### **5.4. Propuestas de protección de los derechos fundamentales en el desarrollo y uso de algoritmos**

La Agencia Europea de los Derechos Fundamentales ha elaborado propuestas de protección de los derechos fundamentales en el desarrollo y uso de



algoritmos que deben ser atendidas. En primer lugar, se apela, a la exigencia de transparencia sobre el proceso de elaboración de los algoritmos, para desarrollar estas herramientas y permitir detectar y, por tanto, rectificar cualquier error en su aplicación. En segundo lugar, se aboga por la realización de una evaluación del impacto de los derechos fundamentales, para identificar posibles sesgos y abusos en la aplicación y en los resultados obtenidos por los algoritmos. Esta evaluación incluye, entre otras, una medición del “potencial de discriminación”, en relación con motivos diferentes, como género, edad, etnia, religión, orientación sexual y política<sup>38</sup>. Transparencia y evaluación deben verificarse tanto sobre la calidad de los datos, como sobre la forma en que funcionan los algoritmos (caja negra) y las facultades predictivas de los mismos

A estos efectos, es esencial la comprobación de la calidad de los datos<sup>39</sup>. Dada la cantidad de datos generados y utilizados, sigue siendo un desafío evaluar la calidad de todos los datos recopilados y utilizados para construir algoritmos. Es esencial recopilar metadatos (es decir, información sobre los datos) y hacer evaluaciones de calidad de la corrección y generalización de los datos<sup>40</sup>. Aunque estas evaluaciones sobre calidad de datos pueden ayudar a comprender y mitigar los efectos discriminatorios de estos sistemas, la evaluación de los algoritmos no puede detenerse aquí; debe extenderse al desarrollo de los algoritmos, a la forma en que trabajan (la llamada caja negra) y a los poderes de predicción de los mismos.

<sup>38</sup> Al mismo tiempo, las evaluaciones de impacto podrían evaluar el posible sesgo de discriminación derivado de usar “proxy” información, como por ejemplo puede ser el lugar de residencia, con respecto a motivos protegidos, raza, en el área de discriminación. Vid., European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) #BigData: Discrimination in data-supported decision making, 2018.

<sup>39</sup> Como ya se destacó, pueden surgir sesgos en la forma de recopilar los datos y de escribir el algoritmo que pueden derivarse de sesgos presentes en la sociedad. Por tanto, la calidad de los datos, (datos incompletos y sesgados puede conducir a resultados discriminatorios) junto con el diseño de los algoritmos y los procesos de reevaluación constante, deberían evitar la aparición de sesgos. La transparencia sobre los datos utilizados en cada sistema ayudará a prevenir la violación de derechos, lo que especialmente importante en casos de *big data*, donde el volumen de datos se valora más que su calidad.

<sup>40</sup> En su propuesta para evaluar la calidad de los datos en las aplicaciones de *Machine Learning*, las preguntas que pueden ayudar a identificar si debido a la calidad de los datos existen potenciales problemas de impacto adverso sobre derechos fundamentales con el uso de un algoritmo serían: 1) ¿De dónde provienen los datos? ¿Quién es responsable para recopilación de datos, mantenimiento y diseminación? 2) ¿Qué información se incluye en los datos? ¿Es la información incluida en los datos apropiados para el propósito del algoritmo? 3) ¿Quién está cubierto en los datos? ¿Quién está subrepresentado en los datos? 4) ¿Falta información dentro del conjunto de datos? ¿O hay algunas unidades solo parcialmente cubiertas? 5) ¿Cuál es el marco temporal y la cobertura geográfica de la recopilación de datos utilizada para construir la aplicación? Debe recordarse que, de momento, no existen estándares acordados sobre la evaluación de calidad de datos para las aplicaciones de *Machine Learning*.

La evaluación de los algoritmos, desde una perspectiva de derechos fundamentales, es una tarea compleja que exige una evaluación global, que incluya los efectos del uso de los datos sobre las libertades y derechos fundamentales, como el principio de no discriminación<sup>41</sup>. Es preciso, pues, una evaluación holística sobre el impacto en derechos fundamentales, en la que la evaluación de los procesamientos de datos debe ser solo una parte. En definitiva, se propone que la protección de los derechos fundamentales frente a la IA se articule en base a exigencias de transparencia y explicabilidad, y una evaluación amplia del impacto sobre los derechos fundamentales. Estas exigencias serían aplicables, por tanto, frente a las discriminaciones algorítmicas.

## 6. A MODO DE RECAPITULACIÓN Y PROPUESTAS PARA ESPAÑA

En las propuestas analizadas, se aprecia un elemento común; la consideración de la discriminación algorítmica como un riesgo frente al que ha de establecerse un marco normativo de tutela preventiva. Más concretamente, centrando su aplicación al ámbito de la empresa y a su actuación en el terreno de la decisión empresarial, esta tutela preventiva frente al riesgo de la discriminación algorítmica impondría al empresario una evaluación de impacto o una auditoría interna para medir y corregir, en su caso, el impacto discriminatorio de las decisiones automatizadas. Las exigencias de transparencia, explicabilidad y evaluación o auditoría algorítmica, sobre las que se insiste desde todas las propuestas indicadas, son ciertamente adecuadas si recordamos los rasgos de invisibilidad, intensidad y complejidad técnica que definían este nuevo riesgo. Sólo a través de la transparencia y explicabilidad podrá evaluarse si el impacto discriminatorio deriva de la (falta de) calidad de los datos, de la forma en que trabajan (la llamada caja negra) o/y de los poderes de predicción de los algoritmos. Sólo así será posible una evaluación holística que mitigue o rectifique el referido impacto.

Configuradas como principios éticos por la Estrategia Europea en IA, la transparencia, explicabilidad y la evaluación o auditoría algorítmica, son las exigencias del estándar de regulación establecido por el RGPD, que constituye un modelo para la normativa antidiscriminatoria. Tras el análisis de la regulación del RGPD puede constatar que la misma presenta carencias, como herramienta frente a la discriminación algorítmica y que, entre otras causas, se han derivado de su déficit de cumplimiento, de su limitado alcance<sup>42</sup>, o del carácter abierto y

<sup>41</sup> Vid., Mantelero, A., AI and Big Data: A blueprint for a human rights, social and ethical impact assessment, *Computer Law and Security Review*, 34/2018, p. 772

<sup>42</sup> Su limitado alcance deriva de que parte de los procesos algorítmicos están fuera del alcance de esta normativa de protección de datos, que solo se aplica cuando se procesan datos personales.

abstracto de sus normas<sup>43</sup>. En cualquier caso, aunque ofrece posibilidades para combatir la discriminación, tal vez sea aún demasiado pronto para evaluar el efecto del RGPD como una herramienta frente a la discriminación<sup>44</sup>. En consecuencia, resulta necesaria la adaptación de la normativa antidiscriminatoria sobre la base de los estándares previstos por el citado RGPD, que convergen con las propuestas de la doctrina de EEUU para el control de las decisiones algorítmicas sesgadas y articuladas, igualmente, en base a instrumentos o herramientas de transparencia, información y auditoría algorítmica.

Sobre la base de todo lo anterior, la propuesta para la regulación española nos llevaría a introducir en nuestra normativa laboral la obligación legal del empresario de evaluar el impacto discriminatorio de las decisiones automatizadas incluida la elaboración de perfiles, con efectos sobre las personas trabajadoras, en el empleo y en las condiciones de trabajo, a través de una reforma del art. 17 LET. Además, la relevancia colectiva del impacto discriminatorio de las decisiones empresariales ha de ser atendida mediante la acción de los sujetos de representación y tutela del interés colectivo, que son los representantes sindicales. Deben ser los representantes legales de los trabajadores, por tanto, los titulares del derecho de información y explicación sobre los sistemas algorítmicos de contratación o de gestión de personal y a los que la norma debe, reformándose el art. 64LET, igualmente, garantizar competencias de participación y control sobre las auditorías algorítmicas. Finalmente, podríamos plantear el debate sobre la oportunidad legal de fomentar un cumplimiento de esta obligación que excluya la responsabilidad empresarial, lo que significa la promoción de algoritmos justos y equitativos. De hecho, resultaban esperanzadoras las palabras de Bryce Goodman, cuando afirmaba que “en el pasado, las empresas han dedicado inmensos recursos para mejorar el algoritmo de actuación y, en el futuro, esperamos ver inversiones similares en la promoción de algoritmos justos y responsables”<sup>45</sup>.

No se aplica a los modelos predictivos porque no se relacionan con personas identificables. Vid. Zuiderveen Borgesius, F., *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, cit., p. 24.

<sup>43</sup> Además la normativa de protección de datos tiene reglas estrictas sobre “categorías especiales” de datos (a veces llamados “datos confidenciales”), que las organizaciones no podrán pues utilizar, y ello conlleva un desafío para evaluar y mitigar la discriminación, toda vez que los métodos para abordar la discriminación en los sistemas de IA suponen implícitamente que las organizaciones tienen estos datos confidenciales. Por último, como ya se vió, incluso cuando las explicaciones de las decisiones de IA pueden ser legalmente requeridas por el RGPD (o el Convenio 108+) a menudo es difícil explicar la lógica detrás de una decisión, cuando un sistema de IA, que analiza grandes cantidades de datos, llega a esa decisión.

<sup>44</sup> Se necesita más investigación legal sobre cómo la ley de protección de datos podría ayudar a mitigar los riesgos de discriminación: Vid., Zuiderveen Borgesius, F., op. cit., p. 24.

<sup>45</sup> Citado por Casey, Bryan, *The Next Chapter in the GDPR’s “Right to Explanation” Debate and What It Means for Algorithms in Enterprise*, cit., p. 56.

Si el proceso de la IA es imparable, es preciso regularlo desde la protección de la igualdad y la promoción de la diversidad como valor, también dentro de nuestras empresas, y por tanto promover el uso de algoritmos justos y equitativos. De esta forma, la intervención normativa, además de conjurar el riesgo de que los sistemas algorítmicos perpetúen los sesgos y la discriminación en el empleo y la ocupación puede convertirlos en la oportunidad de avance de la igualdad y la diversidad en el mundo de la empresa<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> El proyecto a nivel europeo FA\*IR se basa en la aplicación de un algoritmo para frenar la discriminación en los procesos de búsqueda de empleo; su objetivo es la creación de un motor de búsqueda justo que persiga los agravios producidos en los portales digitales de empleo, rectificando su funcionamiento en pro de la igualdad. Hay que tener en cuenta que los algoritmos pueden aprender patrones discriminatorios y generar efectos sistemáticamente negativos sobre colectivos concretos, ya que no están programados para corregir prejuicios humanos. Frente a esta realidad, FA\*IR es capaz de crear un algoritmo de búsqueda que, sin afectar a la validez del ranking, podrá reorganizar los resultados con un mecanismo de acción positiva que detecte y relegue los mecanismos discriminatorios, incapacitando el sesgo étnico, de género o de edad.

# DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL MARCO DE LA RELACIÓN LABORAL\*

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

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

Universidad Complutense de Madrid

## EXTRACTO

**Palabras clave:** contrato de trabajo, consentimiento, datos personales, interés general, intimidad, vida privada

Nacido de otros derechos, como la intimidad o la vida privada, la protección de datos personales constituye hoy en día un derecho autónomo dotado de contenido específico. Es, de todos modos, un derecho muy peculiar, tanto por su naturaleza como por su régimen jurídico, inusualmente desarrollado y extraordinariamente complejo. En el ámbito de las relaciones de trabajo sirve sobre todo como salvaguarda de la persona del trabajador frente a los poderes empresariales, aunque también puede ejercitarse en otras situaciones y frente a otros sujetos. Goza de ciertas garantías de índole administrativa y de los medios de tutela propios de los derechos fundamentales.

## ABSTRACT

**Key words:** employment contract, consent, personal data, general interest, privacy

ersonal data protection, a concept originated from other rights such as privacy, is nowadays an autonomous right with specific content. It is in any case very peculiar due to both its very nature and its legal regime, unusually developed and extraordinarily complex. At working level, it serves as a safeguard for the worker in front of corporate powers, although it can also be exercised in other situations and in front of other parties. Personal data protection holds specific administrative guarantees and means of enforcing fundamental rights.

\* 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.

**ÍNDICE**

1. PLANTEAMIENTO
2. NATURALEZA JURÍDICA
3. RÉGIMEN JURÍDICO
4. TITULARIDAD Y RADIO DE ACCIÓN
5. CONTENIDO, ALCANCE Y LIMITACIONES
6. MODO DE EJERCICIO Y CONDICIONES DE OPERATIVIDAD

**1. PLANTEAMIENTO**

Hoy en día podemos decir con firmeza que la protección de datos personales ha alcanzado definitivamente la condición plena de derecho. Ha pasado a ser, para decirlo con mayor exactitud, un nuevo ingrediente del catálogo de derechos básicos o fundamentales de las personas. Sin embargo, no parece que esa indiscutible dimensión de derecho se corresponda por completo con el modo de tratamiento de la protección de datos personales en el seno de la doctrina científica, cuando menos hasta fechas muy recientes. Da la sensación, en efecto, de que las reflexiones académicas sobre esta novedoso frente de preocupaciones de las sociedades modernas se han inclinado en mayor medida hacia la composición o el análisis de su régimen jurídico que hacia el desentrañamiento del derecho que, se quiera o no, constituye el eje o epicentro de todo ese entramado normativo. Hemos mirado más, por decirlo de otra manera, hacia el tejido regulador de la protección de datos personales que hacia el derecho que le sirve de sostén. No es, de todas formas, un pecado grave ni irreparable. Se trata más bien de una actitud disculpable, que puede explicarse con relativa facilidad. A poco que se reflexione, pueden detectarse razones sobradas para entender esa curiosa orientación metodológica<sup>1</sup>.

Antes que nada, hay que ser conscientes de que los ordenamientos jurídicos iniciaron su entrada en este moderno escenario de la realidad social y normativa mediante la aportación de reglas de comportamiento para los interesados, sin haber procedido aún la acuñación del derecho y mucho menos a su proclamación solemne o formal. Así pudo comprobarse tanto en la pionera regulación del Convenio del Consejo de Europa 1981 como en la Directiva 95/46/CE, destinadas principalmente a gestionar el uso de datos personales en las relaciones sociales, bien es verdad que sobre el presupuesto de la necesidad de proteger en dicho contexto los derechos pertinentes. Y así puede detectarse también en la muy peculiar fórmula utilizada por el artículo 18.4 de nuestra Constitución, que,

<sup>1</sup> Una orientación metodológica de la que desde luego ha participado la doctrina laboralista. Vid. por ejemplo, García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I.A., “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.216 (2019), pp.19 ss.

según sus términos literales, se traduce sencillamente en una llamada al legislador que no tiene por objeto el reconocimiento de derechos sino más bien el establecimiento de límites o cortapisas en el “uso de la informática”, con el fin básico de “garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Por otra parte, es obvio que la protección de datos personales no figura en las tablas más genuinas de los derechos humanos, ni parece que se deduzca con naturalidad de sus componentes, pese a que normalmente son vivero para el germen de otros derechos. La protección de datos personales es en realidad una especie de descubrimiento contemporáneo, forzado seguramente por el nivel de desarrollo alcanzado por las relaciones sociales y económicas. Como es fácil de entender, el derecho a la protección de datos personales sólo puede emerger en el contexto de una sociedad que ha llegado a caracterizarse no sólo por el uso intensivo de las nuevas tecnologías, sino también, y quizá en mayor medida aún, por la explosión y multiplicación de los actos de comercio. No parece ser un derecho que brote de forma espontánea del ser humano sino más bien una pieza de origen legal añadida en un momento dado a la lista “natural” de derechos; un derecho que parece tener su raíz en la respuesta armada por el legislador ante una determinada situación social más que en los mecanismos de gestación de nuevos productos culturales que se desenvuelven en el interior de la propia sociedad. Ni siquiera parece que haya derivado exactamente de la labor de identificación, extracción o conformación de nuevos derechos típica de la doctrina académica y de la jurisprudencia, aunque una y otra hayan contribuido a partir de un cierto momento a su progresivo modelado. Mientras que la puesta en circulación de ciertos derechos, como los relativos al honor o a la intimidad, forma parte de los resultados previsibles de la actividad de reflexión o construcción científica, no parece suceder lo mismo con el derecho específico a la protección de datos personales, que parece responder en mayor medida a las líneas de desarrollo del sistema legal y a las estrategias de programación o intervención de los poderes públicos.

Hay que tomar nota, en fin, de que estamos hablando de un derecho que en buena medida se encuentra atrapado o arrinconado por una malla normativa de extraordinarias proporciones, tanto por su extensión como por su densidad. El derecho a la protección de datos personales se ubica efectivamente en un contexto jurídico un tanto atosigador o asfixiante, en el que corre un alto riesgo de ocultamiento o camuflaje. Es evidente que el papel protagonista en ese campo de operaciones corresponde a otra clase de útiles o instrumentos jurídicos, más técnicos o más expeditivos. Son más perceptibles las concretas medidas o reglas por las que discurre o se practica el derecho que el derecho como tal. Pudiera decirse que no se trata de un derecho que haya generado un corpus normativo,

sino, por el contrario, de un derecho infiltrado a lo largo y ancho de una estructura normativa que aparentemente está más pendiente del impacto del derecho que de su configuración, más atenta a su salvaguarda o al despliegue efectivo de sus efectos que a la descripción de su naturaleza o esencia. No es difícil darse cuenta de que en las normas sobre protección de datos personales afloran en primer término aspectos de carácter instrumental u organizativo, con la consiguiente relegación de su verdadero foco de iluminación. Se presta mucha atención a su sustrato material (qué es dato personal, qué es tratamiento), a sus condiciones de vida o supervivencia (exigencia de consentimiento o de soporte legal) o a sus numerosos elementos e ingredientes (información, oposición, rectificación, etc.), pero apenas se dice en qué consiste el derecho.

Todo ello ha provocado, en cualquier caso, que los esfuerzos de investigación o exploración se hayan dirigido preferentemente a su régimen jurídico y que se haya hablado poco del derecho en sí mismo considerado. La captación e interpretación de su ordenación normativa ha agotado las fuerzas doctrinales disponibles, por decirlo así. Más que de la titularidad, del objeto o de los límites del derecho se ha venido hablando de la dinámica o el modo de funcionamiento de un conjunto normativo particularmente abigarrado y hasta cierto punto extenuante. Probablemente se trate de un sistema regulador bien trabado o compactado, pero no cabe duda de que sus dificultades técnicas y sus necesidades metodológicas son de muy alto calibre. Ni es fácil hacerse cargo por completo de todas sus vertientes o aplicaciones ni resulta sencillo identificar sus auténticos ejes vertebradores. De ahí que los esfuerzos de comprensión y racionalización que ha de desplegar el intérprete colmen en buena medida su capacidad de concentración.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA

Es evidente que el derecho a la protección de datos personales es de nueva generación; de recentísima generación, cabría decir. Pero también puede calificarse de derecho de segunda escala o de segundo nivel, puesto que, además de ser contemporáneo, nace del seno de otros derechos más básicos y de proyección más general, de los que en buena medida sigue siendo deudor. Su origen se ubica, concretamente, en el espacio de juego de los derechos más recónditos de la persona, como la intimidad o la vida privada, que le han servido de caldo de cultivo y de nutriente en sus primeros pasos, hasta que ha logrado alcanzar plena madurez y suficiente independencia. Recuérdese, por ejemplo, que el Convenio de 1981 del Consejo de Europa lo ligaba aún al derecho a la vida privada, y que nuestro texto constitucional lo inserta, aun sin nombrarlo, en el radio de acción de la intimidad. La perspectiva parece ser la misma en uno y otro caso, sin perjuicio de que las matrices se califiquen de modo distinto, no tanto, quizá, por sus diferencias ontológicas cuanto por las tradiciones concurrentes. Es curioso, por cierto,



que la Directiva 95/46/CE vinculara la protección de datos personales al derecho a la intimidad mientras que el Reglamento posterior de la Unión Europea tome como punto de referencia el derecho a la vida privada, muy probablemente por ser ésta, y no aquella, la fórmula utilizada por la Carta de Derechos Fundamentales para consagrar ese puntal de los derechos de la persona.

La independización del derecho a la protección de datos personales respecto de sus progenitores ha supuesto también, como no podía ser de otro modo, el comienzo de un proceso encaminado hacia su propia conceptualización y caracterización. Si es un derecho autónomo, podría decirse, debe contar también con una formulación específica o especializada, en la que se reflejen, aunque sea de manera comprimida o condensada, sus trazos esenciales. La definición, sin embargo, no parece estar aún del todo construida. Por extrañamiento que parezca, ninguna de las normas supranacionales que hemos tenido ocasión de citar ha dado pasos en ese sentido, al menos de forma explícita o directa. Tampoco nuestra legislación interna (desde las leyes de 1992 y 1999 a la de 2018) lo ha considerado necesario. Ante ese escenario, ha tenido que ser la jurisprudencia la promotora y directora del proceso, que por esa vía jurisdiccional ha podido registrar algunos avances importantes. Con buen sentido, nuestra jurisprudencia constitucional (TC 292/2000, de 30 de noviembre, por ejemplo), acogida por nuestra jurisprudencia ordinaria (TS 111/2018, de 7 de febrero, para la rama social, o TS 263/2018, de 20 de febrero, para lo contencioso-administrativo), ha llegado a la conclusión, susceptible acaso de alguna precisión aún, de que el objeto específico de este derecho no es otro que garantizar a toda persona un poder de determinación y control sobre el uso y destino de sus datos personales. Su núcleo esencial parece residir, en consecuencia, en ese poder de decisión que se atribuye a la persona sobre todo aquello que pueda servir para su identificación o para seguir sus rastros en el correspondiente itinerario vital.

El derecho de toda persona “a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan”, por atenernos a la fórmula empleada por el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuenta ya, en consecuencia, con un registro propio dentro del concierto de los derechos básicos de los seres humanos. Naturalmente, la adquisición de ese estatus no significa que pueda desligarse por completo de sus primitivas zonas de crecimiento, que se siguen correspondiendo con el derecho a la intimidad (si lo vemos desde la perspectiva española) y con el derecho a la vida privada (si lo contemplamos desde la perspectiva europea). Pero a estas alturas puede y debe contemplarse como derecho autónomo y diferenciado. Es distinto del derecho a la intimidad, en tanto que ni impide entrar en el espacio de referencia (aunque ponga requisitos y cautelas), ni hay correspondencia absoluta entre lo íntimo (que no siempre es personal, como puede ocurrir con el círculo de amistades) y lo personal (que no

siempre es íntimo, como ocurre con la imagen facial de una persona). También se distingue de la privacidad, por cuanto si ésta significa ante todo poder de organización y gestión de la vida privada o particular en sus distintas esferas o facetas (con la eventual inclusión de aspectos íntimos), el derecho a la protección de datos se traduce eminentemente en facultades de control respecto de un material que puede ser gestionado por otros. Por supuesto, también es distinto de los llamados “derechos digitales”, que en realidad son reglas de comportamiento u observancia en el uso de la tecnología digital (en la empresa o fuera de la empresa) en las que se parte de la necesidad de preservar tanto la intimidad y la vida privada como la trascendencia del dato personal, cuyo “tratamiento” en ese contexto ha de amoldarse a determinadas exigencias.

Como ya hemos tenido oportunidad de decir, el derecho a la protección de datos personales cuenta ya con suficiente sostén y cumplida recepción en los sistemas jurídicos, aunque no haya acabado de aflorar aún en todo su potencial. Según hemos comentado en el párrafo inmediatamente anterior, su mejor exponente se encuentra en el artículo 8 CDFUE, que, a tenor de las pautas generales de la jurisprudencia comunitaria, vale en principio como guía o sustento para la aplicación del derecho de la Unión Europea o del derecho nacional imbricado en ese sistema supranacional, pero que probablemente tenga en este caso mayor virtualidad, por cuanto no deja de ser una base normativa común al espacio europeo y un centro de inspiración privilegiado con vistas a la construcción de los distintos sistemas nacionales. De cualquier modo, su proclamación formal en la CDFUE y su incontestable conexión con el artículo 18.4 de la Constitución española permite decir con tranquilidad que el derecho a la protección de datos personales forma parte ya de nuestra tabla de derechos fundamentales, a todos los efectos, incluido el sistema de garantías.

No deja de ser, sin embargo, un derecho peculiar. Al menos, parece escapar a las categorías más clásicas de derechos humanos o derechos fundamentales. No es un derecho de libertad (que permita iniciativas personales con la correspondiente cobertura frente al poder público), ni es propiamente un derecho de actividad (que permita labrarse a base de esfuerzo un espacio para su despliegue o desarrollo), ni es un derecho de prestación (en el sentido de que para su satisfacción haya que contar con un mínimo sustrato económico o material). Es más bien un derecho pasivo o un derecho de presencia y, llegado el caso, un derecho de reacción. Un derecho que permite resistir frente a ciertas actuaciones o estrategias y con el que hay que contar para llevar a cabo determinadas operaciones. Se proyecta sobre una especie de reserva natural dotada tanto de controles de entrada como de medios de oposición, para hacer frente a posibles invasiones. En determinadas condiciones se podrá entrar en la reserva, pero siempre con alguna clase de autorización o salvoconducto. Se podrá incluso permanecer o trabajar en

la reserva, pero con sujeción a una vigilancia constante por parte del titular de ese espacio, que también cuenta a su favor con otros variados resortes.

Parece ser, según esas mismas afirmaciones, un derecho potente. Pero no está de más preguntarse si las cosas son realmente así o si la construcción de este derecho, seguida de su reconocimiento expreso, no es más que un remedio, fraguado *a posteriori*, para una situación que parece moverse más bien conforme a otros impulsos o detonantes. En realidad, la “reserva natural” es más propiamente un terreno ocupado y transitado, o, cuando menos, un espacio abierto a la entrada de otras instancias o personas. A la hora de la verdad, el titular de los datos personales se ve inmerso en una zona de uso común o compartido, en la que, ciertamente, siempre podrá decir algo, obtener algo o imponer alguna condición. Esa es a fin de cuentas la virtualidad del derecho. El interesado es propietario del recinto, pero está implicado en tantos actos sociales que inevitablemente tiene que aceptar infinidad de servidumbres de paso. Podrá enfrentarse a ellas blandiendo sus poderes, pero tendrá que tolerarlas o aceptarlas en algún grado si quiere seguir participando en el concierto de la vida. El derecho a la protección de datos personales le da armas para decir no ante una determinada solicitud, pero la eventual inclinación a una respuesta negativa raramente podrá ser radical. Habrá que pensar que el derecho se traduce más bien en una forma de control de impertinencias o excesos por parte de quienes acceden a la parcela reservada. O en un modo de evitación de un tránsito desmesurado por esos parajes, en términos de tiempo o de tonelaje.

### 3. RÉGIMEN JURÍDICO

El derecho a la protección de datos de carácter personal es de orden general y tiene proyección sobre el conjunto de las relaciones sociales, por lo que no puede extrañar que su régimen jurídico se dirija también al conjunto de la sociedad, al menos en sus contornos más básicos. Se trata, si bien se mira, de uno de esos bloques del ordenamiento jurídico que nacen con vocación transversal y universal, en tanto que afectan a todos los aspectos de la vida y de las relaciones entre personas. Visto desde otra perspectiva más técnica, cabe dar a este bloque normativo el carácter de derecho común para la ciudadanía, que en buena medida entronca con los senderos habituales del código civil pero que también comprende una veta relevante de derecho administrativo, en ambos casos bajo la cúspide correspondiente del derecho constitucional y supranacional. Desde ahí se va esparciendo hacia el resto de sectores del ordenamiento jurídico, con una incidencia muy determinante en algunos de ellos, como puede ser el caso del derecho mercantil y como sin duda sucede con el derecho del trabajo. Las relaciones comerciales constituyen tal vez su principal destino o campo de aplicación, pero también es considerable su impacto sobre las relaciones de trabajo.

Ambos son desde luego terrenos de mucha importancia para la protección de datos personales, pero la perspectiva parece ser muy distinta en uno y otro caso. Mientras que en el ámbito de las relaciones comerciales parece primar la idea de “circulación de datos”, por su trascendencia para las operaciones de comercio, en el campo particular de las relaciones de trabajo probablemente deba ser prioritaria la idea de protección. Ambas, como sabemos, están presentes en la regulación vigente sobre datos personales, pero la primera no parece casar bien con el entorno laboral. Es verdad que también aquí puede resultar necesaria la transmisión de datos personales, pero no parece que existan razones para fomentar o ni siquiera facilitar la circulación, sino más bien para atender necesidades de uso en determinadas situaciones o circunstancias. Por ello, desde la perspectiva laboral se trata, esencialmente, de establecer cauces apropiados para hacer posible el acceso a los datos personales cuando sean necesarios para el funcionamiento del sistema de relaciones de trabajo, o para el funcionamiento de las relaciones conexas, como pueden ser las de seguridad social o las que se generan alrededor de la prevención de riesgos laborales y el cuidado de la salud. Tiene plena justificación, en consecuencia, que la acción del legislador llegue también al ámbito de las relaciones de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que la autonomía de la voluntad o la libre disposición de las partes no es seguramente el mejor escenario para la toma de unas decisiones que son especialmente delicadas desde el punto de vista del interés personal. Pero tampoco cabe duda de la singularidad de este terreno, no sólo por la clase de actos que se desenvuelven en su interior, sino también por la índole de las relaciones sociales que lo conforman. Hay razones poderosas, en definitiva, no sólo para una intervención legal sino también para una intervención especializada, con la que, dicho sea de paso, podrían colaborar los habituales procesos de negociación colectiva.

En todo caso, sabemos ya que desde hace algunas décadas existe regulación en la materia, y que esa regulación tiene carácter común o general, sin perjuicio de que pudiera ser completada por otras normas de carácter sectorial o de ámbito funcional más localizado. Ni mucho menos ha sido diseñada en especial para el ámbito de trabajo, pero a decir verdad no ha podido olvidarse de ese particular sector de la vida social. Desde este punto de vista, y en una primera aproximación, podría hablarse de un doble flujo de material normativo, o de una cierta labor de cooperación. De un lado, las normas generales sobre protección de datos personales, entre las que figuran por supuesto tanto el Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril, como la LO 3/2018, de 5 de diciembre, contienen numerosas menciones o referencias al ámbito laboral, que está presente incluso en la conformación de algunas de sus piezas más valiosas (como la que se dedica a la identificación de los títulos que legitiman el tratamiento de los datos). De otro lado, las normas laborales suelen remitir a este segmento del ordenamiento jurídico a los efectos

oportunos, muchas veces con una especie de cláusula de estilo en la que no se contiene más que una llamada a su observancia, como, por cierto, han venido haciendo últimamente las normas de urgencia aprobadas para hacer frente a la crisis sanitaria originada por la covid-19, por poner un ejemplo de lamentable actualidad.

Como es natural, la entrada en escena de las normas básicas sobre protección de datos personales supone la activación simultánea de todo el entramado de regulación que les acompaña, unas veces por ser su ineludible sustento vital (como pueden ser las correspondientes cláusulas de tono “constitucional”), y otras veces por ser ingredientes adicionales o más especializados de su propia estructura normativa. En el edificio erigido por el Reglamento de 2016 y nuestra legislación orgánica de 2018 tienen cabida, en cualquier caso, infinidad de productos reguladores que, en la medida correspondiente, también habrá que tener en cuenta en el ámbito específico de las relaciones de trabajo. Algunos de ellos son inexcusablemente de naturaleza pública (como ocurre con las normas reglamentarias destinadas al desarrollo de ciertas previsiones legales) y otros proceden de la autonomía privada, ya sea en su dimensión de autonomía colectiva (como los convenios colectivos), ya sea como simple expresión autonomía corporativa o de organización interna (como los “códigos de conducta” o las “normas corporativas vinculantes”). Unas veces se trata de normas en sentido puro, pero otras veces no estamos más que ante reglas de *soft law* o meras orientaciones o recomendaciones, con los dilemas que pudieran plantear acerca de su grado de vinculación, en algún caso resueltos por previsión legal expresa (como sucede con las circulares de la Agencia Española de Protección de Datos publicadas oficialmente). En muchas ocasiones son productos jurídicos de dimensión o virtualidad general, mientras que en otras van destinados a determinados sectores de actividad o a determinada clase de problemas. A veces se anticipan a los sucesos, otras responden a una situación concreta.

Todo ese acervo de regulación es merecedor desde luego de un estudio en profundidad, en todas y cada una de sus vertientes. En este momento, sin embargo, puede bastar con dos breves reflexiones. Por lo pronto cabe reparar en la llamada que el artículo 88 del Reglamento UE 2016/679 hace a los Estados miembros para afrontar de manera específica el tratamiento de datos personales en el ámbito laboral y cabe preguntarse, a tal efecto, si la LO 3/2018 ha cumplido o ha podido cumplir ese papel. Como es sabido, ese precepto de la normativa comunitaria contiene una previsión que al mismo tiempo actúa como autorización y como encomienda con vistas a esa regulación más especializada, que a tales efectos da vía libre tanto a la maquinaria legislativa del Estado como a la negociación colectiva, y que busca a fin de cuentas un instrumental más apropiado para garantizar los derechos y libertades de los trabajadores con ocasión del tratamiento

de sus datos personales. En buena lógica, la regulación nacida de esa cláusula de derecho comunitario tendría que detenerse, cuando menos, en la identificación de los derechos y libertades potencialmente afectados (integridad moral, libertad ideológica, libertad de expresión, etc.), en la acotación de los ámbitos o espacios de acceso a los datos personales del trabajador (contratación, ejecución del contrato, etc.) y, finalmente, en las condiciones de uso de dichos datos por parte de los sujetos concernidos o legitimados (el empleador, el sindicato, etc.). No parece, sin embargo, que la LO 3/2018 haya venido a cumplir esos encargos, o que haya podido hacerlo. Su parte general contiene por definición reglas no especializadas en el ámbito laboral, aunque haga mención al mismo, y su parte más distintiva o innovadora, que sí dedica reglas específicas a las relaciones de trabajo, se ocupa en realidad de cuestiones que estando próximas a las enunciadas por el artículo 88 del reglamento 2016/679, son esencialmente diferentes<sup>2</sup>.

Adicionalmente cabe decir que la negociación colectiva, siendo un cauce apto para ello en términos abstractos, no parece que sea la vía más indicada para asumir esa labor de especificación o de garantía particular para los derechos y libertades del trabajador en un sistema como el nuestro, no sólo por la complejidad y dispersión que caracterizan su estructura, sino también porque entre nosotros la norma profesional actúa en una especie de circuito secundario que suele tomar como punto de partida la regulación básica y de aplicación general proporcionada por la ley. La negociación colectiva puede ocuparse de muchos aspectos relativos a la protección de datos personales, dentro del marco normativo de referencia y con respeto siempre al contenido esencial del derecho (información que puede pedirse al trabajador, métodos o modos de tratamiento de datos, modo de ejercicio de los derechos del trabajador en relación con el tratamiento de datos, sistemas de registro o vigilancia, competencias de información de los representantes, etc.), y puede afrontar, más concretamente, muchas de las tareas que pide el Reglamento 2016/679 a los ordenamientos nacionales. Pero faltan en nuestro sistema de negociación colectiva las dosis de articulación y coordinación que serían necesarias para acometer con garantías de éxito —es decir, con suficiente capacidad de cobertura— toda esa operación.

Desde el punto de vista de la configuración del régimen jurídico, habría que tomar nota, por lo demás, del reducido papel del contrato de trabajo en todo este contexto y de la importancia de la jurisprudencia. El pacto entre las partes podría incluir en hipótesis actos de consentimiento del trabajador ligados al tratamiento de datos personales necesarios para la puesta en marcha y la ejecución

<sup>2</sup> Vid. Fernández Villazón, L.A. “Protección de datos y derechos digitales de los trabajadores”, VV.AA. (coord. L.A. Fernández Villazón), *Derecho y nuevas tecnologías*, Civitas/Universidad de Oviedo, 2020, pp.207 ss.

del contrato de trabajo, y también podría incorporar derechos adicionales del trabajador en relación con ese tipo de operaciones, pero es obvio que el contrato de trabajo ni puede albergar la prestación de un consentimiento abstracto o general y de carácter indefinido por parte del trabajador, ni puede hacerse cargo cabalmente de la previsión o construcción de unas pautas de conducta que bien mirado deben ser comunes para el conjunto de la empresa o del ámbito funcional de referencia<sup>3</sup>. Por su parte, la aportación de la jurisprudencia puede servir tanto para la configuración del derecho y la identificación de sus distintos elementos (como empezó haciendo nuestro Tribunal Constitucional), como para la interpretación de las normas implicadas, ya sea desde la perspectiva de la relación entre norma comunitaria y norma nacional (como corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea), ya sea desde la perspectiva más casuística de aplicación contrastada y efectiva al ámbito de las relaciones de trabajo de unas reglas que no dejan de ser un tanto generales en su formulación y que, por ello mismo, no dejan de estar distanciadas de las necesidades concretas o de las circunstancias particulares que concurren en dicho terreno (como paulatinamente va haciendo el Tribunal Supremo).

#### **4. TITULARIDAD Y RADIO DE ACCIÓN**

La maquinaria normativa de protección de datos personales está diseñada para el conjunto de las relaciones sociales y, por lo tanto, para todas las personas físicas, con independencia de su modo de vida y, más concretamente, de su posición ante el empleo o el mercado de trabajo. Como se ha tenido oportunidad de ver, estamos ante un derecho de ciudadanía, que pertenece a todas las personas por el solo hecho de serlo y que se proyecta sobre cualquier ámbito social. Ya hemos podido comprobar también que el concepto de persona que se utiliza en este contexto es el más natural o genuino, no el concepto jurídico o formal. De ahí que estemos ante un conjunto normativo que ciñe su ámbito de aplicación a las personas físicas y que deja fuera de su órbita las personas jurídicas. Es obvio que también puede tener relevancia la protección de los datos concernientes a estos otros sujetos del tráfico jurídico, pero esa tarea, de impronta bastante más reciente. Desde luego, no estuvo entre las preocupaciones iniciales, y sólo se ha empezado a cumplimentar una vez que se ha consolidado aquella primera línea de intervención<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Sobre la insuficiencia de la perspectiva individual en esta compleja materia, S. del Rey Guanter (dir.), *Documentos sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la gestión de las personas y en las relaciones laborales*, Lay Ley/Cuatrecasas, 2020, pp.192-193.,

<sup>4</sup> Es el caso, por ejemplo, del Reglamento de la UE 2018/1807, de 14 de noviembre, que proporciona un marco para la libre circulación de datos electrónicos no personales en el espacio europeo y que, por lo tanto, puede afectar a los datos de personas jurídicas.



Ese carácter universal del derecho a la protección de datos personales puede advertirse, por otra parte, en las diversas cláusulas que, de una u otra manera, han procedido a su declaración formal. La más directa ya sabemos que se encuentra en el artículo 8 CDFUE, en la que aparece incorporado al elenco de “libertades” compuesto por dicho texto, aunque también habría podido formar parte del apartado relativo a la “dignidad” de la persona o de los derechos de “ciudadanía”. Un poco más singular es la cláusula de nuestro artículo 18.4 CE, pero de ella puede decirse igualmente que es de aplicación a toda hipótesis de “uso de la informática” con independencia de la condición de las personas que en ese contexto puedan verse involucradas. A la misma conclusión conducen, por lo demás, las normas que de modo más específico se ocupan del régimen jurídico del tratamiento de datos personales, que, sin decirlo de forma expresa, actúan sobre un derecho que pertenece a toda persona física.

Naturalmente, el hecho de que la protección de datos personales sea un derecho de toda persona física no impide que pueda ser reconocido de manera más particular a las personas ubicadas en una determinada parcela de la vida social, como puede ser el caso de quienes obtienen sus medios de vida mediante la prestación de servicios a cambio de salario. En el sistema español no se ha procedido aún a una consagración propiamente dicha de este moderno derecho en el terreno del empleo asalariado, pero no sería impertinente, ni mucho menos, su inclusión explícita en la tabla de derechos laborales del artículo 4 ET o, en su caso, en la relación de derechos dedicada de manera más especializada a los empleados públicos en el artículo 14 EBEP, que, por cierto, concluye con una remisión a “los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”, entre los que podría figurar sin ninguna dificultad el que ahora nos interesa. No es estrictamente necesaria, pero tampoco sería un acto legislativo carente de virtualidad o significado jurídico. De momento habrá que conformarse con la capacidad innata de proyección universal de aquellas cláusulas más generales, pero no debería abandonarse la idea de plasmación particularizada en estos textos de contenido laboral, en los que ciertamente se ha registrado algún paso en ese sentido con ocasión de la LO 3/2018 (al consagrar “derechos digitales” tanto en el artículo 20 bis ET como en el artículo 14.j bis EBEP), pero en los que aún está pendiente la tarea de recepción completa y apropiada de esta nueva generación de derechos<sup>5</sup>.

Es evidente que, como suele suceder en tantas otras ocasiones, dentro del contexto de la relación de trabajo el derecho a la protección de datos personales

<sup>5</sup> Desde la particular perspectiva del empleo público, A. Boto Álvarez, “La confianza es buena, el control mejor: supervisión informática y derechos digitales de los funcionarios”, VV.AA. (coord. L.A. Fernández Villazón), *Derecho y nuevas tecnologías*, Civitas/Universidad de Oviedo, 2020, pp.239 ss



tiene importancia sobre todo para el trabajador, no sólo por su inserción en el círculo rector y organizativo de otra persona, sino también porque la gestión material de los contratos de trabajo, con las correspondientes necesidades de información o documentación, está prácticamente en manos del empleador. Es el empleador el que necesita los datos personales del trabajador, y no al contrario. De todos modos, la proyección de este derecho sobre el ámbito del empleo no debe limitarse a la figura del trabajador asalariado. Es claro que en el terreno más estricto de la relación de trabajo también el empleador persona física tiene derecho a la protección de sus datos personales, como lo tienen, traspasando ya la frontera del trabajo asalariado, quienes viven del desarrollo de una actividad profesional de carácter autónomo, más aún, seguramente, si tienen la condición de trabajadores autónomos económicamente dependientes. Por razones fáciles de comprender, las necesidades de protección del empleador en el contexto del contrato de trabajo son con toda seguridad menores de las que puede sentir el trabajador asalariado, pero no por ello deben ser despreciadas por completo, al menos en abstracto. Más intensas pueden ser, desde luego, las necesidades de protección de los trabajadores autónomos con ocasión de sus tratos profesionales, sobre todo cuando su actividad se despliega en las condiciones que el estatuto del trabajo autónomo identifica con la denominada dependencia económica, por su más estrecha sujeción a un “cliente” que tiene bastantes puntos en común con el empleador.

Desde la particular perspectiva del trabajador asalariado, el derecho a la protección de datos personales puede merecer algunas precisiones particulares. Por lo pronto, parece claro que a la hora de identificar su contenido y de articular su ejercicio debe tener en cuenta todo el arsenal de principios que tradicionalmente han servido de inspiración para las normas laborales. Es de rigor, sobre todo, atender a la posición de contratante débil que habitualmente tiene el trabajador para valorar adecuadamente la prestación de consentimiento por parte del trabajador y para decidir sobre la pertinencia o no de los datos solicitados por el empleador a sus trabajadores. También hay que contemplar el grado de incidencia del derecho a la protección de datos personales en las distintas facetas del trabajo y en todos sus posibles escenarios, no sólo como derecho del trabajador frente al empresario, sino también como parapeto frente a otros posibles sujetos (sindicatos, comités de empresa), y, en general, frente a todas las instancias que operen en el medio de trabajo (servicios de prevención, Inspección de Trabajo, entidades de seguridad social). Por otro lado, al ser un derecho general de las personas hay que contar con la posibilidad de que el derecho a la protección de datos personales experimente algún tipo de modulación en el ámbito de las relaciones de trabajo, con el fin de atender en su justa medida otros derechos e intereses legítimos y, a la postre, con la finalidad de hacer posible el funcionamiento de la

empresa y de la relación laboral; una variable que tal vez pudiera ser atendida por el legislador y que de algún modo lo ha sido en esa sede legislativa, pero cuyas necesidades de ponderación se inscriben principalmente entre las tareas propias de la jurisprudencia.

Por lo demás, es evidente que en el terreno concerniente al trabajo asalariado el derecho a la protección de datos personales despliega sus efectos en las distintas parcelas o secuencias del empleo. Se ha de observar, de entrada, en los estadios previos al contrato de trabajo, tanto en los posibles tratos o contratos preliminares, como en los procesos de selección y colocación de trabajadores, incluidos en su caso los actos de cesión de personal desde empresas de trabajo temporal a empresas usuarias. Por supuesto, ha de respetarse también en el momento de la contratación o formalización del contrato y a lo largo de toda su fase de ejecución, especialmente en lo que toca a determinadas condiciones de trabajo y con ocasión de algunas incidencias o vicisitudes de la relación laboral<sup>6</sup>. Finalmente, las exigencias del derecho a la protección de datos personales han de observarse asimismo con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo, ya sea con ocasión de obligaciones pendientes (como el pacto de no competencia postcontractual), ya sea en relación con las operaciones de archivo, conservación o gestión que el empresario pudiera o tuviera que llevar a cabo<sup>7</sup>.

## 5. CONTENIDO, ALCANCE Y LIMITACIONES

Bien mirado, el derecho a la protección de datos personales encierra en su interior una especie de contradicción. Formalmente es un poder conferido a las personas físicas para el control y la autogestión de sus datos personales, pero no

<sup>6</sup> Es indudable el papel estelar que en este contexto desempeñan las condiciones de seguridad e higiene y, en particular, los deberes de cuidado de la salud del trabajador, con todo lo que implican desde el punto de vista de acceso a información de carácter personal. Muy significativo a ese respecto es el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que no por casualidad dispone que “los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador”, y que “el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador”, sin perjuicio de que “el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención” sean informados “de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”.

<sup>7</sup> Con desglose de distintas hipótesis e indicación de las condiciones pertinentes en cada caso para el tratamiento de los datos personales, N. de Nieves Nieto, “El derecho a la protección de los datos personales en el marco de la relación de trabajo”, VV.AA (dir.E.Monreal, X. Thibault y A. Jurado), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.309 ss.

es un instrumento para actuar, sino más exactamente un medio de defensa frente a quienes actúan. En realidad es una vertiente, sin duda muy destacada, de un soporte más amplio que también está destinado a posibilitar el uso de los datos personales por parte de otros sujetos u otras instancias, que únicamente podrán hacerlo, bien es cierto, dentro de unos márgenes y unas determinadas coordenadas. No es sólo que no pueda verse como derecho absoluto, sino más bien que forzosamente ha de caminar por un itinerario que se construye sobre el presupuesto de que las personas quedan expuestas a la mirada o el requerimiento de otros y de que, por esa misma razón, deben contar con algún escudo protector. No es, por decirlo de otro modo, un derecho que tenga sentido por sí mismo, sino que se alza desde el momento en que las relaciones sociales y comerciales se convierten en vehículo transmisor o conductor de datos personales. El derecho a la protección de esa clase de datos es en el fondo un derecho de reacción. No exactamente de acción, sino más bien de reacción. Su contenido puede explicarse mejor desde esa particular perspectiva. Como puede comprobarse sin dificultad, sus elementos son verdaderamente palancas de actuación o en su caso de resistencia frente a una determinada pretensión o una determinada invasión procedente de otra persona. No es un derecho de actividad, ni un derecho de inaccesibilidad u obstrucción, sino más exactamente de reacción frente al invasor.

En cualquier caso, los mimbres que lo componen y sostienen son de muy variada condición, y ofrecen perspectivas muy diversas. Cabe hablar por lo pronto de su alcance objetivo y funcional, que entronca con el material que le sirve de base para su delimitación. Desde esos planos, el derecho se sustenta, en efecto, con los conceptos básicos de “dato personal” y de “tratamiento”. El primero de ellos coincide en este contexto como toda aquella información que sirve para identificar a una persona desde cualquier punto de vista (físico, fisiológico, genética, psíquica, económica, cultural o social), con inclusión de los datos de localización, los datos genéticos o biométricos, los datos relativos a la salud, los datos que revelen “origen, opiniones, creencias o convicciones”, los datos que pongan de manifiesto “opciones políticas, sindicales, religiosas o filosóficas” y, en fin, los datos que proporcionen información sobre la vida o la orientación sexual de las personas. Se entiende por “tratamiento”, de otro lado, toda operación o conjunto de operaciones, automatizadas o no, que impliquen algún tipo de acción o manipulación respecto de los datos personales (recogida, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión “o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”), incluida en particular la elaboración de “perfiles” con el fin de “evaluar determinados aspectos personales de una persona física” y de analizar o predecir “aspectos relativos al rendimiento profesional” o a la “salud”, entre otros.

El derecho a la protección de datos personales sólo puede comprenderse, por otra parte, si se presta atención a los principios que rigen el tratamiento, de los que depende a la postre su grado de fortaleza y su capacidad efectiva de reacción. Son “principios generales” que han servido al legislador para fijar las condiciones básicas que dan “legitimidad” y “calidad” al tratamiento de los datos personales, pero no cabe duda de que, al mismo tiempo, permiten detectar la fisonomía y envergadura del derecho. Pueden reunirse en seis apartados: 1) sólo pueden ser tratados aquellos datos personales que se consideren adecuados y pertinentes en relación con fines determinados, explícitos y legítimos; 2) el tratamiento de tales datos debe limitarse “a lo necesario” en relación con dichos fines (con la consiguiente “minimización de datos”, acompañada en su caso de “seudominización” o reducción a lo estrictamente necesario en los mayores términos de anonimato); 3) la identificación de los interesados no debe mantenerse más tiempo del necesario; 4) los datos deben ser exactos y en su caso actualizados; 5) los datos deben tratarse “de manera lícita, leal y transparente”, y 6) para el tratamiento de datos se deben aplicar procedimientos seguros desde el punto de vista de su conservación y su utilización<sup>8</sup>. A la vista de todos ellos, cabría decir que el derecho a la protección de datos personales entraña en esencia un derecho a restringir el uso de tales datos a sus justos términos, esto es, a las condiciones y situaciones estrictamente contempladas por la ley. El derecho a la protección de datos personales es a fin de cuentas derecho a uso restringido o limitado.

Por lo que se refiere, en fin, a su composición interna, el derecho a la protección de datos personales es por antonomasia un derecho de contenido complejo, en tanto que alberga un amplio número de ingredientes y elementos, convertidos en otros tantos derechos de alcance o recorrido más específicos. El más importante de ellos, o cuando menos el más primario, es seguramente el derecho de información acerca del tratamiento, que debe proporcionarse al interesado en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, por escrito o por otros medios, con mayor intensidad y mayor grado de exigencia, además, cuando los datos no se hubieran obtenido de su titular (arts.12 a 14 Reglamento 2016/679). Pero junto a ese primer elemento han de anotarse también los derechos de acceso, rectificación, supresión (comúnmente conocido como derecho “al olvido”), limitación del tratamiento y oposición, que se pueden ejercitar respecto de los archivos correspondientes (arts.12 a 21 Reglamento 2016/679). Elemento muy singular es el derecho de “portabilidad”, como derecho del interesado a recibir sus datos en formato estructurado con objeto de poder transmitirlos a otro responsable, esto

<sup>8</sup> Con mayor desarrollo e ilustración, Mercader Uguina, J.R. *Protección de datos en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp.25 ss.

es, a otro ámbito de tratamiento de los pertinentes datos personales (arts.20 y 22 Reglamento 2016/679).

Naturalmente, en el ámbito laboral el derecho a la protección de datos personales se ha de construir con todos estos mimbres, que, como hemos visto, unas veces actúan como sostén o sustrato material, y otras veces como ingredientes o elementos estructurales del propio derecho. En este terreno particular de la relación de trabajo, toda la información que puede considerarse dato personal puede verse expuesta al tratamiento y, en consecuencia, puede constituir un hecho relevante. También pueden tener acomodo en este contexto todos los actos que desde el punto de vista jurídico pueden implicar tratamiento, al menos en hipótesis. Es claro, igualmente, que han de regir aquí los principios generales sobre legitimidad y calidad en el tratamiento de los datos personales. Y es obvio, por lo demás, que en el ámbito laboral entran en escena, sin duda alguna, todos los derechos específicos que con carácter general pertenecen al interesado, como titular de sus datos personales<sup>9</sup>. Apenas cabe advertir, así pues, singularidades “laborales” en el contenido o alcance del derecho a la protección de datos personales. La particularidad podrá aflorar, obviamente, en la clase de actos que motiven el tratamiento de los datos personales, en las circunstancias que puedan concurrir en dicho tratamiento o en la finalidad de las correspondientes operaciones, pero no tanto en la conformación o alcance del derecho.

## 6. MODO DE EJERCICIO Y CONDICIONES DE OPERATIVIDAD

Al ser un derecho de presencia, de “espera” o a lo sumo “de reacción”, no tiene mucho sentido realmente hablar de ejercicio del derecho, al menos en la acepción más tradicional de esa habitual expresión. Son ejercitables desde el punto de vista más clásico muchos de los elementos o ingredientes del derecho, al menos aquellos que tienen una dimensión más “activa” (como el derecho a la información, el derecho de acceso o el derecho de rectificación, por poner algunos ejemplos), y así se deduce de los correspondientes pasajes normativos. Pero respecto del derecho a la protección de datos personales globalmente considerado parece difícil que pueda hablarse de ejercicio directo o en sentido estricto. Cabe referirse más bien a la activación o actualización ante una determinada circunstancia. En principio el derecho duerme o hiberna, bajo el presupuesto de que el tratamiento de datos personales no tiene por qué constituir la situación normal u ordinaria. Se trataría, por el contrario, de un episodio especial o extraordinario. Así las cosas, el derecho sólo despertaría o se pondría en posición de

<sup>9</sup>La perspectiva laboral, Goñi Sein, J.L., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, Albacete, 2018, especialmente pp.57 ss. y 111 ss.

alerta cuando concurrieran determinados sucesos o acontecimientos. Despertaría, por decirlo de modo más claro, cuando alguien pretendiera entrar u operar en aquella reserva natural de la que hablábamos con anterioridad.

En consecuencia, más que la cuestión relativa al ejercicio del derecho en sentido estricto interesa la identificación de las situaciones o circunstancias en las que los datos personales pueden ser objeto de tratamiento, porque son la base para la activación de los correspondientes resortes jurídicos. Por lo que hemos dicho, sólo cuando exista tratamiento, o atisbo de tratamiento, podrá activarse el derecho. No parece que exista posibilidad de cerrar de manera anticipada o cautelar el paso a las operaciones de tratamiento contempladas o permitidas por la ley, ni parece concebible una eventual acción encaminada a obtener una declaración (judicial o de otro tipo) de la que derive una negativa de efectos absolutos. El interesado no puede blandir su derecho para decretar el cierre total de su espacio, sino únicamente para enfrentarse a una posible acción invasiva, en los términos que considere más apropiados dentro del marco normativo de referencia. Si el tratamiento requiere su consentimiento en todo caso, podrá denegar la petición correspondiente. Si el tratamiento es accesible al margen de su voluntad, el interesado podrá “controlarlo” o “dirigirlo” conforme a las opciones o posibilidades que le ofrezca la ley. Todo ello nos conduce ineludiblemente al régimen jurídico del tratamiento de datos personales y, más concretamente, a las condiciones dispuestas por ese particular sistema normativo para que pueda procederse a ese tipo de operaciones<sup>10</sup>. Desde ese punto de vista, cabe hablar de dos grandes tipos de datos personales: los sometidos a régimen ordinario, que aparenta ser más generoso y flexible con vistas al tratamiento, y los adscritos a régimen especial, que se presenta formalmente con mayores dosis de dureza o exigencia y que se reserva para las denominadas “categorías especiales” de datos personales.

Dentro del régimen ordinario, cabe destacar ahora cuatro causas o circunstancias habilitantes para el tratamiento de datos personales, por su particular virtualidad para el ámbito laboral. La primera es desde luego el consentimiento del interesado. Las tres restantes coinciden con la necesidad del tratamiento para algún fin que el legislador considera justificado, aun cuando no exista disposición o consentimiento por parte del interesado. Esa necesidad puede conectar, más concretamente, con la ejecución del contrato del que es parte el interesado o para la aplicación a petición de éste de medidas precontractuales, con el cumplimiento por parte del responsable de obligaciones legales, y con la protección de intereses

<sup>10</sup>En extenso, Thibault Aranda, X., “La base jurídica del tratamiento de datos personales en el ámbito laboral”, VV.AA (dir. E. Monreal, X. Thibault y A. Jurado), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.362 ss.

vitales del interesado o de otra persona física o la satisfacción de intereses legítimos del responsable o de un tercero. En una primera aproximación cabría pensar acaso que el consentimiento del interesado es la vía de acceso al tratamiento de datos personales de mayor potencia o extensión, pero a la vista de todas esas otras posibilidades tal vez haya que concluir que en realidad se trata de un cauce más bien secundario o residual, cuando menos en el ámbito de las relaciones laborales. Las necesidades de ejecución del contrato de trabajo, de dar cumplimiento a obligaciones legales y de proteger intereses vitales o legítimos pueden generar, en efecto, las mayores ocasiones de tratamiento de datos personales en este contexto. De ese modo, más que las puertas de acceso al tratamiento puede que importen aquí las condiciones en que ha de realizarse dicho tratamiento, que naturalmente deberá limitarse a lo estrictamente necesario y tendrá que ser respetuoso con todos los derechos reconocidos al interesado, conforme a las reglas y los principios que con anterioridad tuvimos ocasión de exponer.

Las vías de acceso al tratamiento de datos de categoría especial o “especialmente sensibles” (en cuanto revelan ideología o se refieren al estado de salud de las personas, por mencionar sus más importantes manifestaciones) son aparentemente mucho más estrechas, pero a la hora de la verdad también ofrecen posibilidades de entrada de cierta holgura o consideración. Por lo pronto, sigue teniendo valor en este contexto el consentimiento del interesado, aunque deba estar rodeado en estos casos de mayores cautelas, al exigirse la prestación de “consentimiento explícito” en relación con uno o varios fines especificados y sujetarse su emisión o manifestación a condiciones especiales. Del mismo modo, el tratamiento de estos datos especiales puede quedar justificado por una necesidad legítima o justificada de tratamiento, que en esta otra ocasión, y por lo que ahora interesa, se vincula al cumplimiento de obligaciones laborales o de seguridad social por parte del responsable, al ejercicio de “derechos específicos” por ese mismo sujeto, a la satisfacción de fines de medicina preventiva o laboral o relacionados con la prestación de asistencia sanitaria o social, a la protección de intereses vitales o a la realización de sus actividades legítimas por parte de una asociación o fundación. Como puede apreciarse, las puertas de entrada a esta clase de datos personales tienen a fin de cuentas parecida configuración, aunque tal vez la diferencia se encuentre sobre todo en la intensidad del control respecto de la razón de ser o la finalidad del tratamiento. Para el acceso a datos de categoría especial parecen imponerse, en efecto, condiciones más precisas o más estrictas acerca de su justificación, su uso o su destino<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Vid. Rodríguez Escanciano, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi, 2019, pp.127 ss.





# DIGITALIZACIÓN, NUEVAS FORMAS DE EMPLEO Y LIBERTAD SINDICAL\*

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

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

Universidad de Oviedo

## EXTRACTO

**Palabras clave:** digitalización; plataformas; empleo; libertad sindical; negociación colectiva

Las eufemísticamente llamadas nuevas formas de empleo, cuyo máximo exponente en este momento son las plataformas digitales de reparto, se han convertido en uno de los mayores desafíos que este primer tramo del siglo XXI le plantea al Derecho del Trabajo. Sobre todo, porque, paradójicamente, el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones no siempre garantiza un empleo digno y de calidad. Más bien ocurre todo lo contrario. De ahí la doble exigencia de lograr adaptar las instituciones del sistema de relaciones laborales a esas nuevas realidades que, entre otros rasgos rupturistas, no se desenvuelven en el contexto de una empresa convencional. Y, por otro lado, que sean precisamente los actores del sistema los que, fundamentalmente a través del diálogo social y la negociación colectiva, arbitren las garantías precisas para la efectividad de los derechos de estos nuevos trabajadores.

## ABSTRACT

**Key words:** platforms; employment; syndical freedom; collective bargaining

The new employments, whose greatest exponent at this time are digital distribution platforms, have become one of greatest challenges that this first section of the 21st century poses to Labor Law. Above all, because, paradoxically, the use of information and communication technologies does not always guarantee decent and quality employment. Rather, the opposite is true. Hence the double requirement of managing to adapt the institutions of the labor relations system to these new realities that, among other disruptive features, do not unfold in the context of a conventional company. And, on the other hand, that it is the actors of the system who, fundamentally through social dialogue and collective bargaining, provide the necessary guarantees for the effectiveness of the rights of these new workers.

\* 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. Al mismo tiempo se enmarca en el proyecto de investigación “Alternativas para una Acción Sindical eficaz en el nuevo modelo de empresa” (ref.: RTI2018-093458-B-I00) [<https://www.unioviedo.es/aunas/>].

**INDICE:**

1. CONTEXTUALIZACIÓN
2. RETOS PARA LA ORGANIZACIÓN Y LA ACCIÓN SINDICAL
3. LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA: LOS INCONVENIENTES DEL DISEÑO LEGAL
4. DIFICULTADES Y DESAFÍOS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
5. UN ÚLTIMO APUNTE: TELETRABAJO Y DERECHOS COLECTIVOS

**1. CONTEXTUALIZACIÓN**

El riesgo de precariedad, mayor vulnerabilidad y seria dificultad para garantizar el pleno disfrute de los derechos laborales en los eufemísticamente llamados “trabajos atípicos” no es una preocupación de hora, ni siquiera reciente.<sup>1</sup> Pero sí es cierto que la enorme expansión de ciertas formas de organización del trabajo mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, o recurriendo al empleo de aplicaciones y plataformas digitales se han convertido en un verdadero desafío para el correcto encaje de esas supuestas “nuevas formas de empleo” en las tradicionales categorías jurídico-laborales. Empezando por la noción misma de trabajo asalariado,<sup>2</sup> para seguir por el resto de los conceptos e instituciones que integran y conforman su ordenación. Desde luego, las que conciernen a la organización y a la acción sindical y colectiva.

Lo expone con mucha claridad el reciente *Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización*, alcanzado por los interlocutores sociales de dicho ámbito el pasado 22 de junio de 2020,<sup>3</sup> cuando establece que uno de sus principales propósitos es lograr que el recurso a la inteligencia artificial y, más en general, a la tecnología sirva para extender el trabajo decente y no para volver a formas de esclavitud más propias del siglo XIX. Más en concreto, su objetivo es la gobernanza internacional del trabajo en plataformas, que se confía además a la acción conjunta de las organizaciones representativas de trabajadores y empresarios, y se orienta a la preservación de la dignidad de las personas y a la garantía de derechos como la

<sup>1</sup> Ver por todos, Casas Baamonde, M<sup>a</sup> E., “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno?”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales* n<sup>o</sup>9, 2017, pp.867 y ss.

<sup>2</sup> Entre los numerosos comentarios a que viene dando lugar este problema, véase Álvarez Alonso, D. y Martínez Moreno, C., “Trabajo y plataformas digitales: primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo”, *Trabajo y Derecho* 72/2020 (Diciembre), 1 de dic. De 2020, Editorial Wolters Kluwer, versión electrónica.

<sup>3</sup> [https://www.buinessurope.eu/sites/buseur/files/media/reports\\_and\\_studies/2020-06-22\\_agreement\\_on\\_digitalisation\\_-\\_with\\_signatures.pdf](https://www.buinessurope.eu/sites/buseur/files/media/reports_and_studies/2020-06-22_agreement_on_digitalisation_-_with_signatures.pdf).

formación, la desconexión, la limitación del tiempo de trabajo, la protección de la salud y, en fin, los derechos sindicales digitales.<sup>4</sup>

Lo que ahora, en primer lugar, interesa es identificar cuáles son los fenómenos que tienen lugar en esos nuevos escenarios, entre otros, el del trabajo en plataformas, y que dificultan, obstaculizan o sencillamente impiden la acción colectiva. Y que no son otros que el trabajo “a llamada” o “a demanda”, los “contratos de cero horas”, el empleo intensivo de tareas de mínima entidad (las llamadas “microtarefas”), la descomposición de la empresa y la volatilización de la noción de centro de trabajo y la generalización del trabajo autónomo, en muchas ocasiones, falso. Todo lo cual desemboca es la pura y simple pulverización del vínculo de representación colectiva y sindical, que ha sido valor político y democrático fundamental en el modelo social europeo.<sup>5</sup>

## 2. RETOS PARA LA ORGANIZACIÓN Y LA ACCIÓN SINDICAL

Lo primero que todo lo anterior desencadena en el plano de la libertad sindical es lo que podría calificarse –acudiendo a una expresión que cuenta ya con carta de naturaleza— como una clara huida del sindicalismo de clase,<sup>6</sup> y una frecuente deriva hacia la conformación de sindicatos específicos de corte corporativo, como ha podido ocurrir con las camareras de piso (las *kellys*),<sup>7</sup> o con los propios repartidores.<sup>8</sup> No quiere ello decir, ni mucho menos, que los sindicatos mayoritarios hayan claudicado de su lucha con respecto a colectivos especialmente precarios como son los señalados. Al contrario, la defensa de los derechos en estos casos se ha articulado, fundamentalmente, a través de la constitución o potenciación de las secciones sindicales (mucho menos exigente formalmente que la de órganos de participación en la empresa conforme al Título II ET); y, desde luego, por medio de la acción sindical desarrollada al máximo nivel, mediante la defensa jurídica de sus intereses en un sinfín de actuaciones judiciales, y del

<sup>4</sup> Ver Serrano Garcia, J. M<sup>a</sup> y Borelli, S., “El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital”, *Revista de Derecho Social* n<sup>o</sup>80, 2017, pp.233 y ss.; y Wynn, M., “Atypical Workers and the Gig Economy in the UK: the New Precariat”, en *Cambio laboral y políticas inclusivas* (M<sup>a</sup> B. Cardona, dir. y V. Cordero, coord.), Universitat de Valencia, 2017, pp.33 y ss.

<sup>5</sup> Me ocupé de ello más extensamente, y con abundante referencia a la doctrina existente al respecto, en Martínez Moreno, C., “La autonomía colectiva y sus medios de expresión”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTMSS, Madrid, 2019, pp.275-308.

<sup>6</sup> K. Vandaele (2018), “Will trade unions survive in the Platform economy? Emerging patterns of Platform workers’ collective voice and representation in Europe” [<http://grupo.us.es/iwpr/biblioteca/economia-colaborativa-y-derecho-social/>] (consultado el 1 de marzo de 2019).

<sup>7</sup> <https://laskellys.wordpress.com/> (última consulta el 12 de diciembre de 2020).

<sup>8</sup> <https://www.ridersxderechos.org/>.

diálogo social con el objetivo de dotar a este tipo de actividades de un marco adecuado de regulación.

Fuera de nuestras fronteras, un ejemplo reciente de experiencia organizativa culminada bajo el influjo de un sindicato mayoritario lo ofrece la creación por el Movimiento Nacional de Repartidores de Plataformas Digitales del sindicato Unión de Trabajadores de Plataformas (UNIDAPP), que se constituye con el apoyo de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), uno de los sindicatos de Colombia que mayor número de trabajadores agrupa.<sup>9</sup>

Llegados a este punto, resulta relativamente sencillo realizar el diagnóstico sobre cuáles son los retos para la acción sindical en relación con estos nuevos empleos; porque, al fin y al cabo, son los que llevan enfrentando las organizaciones de trabajadores desde que el trabajo industrial fordista empieza a coexistir con otras actividades productivas y realidades empresariales diversas, y, sobre todo, con un mercado de trabajo cada vez más segmentado. En primer lugar, identificar el interés colectivo propio del grupo de que se trate en cada caso y encauzar adecuadamente su tutela y protección; y hacerlo, justamente, dando vigor al poder y los medios de acción sindical —representación colectiva, negociación y medidas de conflicto— más idóneos. El ejemplo de todas las acciones emprendidas por las organizaciones sindicales para aflorar y lograr regularizar el falso trabajo autónomo de los repartidores de plataformas vuelve a servir de ejemplo para ilustrar esto que decimos. Junto a iniciativas como la llevada a cabo por trabajadores de plataformas afiliados a la UGT al crear el portal “Tu Respuesta Sindical Ya” [<http://www.turespuestasindical.es/>], un soporte para las personas que desarrollan su trabajo en plataformas digitales que les proporciona información y les permite canalizar su actividad organizativa y de reivindicación y denuncia.

Una segunda vía de ampliación del radio de acción sindical con el fin de que la misma comprenda a esos nuevos trabajadores es la interpretación expansiva de las reglas sobre el ámbito subjetivo de la propia libertad sindical, ya de por sí considerablemente más extenso que el del estricto trabajo asalariado. Una muestra patente de ello se encuentra en la STS de 8 de mayo de 2019 (Rec.42/28) que considera amparados por este derecho fundamental a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, a la vista de su estatus mixto, societario-laboral, y de la inexistencia de previsión legal en contra de esta solución.

Por otra parte, el carácter dual de nuestro modelo de participación y representación en la empresa permite la opción por la fórmula de la acción sindical de la LOLS frente al modelo más rígido y exigente de los órganos electivos del ET.

<sup>9</sup> <https://www.elespectador.com/noticias/economia/crean-sindicato-de-trabajadores-de-plataformas-digitales-que-protestaran-este-8-de-octubre/> (última consulta, 12 de diciembre de 2020).

Más aún desde que —de nuevo, de mano de un cambio en la jurisprudencia—<sup>10</sup> aquella recupera su genuino carácter de manifestación de la autonomía interna del sindicato. La pregunta que surge a continuación es si ese marco legal de ordenación permite desde el punto de vista organizativo algo más que la simple dicotomía empresa-centro de trabajo. Y la respuesta con toda probabilidad ha de ser afirmativa, a favor de una conformación de las secciones lo más versátil posible, en la línea que apuntan resoluciones como la STS de 14 de febrero de 2020 (Rec.130/18), que admite la creación de la sección sindical por medio de la agrupación de centros de trabajo, así como la designación del delegado con las garantías que le otorga el art.10 LOLS, aunque el sindicato sólo tenga representación en algunos de ellos. La negativa empresarial constituye lesión de la libertad sindical de la organización demandante, a la que se indemniza por los daños morales ocasionados. En un sentido similar, la STS de 28 de enero de 2020 (Rec.1361/17) considera lesivo de la libertad sindical que Correos limite el ámbito de constitución de las secciones sindicales a cada centro de trabajo, habiendo el sindicato CGT fijado la provincia como ámbito de organización y correlativo ámbito de elección de los comités conjuntos de Tenerife y Las Palmas respectivamente.

Eso sí, por de pronto, las organizaciones habrán de procurar una articulación en sus estatutos y normas de funcionamiento interno de las formas de desarrollar la acción sindical en la empresa lo más precisa y correcta que les sea posible; y proceder en el ejercicio de sus actividades con estricta observancia de lo dispuesto en esa normativa. Con el fin de evitar situaciones como la que dirime la STS de 19 de febrero de 2020 (Rec.169/18), en la que se declara la nulidad de un convenio colectivo suscrito por una sección sindical irregularmente constituida —no conforme con la normativa estatutaria— por falta de legitimación de dicho sujeto.

### **3. LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA: LOS INCONVENIENTES DEL DISEÑO LEGAL**

No es, ni mucho menos, la primera vez que se señala la inadecuación del modelo implantado por el Título II ET al tejido empresarial patrio. En particular, aunque no sólo, la referencia al centro de trabajo como unidad electoral.<sup>11</sup>También

<sup>10</sup> Iniciado por la STS de 18 de julio de 2014 (Rec.91/13), a la que siguieron las SSTs de 23 de septiembre de 2015 (Rec.253/14), 21 de junio de 2016 (Rec.182/16), 11 de enero de 2017 (Rec.11/16), 3 de febrero de 2017 (Rec.39/16), 7 de marzo de 2017 (Rec.101/16), 10 de mayo de 2017 (Rec.88/16), 6 de junio de 2017 (Rec.216/16); 8 de febrero de 2018 (Rec.274/16) o 22 de mayo de 2019 (Rec.10918).

<sup>11</sup> Recojo autorizadas opiniones doctrinales en tal sentido en Martínez Moreno, C. “La autonomía colectiva y sus medios de expresión”, *loc.cit.*, pp.275 y ss. Y, con posterioridad, lo ha vuelto

supone un inconveniente el estructurar las diversas formas orgánicas posibles a partir de umbrales de plantilla que difícilmente alcanzan la inmensa mayoría de las empresas españolas. A todo lo cual se suma ahora la frecuente inexistencia de un espacio físico al que adscribir una plantilla más o menos estable de personas trabajadoras y, por ende, la acción colectiva en representación y defensa de sus intereses.<sup>12</sup>

Por si fuera poco, al revés de lo que hemos visto que ocurre en relación con la acción sindical en la empresa, la interpretación llevada a cabo por los tribunales del modelo instaurado por el ET no ha sido ni mucho menos favorecedora de fórmulas flexibles ni de interpretaciones mínimamente alejadas de la estricta literalidad de la ley.

Valga el ejemplo de la jurisprudencia restrictiva de la posibilidad de conformar comités conjuntos prevista en el art.63.2 ET, que ha negado sistemáticamente la agrupación de centros de menos de diez trabajadores, incluso si juntos sumaban los cincuenta que se requiere para poder constituir un comité, o superando la demarcación territorial provincial o entre municipios limítrofes exigidas legalmente.<sup>13</sup> En un momento en el que importantes y significativas empresas como bancos o grandes firmas comerciales diversifican su estructura organizativa mediante una amplia red de pequeñísimos establecimientos repartidos por toda la geografía nacional, el formato clásico de órganos de participación es evidente que resulta inoperante y por completo impracticable.

Las posibles soluciones arbitradas o propuestas para solventar estos problemas han sido varias y de muy diversa factura. Para empezar, con la reforma laboral de 2010-2012, y específicamente para la adopción de medidas de ajuste de empleo en la empresa, se introdujo un tercer canal de negociación en los períodos de consultas (art.41.4 ET), el de las llamadas comisiones “ad hoc”; en sus dos variantes, las laborales y las sindicales, con un claro predominio en la práctica de la primera. Pero el Tribunal Supremo ya ha dicho con toda claridad y rotundidad

a destacar Álvarez Alonso, D., *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, principalmente en el capítulo III.

<sup>12</sup> Por todos, ver Garrido Pérez, E., “La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, *Revista de Derecho Social* n°80, pp.209 y ss.

<sup>13</sup> Desde la STS, Sala General, de 31 de enero de 2001 (Rec.1959/00), seguida por las SSTS de 19 de marzo de 2001 (Rec.2012/00), caso *Minit Colors España, S.A.*; 20 de febrero de 2008 (Rec.77/07), caso *Phone Warehouse, SL*; 28 de mayo de 2009 (Rec.127/08), caso *The Phone House Spain, S.L.*; 14 de julio de 2011 (Rec.140/10), caso *Viajes Iberia, S.A.*; 7 de febrero de 2012 (Rec.114/11), caso *Viajes El Corte Inglés, S.A.*; 18 de septiembre de 2014 (Rec.1664/13), caso *Zardoya Otis, S.A.*; 11 de febrero de 2015 (Rec.2872/13), caso *Productos de Belleza Sisley España, S.A.*; o 14 de julio de 2016 (Rec.161/15), caso *CAMPSA Estaciones de Servicio*.

que esa figura es únicamente válida a los efectos del art.41.4 ET y concordantes; nunca para negociar un convenio,<sup>14</sup> y yo diría que para desenvolverse fuera del estricto cauce para el que fue creada.

Más recientemente, en relación con la tramitación de los ERTEs COVID-19 (por simplificar), se ha tratado de corregir o reconducir en parte el procedimiento en relación con el órgano de interlocución, reduciendo su operatividad a las comisiones sindicalizadas. Lo mismo que en la reciente normativa reglamentaria relativa a la negociación de los Planes de Igualdad en las empresas sin representación legal de trabajadores (art.5.3 *RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo*).<sup>15</sup>

No obstante, aún quedarían por proponer y, sobre todo, por experimentar – pese al riesgo de acabar siendo rechazadas en vía judicial— otras variantes, como la agrupación de centros de trabajo por provincias, u otras demarcaciones territoriales distintas;<sup>16</sup> o incluso la posibilidad de configurar estructuras representativas de carácter transversal o consorciado, por ejemplo, agregando empresas o centros de trabajo ubicados en parques empresariales o polígonos industriales.<sup>17</sup>

Un interesante interrogante a propósito de la viabilidad de este tipo de propuestas que sigue sin despejarse del todo es el de hasta qué punto podrían ser disponibles las reglas contenidas en el Título II ET.<sup>18</sup> Ya se ha podido comprobar que, en general, no ha quedado mucho margen para el desenvolvimiento de formas alternativas de participación, muy a pesar de que en el frontispicio del referido Título se diga que, “sin perjuicio de otras formas de participación”, las que se contemplan y articulan legalmente son las que allí se disponen. Así que, al menos hasta el momento en que se disponga de un marco legal diferente del actual, tal vez al albur de ese nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI, la conclusión

<sup>14</sup> STS de 6 de junio de 2017 (Rec.485/17), cuya doctrina reitera la de 28 de junio de 2017 (Rec.203/16).

<sup>15</sup> BOE 14 de octubre.

<sup>16</sup> STS de 21 de junio de 2016 (Rec.182/15), *caso Abanca, Corporación Bancaria, SA*, que recapitula doctrina.

<sup>17</sup> La propuesta en este sentido la expuso el Secretario General de CCOO en Asturias, José Manuel Zapico, en un seminario celebrado con los integrantes del proyecto AUNAS y representantes de UGT y FADE, que se puede consultar en <https://www.unioviado.es/aunas/wp-content/uploads/2020/09/La-respuesta-del-sindicato-a-los-nuevos-desafios.-Seminario-Uniovi.pdf>.

<sup>18</sup> Soriano Cortés, D., “Canales estables de representación de los trabajadores y órganos adaptados a los nuevos modelos de gestión empresarial”, en J.E. López Ahumada y R. Menéndez Calvo (dir. y coord.), *Poder de dirección y estructuras empresariales complejas*, Ed. CINCA, Madrid, pp.337 y ss.



a la que se ha llegado es que, casi con total seguridad, resultan indisponibles las normas referidas a los criterios de representatividad sindical contenidos en la LOLS, la normativa básica sobre el proceso electoral y el derecho de sufragio, las garantías de los representantes de los trabajadores, y las conectadas con la tutela judicial. Es más dudoso que lo sean las relativas a las unidades electorales, o a las propias formas organizativas, como prueba que existan modelos alternativos como los contenidos en la LPRL o en la normativa sobre participación y consulta de la UE.

Una última –aunque no por ello menos relevante– cuestión es la que atañe a la digitalización de la acción sindical, de la que, bastante antes de promulgarse la normativa sobre protección de datos o teletrabajo, ya existían abundantes muestras. Baste recordar la STC 281/2005 sobre el uso sindical del correo electrónico,<sup>19</sup> o las más recientes SSTs de 15 de enero de 2019 (Rec.220/17)<sup>20</sup> y 21 de febrero de 2019 (Rec.214/17). O la iniciativa a la que ya se ha hecho más arriba alusión consistente en la creación por parte de trabajadores de plataformas afiliados a la UGT del portal “Tu Respuesta Sindical Ya” [<http://www.turespuestasindical.es/>]. En estos últimos meses, la necesidad de adaptar no sólo la forma de realizar la prestación de numerosos servicios, sino incluso la de garantizar el funcionamiento institucional, ha puesto de manifiesto en mayor medida aún que muchas actuaciones se pueden llevar a cabo de manera virtual, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Y así, a reuniones y asambleas virtuales, formas organizativas digitales y medios de presión ejercidos telemáticamente,<sup>21</sup> se han sumado en el tiempo de la pandemia experiencias como la de la celebración de mediaciones en los servicios de solución autónoma de los conflictos laborales a distancia, no presenciales.

#### 4. DIFICULTADES Y DESAFÍOS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Consecuencia directa de fenómenos como el de la fragmentación de la empresa –cuando no de su disipación– es la desaparición de toda posibilidad real de llevar a cabo una verdadera negociación colectiva en dicho ámbito, resultante

<sup>19</sup> Martínez Moreno, C., “Libertad sindical y uso del correo electrónico: sentencia TC 281/2005 de noviembre”, en J. García Murcia (dir.), *Libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios. 20 casos de jurisprudencia constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp.307 y ss.

<sup>20</sup> Con una interesada llamada de atención de la Sala a los litigantes, por no haber sido capaces de llegar a un acuerdo sobre un asunto así por otros medios distintos al supremo grado jurisdiccional.

<sup>21</sup> Anna Rota, “La acción sindical en la sociedad altamente tecnológica”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*. CEF, nº420, pp.77 y ss.



de la inexistencia por la parte social de sujeto legitimado para negociar. El apego del Título III ET en este punto al esquema orgánico de la participación en la empresa al que se acaba de aludir en el apartado anterior explica esa inviabilidad. Una manifestación anómala de ello se ha visto en la saga de los falsos convenios de empresas multiservicios, verdadera práctica de huida del convenio sectorial, que podría asimismo considerarse como uno de los daños colaterales de la regla sobre la prioridad aplicativa del convenio empresarial (art.84.2 ET). Como se recordará, la operativa revistió casi una absoluta uniformidad y consistió en la negociación con los representantes de algún centro de trabajo (con carácter general, delegados de personal) de convenios que luego se aplicarían a la totalidad de los centros que esas empresas tenían a lo largo de toda la geografía nacional. Los convenios fueron impugnados, y primero la Audiencia Nacional, luego el Tribunal Supremo confirmando esos pronunciamientos, declararon su nulidad por quiebra del principio de correspondencia entre el sujeto negociador y el pretendido ámbito de aplicación de la norma negociada.<sup>22</sup> Las últimas sentencias de la saga son las SSTs de 19 de diciembre de 2017 (Rec.195/16), 21 de diciembre de 2017 (Rec.280/16), 13 de febrero de 2018 (Rec.236/16), 22 de febrero de 2019 (Rec.226/17) y 31 de octubre de 2019 (Rec.191/17), aunque vienen precedidas de otras muchas.<sup>23</sup> Y la apoteosis se alcanza en la STS de 17 de marzo de 2020 (Rec.136/18), *caso Ariete Seguridad*, en la que el pronunciamiento de nulidad por segunda vez de un falso convenio de esa misma empresa se acompaña de la imposición de una multa por temeridad a la entidad recurrente.

Pero las anomalías que este tipo de empresas generan en la esfera de la negociación colectiva no se agotan ahí, pues las que ya en otro lugar he denominado “externalizaciones salvajes”<sup>24</sup> han dado lugar también a la segregación negocial<sup>25</sup> y a una especie de “diáspora convencional”.<sup>26</sup> Vuelve a ser revelador

<sup>22</sup> Salvo en un caso en que se salvó la validez del convenio, pero circunscribiendo su ámbito al del estricto centro de trabajo en que se llevó a cabo la negociación.

<sup>23</sup> Di cuenta del asunto en Martínez Moreno, C., “Externalización productiva, creación de empleo y trabajo decente desde la perspectiva de la OIT”, en *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial* (dir. J.L. Monereo Pérez y S. Perán Quesada), Granada, Comares, pp.51 y ss.

<sup>24</sup> Martínez Moreno, C., “Capítulo V. El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: análisis de las reglas jurídicas conectadas con este nuevo fenómeno”, en *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social* (dir. J. Moreno Gené y L.A. Fernández Villazón), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp.181 y ss.

<sup>25</sup> Cruz Villalón, J., “Los sujetos y los escenarios de la negociación colectiva: de las unidades clásicas a los nuevos ámbitos convencionales”, en VV.AA. *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial, XIII Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, CCNCC, Madrid, 2001.

<sup>26</sup> Escudero Rodríguez, R., “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en VV.AA. *Cuestiones actuales*

el caso de las camareras de piso, como se pone de relieve en la STS de 20 de noviembre de 2015 (Rec.104/15), y en la del Juzgado de lo Social nº1 de Gijón, de 30 de noviembre de 2016 (autos 497/16).

De todos modos, los problemas del convenio de aplicación en las empresas multiservicios han sido abundantemente tratados por una solvente doctrina científica,<sup>27</sup> y además nos desvían de nuestra atención, que está ahora centrada en las empresas digitalizadas.<sup>28</sup> Si bien los principios conforme a los que se deberá determinar su correspondiente convenio son los comunes de unidad de empresa, especialidad e idoneidad, actividad real preponderante y, en su caso, prioridad aplicativa del convenio de ámbito empresarial. Una vez más, son los repartidores los que han servido de campo de experimentación para dirimir la cuestión, en concreto, cuando los integrantes de la comisión negociadora del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería (ALEH V) decidieron, entre otras modificaciones, incorporar al ámbito funcional de dicho acuerdo la actividad de reparto de comidas y bebidas incluidas las realizadas desde plataformas digitales, y al sistema de clasificación profesional la ocupación de repartidor/a de comidas y bebidas a través de plataformas digitales.<sup>29</sup>

Aunque lo cierto es que, tal y como cabía esperar, esta solución no ha sido asumida por algunas de las plataformas de reparto más conocidas, que enseguida reaccionaron proclamando que se desentendían del ALEH V, en la medida en que una norma convencional no puede alterar la naturaleza de la relación que les vincula con sus recaderos, que sostenían y siguen sosteniendo es de carácter autónomo y no laboral.<sup>30</sup> Bien mirado, tal vez pudiera resultarles también de aplicación un convenio del sector de transporte. Y seguramente la mejor solución sería la negociación de un convenio propio para los *riders*, como ha ocurrido en Suiza.<sup>31</sup> De todos modos, me parece que este es un debate sin excesivo recorrido

*sobre la negociación colectiva, XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, CCNCC, MTAS, 2002.*

<sup>27</sup> La recojo en Martínez Moreno, C., “La autonomía colectiva y sus medios de expresión”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTMSS, Madrid, 2019, pp.275 y ss.*

<sup>28</sup> Específicamente, cfr. Muñoz Ruiz, A.B., “Sector digital, plataformas profesionales y convenio colectivo aplicable”, *Revista de Información Laboral* nº2, pp.211 y ss.

<sup>29</sup> Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los acuerdos de modificación y prórroga del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería (BOE 29 de marzo).

<sup>30</sup> [https://www.elespanol.com/invertia/empresas/20190403/glovo-deliveroo-desentenden-convenio-hosteleria-engloba-riders/387962111\\_0.html](https://www.elespanol.com/invertia/empresas/20190403/glovo-deliveroo-desentenden-convenio-hosteleria-engloba-riders/387962111_0.html) (última consulta el 15 de diciembre de 2020).

<sup>31</sup> [https://www.elperiodico.com/es/economia/20190205/los-riders-logran-en-suiza-su-primero-convenio-colectivo-7287421?utm\\_source=linkedin&utm\\_medium=social](https://www.elperiodico.com/es/economia/20190205/los-riders-logran-en-suiza-su-primero-convenio-colectivo-7287421?utm_source=linkedin&utm_medium=social) (última consulta el

aún, en la medida en que –pese a la reciente STS de 25 de septiembre de 2020 (Rec.4746/19)—<sup>32</sup> aún está por resolverse de manera definitiva, precisamente, el carácter de su vinculación.

Por otro lado, como ocurre casi siempre, para lograr innovar verdaderamente en este campo habrá que sortear algunos escollos nada desdeñables. Como ilustra otro caso reciente, el del Acuerdo colectivo para los trabajadores a domicilio y teletrabajadores daneses, cuya incidencia sobre los autónomos –los *freelance domestic workers*— provocó la impugnación por la autoridad danesa de la competencia y el consumo considerando que las tarifas mínimas constituían una práctica contraria a la libre competencia. Frente a esta reacción se ha esgrimido el posible amparo del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores autónomos en el art.6 de la Carta Social Europea y el Convenio 98 OIT; a la vez que se ha subrayado la paradoja –casi un sarcasmo— de aplicar la legislación *anti trust* a un colectivo de personas tan vulnerables.<sup>33</sup>

## 5. UN ÚLTIMO APUNTE: TELETRABAJO Y DERECHOS COLECTIVOS

Como es bien sabido, uno de los grandes retos con que la regulación del trabajo a distancia y, como variante de este, el teletrabajo tiene que enfrentarse es el de la garantía de la igualdad y plenitud de derechos laborales respecto del resto de trabajadores presenciales, particularmente, los que afectan a la participación, y a la acción y defensa colectivas. A los derechos colectivos dedica su art.19 el *RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia*<sup>34</sup> (RDLTT), que toma como punto de partida el garantizar que su ejercicio tenga, en efecto, el mismo contenido y alcance que los de resto de las personas trabajadoras “del centro al que estén adscritos”. Vuelve, por tanto, a constituir un inconveniente el hecho de que el desenvolvimiento de las actuaciones de participación de estos trabajadores siga pivotando en torno a la unidad funcional y física del centro de trabajo.

Un segundo rasgo característico del contenido regulador del RDLTT es la frecuencia y extensión de la llamada a la negociación colectiva para articular la

28 de febrero de 2019). Cfr.M. Rodríguez-Piñero Royo (2018), “El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo”, en *El futuro del trabajo: retos para la negociación colectiva. XXX Jornada de Estudio sobre negociación colectiva*, CCNCC, Ministerio de Trabajo, migraciones y Seguridad Social, Madrid, pp.91 y ss.; y Muñoz Ruiz, A.B., *loc.y págs.cit.*

<sup>32</sup> Álvarez Alonso, D. y Martínez Moreno, C., “Trabajo y plataformas digitales: primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo”, *loc.cit.*

<sup>33</sup> <https://www.socialeurope.eu/collective-bargaining-rights-for-platform-workers> (última consulta, 15 de diciembre de 2020).

<sup>34</sup> BOE 23 de septiembre.

situación y los derechos y deberes de las partes en el supuesto del teletrabajo regular; que se repite en orden a tener en cuenta las peculiaridades en el plano colectivo de esta modalidad de la prestación, siempre con respeto al principio de igualdad de trato, y que tiene como telón de fondo el garantizar la real y efectiva participación en las actividades organizadas o a que convoque la representación legal o los propios trabajadores para la defensa de sus intereses. En especial, la participación presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones de los órganos de representación unitaria. Resulta curioso, incluso un poco extraño, que no se hayan previsto cauces o canales específicos para los teletrabajadores, incluidos el voto telemático. Tal vez en la idea de que sean los convenios colectivos —como de hecho ocurre ya— los que se ocupen de arbitrar esas otras vías, más acordes con la situación de este tipo de empleados

Un último aspecto que merece la pena considerar aquí es el relativo a la utilización de las herramientas digitales con fines sindicales y de participación (art.19.2 RDLTT). Al respecto, y con miras en la remoción de los obstáculos que pudieran surgir para la fluidez de las comunicaciones en la empresa, se prevé que esta última suministre a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la compañía y a la implantación de un tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia (en la línea de lo que ya apuntara la STC 281/2005).

Es oportuno subrayar, a este respecto, que la dirección de correo electrónico es un dato personal, como tal susceptible, mejor dicho, merecedor de la protección que le dispensa la normativa específica en la materia. La AEPD se ha ocupado de aclarar que, dado que su conocimiento resulta esencial para el ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical, es posible su cesión sin la habitualmente requerida autorización del titular. En correspondencia con ello, el sindicato deberá respetar los derechos reconocidos a aquel por la *LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*,<sup>35</sup> con la salvedad del transcurso del proceso electoral, durante el cual parece primar la vertiente colectiva sobre los derechos individuales del trabajador. Resulta obvio, en fin, que se podrán habilitar mecanismos de voto telemático, siempre que se garantice el carácter personal, libre y secreto del mismo.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> BOE 6 de diciembre.

<sup>36</sup> Patricia Nieto Rojas 8.10.20, en El Foro de Labos.

# DIGITALIZACIÓN Y DERECHO DE HUELGA\*

JOSÉ MARÍA GÖERLICH PESET

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

Universitat de València

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Digitalización, derecho de huelga, conflicto colectivo

Los cambios en las relaciones laborales que impone la transformación digital afectan directamente al ejercicio del derecho de huelga. Aparte sus efectos sobre las fronteras del contrato de trabajo—que obligan a repensar su titularidad—, reducen la capacidad de movilización de las organizaciones sindicales y amplían las posibilidades empresariales de reaccionar frente al conflicto. Se analizan los principales problemas interpretativos y se sostiene la necesidad de una intervención normativa, no solo del legislador interno, que actualice la protección del derecho fundamental.

## ABSTRACT

**Key words:** Digitization, right to strike, collective conflict

The changes in labor relations imposed by the digital transformation directly affect the exercise of the right to strike. Apart from its effects on the borders of the employment contract -which force a rethinking of its ownership-, they reduce the capacity for mobilization of the trade union organizations and broadens the management possibilities of reacting to the conflict. The main problems of interpretation are analyzed and the need for normative intervention, not only from the domestic legislator, is maintained, which updates the protection of the fundamental right.

\* 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.

## ÍNDICE

1. EL DERECHO DE HUELGA EN LAS RELACIONES LABORALES 4.0
2. SOBRE LA TITULARIDAD DEL DERECHO
3. LA TECNOLOGÍA AL SERVICIO DEL CONFLICTO
4. NUEVAS FORMAS DE EXTERIORIZACIÓN DEL CONFLICTO: LUCES Y SOMBRAS
5. EL INCREMENTO DE LAS POSIBILIDADES DE REACCIÓN EMPRESARIAL
6. REFLEXIONES FINALES: HACIA UN NUEVO MARCO NORMATIVO

### **1. EL DERECHO DE HUELGA EN LAS RELACIONES LABORALES 4.0**

Es mucho lo que ya se va escribiendo en relación con el impacto de la transformación digital sobre el desarrollo de las relaciones laborales. Por supuesto, los fenómenos que se han descrito con carácter general despliegan sus efectos, como no podía ser de otra manera, con el tema que ahora interesa. En pocas palabras, el ejercicio del derecho de huelga viene también condicionado por la llamada disrupción tecnológica.

Son varios cambios en la conformación de las relaciones laborales que resultan relevantes en este terreno. Es claro, de entrada, que la evolución de la digitalización y el desarrollo de inteligencia artificial y robótica cambian sustancialmente la aportación humana al proceso productivo, tanto en su volumen como en su naturaleza. Más allá, en efecto, del debate sobre el futuro del empleo desde la perspectiva cuantitativa –esto es, si la innovación tecnológica implicará o no un incremento del paro–, lo cierto es que, en los empleos del futuro, la relación entre la persona y la máquina será sustancialmente diferente: incluso si aquella no es sustituida del todo por esta, su virtualmente ilimitada capacidad de procesamiento de datos le permitirá asumir competencias y funciones reservadas a los trabajadores en tiempos anteriores.

Por otro lado, asistimos a una transformación de las organizaciones empresariales. La empresa 4.0 es mucho más «líquida» que sus antecesoras. Por su objeto, por la utilización de la técnica o por ambos factores, sus plantillas presentan una consistencia muy inferior a la que ha sido normal en épocas anteriores. No es ajeno a este fenómeno la aparición y potenciación de nuevas formas de coordinación entre organizaciones. Aunque la descentralización no es un fenómeno novedoso, sí lo es el incremento exponencial de sus posibilidades en la medida en que la tecnología digital y de la comunicación permite reconstruir de manera satisfactoria un proceso productivo que puede dividirse en fragmentos infinitesimales. Asimismo, las empresas se diversifican, en función de la forma en que se organizan e incorporan la tecnología: desaparecen los modelos estándar de organización que han caracterizado momentos históricos anteriores.

Por supuesto, estos fenómenos afectan también a la fisonomía de la prestación personal de servicios en las nuevas organizaciones. Elementos que han resultado esenciales en la configuración tradicional, el tiempo y el lugar de trabajo, pasan a un segundo plano. Frente a la concentración de los trabajadores en un espacio y un momento homogéneos, la digitalización permite, incluso impone, la dispersión: la prestación de servicios puede desarrollarse en cualquier lugar y es requerida solo si y cuando es necesaria; ni siquiera se precisa que todos los trabajadores la desarrollen a la vez. Además de este aislamiento, la posición del trabajador en la empresa parece separarse de la que ha sido tradicional como consecuencia de las transformaciones que la tecnología imprime en la organización. Las funciones que se le asignan como consecuencia del mayor protagonismo de la máquina en la producción requieren una mayor dosis de colaboración en el funcionamiento del proceso e individualizan su aportación al mismo. Todas estas consecuencias de la transformación digital se contraponen, claro está, a las características existentes en las organizaciones tradicionales en las que los trabajadores se concentran en un mismo lugar y tiempo de trabajo, desarrollan prestaciones estandarizadas en las que existe fuerte dependencia. A la postre, afectan a las propias fronteras del contrato de trabajo por la creciente difusión de los perfiles de la subordinación.

Mientras se producen estas transformaciones, la regulación del ejercicio del derecho de huelga permanece anclada en el pasado. No me refiero al hecho de que la disciplina del RDLRT sea preconstitucional. Pretendo resaltar más que la disciplina que contiene, como por lo demás el conjunto del ordenamiento laboral, se ha construido sobre el paradigma industrial. Y si ya resultaba poco adecuada en el contexto de la llamada «terciarización», todavía lo será menos cuando se proyecte sobre el nuevo paradigma tecnológico y organizativo. En este sentido, las consideraciones que siguen muestran los puntos principales de crisis del modelo y, por tanto, aquellos aspectos a los que habría que dirigir nuestra reflexión con la finalidad de concretar nuevas propuestas normativas o de actuación.

## **2. SOBRE LA TITULARIDAD DEL DERECHO**

Comenzando por el tema de la titularidad, creo que es preciso reconsiderar la tradicional reserva del derecho de huelga, y de los derechos sindicales en general, a los trabajadores subordinados. La mentada pérdida de nitidez de los confines del contrato de trabajo conduce a la aparición en sus alrededores de trabajadores autónomos de débil posición contractual y, por tanto, con necesidades de tutela colectiva similares a las existentes en el caso de los prestadores de servicios subordinados. Sin embargo, el ordenamiento no prevé que puedan recurrir a ella, o solo pueden hacerlo de modo limitado; y ello es particularmente evidente en relación con la huelga.



La aproximación tradicional a esta cuestión la encontramos en el fundamento jurídico 12 de la STC 11/1981, de 8 de abril, f.j. 12. La titularidad del derecho incumbe en exclusiva a quienes prestan servicios por cuenta ajena. Para los trabajadores por cuenta propia el Tribunal Constitucional parte del modelo de la «huelga-libertad»: “la cesación en la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya que arrostrar por las perturbaciones que se produzcan”.

Lo que ocurre es que las “perturbaciones” de las que debe responder los trabajadores por cuenta propia que, de forma concertada, suspenden su actividad no son exclusivamente contractuales. La STC 11/1981 ya lo había advertido al indicar la posible existencia de algunas responsabilidades de derecho público en los casos en los que el paro sea protagonizado por quien “hubiera obtenido de manera expresa una concesión para el desarrollo de un servicio público o si se tratara de actividades de interés público sometidas a un régimen jurídico-administrativo especial” pues en estos casos “la actividad de cesación puede determinar que se estén violando las exigencias de la concesión o del régimen jurídico-administrativo de que se trate”. Lo cierto es, sin embargo, que, en un análisis más detallado, los límites de las acciones concertadas de autónomos son muy superiores a los aludidos por la jurisprudencia constitucional. Además de la normal responsabilidad derivada del incumplimiento contractual y de las excepcionales relacionadas con el incumplimiento de las normas de derecho público, la misma parece colisionar de forma general con las reglas de defensa de la competencia.

En efecto, en la medida en que los trabajadores autónomos actúan directamente en el mercado de bienes y servicios, su actuación concertada para conseguir condiciones de trabajo adecuadas encaja de forma «natural» entre las conductas colusorias a las que se refiere el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia –y también en el art. 101 TFUE–. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, lo ha dejado claro en relación con la posible regulación en convenio colectivo de las condiciones de la prestación de servicios por los trabajadores por cuenta propia. Y en el ámbito interno contamos con algún precedente jurisprudencial en relación con supuestos en los que este tipo de trabajadores han recurrido a la paralización de su actividad, como medida de presión frente a los usuarios de sus servicios. En esta línea, la STS cont. 1497/2018, de 19 de octubre, pone fin a la impugnación judicial de la sanción impuesta por la autoridad de la competencia a la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del puerto de Bilbao, que queda definitivamente confirmada. Las normas legales vigentes confirman, en fin, este planteamiento: no olvidemos que el Estatuto del Trabajo Autónomo, aun reconociendo un espacio para la acción colectiva de las



organizaciones de trabajadores autónomos económicamente dependientes, la condiciona al respeto de “los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia” (art. 13.1 Ley 20/23007, en relación con los acuerdos de interés profesional).

La literalidad de la citada STJUE de 4 de diciembre de 2014 ofrece una vía para escapar de estos límites. En su fallo se lee, en efecto, que las normas antitrust no resultarían de aplicación “únicamente” en el supuesto de que el trabajador por cuenta propia sea en realidad “un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de esos trabajadores” por cuenta ajena. Creo, sin embargo, que esta aproximación no da respuesta al problema de fondo. Por supuesto, en presencia de un «falso autónomo» estamos en realidad ante un trabajador subordinado, cuya acción colectiva no quedan sujeta a las normas de la competencia. Sin embargo, hay que pensar que existen un buen número de trabajadores autónomos, que son «verdaderos» y que, pese a ello, necesitan la tutela colectiva habida cuenta de su situación económica. Se hace preciso, en consecuencia, dar respuesta a esta demanda, sin necesidad de forzar aún más la noción de contrato de trabajo.

En esta línea, las aproximaciones teóricas van encontrando espacio para la fundamentación de estas acciones concertadas de los trabajadores autónomos bien en la diferenciación de una parte de estos del concepto general de empresa sujeta a las normas antitrust bien en la posición de dominio que en muchos casos ocupan sus clientes. En esta última línea, es interesante un viejo y poco conocido pronunciamiento del Tribunal de defensa de la competencia que excluyó la sanción de un grupo de autónomos, vendedores de prensa, que se habían abstenido de realizar su actividad para forzar la empresa distribuidora, dominante en el mercado. La autoridad de la competencia valoró, en este sentido, que el mercado afectado presentaba una “asimétrica y muy desequilibrada... relación existente entre el único oferente que hay (la Distribuidora) y los numerosos pequeños vendedores que operan en él” lo que hace sea “lógico, y no... contrario a la competencia, que esos pequeños vendedores se asocien para poder negociar unas condiciones de la distribución que individualmente les son impuestas, lo que produce los naturales roces en una actividad en la que la implicación personal es muy fuerte”; y ello es admisible con independencia de que el comportamiento de la Distribuidora fuera o no técnicamente abusivo pues “la eficiencia del mercado” requiere “en este caso una moderación del desequilibrio existente en las relaciones entre el único oferente y los múltiples pequeños demandantes”. (RTDC 18 febrero 1999, Expte. 434/98, *Prensa Segovia*).

Estas líneas interpretativas son, por supuesto, muy interesantes. Sin embargo, no dejan de abrir serios interrogantes, sobre todo del lado de la seguridad jurídica.

Para evitarlos, se hace preciso avanzar en la línea de la expresa equiparación de los trabajadores autónomos a los subordinados, al menos en ciertos casos. Y ello habrá de producirse seguramente en el máximo nivel normativo, en el terreno de las normas internacionales y/o constitucionales, habida cuenta el rango que tienen las de defensa de la competencia.

### 3. LA TECNOLOGÍA AL SERVICIO DEL CONFLICTO

En otro orden de cosas, la creciente desaparición de la concentración de trabajadores en las unidades productivas obliga a buscar un nuevo territorio para la actuación sindical. Solo si es posible encontrarlo, el derecho de huelga podrá aspirar a mantener el papel que tradicionalmente ha tenido asignado en el reequilibrio del conflicto entre capital y trabajo. A estos efectos, es preciso repasar dos elementos diferentes: de un lado, lleva abierto unos años un fenómeno de paulatina sustitución de los mecanismos clásicos de información y comunicación entre los trabajadores y sus organizaciones representativas, por los propios de la sociedad digital y de la información; de otro, es claro que estos nuevos elementos, las redes sociales y otras herramientas tecnológicas, abren nuevas posibilidades de llevar el conflicto al ciberespacio.

El primero de estos aspectos es, con toda probabilidad, el más estudiado. Se trata de un proceso iniciado tiempo atrás por la jurisprudencia constitucional, cuyos principios han sido generosamente estirados por la jurisprudencia ordinaria. Recientemente, ha adquirido en nuestro país base legal, aunque a efectos muy limitados. Los mecanismos de comunicación previstos en la legislación corresponden a una época arcaica en el reconocimiento de los derechos sindicales. Me refiero al obsoleto reconocimiento de derechos al tablón, al que continúa refiriéndose el art. 81 ET, y a la distribución física de información prevista en los arts. 68.d) ET y 8.1.b) LOLS. Con independencia de que estas normas continúen vigentes, caben señalar que, a lo largo de este siglo, la jurisprudencia, constitucional y ordinaria ha emprendido un rápido camino de modernización de las herramientas de comunicación sindical.

Así, aunque la jurisprudencia ordinaria había rechazado que, a falta de una específica previsión normativa, legal o convencional, el acceso al indicado uso por las organizaciones representativas constituyera el objeto de un derecho, el Tribunal Constitucional procedió en 2005 a corregir este criterio. De acuerdo con la conocida STC 281/2005, de 7 de noviembre, en ciertas condiciones, la facultad sindical de utilización de estos instrumentos de comunicación, el correo electrónico o la intranet, puede derivarse directamente de la libertad sindical. Sobre esta base, la jurisprudencia ordinaria ha desarrollado una extensa tarea de extensión estos derechos digitales que seguramente descansa en un cierto voluntarismo/activismo judicial, aunque en su conjunto merece una valoración positiva.

En este sentido, aunque se parte de que no es un derecho de prestación que imponga al empresario el establecimiento de estas herramientas cuando habitualmente no se utilizan en la empresa (STS 17 mayo 2012, rec. 202/2011), sus obligaciones se entienden en sentido amplio puesto que, en caso contrario, no solo implican ponerlas a disposición de la representación de los trabajadores sino, en cierta medida, colaborar para posibilitar su uso efectivo. En esta línea, se han considerado incluidos en ellas los deberes de abrir una dirección institucional de correo a la representación y suministrar la lista de direcciones de los trabajadores (STS 14 julio 2016, rec. 199/2015). Por otro lado, al estilo de lo que ocurre con las formas tradicionales de comunicación, la afectación al funcionamiento normal de la empresa aparece como límite del derecho al uso de estas herramientas de comunicación. Pero, una vez se traslada a la empresa la carga de la prueba del perjuicio sobre aquel (STS 23 julio 2008, rec. 97/2007) y se excluye que derive de la sola lectura de los mensajes durante el tiempo de trabajo (STS de 3 mayo 2011, rec. 114/2010), no es fácil encontrar apoyos para el rechazo empresarial a su utilización. Solo parece justificado en los casos en los que se ponga en riesgo la integridad del sistema informático u otros intereses vinculados a la seguridad de la prestación laboral (STS 19 julio 2018, rec. 158/2017). Por lo demás, existen pronunciamientos sobre las organizaciones que pueden acceder al uso de las herramientas de comunicación, que se extiende a cualquier sindicato habida cuenta que estamos ante una derivación natural de la libertad sindical (SSTS 25 abril 2005, rec. 85/2003, y 21 febrero 2019, rec. 214/2017) así como sobre el posible control a desarrollar por la empresa. Aunque puede extenderse a las formas de ejercicio (STS 16 febrero 2010, rec. 57/2009, que acepta que se haga depender de la identificación de la persona responsable del mismo), no puede alcanzar al fondo de las comunicaciones (SSTS 26 abril y 2 noviembre 2016, recs. 113/2015 y 262/2015). A la postre, los criterios jurisprudenciales son autosuficientes lo que tiene como efecto la reducción de las posibilidades de la negociación colectiva pues alcanzan la condición de criterios imperativos para los convenios. En este sentido, hemos visto como han sido utilizados para fundamentar con éxito la impugnación de las cláusulas convencionales en esta materia (STS 24 julio 2017, rec. 245/2016).

El último paso de esta evolución viene dado por la primera intervención legal en relación con este tema, acaecida en relación con la regulación del trabajo a distancia por el RDL 28/2020, de 22 de septiembre. Al regular los “derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia”, y en la línea de garantizarles el ejercicio de “sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas” (art. 19.1), el legislador se ha preocupado de garantizar “a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones

electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia” así como de que “no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras” (art. 19.2). En fin, “deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales, en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales” (art. 19.3).

La nueva norma tiene una parte en la que su aportación es más bien simbólica. Me refiero a los aspectos vinculados a la puesta a disposición de las herramientas de comunicación. Ello es así no tanto por su limitado ámbito de afectación, el del trabajo a distancia sino, sobre todo, porque, como hemos visto, las garantías que se recogen se habían alcanzado previamente y con carácter general por vía interpretativa. Más interesante resulta, sin embargo, la previsión del art. 19.3 RDL 28/2020 pues seguramente mira a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de reunión en el nuevo contexto, con la trascendencia que ello puede tener en la organización y la gestión del conflicto colectivo. Sin embargo, el circunloquio que se emplea al respecto y el criterio de la presencialidad que se plantea como instrumento de la garantía en el caso al que se alude directamente —el ejercicio del sufragio— podría dar lugar a una reducción del alcance real de este nuevo derecho. Habrá que esperar, en este sentido, a la concreción que pueda hacer en el futuro la negociación colectiva.

#### **4. NUEVAS FORMAS DE EXTERIORIZACIÓN DEL CONFLICTO: LUCES Y SOMBRAS**

Por otro lado, la tecnología no solo cumple funciones en el terreno de la comunicación entre representantes y representados, esto es, en el terreno de la formación de la voluntad concertada que existe detrás de la huelga. También puede tener su papel en el terreno de la conformación del propio movimiento colectivo. Esta segunda idea se relaciona con existencia de técnicas de información y comunicación que permitirían incrementar su eficacia, aun a pesar de la dispersión de los trabajadores. Las mismas se mueven en dos líneas. De un lado, las TIC permiten la amplificación del conflicto, mediante el uso de las redes sociales y similares; de otro, abren la posibilidad de utilizar como arma de conflicto medidas alternativas a la abstención concertada del trabajo, en la que típicamente consiste la huelga según el art. 7.1 RDLRT.

Aunque no se puede negar que esto sea así, no es tema que esté exenta de problemas. Por lo que se refiere, en primer lugar, al efecto amplificador del

conflicto a través de las redes sociales, no es un fenómeno tan nuevo. La huelga se ha venido haciendo cada vez más costosa para quienes la organizan y la participan. Por ello, ha ido incrementando su papel de «demostración». En un conflicto abierto y sostenido los participantes pagan un elevado precio. Por ello, se aspira a minimizarlo manteniéndolo contenido por lo que se refiere a sus ámbitos subjetivo y temporal; y se busca la compensación la pérdida de efectividad derivada mediante su reflejo en los medios de comunicación. En este modelo, las redes sociales pueden jugar un importante papel.

Ahora bien, tampoco es posible echar las campanas al vuelo, en la medida en que estas herramientas están también bajo control empresarial. No me refiero, por supuesto, a una intervención directa mediante la represión del recurso a los medios de comunicación o a las redes sociales. El hecho de que estaremos en presencia del ejercicio de un derecho fundamental hará que las reacciones directas de las empresas encuentren problemas. En este sentido, la apreciación judicial de la extralimitación en el uso de las libertades de expresión e información, a nuestros efectos los derechos del art. 28 CE, se eleva un punto habida cuenta de la situación de conflicto. De hecho, la interpretación tradicional en esta materia se ha reactualizado en clave 4.0.

Lo que me interesa resaltar es que el empresario tiene a su disposición las mismas herramientas. Nuestra casuística jurisprudencial muestra en efecto que el patrón las puede utilizar persiguiendo la desmovilización o para contrarrestar los efectos negativos que las actuaciones mediáticas de los trabajadores puedan tener sobre la imagen de la empresa. Y no es fácil evitar este fenómeno: aunque se ha intentado configurar esta utilización de las TIC como actuación antisindical de las empresas, no siempre es posible llegar a este resultado puesto que son titulares también de las libertades de expresión e información. La doctrina legal ha considerado contrarias a la integridad del derecho de huelga aquellas actuaciones del empresario que adquieren un tinte de amenaza frente a quienes secunden el paro (SSTS 23 diciembre 2003, rec. 46/2003, y 12 febrero 2013, rec. 254/2011); pero ha descartado que lo sean las que se limitan a valorar la posible ilegalidad de la huelga (STS 22 octubre 2002, rec. 48/2002, y 15 diciembre 2014, rec. 38/2013). Mucho más difícil será reconocer esa condición en las que se muevan en la línea de restaurar la imagen empresarial.

En segundo lugar, en cuanto a la posibilidad de utilización de otras medidas de conflicto, que serían a la vez más eficaces y menos costosas que la abstención concertada del trabajo tradicional, no están exentas de problemas. De un lado, cabe discutir que las nuevas medidas de conflicto tengan los mismos efectos reales que la movilización directa tradicional. Ello es así tanto desde la perspectiva de los organizadores como desde la de los sujetos llamados a la movilización.

Por lo que se refiere a los primeros, no es claro que la técnica tradicional de incrementar la eficacia del conflicto pueda ser sustituida con éxito por la actuación a través de las redes. No es seguro, en otras palabras, que los piquetes informáticos tengan la misma efectividad que los de carácter presencial. De hecho, las empresas comienzan a pensar en el recurso transitorio al trabajo a distancia en las proximidades del conflicto como instrumento para minimizar su impacto. Por lo que se refiere a los trabajadores llamados a secundarlas, es cierto que las TIC incrementan las posibilidades de actuación en este terreno, pero algunas de ellas, aunque puedan ser muy vistosas en el marco de las redes sociales no sean más que una acumulación de *likes* en una determinada entrada, sin alcanzar el impacto real de la tradicional abstención del trabajo. Por otro lado, en otras medidas más efectivas, las nuevas medidas de conflicto abren un debate cuya solución es difícil de prever en relación con la propia legitimidad de este tipo de movilizaciones. No parece existir problema en la posibilidad de admitir la «telehuelga» que no es sino una forma digital de abstención concertada del trabajo en los términos del art. 7.1 RDLRT. Pero en una empresa «líquida», esta desconexión con finalidad de conflicto puede plantear problemas relacionados con los diferentes momentos de la prestación y las relaciones entre ellos. Este tipo de cuestiones es todavía más complejo en relación con actuaciones que encajen difícilmente en la noción «clásica» de huelga. Será necesario reconstruir tal concepto si se quiere que estas nuevas formas de acción queden protegidas por el derecho fundamental.

## **5. EL INCREMENTO DE LAS POSIBILIDADES DE REACCIÓN EMPRESARIAL**

Finalmente, aunque en modo alguno de importancia menor, hay advertir que el nuevo entorno tecnológico incrementa las facultades empresariales de reacción frente a la huelga. Y ello tanto por lo que se refiere a su control como a los instrumentos que el empresario puede utilizar para minimizar su impacto sobre la organización productiva. En el primer sentido, es claro que la incorporación de las TIC a la facultad empresarial de vigilancia no puede sino incidir en los sistemas de control que se utilizan en relación con la huelga 4.0. Cabría traer a colación, de entrada, del uso de la videovigilancia en esta clave del que dan cuenta los repertorios jurisprudenciales, si bien creo que no hace falta extenderse demasiado al respecto: aunque referida a un supuesto peculiar –por cuanto que la grabación fue protagonizada por los cuerpos de seguridad del Estado–, contamos con un pronunciamiento constitucional que, junto con las reglas establecidas en la LO 3/2018, permiten pronosticar un razonable desarrollo de los criterios judiciales al respecto.

Más preocupante es, sin embargo, la otra cuestión que se abre en este terreno, atinente a la posible recopilación de datos relación con el movimiento huelguista

y a su posible utilización posterior. Por supuesto, el problema de fondo no es nuevo. La posible circulación de información sobre trabajadores indeseables desde la perspectiva sindical mediante listas negras es un fenómeno conocido desde antiguo. Pero al lado de las posibilidades que abre en este terreno el tratamiento informático de datos hace que su forma «clásica», tal y como puede verse, por ejemplo, en la STS civil 12 noviembre 2015, rec. 899/2014, parezca un juego de niños. Aparte de que la expansión de los sistemas reputacionales permite a la empresa recoger sin ningún esfuerzo información sobre la actividad de sus trabajadores, el *big data* posibilita la recopilación a gran escala y tratamiento automatizado de datos individuales. La ingente cantidad de información recogida puede después servir de base para poner en marcha discriminaciones difícilmente controlables sin que la empresa corra el riesgo de exponerse a la reacción de los trabajadores o sus representantes en la medida en que la decisión es adoptada por los «neutrales» algoritmos que protagonizan cada día más la gestión de los recursos humanos. Por supuesto, las normas en materia de protección de datos se hacen eco de todo ello, pues no solo limitan los tipos de datos que pueden tratarse y los supuestos en que puede hacerse sino también prevén límites procedimentales a las decisiones automatizadas (art. XXX). Entre estas disposiciones, y las reglas generales, es posible deducir un conjunto de principios para afrontar estos problemas. Lo que es seguro, sin embargo, es si los mismos funcionarán adecuadamente en el entorno 4.0.

En otro orden de consideraciones, y para ir cerrando estas reflexiones, la digitalización afecta directamente a las garantías tradicionales del ejercicio del derecho de huelga y, en concreto, las relacionadas con su efectividad. En efecto, en un horizonte de extensa descentralización y creciente automatización, la huelga puede quedar directamente obsoleta, por las dificultades para configurar una prohibición de las nuevas formas de esquirolaje, el llamado comercial u organizativo y el tecnológico. Por lo que se refiere al primero, a pesar del precedente establecido por la saga de las sentencias Samoa (STC 75/2010, de 19 de octubre, y otras posteriores), la jurisprudencia ordinaria ha evolucionado en la línea de entender que las empresas principales no quedan obligadas a soportar las consecuencias de la huelga existente en sus contratistas, sobre la base de la independencia que existe entre unas y otras. De este modo, salvo en los casos de los grupos de sociedades en los que se ha reconocido una “especial vinculación” que impone una solución diferente (SSTS 885/2018 y 888/2018, de 3 octubre), el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad que subcontraten con otras las actividades en caso de que sus trabajadores inicien un conflicto colectivo (STS 16 noviembre 2016, rec. 59/2016) y ha excluido que queden vinculadas a colaborar a la solución del conflicto (STS 23 enero 2017, rec. 60/2016). En relación con el esquirolaje tecnológico, el protagonismo de los máximos intérpretes jurisdiccionales ha sido



diferente, aunque hasta el momento los resultados de la evolución son idénticos. Aunque inicialmente se había movido en una línea diferente (cfr. STS 15 abril 2005, rec. 133/2004), la jurisprudencia ordinaria había llegado a la conclusión de que la sustitución de la actividad de los trabajadores a través de la tecnología vulneraba el derecho de huelga (cfr. STS STS 5 diciembre 2012, rec. 265/2011). Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 17/2017, 2 febrero, patrocinó una solución diferente; y el Tribunal Supremo parece haberse reconducido a este último criterio (STS 17 julio 2017, rec. 25/2017).

No se trata, por supuesto, de un tema que esté cerrado definitivamente: muchos de los comentaristas no han aceptado todavía el estado de cosas que se desprende de los pronunciamientos citados. En todo caso, más allá del resultado de estos esfuerzos interpretativos, conviene tener en cuenta, por lo que se refiere al esquirolaje comercial u organizativo, que la dimensión global en el que se mueven las empresas que se empiezan a moverse las relaciones laborales dificulta la actuación de las garantías tradicionales del derecho de huelga. La subcontratación de obras o servicios a nivel mundial así como la globalización de algunas formas de prestación en el terreno de la *gig economy* abren potentes herramientas de evitación de los daños derivados de la parálisis de la actividad en un punto y momento concretos, incluso si los Estados nacionales hicieran un esfuerzo normativo específico. Por otro lado, la creciente automatización de los procesos productivos implicará una igualmente creciente dificultad para encontrar la idea de «sustitución» de los huelguistas que constituye la esencia del esquirolaje prohibido. De hecho, la necesidad de construir sobre nuevas bases esta figura en clave tecnológica pasa probablemente por una específica intervención normativa.

## **6. REFLEXIONES FINALES: HACIA UN NUEVO MARCO NORMATIVO**

Esta última idea permite entrar en el final de la exposición. En realidad, como ocurre con el conjunto de los aspectos laborales y de protección social, la percepción de la extensión y profundidad del cambio tecnológico y de sus consecuencias en este terreno debería abrir una intensa reflexión sobre la adecuación de las soluciones actualmente establecidas al nuevo panorama. Y esta consideración general se proyecta de manera particular en relación con el derecho de huelga que, como sabemos, continúa regulado por una norma que se remonta a la Transición, que solo superó limitadamente el control de constitucionalidad y que, en razón del modo en que se ha desarrollado tal control, deja un amplio margen a la discrecionalidad judicial en su aplicación.

No pienso dedicar tiempo ahora a intentar reabrir el debate sobre la necesidad o no de la aprobación de una ley orgánica de huelga que permita superar



la extensa «interinidad» del RDLRT de 1977. Pero creo que estas reflexiones no pueden terminar sin afirmar que buena parte de los problemas relacionados con el conflicto colectivo a los que nos enfrentaremos en el futuro inmediato no tienen solución expresa ni fácil en el actual marco normativo. Varios de los aspectos sobre los que he reflexionado admiten diferentes aproximaciones teóricas y, por tanto, posibilitan distintas soluciones judiciales; y en alguno se encuentran obstáculos formales insalvables. Si se quiere certeza sobre la delimitación del derecho y, sobre todo, una eventual revisión de su titularidad y del sistema de garantías de su ejercicio, es de todo punto necesario que el legislador se involucre en el tema. En caso contrario, la falta de adaptación del modelo formal a la realidad de las cosas podría continuar incrementándose y, como consecuencia de ello, ir disminuyendo el espacio protegido por el art. 28.2 CE.

En todo caso, el esfuerzo para evitar este fenómeno no incumbe solo al legislador interno; y ello, en un doble sentido. Por un lado, la transformación digital requiere posiblemente una mayor atención al derecho de huelga por parte de las normas internacionales y supranacionales. Aparte de que alguno de los aspectos problemáticos que se han individuado escapa de las competencias nacionales —es el caso de la titularidad—, la globalización y la consiguiente actuación de las empresas sobre base planetaria dificultan que las normas internas, confinadas dentro de las fronteras estatales, puedan arreglar todos los problemas. Por otro lado, no podemos olvidar el papel que corresponde a la negociación colectiva en relación con los aspectos que hemos considerado. Si las empresas 4.0 auguran unas relaciones laborales más cooperativas, resulta interesante que se compense la creciente complejidad del ejercicio del derecho de huelga por el establecimiento de mecanismos adecuados de solución de los conflictos. Pero creo que, en este terreno, el legislador ha cumplido bastante bien su función; son los convenios los que tienen deberes pendientes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Son muchas y las aportaciones de carácter general en relación con el impacto de la evolución tecnológica en las relaciones laborales. Ante la imposibilidad de ser exhaustivo en este punto, me remitiría a mi artículo “¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, 27 (2016), pp. 173-190 así como a los trabajos de MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y de la robótica*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, CRUZ VILLALÓN, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas laborales*, 138 (2017), pp. 13 ss. o, más recientemente, DEL REY GUANTER, S., “El Estatuto de los trabajadores ante el impacto de las tecnologías disruptivas en la organización del trabajo y en las relaciones laborales: una aproximación general”,

en XXX Congreso Anual AEDTSS, *El Estatuto de los trabajadores 40 años después*, Madrid (MTES), 2020, pp. 103 ss. Existen igualmente aproximaciones de conjunto específicamente centradas en las transformaciones que la transición digital implica en el terreno de las relaciones colectivas. Cabría traer a colación RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica”, *Teoría&Derecho* 23(2018), pp. 71 ss., o mi trabajo sobre “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, *Revista de treball, economia i societat*, 92 (2019), pp. 1-26.

Por lo que se refiere a la posible revisión de la titularidad del derecho, existen análisis de los episodios en los que se advierten las dificultades que la disciplina del mercado impone a la movilización colectiva de los trabajadores autónomos (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Vulneración de las normas sobre competencia por parte de una asociación de autónomos que incita al boicot. STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 19 de octubre de 2018 (recurso de casación núm. 4389/2017)”, *Revista de jurisprudencia laboral* 1(2019), o GUILLEM CARRAU, J., “Práctica concertada de boicot a terceros de los socios cooperativistas y responsabilidad de la cooperativa. Sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo núm. 1497/2018”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 36(2020), pp. 445 ss.). En cuanto a los esfuerzos interpretativos para superar este tipo de límites, he podido acceder a dos análisis que todavía no han visto la luz: CABEZA PEREIRO, J., “Negociación colectiva y derecho de la competencia: perspectiva europea”, en XXXII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva CCNCC, *Negociación colectiva y derecho de la competencia* y LÓPEZ TERRADA, E., “Negociación colectiva y trabajadores autónomos”, en GARCÍA-PERROTE, I. (dir.), *Derecho de la competencia y negociación colectiva*, estudio realizado por encargo de la CCNCC).

Por lo que se refiere a los nuevos perfiles del ejercicio del derecho en el nuevo contexto, se encuentra alguna aproximación general (VALLE MUÑOZ, F.A., “La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 52 [2020]) así como análisis para determinadas formas de prestación. Por lo que se refiere al trabajo a distancia (VALLE MUÑOZ, F.A., “El problemático ejercicio de los derechos colectivos en el teletrabajo”, XXIX Congreso Anual AEDTSS, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT: comunicaciones*, pp. 1657 ss.). En cuanto al trabajo en plataformas, cabe remitirse a CORDERO GORDILLO, V., “La huelga y otras medidas de acción colectiva en el ámbito de las plataformas digitales”, en XXIX Congreso Anual AEDTSS, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT: comunicaciones*, pp. 1329 ss. o VALLE MUÑOZ, F.A., “El difícil ejercicio de los derechos

colectivos en el trabajo mediante plataformas digitales”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, 8-2 (2020), pp. 7 ss.

En cuanto al incremento de las posibilidades de reacción empresarial, el impacto de *big data* y decisiones automatizadas comienza a ser objeto de la atención doctrinal: TODOLÍ SIGNES, A., *La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos*”, *Revista de Derecho Social* 84(20189), pp. 69 ss., y SAEZ LARA, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, *nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 232(2020). Por su parte, los límites de la prohibición de esquirolaje han despertado, en fin, una intensa atención en el ámbito doctrinal. Por lo que se refiere al impacto de la descentralización, me remito a mi ponencia “Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva” en XXVIII Congreso AEDTSS, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid (Cinca) 2018, pp. 175 ss., que puede ser puesta al día recurriendo a GÓMEZ ASENSIO, C. y ESCRIBÁ PÉREZ, A.N., “Derecho de Huelga y Esquirolaje en las Redes Empresariales”, *nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 227(2020). En cuanto a la cuestión del esquirolaje tecnológico, se encuentra una aproximación de conjunto en TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, Cizur Menor (Aranzadi), 2018. La cuestión está viva como demuestran las aportaciones posteriores de SALA FRANCO, T., “El esquirolaje tecnológico”, en *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor F. Pérez de los Cobos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 887 ss., CRIADO MARTOS, E., “La configuración del derecho de huelga en España: especial atención al esquirolaje «tecnológico»”, *Revista CEFLegal* 232 (2020), pp. 119 ss. o del propio TASCÓN, con una interesante “Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de huelga”, en XXX Congreso Anual AEDTSS, *El Estatuto de los trabajadores 40 años después*, en prensa.



# SEGURIDAD, SALUD LABORAL Y DESCONEXIÓN DIGITAL\*

MIGUEL ÁNGEL PURCALLA BONILLA

*Magistrado de lo Social y Profesor asociado Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social*

Universidad Autónoma de Barcelona

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Tecnología; riesgos; salud; seguridad; desconexión

En las páginas que siguen, se analizan y aportan cuatro ideas clave: a) la tecnología empleada en el trabajo genera riesgos muy diversos, incluidos los psicosociales; b) la prevención de riesgos laborales y la conciliación de la vida laboral y familiar, son las motivaciones de fondo del derecho a la desconexión digital; c) formación, negociación colectiva y políticas internas empresariales de desconexión, son las claves actuales para implementar dicho derecho; d) la doctrina judicial y la jurisprudencia empiezan a dar pautas, ciertamente tímidas todavía, para el mejor entendimiento del derecho a la desconexión digital

## ABSTRACT

**Key words:** Technology; risks; health; safety; disconnection

In the pages that follow, four key ideas are analyzed and provided: a) the technology used at work generates very diverse risks, including psychosocial ones; b) the prevention of occupational risks and the reconciliation of work and family life, are the underlying motivations for the right to digital disconnection; c) training, collective bargaining and internal corporate policies for disconnection are the current keys to implement this right; d) judicial doctrine and jurisprudence are beginning to give guidelines, certainly still timid, for a better understanding of the right to digital disconnection.

\* 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.

**ÍNDICE**

1. TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
  - 1.1. La siniestralidad laboral como telón de fondo
  - 1.2. Los riesgos ligados al uso de la tecnología
2. DESCONEJIÓN DIGITAL Y RIESGOS LABORALES
  - 2.1. El tiempo de trabajo y la salud laboral
  - 2.2. La regulación del derecho a la desconexión digital: más sombras que luces
  - 2.3. A modo de cierre: algunos ejemplos en los tribunales de justicia

**1. TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES****1.1. La siniestralidad laboral como telón de fondo**

La recurrente actualidad del denominado «genocidio pacífico» (soberbia expresión de GAETA defintoria del legado de siniestralidad laboral brindado por la Revolución Industrial hacia el futuro<sup>1</sup>) demuestra, a todas luces, la ineptia intelectual que se deriva de considerar a aquél ora como una reliquia histórica ligada a la decimonónica aparición del sistema de «fábrica» y sus sobradamente conocidos efectos, fruto de la industrialización y el maquinismo (en especial, explotación sistemática de las fuerzas medias -mujeres y niños-, -jornadas extenuantes, *truck system*, salarios de hambre, hacinamiento e insalubridad en los centros de trabajo)-<sup>2</sup>, ora como una rémora, obsoleta y desfasada, que sólo lastra las roderas sobre las que debe circular el anhelado progreso socio-económico e industrial.

Así, la siniestralidad laboral (entendida en sentido amplio, como daño derivado del trabajo –art. 4.3 LPRL-) subsiste y, de modo contumaz, sigue sobreviviendo a cada nuevo embate derivado de los avances, jurídicos y técnicos, en materia de PRL, siendo una lacra del ayer, del hoy y, también, del mañana. En consecuencia, no comparto la opinión de quienes valoran como inocuos los celérricos cambios del sistema productivo y los avances tecnológicos acaecidos en la deshumanizada cultura de la robótica y la informática en la que nos hallamos inmersos. Para empezar, la tecnología ya no es nueva (salvo que se pretenda confundir y fomentar una barahúnda conceptual), sino que evoluciona y es el género humano el que se va adaptando a ella, no sólo en el trabajo, sino también en la vida diaria. Deberá convenirse a continuación en que la tecnología, cuyos estandartes son la robótica y la informática, han producido sobre el trabajo

<sup>1</sup> Gaeta, L.: *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile alle origini del Diritto del Lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane-Università degli studio di Reggio Calabria, 1986, Napoli, pág. 15.

<sup>2</sup> Montalvo Correa, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Cívitas, Madrid, 1975, pp. 103-108; Montoya Melgar, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Cívitas, 1992, pp. 30-51.

humano un efecto ambivalente: por un lado, han contribuido a eliminar una buena gama de trabajos repetitivos, arriesgados y nocivos<sup>3</sup> pero, por otro y de un modo cualitativa y cuantitativamente más notable, si cabe, en términos estadísticos, han creado nuevos focos de nocividad y nuevas situaciones patológicas (por ejemplo, los efectos ligados a la utilización masiva de videoterminals, amén de las alteraciones psico-físicas ligadas al uso de técnicas nucleares y químicas)<sup>4</sup>.

En un excelente estudio reciente, se incide en la doble lectura que la robótica, como ejemplo de tecnología aplicada a los sectores productivos, está suscitando<sup>5</sup>: de un lado y en el haz o anverso, libera a los trabajadores de las actividades más “gravosas, peligrosas o tóxicas” (por ejemplo, la utilización de exoesqueletos, que permiten desarrollar trabajos con menor esfuerzo físico -máquinas móviles que el trabajador se pone encima y que, por su tecnología, le permiten mover la extremidades con más fuerza y resistencia-<sup>6</sup>, o el empleo de robots que liberan a los trabajadores de los trabajos más monótonos o repetitivos), evita que los emplead@s tengan que acceder a zonas especialmente peligrosas o con alto riesgo de exposición a sustancias contaminantes (p.e, agentes químicos o biológicos, en atmósferas explosivas, instalaciones nucleares y similares). Junto a esa valoración “amable” y positiva, coexiste otra, empero y en el envés o reverso, que no lo es tanto: los accidentes y/o incidentes causados por el robot, el riesgo de alienación y deshumanización<sup>7</sup> si la labor del trabajador quedase reducida a “supervisar” (o a “servir”, o a “seguir el ritmo”) al robot o el ritmo de trabajo excesivo a seguir que sea propio de una máquina pero no de un ser humano.

Así las cosas, no pueden ser aceptables, de la mano de la tecnología y sus efectos, explicaciones más o menos racionales (y, en todo caso, dudosamente pseudo-científicas), lecturas o posicionamientos distorsionados de la siniestralidad laboral, considerándola bien como un fenómeno lógico y natural inherente

<sup>3</sup> Ebel, K.: «Los robots industriales y el mundo del trabajo», REVISTA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT, 1/1986, vol. 105, p. 10.

<sup>4</sup> Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: “Transformaciones tecnológicas y modificación de los sistemas de cualificación profesional”, REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA, 10/1986, pp. 213-214.

<sup>5</sup> Igartua Miró, M.T.: “El impacto de la robótica en el mundo laboral: nuevos retos para la seguridad y salud en el trabajo”, REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL (Iustel), 55/2020, pp. 37-61.

<sup>6</sup> McGowan, B.: “Industrial Exoskeletons: What You’re Not Hearing”, 2018, consultado en: <https://ohsonline.com/Articles/2018/10/01/Industrial-Exoskeletons-What-Youre-Not-Hearing.aspx>

<sup>7</sup> De Stefano, V.: “Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence and labor protection”, *Employment Working Paper*, 246/2018, OIT, Ginebra, p. 5; consultado en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---emp\\_policy/documents/publication/wcms\\_634157.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/publication/wcms_634157.pdf).

a la producción en sí misma (la competitividad, las estrategias de eficiencia económica y la productividad son variables que erosionan «justificadamente» la seguridad y salud en el trabajo<sup>8</sup>), bien como el resultado, trágico pero inevitable, de la inadaptación socioprofesional de las víctimas a las proteicas exigencias del mercado de trabajo<sup>9</sup>. La inadaptación profesional suele ser, a mi juicio, una falacia que encubre, las más de las veces, la no adopción de las decisiones de adaptación del trabajo a la persona del trabajador que al empresario (como responsable directo en su condición de «deudor de seguridad») que le corresponde tomar en relación al que se ha denominado, desde la doctrina sociológica, como entorno de trabajo, en el que se encuadran la estructura productiva, la maquinaria y las condiciones de trabajo y, sobre todo, el trabajador desarrolla su actividad laboral<sup>10</sup> y que abre la veda para la articulación de la extinción del contrato por causas objetivas (*rectius*, despido objetivo) por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, ex art. 52.b) ET. El resultado, es claro: “La robotización está provocando que muchos grupos de trabajadores, incluidos directivos de distintos niveles, estén siendo despedidos”<sup>11</sup>. Cuando la tecnología no llega a la situación extintiva (despido) por sustitución de la mano de obra (o de la inteligencia) humana, puede darse el caso de una limitación o reducción de tareas, a una intensificación del trabajo “manual” que no pueden hacer las máquinas o del trabajo con mayor presión de tiempo y de carga cognitiva, lo que puede acabar generando daños a la salud mental<sup>12</sup>.

En este punto, entra el debate, conocido (una suerte de *vexata quaestio*, pues es un tema perennemente letárgico y sólo ocasionalmente interrumpido en su adormecimiento), en derredor de si la obligación empresarial de seguridad es de medios o de resultado; parece, en el momento actual, que es más de medios (desde el punto de vista estructural del ser), aunque el óptimo sería, o así lo creo, que fuera de resultado (desde el punto de vista ontológico del deber ser), siendo posible, empero, una lectura híbrida, de modo que el nivel exigible sería el máximo razonable de prevención en función del estado de la técnica

<sup>8</sup> Apunta críticamente esta concepción, propia de tres teorías estadístico-economicistas de raigambre anglosajona (*self-interest*, *risky business* y *cost-benefit*), Moore, R.: *The price of safety: the market, workers' rights and the law*, The Institute of Employment Rights, London, 1992, pp. 5-13.

<sup>9</sup> Concepción que resume y critica, tan acertada como corrosivamente, Dassa, S.: “Trabajo asalariado y salud de los trabajadores”, *SOCIOLOGÍA DEL TRABAJO*, 7-8/1983, pp. 23-25.

<sup>10</sup> Mammone, G.: *Igiene e sicurezza dell'ambiente di lavoro. Le norme fondamentali per il datore de lavoro, i dirigenti, i preposti e i lavoratori*, Professione Impresa, Milano, 1993, p. 2.

<sup>11</sup> Sierra Benítez, E.M.: “El trabajo digital y la robótica en la Unión Europea”, 2017, <https://www.researchgate.net/publication/319406780>.

<sup>12</sup> Rimbau Gilabert, E.: “Digitalización y bienestar de los trabajadores”, *IUSLABOR* 2/2019, consultado en <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/361268>.



(art. 15.1.e LPRL, *state of the art*) y, en realidad, las obligaciones preventivas concretas pueden ser de medios (por ejemplo, evaluación de riesgos, planificación de la actividad preventiva u organización de la prevención), o de resultado (por ejemplo, facilitación de EPIS, formación preventiva, tutela de menores y maternidad, vigilancia de la salud). Por lo demás, señala el art. 14.5 LPRL que el coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores, pero la inversión en PRL no es ajena, en la práctica, al análisis coste-beneficio a la hora de acotar la responsabilidad “económica” del empleador (STJUE 14 de junio de 2007, asunto C-127/05, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte).

Tecnología factible-practicable (aplicable a la PRL, pues) y coste económico de la misma, son las dos coordenadas clásicas sobre las que han cimbreado los parámetros o sistemas de referencia de las empresas en punto a articular la prevención de riesgos laborales<sup>13</sup>. Ahora bien, ya de antiguo la STS, Sala 4ª, de 11 de noviembre de 1965, Ar. 883/1966, sostuvo que “(...) *si la transformación de la industria, protección de las máquinas y establecimiento de aparatos de ventilación, resulta antieconómico para dicha industria, no por ello excluye de responsabilidad al patrono, que tiene la obligación por los preceptos legales (...) (de) asegurar la tranquilidad y la salud de sus productores*”; en parecidos términos, la STSJ Cantabria de 13 de mayo de 1991 (AS 3257) señaló que “(...) *aun en el caso no enteramente probado de que el costo fuera un obstáculo significativo, la decisión de no hacer la correspondiente inversión equivale a voluntaria creación y asunción del riesgo*” por parte del empresario; en fin, la STS, Sala de lo Penal, de 18 de enero de 1995 (Ar. 136) manifestó, en relación al cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene, que “*una elemental escala de valores nos dice que la vida e integridad física de las personas se encuentra por encima de cualesquiera otros, singularmente por encima de los de contenido económico*”.

Los desarrollos esbozados pueden concluirse revisitando (y haciéndolas propias por su elocuencia, digna de encomio) las palabras de un ilustre exponente del iuslaboralismo italiano, que apuntó que la de la seguridad y salud en el trabajo es una batalla que grava nuestra conciencia con el peso de un enorme problema social irresoluto<sup>14</sup>: los elevados índices de siniestralidad laboral, tenazmente subsistentes pese a los esfuerzos invertidos de continuo en su atenuación. De ahí que deba perseverarse en la prevención de los riesgos generadores de la

<sup>13</sup> Balandi, G.G.: «Il contenuto dell’obbligo di sicurezza», QDLRI n° 14-1993, págs. 83-85.

<sup>14</sup> Smuraglia, C.: «Azione giudiziaria, pubblica amministrazione e iniziativa sindacale: verso una cultura della prevenzione», RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE, 7/1981, vol. XXXII, p. 501.

siniestralidad laboral, incluidos los ligados a la tecnología, como fulcro en el que apuntalar la respuesta del Ordenamiento jurídico al referido fenómeno patológico y a sus perniciosas y poliédricas secuelas.

## 1.2. Los riesgos ligados al uso de la tecnología

Escribir sobre los riesgos laborales ligados al uso de la tecnología es tarea relativamente sencilla. No sin antes advertir que, cuanto sigue, se ha redactado, en los primeros días del mes de noviembre de 2020 (en plena época de pandemia), con la esperanza de que no sean meras palabras que se congelen en el aire, transformadas en trocitos de hielo por la subrepticia cultura del positivismo a ultranza y que, de ese modo, queden bloqueadas antes de poder llegar a conocimiento de sus destinatarios<sup>15</sup>.

Por lo pronto, me refiero a agentes de riesgo tales como los ergonómicos (posturas inadecuadas, trastornos osteomusculares, fatiga visual por uso de PVD, sobrecarga de cervicales, dolor de espalda, lumbalgia), los biomecánicos (movimientos repetitivos que afectan a muñecas, dedos –pulgares, en especial-, codos –epicondilitis-, síndrome del túnel carpiano –atrapamiento de nervio mediano que afecta a pulgar, índice y medio-, tendinitis, etc.) o, como sucede en todos los trabajos (no sólo por el uso de TIC, desde luego), los ambientales (luz, ruido, humedad, temperatura). La evaluación de riesgos<sup>16</sup> y la planificación preventiva, en el marco de la obligación general de seguridad<sup>17</sup> y de la denominada “seguridad integrada” (en todas las fases de la actividad y para todos los niveles profesionales “en la empresa”), abordan y/o deben abordar el análisis preventivo adecuado y necesario frente a los mismos, para poder, después, implementar las medidas oportunas para suprimir, atenuar o reducir, cuando menos, el impacto de los mismos.

Consciente de ello, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 señaló la necesidad de estudio de los riesgos emergentes, sus causas e impacto en la seguridad y salud de los trabajadores, en particular los derivados

<sup>15</sup> Tomo prestada esta gélida idea de la excelente imagen vertida por Umberto Romagnoli, en relación al debate sobre el significado del Derecho del Trabajo, recogida por dicho autor en «Weimar, ¿y después?», en AA.VV.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta-Fundación 1º de Mayo, Madrid, 1992, p. 26.

<sup>16</sup> La importancia de la misma al cobijo de la Directiva 89/391, de 12 de junio, es palmaria. A modo de ejemplo, SSTJCE de 15 de noviembre de 2001, asunto C-49/00, *Comisión vs. República Italiana* y de 7 de febrero de 2002, asunto C-5/00, *Comisión vs. República Federal de Alemania*. En España, descuellan la STS, Sala Social, de 16.2.2016 (rec. 250/2014), asunto *Caixa Banc*, a propósito de la evaluación de los riesgos psicosociales.

<sup>17</sup> Al respecto, Lozano Lares, F.: “El contenido y alcance de la obligación general de seguridad y salud”, *TRABAJO Y DERECHO*, 70/2020, pp. 1-26 (smarteca La Ley).

de las nuevas tecnologías (objetivo 3). Algo menos conocido, acaso, es el Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a las TIC en 2025 (elaborado por la Agencia Europea de la Seguridad y Salud en el Trabajo, 2018), que examina el impacto en el trabajo de las tecnologías digitales, incluida la inteligencia artificial y la robótica, así como el posible impacto resultante en la seguridad y la salud en el trabajo.

¿Cuáles son los riesgos que mayor atención deben merecer en la actualidad? Sin género de duda, los psisociales. Dentro de los mismos, nos encontramos con el tecno-estrés, con el *burn out*, con la ansiedad (por ejemplo, por nomofobia -miedo irracional a no disponer de móvil-, o por “vibración fantasma” –se oye un móvil inexistente vibrar-), con la tecno-fobia (aversión a la tecnología), con la depresión por falta de interacción social (que es uno de los riesgos del trabajo a distancia), con la tecno-fatiga o *data-smog* (por ejemplo, síndrome de fatiga informativa o “infoxicación”) y con los problemas informáticos o *computer hassles* (falta de motivación, tensión, disgustos, estrés...).

Las principales demandas que pueden causar tecnoestrés son: a) la sobrecarga tecnológica, que fuerza al usuario a trabajar más o con mayor intensidad; b) la invasión tecnológica, por la que el empleado siente que su tiempo personal es invadido por demandas laborales, o siente su privacidad invadida por sistemas multivarios de control y vigilancia (geolocalización, cámaras de videovigilancia, programas informáticos de registro de jornada...); c) la tecnoinseguridad, referida a la potencial amenaza para la seguridad en el empleo que la innovación tecnológica conlleva; y d) la tecnoincertidumbre, que se refiere a los continuos cambios y actualizaciones en la tecnología<sup>18</sup>.

La conexión del riesgo psicosocial con el uso, profesional pero también personal, de la tecnología es ya un *topoi* o lugar común. La tecno-adicción o “vampirismo adictivo” (24/7 conectado) a la tecnología, se traduce en la consulta enfermiza de email o whatsapp y en la denominada “crackberry” (obsesión por usar el móvil en todo momento y lugar), por ejemplo. Si a ello anudamos el uso de la tecnología durante el tiempo de descanso y/o de ocio, pero por motivos profesionales, ya nos enfrentamos a una realidad problemática: la de los *workaholics*, que, en situación extrema y límite (exceso de trabajo y adicción al mismo como modo de vida), puede llegar a generar infartos y/o derrames cerebrales mortales (me refiero al fenómeno del *karoshi*). En consecuencia, no por sobradamente conocido entre la doctrina científica sobre los riesgos psicosociales, resulta inane recordar que estar permanentemente conectado a un dispositivo (móvil, tablet,

<sup>18</sup> Fuglseth, A. M. y Sørøbø, Ø.: “The effects of technostress within the context of employee use of ICT”, *Computers in Human Behavior*, vol. 40, 2014, pp. 161-170.

ordenador) provoca, entre otras “lindezas” para la salud, insomnio, irritabilidad, mal humor, desmotivación, agotamiento mental, falta de energía y menor rendimiento.

Al cierre de este apartado, deberá apuntarse que, como con acierto se ha indicado, cuando el trabajo es supervisado por una inteligencia artificial, puede contener algoritmos de mejora continua que podrían considerarse como un “látigo digital”, de modo que los trabajadores pueden encontrarse bajo la presión de actuar a la velocidad y con la eficiencia de la máquina, en una suerte de intensificación del trabajo que puede causar tanto lesiones físicas (por repetición de tareas, por la premura, etc.), como un nivel de demandas psicológicas elevado y no precisamente inocuo<sup>19</sup>.

## 2. DESCONEXIÓN DIGITAL Y RIESGOS LABORALES

### 2.1. El tiempo de trabajo y la salud laboral

Sin género de duda, conciliar vida laboral, personal y familiar no es sencillo. Lo primero que debe tenerse en cuenta, como con acierto se ha escrito, es que “conciliar no es trabajar menos, es trabajar diferente”<sup>20</sup>. Si asumimos esa idea, tendremos una primera herramienta sociocultural muy útil para combatir al denominado *leaveism*, esto es, a la obsesión de llevar el trabajo al día, aunque suponga trabajar fuera de horario, para no perder el puesto de trabajo o para promocionar en el mismo. En esta línea, se habla del efecto *blurring* cuando nos encontramos ante la supresión de los límites entre la vida personal y el trabajo (más allá del mero *blended* o mixtura). En clave práctica, quiere ello significar la dificultad de *much@s emplead@s* para separar la carga laboral de las responsabilidades personales y familiares, realidad que acrece con el uso de los dispositivos digitales.

A partir de lo dicho, reténgase que es idea acrisolada y hasta inveterada la de que la contratación temporal precaria supedita la aspiración del trabajador, legítima, a unas condiciones de trabajo seguras y salubres a la renovación periódica del contrato<sup>21</sup>, así como que la fijación de ritmos de trabajo y jornadas excesivas no respeta el necesario equilibrio que, mediante la fijación de períodos de

<sup>19</sup> Rimbau Gilabert, E.: “Digitalización y bienestar de los trabajadores”, op. cit.

<sup>20</sup> Guerrero Vizuete, E.: “La conciliación entre vida laboral, personal y familiar una década después de la LO 3/2007”, REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO, Iustel, 51/2018, p. 288.

<sup>21</sup> Dawson, S.-Willman, P.-Bamford, M.-Clinton, A.: *Safety at work: the limits of self-regulation*, Cambridge University Press, 1988, p. 258; François, M.: «Precarité et travail. Quels effets sur les conditions d’emploi et de sécurité?», Travail, 30/ 1993-1994, pp. 37-43; Dessors, D.: «L’approche psychodynamique des répercussions de la précarité sur la santé», Travail, 30/1993-1994, pp. 63-69.

descanso adecuados, debe presidir la contraposición entre el interés empresarial de optimizar el tiempo efectivo de trabajo y el derecho a la protección de la salud del trabajador<sup>22</sup>.

Como tuve ocasión de explicar en una anterior ocasión<sup>23</sup>, en una era como la nuestra, caracterizada por el uso intenso y extenso, global y glocal, de la tecnología como realidad en la vida personal, familiar y profesional (sin que con ello esté formulando un aserto utópico ni mucho menos distópico), se activó un debate que no era, precisamente, baladí ni espurio: me refiero a si el trabajador tiene o no derecho a desconectar tecnológicamente de su prestación laboral (entendida tal desconexión como el derecho para el trabajador de no tener ningún contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante el tiempo de descanso<sup>24</sup>) fuera de su jornada de trabajo diaria y/o en sus períodos de descanso diario, semanal y/o anual.

Gráficamente se ha señalado que, desde hace ya tiempo la vida laboral y la vida privada ya no se concilian, sino que *se mezclan—work and home no longer balance, they blend—*<sup>25</sup>, máxime con el uso de la tecnología en ambas esferas, personal y profesional, por lo que la concreción de límites se antoja, entiendo, claramente necesaria, en especial en cuanto a si el empleador puede o no controlar tecnológicamente al empleado en ese marco temporal, por decirlo coloquialmente, extrajornada, y si ello no sólo colisiona con la vida privada del empleado (en orden a evitar lo que se ha denominado, acertadamente, la implantación en la realidad económica de una empresa panóptica<sup>26</sup>) sino, también, con su derecho laboral al descanso efectivo, que, como se ha dicho, libera para el trabajador un espacio de autodeterminación, como es el tiempo de no trabajo o el tiempo de vida privada<sup>27</sup>.

Como se ha señalado, *“El Derecho de la Unión Europea impone que los conceptos de tiempo de trabajo, descanso, tiempo de presencia y trabajo efectivo,*

<sup>22</sup> Scarponi, S.: *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, págs. 20 y ss.

<sup>23</sup> Purcalla Bonilla, M.A.: “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre”, *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, CIVITAS*, 218/2019.

<sup>24</sup> Cialti, P.H.: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *TEMAS LABORALES*, 137/2017.

<sup>25</sup> Ushakova, T.: “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, CIVITAS* 192/2016.

<sup>26</sup> Mercader Uguina, J.R.: “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, *RELACIONES LABORALES*, 1/2001

<sup>27</sup> Molina Navarrete, Cristóbal: “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada?”, *REVISTA*

*deban ser interpretados de manera uniforme en todo el ámbito comunitario, para garantizar eficazmente la aplicación de la normativa y la seguridad y salud de los trabajadores*”<sup>28</sup>. No sólo eso, pues a este propósito debe recordarse que ya el art. 24 de la Declaración Universal de DDHH de 1948 reconoce el “Derecho de «toda persona» al «descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo»”; que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en su art. 7.d), reconoce “disfrute de condiciones de trabajo que aseguren, en especial, “el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo”; que el CV OIT núm. 30-1930 sobre horas de trabajo en comercio/oficinas, en su art. 2 (ratificado en el año 1932), indica que “Las horas de trabajo lo son mientras «el personal esté a disposición del empleador» , **con** exclusión de «los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador» , indicando en su art. 3 que “«las horas de trabajo (...) no podrán exceder de cuarenta y ocho por semana y ocho por día»”; que el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE indica que “todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales” (al respecto del descanso semanal, de interés es la lectura de la STJUE de 9.11.2017, asunto *Maio*), fijando la Directiva 2003/88 la “Duración semanal de la jornada en 48 horas, incluidas HE, en promedio anual, con período mínimo de descanso diario de 11 horas entre jornadas, descanso semanal ininterrumpido de 24 horas y permitiendo, la normativa española, jornadas especiales por sectores (RD 1561/1995, en el ámbito de la UE, de sumo interés es la STJUE 21.2.2018, asunto *Ville de Nivelles*, a propósito de las guardias domiciliarias de los bomberos) y por convenio colectivo (distribución irregular de la jornada -art 34.2 ET-).

Al compás de la espiral de argumentaciones reflejada, repárese en que la excesiva duración de la jornada laboral y la poca flexibilidad horaria son elementos que, de la mano del exceso tecnológico, perjudican a la salud. La conectividad permanente, se ha dicho, favorece la prolongación de la jornada laboral y la realización de tareas profesionales en horas inusuales y/o en tiempos muertos<sup>29</sup>. A propósito de lo indicado, entiendo que si existe tiempo de disponibilidad “tecnológica” (no desconectado), el mismo es tiempo de trabajo como una suerte de “guardia localizable”, en especial cuando después de una llamada

DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO, 269 (67/2017), pp. 891-919 (<http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.269.62482>)

<sup>28</sup> Moreno González-Aller, I.: “El derecho de los trabajadores a la desconexión tecnológica”, REVISTA DE JURISPRUDENCIA EL DERECHO, 2018, <https://elderecho.com/derecho-los-trabajadores-la-desconexion-tecnologica>.

<sup>29</sup> Aragón Gómez, C.: “El derecho a la desconexión digital”, ARANZADI SOCIAL, 2019, BIB 2020\7900.

se deben prestar servicios (STJUE 3.10.2000, asunto *Simap*, STJUE 21.2.2018, asunto *Ville de Nivelles*), aunque sea “desde el domicilio” del trabajador y fuera de su jornada laboral (STJUE 5.10.2004, asunto *Pfeiffer*); mientras que si hablamos de “desconexión”, dicho tiempo debe ser de descanso (sin obligación alguna para con el empleador —STJUE 9.9.2003, asunto *Jaeger*—) y no de disponibilidad tecnológica.

Por lo demás, comparto la opinión de que el telón de fondo de la preocupación sobre el reparto del tiempo trabajo y el tiempo de vida personal, es que *“Las TIC (...) suponen más trabajo empero fuera del trabajo. Primero diluyen los códigos de espacio y tiempo pues, como dije, normalizan su uso durante las veinticuatro horas a escala planetaria. (...) El tecnoglobalismo dilata expansivamente el esfuerzo cognitivo e intelectual y, al licuarse los códigos de espacio y tiempo, diluye las fórmulas materiales y jurídicas de control digital directivo. Por último, y cerrando la cuadratura del círculo, el funcionalismo tecnológico transforma un objeto físico en objeto social, y a la vez socializa un juego de dependencias socio-emocionales con la utilización compulsiva de los dispositivos móviles”*<sup>30</sup>.

El trabajo remoto o a distancia conlleva una difuminación entre tiempo de trabajo y personal, de modo que se trabaja en el tiempo libre y se atienden temas personales en horario de trabajo. Quizás por ello, el RD Ley 28/2020, de 22 de septiembre, que regula el trabajo a distancia, reconoce:

- Que la evaluación de riesgos laborales deberá tener en cuenta, en la zona habilitada para la prestación de servicios a distancia (no respecto del resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia), la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.
- Que el derecho a la desconexión digital se aplica en los mismos términos (descanso, limitaciones de jornada, formación y sensibilización, política interna, negociación colectiva. ....) que recoge la Ley 3/2018. *Nihil novum sub sole* pues, con un tenue matiz: añade que la negociación colectiva puede “modular” el derecho a la desconexión digital, lo que abre la hipótesis de que en caso de fuerza mayor o imprevistos, ceda el mismo en pro de la conexión digital fuera del horario “pactado”, bien que de modo excepcional y puntual, lo que abocará a la casuística correspondiente.

En línea de cierre, recuérdese que los arts. 13 y 14 del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, señalan: a) que deben respetarse los tiempos de disponibilidad

<sup>30</sup> Alemán Páez, F.: “El derecho a la desconexión digital”, REVISTA DE TRABAJO Y DERECHO, 30/2017.



obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, sin perjuicio de que la persona que desarrolla trabajo a distancia pueda flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido; b) que el sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada. Se llama, pues, a la negociación colectiva pero, en caso de que ésta no diga nada, al menos el inicio y el final de la jornada, así como las pausas, parece necesario que queden debidamente registradas.

## **2.2. La regulación del derecho a la desconexión digital: más sombras que luces**

Señala la Nota Técnica de Prevención nº 1123 (2018) del Instituto Nacional de seguridad, salud y bienestar en el trabajo (anterior INSHT), que son positivas varias medidas en punto a afrontar, desde la PRL, la implantación de la tecnología. La primera de ellas, es la elaboración de una guía de buenas prácticas sobre el uso adecuado de las TIC; la segunda, la realización de campañas de sensibilización sobre el no uso laboral de las TIC fuera de la jornada laboral; la tercera, establecer políticas de desconexión digital para garantizar los tiempos de descanso (por ejemplo, instalando sistemas restrictivos de desconexión automática que inhabiliten la recepción y el envío de correos electrónicos fuera de la jornada laboral).

En términos políticos<sup>31</sup>, hace ya algún tiempo (BOCG-CD 7.4.2017, nº 139, serie D) que el PSOE propuso reformar la ley de Protección de Datos a través de una “enmienda de adición que incorpore, por primera vez, la garantía de los derechos digitales, entre ellos el derecho de los empleados a no tener que responder comunicaciones electrónicas fuera de su jornada legal de trabajo, garantizando así el respeto a su tiempo de descanso y vacaciones así como de su intimidad personal y familiar”<sup>32</sup>. No debe desconocerse, tampoco, la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú-Podem-En Marea, sobre el derecho a la desconexión laboral fuera del horario de trabajo (BOCG-CD, 17.3.2017, núm. 125), que pretendía evitar que “los trabajadores y trabajadoras puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral utilizando los medios electrónicos de la empresa”, instando al Gobierno a desarrollar una regulación legal conjuntamente con los agentes

<sup>31</sup> Barrios Baudor, G.L.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, Aranzadi Doctrinal, 1/2019.

<sup>32</sup> Moreno González-Aller, I.: “El derecho de los trabajadores...”, op. cit.



sociales del uso de las tecnologías de la comunicación (mensajería y correos electrónicos o dispositivos móviles) fuera de la jornada laboral con el objetivo de evitar que los trabajadores y trabajadoras puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral, utilizando los medios electrónicos de la empresa, y garantizar la seguridad y salud en el trabajo y el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y el respeto a las vacaciones de las personas trabajadoras, educando digitalmente a empresarios y empleados (entendiendo que para afrontar el estrés y el *burnout* tecnológico).

De aquellos polvos, estos lodos. La Ley 3/2018 ha regulado el derecho a la desconexión digital (que puede ser definido como el derecho de los trabajadores a desconectar del trabajo por medios digitales, una vez finalizada la jornada laboral convenida<sup>33</sup>) en los siguientes términos: se configura el derecho a la desconexión digital laboral, para garantizar a los trabajadores y empleados públicos el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones e intimidad personal y familiar. Su ejercicio se sujetará a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, al acuerdo de empresa entre los representantes de los trabajadores (RLT) y la empresa, sin perjuicio de la elaboración de una política interna (en conexión con el art. 91 Ley 3/2018), previa consulta con la RLT, sobre las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática, y en especial se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia en el domicilio del empleado, vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Los trazos gruesos de la norma, en consecuencia, responden a los parámetros de derecho comparado antedichos (y a las pautas doctrinales a modo de sugerencia de por dónde debían transitar los pasos normativos futuros, qué duda cabe), habiendo sido incorporado tal derecho, por mor de la Ley 3/2018, en el art. 14.j.bis del Estatuto Básico del Empleado Público y en el art. 20.bis del Estatuto de los Trabajadores (intitulado *Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión*).

¿Era necesaria una regulación?. Todo depende, como en tantas otras cuestiones del espectro jurídico, de la óptica en que se sitúe el intérprete. Hay quien ha entendido que no, porque ya existe el derecho al descanso, fundamentalmente reconocido por la Directiva 2003/88/CE, los arts. 34 a 38 ET, la STJUE 7/9/2006, C-484/04), así como a la salud laboral (LPRL, Directiva 89/391), de modo que nos encontramos ante una mera especificación o concreción del derecho al

<sup>33</sup> López Garrido, D., Serrano Pérez, M.M. y Fernández Aller, C.: *Derechos y obligaciones de los ciudadanos/as en el entorno digital*, FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, 195/2017.

descanso<sup>34</sup>, que pudiera tildarse más de “mediática” que de real y necesaria. Con mayor dureza si cabe y en sentido negativo hacia el reconocimiento del derecho en cuestión, se ha señalado que, si la desconexión digital supone que “Los trabajadores puedan apagar el móvil terminado su horario de trabajo, el derecho a no contestar llamadas o mensajes o emails de trabajo fuera del horario de trabajo ya existe”, pues “es suficiente con entender que fuera del horario de trabajo, el trabajador no tiene obligaciones laborales [e] impugnar las sanciones recibidas en caso de negativa a recibir “trabajo” fuera de la jornada”<sup>35</sup>.

Sin embargo, entendiendo perfectamente la lógica de tales argumentaciones, considero que no era superfluo, sino necesario, el reconocimiento del derecho a la desconexión digital, como singular especificación tecnológica del derecho al descanso laboral recogido en el art. 31 de la CDFUE, como derecho laboral básico (art. 4 ET), conexo a la regulación del tiempo de trabajo y descanso y a la salud laboral (arts. 34 a 38 ET, art. 14, 15 y 22 LPRL). En línea de principio, “el permanente estado de conectividad laboral que permite la herramienta tecnológica, hace necesaria una cierta intervención normativa para ordenar algunos aspectos que garanticen que tal protección se va a hacer efectiva de una forma eficaz para todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo”<sup>36</sup>. Ello no es incompatible con la idea: a) de que el derecho al descanso previsto tanto en el Derecho de la UE (Directiva 2003/88/CE) como en la normativa estatal (arts. 34 a 38 ET), supone que, si los empleados están «localizables» y no responden a su teléfono móvil o a los correos en sus ordenadores fuera del horario laboral, “no se pueden calificar tales conductas como incumplimientos laborales sin que, por ende, quepa sancionarlas disciplinariamente”<sup>37</sup>; y b) de que hasta la aparición del derecho a la desconexión digital, ha sido la doctrina judicial la que ha puesto “coto” a los “excesos de conectividad por encima de la jornada ordinaria de trabajo”<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Vallecillo Gámez, M.R.: “El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, 408/2017.

<sup>35</sup> Todolí, A.: *El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quien lo vulnere*, 2017. Vid. <https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/>

<sup>36</sup> Tascón López, R.: “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)”, *TRABAJO Y DERECHO*, 41/2018.

<sup>37</sup> Moreno González-Aller, I.: “El derecho de los trabajadores...”, *op. cit.*

<sup>38</sup> Talens Visconti, E.E.: “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *INFORMACIÓN LABORAL*, 4/2018.

Sostengo, en este sentido, la necesidad de establecer parámetros para limitar el uso laboral de las herramientas tecnológicas por razones, en especial de salud laboral, de ahí que, entiendo, deba ser bienvenida la regulación operada por la Ley 3/2018, por parca o genérica, como se dirá, que ésta sea en ocasiones. Como gráficamente se ha escrito, “*Se atribuye a “Les Luthiers” una frase que reza: “La esclavitud no se abolió; se cambió a 8 horas diarias”. No es arriesgado en estos momentos añadir a la misma que “luego vinieron las TICs, y volvimos a la esclavitud”. Los trabajadores perciben que no existe una “desconexión” con el trabajo, el cual se convierte en una ocupación 24/7, cuando no se aprovechan las vacaciones para sacar adelante todos esos proyectos y temas pendientes que no pudieron resolverse en la oficina por falta de tiempo*”<sup>39</sup>.

La Ley 3/2018 ha regulado el derecho a la desconexión digital laboral, para garantizar a los trabajadores y empleados públicos (curiosa diferenciación, por cierto y más allá de la voluntad de disipar cualquier género de duda al respecto, pues tan emplead@s son un@s como otr@s) el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones e intimidad personal y familiar. Su ejercicio se sujetará a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, al acuerdo de empresa entre los representantes de los trabajadores (RLT) y la empresa, sin perjuicio de la elaboración de una política interna (en conexión con el art. 91 Ley 3/2018) por parte del empleador, previo derecho de audiencia con la RLT, sobre las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática, y en especial se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

Los trazos gruesos de la norma, en consecuencia, responden a los parámetros de derecho comparado (Francia, en especial –Ley 2016/1088, de 8.8.2016, vigente desde el 1.1.2017-, con sus problemas también “importados” –inexistencia de sanciones administrativas en caso de incumplimiento empresarial<sup>40</sup>, como *punctum dolens*-) y a las pautas doctrinales a modo de sugerencia de por dónde debían transitar los pasos normativos futuros, qué duda cabe, habiendo sido incorporado tal derecho, por mor de la Ley 3/2018, en el art. 14.j.bis del Estatuto Básico del Empleado Público y en el art. 20.bis del Estatuto de los

<sup>39</sup> Quílez Moreno, J.M.: “Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente”, REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 51/2018.

<sup>40</sup> Ray, J.E.: “Grande accélération et droit à la déconnexion”, DROIT SOCIAL, 11/2016.

Trabajadores (intitulado *Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión*).

De esta suerte, forma parte del derecho a la desconexión digital una dualidad ínsita<sup>41</sup>: el derecho a no ser contactado por parte de la empresa (deber de abstenición) y el de no responder a dichas comunicaciones, caso de producirse (derecho a desatender).

En cuanto a las pautas doctrinales antedichas, se señalaron, en esencia, dos: que bastaba el reconocimiento del derecho a la desconexión digital y la remisión a la negociación colectiva para la concreción aplicativa, peculiaridades incluidas<sup>42</sup>. En suma, la Ley 3/2018, configura el derecho a la desconexión digital laboral, en clave de tiempo de descanso, salud e intimidad personal y familiar; remite a la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo de empresa (más protocolo interno posterior, con mera audiencia a la RLT, como se dijo) sobre las modalidades de ejercicio (se habla de toque de queda, de siesta digital, de bloqueo...) del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que eviten el riesgo de fatiga informática; finalmente, preserva el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización, total o parcial, del trabajo a distancia, en especial en el domicilio del empleado, vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

¿Es tal regulación suficiente?. Parece que no (de ahí que se diga que hay más sombras que luces en la misma), pues fiar a la negociación colectiva la concreción del derecho es arriesgado, aunque legítimo<sup>43</sup>, por mucho que se conozcan ya algunas experiencias (a partir del CC de Axa, filial de una matriz francesa, que excepciona del derecho a la desconexión digital los caso de fuerza mayor o de circunstancias excepcionales, en una línea de tendencia que ha sido seguida por otra normas convencionales).

Un ejemplo más reciente es el del Acuerdo de Registro de Jornada en el sector de la banca (BOE 4-2-2020), que regula el derecho a no atender, sin sanción alguna ni perjuicio en la evaluación o en la promoción profesional, dispositivos

<sup>41</sup> Igartua Miró, M.T.: “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, REVISTA DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (CEF), 432/2019.

<sup>42</sup> Tascón López, R.: “El derecho de desconexión...”, op. cit.

<sup>43</sup> Un análisis del estado de la negociación colectiva al respecto, en Ruiz González, C.: “La desconexión digital como garantía y herramienta de conclusión de la jornada laboral: su necesaria concreción en tiempo de COVID19”, REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO-Iustel, 56/2020; y en Terradillos Ormaetxea, M.E.: “El derecho a la desconexión digital en la Ley y en la incipiente negociación colectiva”, LAN HARREMANAK, 42/2019.

digitales fuera de la jornada de trabajo diaria, ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones. Dicha regla general presenta, como excepción, el “grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio”, cuya urgencia requiera de la adopción de “medidas especiales o respuestas inmediatas”. Como puede apreciarse, margen de maniobra se reservan las empresas del sector. Finalmente, dicho acuerdo indica que se programarán respuestas automáticas, durante los periodos de ausencia, indicando las fechas en las que no se estará disponible, y designando al *sustitut@*; o que las convocatorias (con antelación suficiente) de formación, reuniones, videoconferencias, presentaciones, etc. se harán dentro de la jornada ordinaria, señalando en aquellas la hora de inicio y finalización, aportando previamente la documentación que vaya a ser tratada.

No debemos permitir, por lo tanto, que los dogmas del dato jurídico-positivo de la Ley 3/2018 se impongan sobre la construcción dogmática, pues de otro modo el debate sobre la regulación legal del derecho a la desconexión digital sería, en gran medida, de resultado estéril. Así y doctrinalmente, ya se propuso la inclusión, antes de la Ley 3/2018, de cláusulas convencionales relativas al cierre automático de los servidores de correo una vez finalizado el horario de trabajo y hasta el inicio del mismo al día siguiente, al establecimiento de periodos horarios en los que se prohíba el envío de correos electrónicos entre *emplead@s*, a la recepción de nota recordatoria del derecho a la desconexión en los correos electrónicos, a concienciar a los empleados en la reducción del envío de correos electrónicos—vía formación obligatoria, por ejemplo en el marco de la prevención de riesgos laborales psicosociales—, y a evitar incluir en copia a personas que no están directamente relacionadas con el asunto de la comunicación<sup>44</sup>. Recientemente, con acierto a mi juicio, se ha subrayado la debilidad del planteamiento normativo que fija la desconexión digital como derecho del trabajador y no como obligación del empleador, anudando a la misma la sanción correspondiente por su incumplimiento. A ello se ha añadido que hubiera sido muy necesario que el legislador indicara que, a falta de RLT, se pudiera constituir una comisión ad hoc, como sucede en otras materias laborales, de 3 empleados, que pudieran negociar el acuerdo de empresa “supletorio” de la negociación colectiva (aunque entiendo que puede ser también suplementario –mejora- o complementario –regulador de

<sup>44</sup> Pareja Frade, C.: *El derecho a la desconexión digital en España: un aspecto a negociar*, 2017. Vid. <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/el-derecho-a-la-desconexion-digital-en-espana-un-aspecto-a-negociar>

cuestiones no previstas- del convenio colectivo), pero no ha sido tal la previsión normativa<sup>45</sup>.

*¿Quid iuris?* Si no hay convenio ni acuerdo de empresa, procede el protocolo (a modo de “Código de conducta”) elaborado por la empresa con la simple “audiencia” de la RLT, pero ¿y si no hay RLT?. La duda es palmaria, por lo que bueno sería que la propia negociación colectiva indicara que, en empresas en las que no haya RLT, se pudieran crear comisiones ad hoc de 3 emplead@s, como se avanzó. Es verdad, con todo, que algunas empresas, como Volkswagen (bloqueo de acceso a comunicaciones corporativas vía móvil de 18.15 h. a 7 h.), Ikea (derecho de los trabajadores a no responder comunicaciones por cualquier canal -correo electrónico, teléfono, whatsapp...- fuera del horario laboral), Daimler (software que eliminaba automáticamente todos los correos electrónicos recibidos durante las vacaciones de los trabajadores, con la respuesta automática *Mail on Holiday* y la indicación del e-mail de otro empleado que no estuviera de vacaciones) o BMW (regulación colectiva del trabajo móvil conectado a una red —*vernetzte Mobilarbeit*— con derecho a “no estar disponible” salvo que se trate de “tiempo de disponibilidad” pactado dentro de la jornada ordinaria) han implantado desde hace algún tiempo políticas de desconexión que pueden servir de pauta a los futuros protocolos internos.

Sumamente importante, también, es tener en cuenta lo que dice el Acuerdo Marco Europeo sobre la digitalización del trabajo (23-6-2020), que fija criterios dirigidos a la negociación colectiva y a los legisladores de los Estados miembros, que deberían ser tomados en cuenta:

- Adoptar las medidas de formación y de sensibilización sobre los riesgos vinculados a la digitalización del trabajo.
- Hacer respetar las reglas relativas al tiempo de trabajo incluyendo el teletrabajo y el trabajo móvil.
- Clarificar las políticas y/o las reglas establecidas sobre el uso de las herramientas digitales durante el tiempo de trabajo.
- Obligar a la dirección a crear una cultura que evite los contactos fuera de las horas de trabajo.
- Evaluar la carga de trabajo (en especial, de la “fatiga informática”), de manera conjunta, entre empleados e interlocutores sociales.

<sup>45</sup> Ambas inteligentes consideraciones, en Gutiérrez Colominas, D.: “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación”, REVISTA DE INTERNET, DERECHO Y POLÍTICA-IDP, 31/2020.

En esta senda de “buena praxis” orientativa para la negociación colectiva, merece ser destacado el Acuerdo Interprofesional de Cataluña 2018-2020 (DOGC 7-9-2018), que incluye una especie de “cláusula-tipo”, que en síntesis recoge lo siguiente:

- Derecho, una vez concluida la jornada laboral, a no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos (con matices por sectores y tipos de trabajo).
- En el ámbito de la empresa, de forma negociada con la RLT, se podrá elaborar un protocolo.
- Actuaciones de comunicación y sensibilización (plantillas, mandos intermedios, directivos), sobre el protocolo y sobre el uso razonable de las comunicaciones y medios digitales.

### 2.3. A modo de cierre: algunos ejemplos en los tribunales de justicia

¿Ha hecho alguna aportación la doctrina judicial y la jurisprudencia al tema de la desconexión digital en clave de salud laboral?. Veamos resumidamente, como epílogo de este trabajo, los asuntos más relevantes:

- La STSJ Cataluña 23-5-2015 (rec. 6212/2012), en un conflicto en la empresa SCHINDLER S.A. (dedicada a la fabricación y mantenimiento de aparatos elevadores), analiza, en el seno de un procedimiento de oficio, el asunto relativo a la adopción de medidas de vigilancia y control por parte del empresario, en concreto, la instalación de un *acelerómetro* en los teléfonos móviles (*Blackberry*) de los trabajadores de la sección de mantenimiento que permite convertir fenómenos físicos (2 minutos sin movimiento) en señales acústicas; es decir, es un aparato que, mediante un sensor, se encarga de captar el movimiento o la ausencia del mismo (en cuyo caso se envía una señal de emergencia a centro de control permanente), dispositivo que se complementa con un GPS que está integrado en el teléfono. Como indica la Sala Social catalana en la sentencia que se acaba de indicar, *“Los trabajadores están obligados a llevar el acelerómetro; lo tienen que llevar siempre, incluso fuera de la jornada laboral, porque lo tienen que poner a cargar en sus casas; no se puede desconectar sino que se tiene que hacer con una aplicación de la que no tienen conocimiento los trabajadores; lo que sí se puede es desconectar el sonido (...). Se genera una situación de riesgo psicosocial (estrés) pues la circunstancia de que utilice la empresa un aparato de última tecnología para controlar el trabajo no puede tener la consecuencia de que fuera de la jornada laboral tengan incluso que en su domicilio familiar haya de continuar en una situación in vigilando del citado dispositivo para que*



*esté en condiciones óptimas para su buen funcionamiento en la jornada laboral”.*

- Un avance importante en la senda del derecho a la desconexión digital (a mi juicio, un evidente *leading case*), lo constituye la sentencia de la Audiencia Nacional de 17-7-1997 (proced 120/1997), en la cual se declaró la nulidad de las instrucciones de la empresa que obligaban a los empleados a “mantener la atención a sus teléfonos móviles una vez finalizada la jornada de trabajo de cada uno de ellos”.
- Un paso más, sin duda, lo constituyó la STS, Sala Social, de 21-9-2015 (rco. 205/2014), que declaró nula la cláusula de un contrato de trabajo que obligaba al trabajador a incluir teléfono móvil y e-mail personal para recibir comunicaciones “laborales” de la empresa, debiendo notificar los cambios posteriores, señalando el Alto Tribunal que no hay consentimiento libre y voluntario al firmar el contrato que incluye dicha cláusula, sino “miedo” a no ser contratado, apreciando el TS que se vulnera el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE).
- En esta senda, descuello, también, la STSJ Castilla y León de 3-2-2016 (AS 2016/99), que indica que las empresas que utilizan TIC o teletrabajo (en el domicilio o “a distancia”) deberían disponer de políticas de gestión del tiempo (procedimientos de conexión, medios de control y registros de jornada), para afrontar reclamaciones sobre excesos de jornada, seguridad y salud laboral (exceso de conexión y estrés laboral, especialmente).
- La STSJ Madrid 8-7-2020 (rec. 19/2020) indica que el tiempo de prestación adicional de servicios en régimen de teletrabajo que se añada sobre la jornada presencial (por ejemplo, atendiendo llamadas laborales u otro tipo de trabajo a distancia por correo electrónico u otros sistemas de mensajería o mediante aparatos portátiles conectados a la red) debe ser considerado tiempo de trabajo y adicionarse al tiempo presencial para calcular la jornada realizada.
- La STSJ Cataluña 24-1-2020 (rec. 3024/2019) aborda el caso de una empleada, que reclama tutela de derechos fundamentales por sufrir represalia (problema previo de origen afectivo con el empleador, expulsión de grupos de whatsapp, reclamación de devolución de llaves....), ligada a no atender, en situación de IT, diversos requerimientos de la empresa. Reconoce la sentencia el derecho a la desconexión digital para no mantenerse en contacto con la empresa durante la IT y para no ser informada obligatoriamente de los sucesos diarios del trabajo; ello no obstante, la demanda de tutela fue desestimada tanto en la instancia como en suplicación



# CAMBIO TÉCNICO, MERCADO DE TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL \*

RAFAEL MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE

*Catedrático de Economía Aplicada*

Universidad de Salamanca

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Economía digital; cambio técnico; condiciones de trabajo; protección social

Estas páginas tienen como objetivo reflexionar sobre el efecto de lo que genéricamente se conoce como Revolución Digital sobre el mundo del trabajo y las políticas sociales vinculadas a este. Para ello se analizan las distintas vías mediante las que las nuevas tecnologías digitales pueden afectar al mundo del trabajo: desempleo técnico, cambio en la estructura del empleo, nuevos riesgos laborales, aumento del empleo no estándar y nuevas necesidades de formación. Una vez presentadas las múltiples vías de impacto potencial, se repasan las actuaciones de política social y de mercado de trabajo que podrían ayudar a corregir los efectos no deseados de tales cambios, así como el efecto que el propio cambio técnico podría tener sobre los mecanismos tradicionales de financiación de la política social.

## ABSTRACT

**Key words:** Digital economy, technical change; working conditions; social protection

The purpose of these pages is to present an account of the potential impact of what is generically known as Digital Revolution on the world of work and the social policies related to it. With that aim, we analyse the different ways by which new digital technologies can affect labour: technological unemployment, changes in the structure of employment, new health risks related to changing working conditions, new training needs and the growth of non-standard employment. After reviewing the risks related to technical change, we present different social and labour policies that could compensate such risks and discuss the potential impact of the digital revolution on the traditional mechanisms of social policy financing.

\* 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.

**ÍNDICE**

1. INTRODUCCIÓN
2. REVOLUCIÓN DIGITAL Y MERCADO DE TRABAJO.
3. IMPACTO POTENCIAL SOBRE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN SOCIAL
4. REFLEXIÓN FINAL

**1. INTRODUCCIÓN**

El desarrollo de las tecnologías digitales afecta la forma de producir y consumir por distintas vías, con una intensidad distinta en cada caso, pero con efectos que se estima que aumentarán de intensidad según avancemos a lo largo del presente siglo. Siguiendo la clasificación planteada por Fernández-Macías (2019), el impacto sobre el mundo del trabajo de la denominada revolución digital se manifestaría a través de tres vectores de cambio. El primero de ellos, y el menos novedoso, sería la automatización de múltiples procesos productivos mediante la sustitución de mano de obra por capital. Este sería el más evidente de los procesos de cambio y también, como señalábamos más arriba, el que debería causar menos sorpresa, ya que, al menos desde la Revolución Industrial del siglo XIX, los sistemas productivos se han visto sometidos a un continuo proceso de sustitución de mano de obra por capital. Quizá la novedad esté en que ahora una parte de ese proceso de automatización, aunque ciertamente no la más importante, se produce mediante máquinas-robots, lo que permite una mejor visualización de la sustitución del ser humano por una máquina con algún atributo humanoide –al tiempo que la hace más dramática. El segundo de los vectores estaría vinculado a lo que se conoce como el Internet de las cosas, que se refiere a la posibilidad de conexión entre sí de objetos-herramientas más o menos autónomos, sin la necesidad, por lo tanto, de utilizar a un ser humano como conector o interfaz. Por último, el tercer vector, de una naturaleza distinta, sería la aparición de nuevas formas de empresa que aplican las nuevas tecnologías de análisis masivo de datos, geolocalización, Internet, etc., para la organización de la producción. Nos referimos a la aparición y desarrollo de plataformas que, aplicando tecnologías digitales y gracias a la reducción de los costes de transacción, hacen posible una vuelta a una especie de *putting-out system*, o producción doméstica, donde se traslada al trabajador gran parte de los costes e incertidumbres que antes soportaba la empresa, desarrollándose una relación de trabajo sin ataduras, como si se tratara de versión laboral del amor libre de la revolución hippie de los años 60 del pasado siglo. Estos vectores de cambio podrían verse afectados, en un futuro más o menos lejano, por el desarrollo de la Inteligencia Artificial que, en última instancia, desplazaría todavía más la frontera de sustitución de mano de obra por capital y las posibilidades de automatización. Si bien, en este caso estaríamos hablando de periodos mucho más largos (Craglia *et al.* 2018, Fjelland, 2020). En resumen, tenemos dos vectores que acelerarían el proceso histórico de aumento

de la intensidad de capital de los sistemas de producción mediante la automatización, y un vector que supondría la aparición de nuevas formas de organización de la producción basadas en gran parte en el trabajo a demanda.

Estas páginas tienen como objetivo reflexionar, si quiera brevemente, sobre el efecto que tales cambios podrían tener en el futuro sobre el mercado de trabajo y, a través de éste, sobre la protección social y el Estado de Bienestar. Para ello, en una segunda sección presentaremos el impacto que la “revolución digital”, actuando a través de los tres vectores arriba señalados, podría tener sobre el mercado de trabajo. Posteriormente, en la sección tres, revisaremos de qué manera tales cambios podrían afectar a la intervención en materia de política social. Por último, como es habitual, en la sección cuatro se recogerán las principales conclusiones del trabajo.

## **2. REVOLUCIÓN DIGITAL Y MERCADO DE TRABAJO**

El primero de los efectos potenciales de este proceso de cambio técnico sería la caída de la demanda del empleo (con respecto a un escenario alternativo sin cambio técnico o con un cambio técnico más lento y menos ubicuo). Estaríamos así en presencia de lo que Keynes denominara, precisamente en una conferencia pronunciada en 1930 en la Residencia de Estudiantes en Madrid, más tarde publicada con el título “Las posibilidades económicas de nuestros nietos” (Keynes, 1932), desempleo tecnológico. Esto es, desempleo vinculado a la introducción de nuevas tecnologías sustitutivas de trabajo, a una velocidad mayor de la que aparecen nuevas oportunidades de empleo para esa mano de obra. Una dinámica que, de mantenerse en el tiempo, haría redundante como fuerza de trabajo a parte de la población. Aunque este no es el objetivo de estas páginas, es relevante señalar que Keynes veía con optimismo esta posibilidad, pues significaría que el ser humano habría conseguido superar la etapa de necesidad que habría caracterizado la historia de la humanidad. En definitiva, habría superado el problema económico.

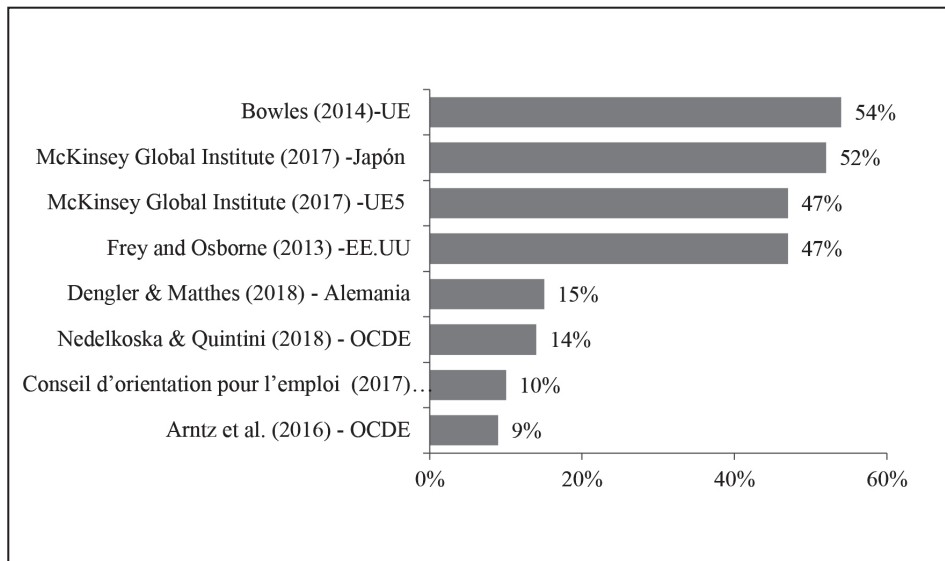
La preocupación por el desempleo tecnológico no es ciertamente una preocupación nueva, y se habría manifestada en múltiples ocasiones en el pasado, siendo una de la más conocida la producida con la introducción de los telares mecánicos en la Inglaterra de principios del XIX, protagonizada por el movimiento Luddita. Y aunque en el pasado no se haya producido desempleo tecnológico (a largo plazo), eso no evita que cada vez que se produce un nuevo salto tecnológico, como en la actualidad, con un impacto potencial elevado sobre la demanda de empleo, el miedo al desempleo tecnológico renazca, cual Ave Fenix, de sus cenizas.

En este sentido, hace casi medio siglo, en 1995, el futurólogo Jeremy Rifkin

alcanzaba un superventas con su libro *El fin del Trabajo*, donde auguraba que el desempleo aumentaría como resultado de la eliminación de decenas de millones de trabajos fruto del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información. Ciertamente esta previsión no se ha cumplido (al menos todavía) ya que los niveles de empleo en la actualidad son mayores que cuando se editó el libro. Por poner un ejemplo, en 1980 la tasa de empleo con respecto a la población potencialmente activa era del 53%, mientras que en 2017 alcanzaba el 62%. Lo mismo se puede decir de los países del G7, donde la tasa de empleo habría pasado del 65% al 68%.

La compatibilidad de automatización y mantenimiento (o aumento) del empleo fue el resultado en el pasado de la combinación de fuerte crecimiento del PIB y reducción de la jornada de trabajo, que hizo posible que la mayor productividad derivada de la automatización, y por lo tanto la menor necesidad de mano de obra por unidad de producto, se compensara con una producción mayor (crecimiento del PIB) y un menor número de horas anuales de trabajo de las personas ocupadas. Cierto es que este mecanismo de compensación no es automático, y por lo tanto no tiene por qué producirse necesariamente de nuevo en el futuro.

En el gráfico 1 se reproducen algunas de las estimaciones disponibles sobre la intensidad de la destrucción de puestos de trabajo fruto de la revolución digital. Dos cosas sobresalen del gráfico. La primera de ellas, la intensidad del impacto potencial de la revolución digital sobre el empleo, que llegaría en algunas estimaciones a afectar a alrededor de la mitad de los empleos existentes. La segunda, la diversidad de resultados, ya que, frente a los niveles arriba señalados, los trabajos de Arntz *et al.* (2016) para los países de la OCDE, o los de Alemania y Francia sitúan el impacto en valores más modestos del 9% al 15% según los casos. Aunque no nos podemos detener a explicar con detalle las causas detrás de estas diferencias tan grandes en las estimaciones, hay cierto consenso en que los efectos estarían más bien en la parte baja de las estimaciones. Y ello por dos razones, en primer lugar, porque las nuevas tecnologías, como señala Arntz, sustituyen tareas y no empleos, que serían un conjunto de tareas, con lo que en gran medida no suponen la eliminación del empleo, sino el cambio en el conjunto de tareas que realiza el trabajador. En segundo lugar, porque una cosa es que sea técnicamente posible la sustitución de mano de obra por capital, ahora o en el futuro, y otra es que sea económicamente viable o interesante. Por último, el gráfico recoge el impacto sobre el empleo actualmente existente, pero no nos indica en qué medida el empleo “sobrante” de las actividades actualmente realizadas, va encontrar (o no) acomodo en otros sectores ya existentes o nuevos.

**Gráfico 1. Estimaciones de empleos en riesgo por la revolución digital**

Fuente: Valenduc y Vendramin (2019), p. 7, Dengler y Matthes (2018), y Bowles (2014).

Independientemente de que se produzca o no desempleo tecnológico como consecuencia de la revolución digital, lo que el cambio técnico producirá, sin lugar a dudas, es un cambio en la estructura del empleo, en la medida en que la automatización no se produce con igual intensidad a lo largo de todos los sectores de actividad, ni de todos los empleos dentro de un mismo sector. A modo de ejemplo, en el cuadro 1 se recoge una aproximación cualitativa a la facilidad de automatización de las distintas tareas que conforman los empleos en función de sus características. En la medida en que este cuadro recoja de forma correcta las posibilidades de automatización vinculadas a las nuevas tecnologías digitales, se puede adelantar que serán las tareas rutinarias, tanto manuales, y en el futuro también intelectuales, las que se verán más amenazadas por la revolución digital, y por lo tanto serán los empleos donde estas tareas tengan mayor peso los que se verán más afectados. Más a largo plazo, y en función de que se materialicen o no los avances vinculados al desarrollo de la inteligencia artificial, las tareas no rutinarias, tanto físicas como intelectuales, podrían también verse amenazadas. No parece, sin embargo, que las tareas sociales, aquellas centradas en la interacción humana, puedan ser objeto de automatización, so pena de su desnaturalización.

**Cuadro 1. Facilidad de automatización de las tareas en función de sus características.**

Tareas	Facilidad de automatización con las nuevas tecnologías
Manual rutinaria.	Relativamente fácil desde hace tiempo.
Intelectual rutinaria.	Relativamente fácil tras la revolución digital.
Físicas, no rutinarias (requiere coordinación visual-manual y destreza manual).	Más difícil, ahora empieza a ser posible gracias al aprendizaje de máquinas y el <i>big data</i> .
Intelectual no rutinaria (creatividad, reconocimiento de patrones, resolución de problemas).	Imposible hasta ahora, posible en el futuro con el desarrollo de inteligencia artificial.
Sociales (centradas en la interacción humana).	Intrínsecamente difíciles de automatizar.

Fuente: Muñoz de Bustillo (2019), a partir de Fernández-Macias (2018).

Desde la teoría económica se han planteado dos hipótesis sobre el impacto que podría tener la revolución digital sobre la estructura del empleo. La primera de ellas, conocida como cambio técnico sesgado hacia la cualificación (*Skilled-biased technical change*), avanzada por Autor, Katz y Krueger (1998) o Acemoglu, (2002), defiende que el cambio técnico estaría asociado con una demanda de trabajo sesgada hacia aquellos colectivos de mayor cualificación, de forma que con el paso del tiempo crecería el empleo en los segmentos superiores (en término de formación y salarios) del mercado de trabajo, y se reduciría la demanda de empleo en el otro extremo del mercado de trabajo. Alternativamente, la hipótesis del cambio técnico sesgado en contra de la rutina o *Routine-biased technical change*, planteada, entre otros, por Autor *et al.*, (2003) y Goos *et al.*, (2014), defiende que el cambio técnico experimentado con la revolución digital es especialmente adecuado en la automatización de tareas rutinarias y repetitivas, que tenderían a situarse en la parte central de la distribución salarial. De esta forma, el cambio técnico facilitaría la reducción de la demanda de este tipo de empleo, contribuyendo a la aparición de una estructura del empleo polarizada, con crecimiento del empleo en los dos extremos de la estructura salarial y de educación, y una reducción (cuanto menos en términos relativos) del empleo de cualificación intermedia. En este caso el cambio técnico se materializaría en el paulatino empequeñecimiento de la “clase media” laboral.

Aunque esta última hipótesis parece haberse convertido en un lugar común en las discusiones sobre el cambio en la estructura del empleo, que se definiría

como crecientemente polarizada como resultado del cambio técnico, las estimaciones realizadas de forma periódica por *Eurofound*, la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo de la UE, con sede en Dublín, en su *European Jobs Monitor*, reflejan que el cambio en la estructura de empleo en la UE sigue una pauta distinta en los diferentes países, mostrando polarización en algunos casos y en otros una mejora sesgada hacia los segmentos de mayor cualificación. La dinámica de cambio también varía a lo largo del tiempo, dependiendo del momento del ciclo. Este es el caso, por ejemplo, de España, cuya estructura de empleo habría crecido de forma sesgada a favor de los segmentos más cualificados hasta la Gran Recesión, habría seguido una pauta polarizada de destrucción de empleo durante la crisis, produciéndose, de nuevo, un cambio de pauta, con la recuperación económica<sup>1</sup>.

En tercer lugar, el cambio tecnológico estaría generando un cambio en las necesidades de formación de los trabajadores, que de derivar en cambios en las habilidades y conocimientos de los trabajadores en activo y los nuevos entrantes al mercado de trabajo, podría generar la aparición de un desajuste entre las cualidades laborales necesarias y las adquiridas por los trabajadores. En este sentido, los tecnólogos son radicales a la hora de calificar la intensidad de este cambio en las capacidades laborales necesarias en un futuro no muy lejano. Como ejemplo de ello, el Informe sobre el futuro de los trabajos del *World Economic Forum* hacía referencia a que según algunas estimaciones “más de un tercio de las capacidades (*skills*) nucleares deseadas de la mayoría de las ocupaciones (del futuro) consistirían en capacidades que no se consideran cruciales en la actualidad” (p.20), llegando a señalar que “es fácil que dos tercios de los niños que empezaran a ir al colegio en 2016 acaben trabajando en empleos que no existen todavía” (p.3). En la medida en que se considera que las nuevas tecnologías digitales están sometidas a un ritmo de innovación más rápido que el asociado a otras olas tecnológicas anteriores, se estima que en el futuro (que ya casi sería el presente) el aprendizaje a lo largo de la vida será todavía más importante que en pasado.

En cuarto lugar, tanto mediante la aparición de plataformas como Glovo, Uber, Crowd Flower, Amazon Mechanical Turk, etc., como mediante la reducción de los costes de transacción asociados a nuevas formas de negocio que recurren a “nuevas” formas de empleo como el trabajo a tiempo parcial o el trabajo

<sup>1</sup> Para los cambios en la estructura de empleo en España hasta la Gran Recesión véase Fernández-Macias y Hurley (2015). Los cambios en la estructura de España durante el periodo 2008-10, 2011-15 y 2016-2018 se pueden obtener de la base de datos del *European Jobs Monitor* (<https://www.eurofound.europa.eu/es/data/european-jobs-monitor>). Un análisis crítico de la hipótesis de la polarización de la estructura del empleo derivada de cambios tecnológicos aplicado a la UE se puede encontrar en Fernández-Macias y Hurley (2019)

a demanda, las nuevas tecnologías digitales facilitarían el recurso a formas de empleo no estándar, como los “falsos autónomos”, el trabajo temporal, el trabajo a tiempo parcial variable, etc. Obviamente, y España es un magnífico ejemplo de ello, estas formas de empleo no estándar (entendiendo por normalidad laboral el empleo a tiempo completo con contrato indefinido), no han necesitado de estas nuevas tecnologías para crecer y multiplicarse, pero su existencia puede, sin duda, facilitar su crecimiento. Aunque es cierto que este tipo de plataformas tiene un peso marginal en el empleo -máximo 2% del empleo según Pesole *et al.* (2018)- las mismas podrían convertirse en una cabeza de playa, en términos de deterioro de la relación de empleo estándar, en la medida que normalizaran, todavía más, el recurso a este tipo de empleo por parte de las empresas.

Por último, la revolución digital estaría cambiando el panorama de los riesgos laborales a los que se enfrentan los trabajadores y trabajadoras. De este modo, al tiempo que la automatización debería reducir los riesgos asociados al movimiento de cargas y la realización de tareas peligrosas (uso de exoesqueletos, etc.), las nuevas tecnologías digitales supondrían la aparición de nuevos riesgos, no contemplados en la legislación por inexistentes hasta el momento. Riesgos de muy distinta naturaleza, como los asociados al desarrollo de nuevos sistemas de control del trabajo que pueden derivar en su intensificación, la ruptura de la compartimentación del tiempo de trabajo-tiempo privado, o los peligros derivados de la coexistencia en espacios comunes de máquinas-robots más o menos autónomos con seres humanos. En los términos utilizados en un reciente informe de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA, 2018, p. 6). “los factores psicosociales y organizacionales serán cada vez más importantes, ya que las tecnologías ICT pueden facilitar cambios en el tipo de trabajo, el ritmo de trabajo, cómo, dónde y cuándo se realiza, y como se mide y monitoriza”.

Resumiendo, el impacto potencial de la revolución digital sobre el mundo del trabajo se reflejaría en: (a) Riesgo de desempleo tecnológico. (b) Riesgo de polarización en términos de la estructura de empleo, con crecimiento en los dos extremos de la distribución de salarios-condiciones de trabajo. (c) Nuevas necesidades de formación y riesgo de desajuste entre oferta y demanda de capacidades (*mismatch*). (d) Aumento de importancia de nuevas formas de empleo que trasladan a los trabajadores riesgos y costes que otrora asumía la empresa. (e) Cambio en los perfiles de riesgos laborales.



### 3. IMPACTO POTENCIAL SOBRE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN SOCIAL

Cada uno de estos impactos potenciales de la revolución digital sobre el mercado de trabajo tiene implicaciones en materia de política social y laboral.

Empezando por el primero, y más temido, de ellos, el riesgo de que el progreso tecnológico derive en la aparición de desempleo tecnológico, algo que, como se ha señalado con anterioridad, no ha ocurrido en el pasado, ni en el presente, pero que podría ocurrir, exigiría plantear nuevas formas de intervención social, en el sentido de que no estaríamos hablando de desempleo coyuntural fruto del momento del ciclo económico, sino de un desempleo estructural que estaría aquí para quedarse. Las opciones de intervención serían de dos tipos distintos, aunque en ambos casos comparten el suponer “desmercantilizar”, esto es, “sacar del mercado”, algo. La primera opción sería desmercantilizar el empleo, esto eliminar el cuasi-monopolio que tiene en las economías capitalistas como demandante de empleo las empresas privadas, poniendo en marcha Programas de Empleo Garantizado, PEG, de forma que la creación de empleo no se dejara al albur del mercado. Esta propuesta, novedosa, aunque con ilustres antecedentes, como la *Work Progress Administration*, la principal agencia del *New Deal* creada en Estados Unidos en 1935, no se debe confundir con un aumento de empleo público, ya que tendría una lógica distinta: el empleo público supone demandar mano de obra para hacer frente a las necesidades de provisión de los servicios públicos y el funcionamiento del sector público, mientras que los PEG tendrían como finalidad ofrecer una posibilidad de trabajo (en otros sectores, actividades y condiciones) a los desempleados que encontraran empleo en el mercado de trabajo como consecuencia del impacto del cambio tecnológico.<sup>2</sup>

La siguiente opción de política social de lucha contra el desempleo tecnológico consistiría en obviar el efecto mediador del empleo como mecanismo de obtención de ingresos, desvinculando la obtención de ingresos del hecho de estar empleado (que no necesariamente del trabajo), mediante la creación de una Renta Básica Universal, RBU. En este caso el desempleo podría no desaparecer (en la medida en que los desempleados y receptores de RBU no abandonaran la población activa), pero sí desaparecerían sus efectos en términos de falta de ingresos. Como es lógico, escapa de la intención y posibilidades de estas páginas entrar a valorar la mecánica, ventajas e inconvenientes de esta opción, sobre la que existe abundante literatura especializada (véase, por ejemplo, Torres, 2019, o Standing, 2018). Lo que sí es oportuno señalar es que la principal crítica, junto

<sup>2</sup> Una revisión de la teoría y experiencias de este tipo de programas se puede encontrar en Tcherneva (2018)

con su coste, que recibe la RBU, que es el efecto desincentivador que podría tener sobre la búsqueda de empleo, se desactivaría en un contexto de desempleo tecnológico. Una situación en la que el factor trabajo sería en gran parte redundante y lo deseable sería, precisamente, que la gente que no pudiera tener acceso a un empleo no deseara tenerlo. La desventaja se convertiría, en este caso, en una virtud.

Como se ha señalado con anterioridad, el segundo de los riesgos asociados a la revolución digital es la posible polarización de la estructura del empleo. En este caso, el problema sería que los trabajadores cuyas tareas hayan sido automatizadas, mayormente situados en el segmento central de la estructura de empleo, se vean empujados hacia los segmentos inferiores del mercado de trabajo, con lo que encontrarían trabajo a salarios más bajos y simultáneamente aumentaría la oferta de trabajo en este tipo de ocupaciones, provocando una mayor reducción salarial. Esta dinámica podría dar lugar a que, para un número creciente de trabajadores y trabajadoras, el salario no bastara (especialmente en el caso de relaciones laborales no estándar) para generar un ingreso “suficiente” para escapar de la pobreza o cuasi-pobreza<sup>3</sup>.

Para contrarrestar este riesgo hay un conjunto de políticas, menos novedosas que en el caso anterior, que podrían activarse, o reforzarse, para limitar y compensar el problema. La primera de ellas es fortalecer los mecanismos de negociación colectiva de ámbito superior a empresa, con la finalidad de reforzar la capacidad de negociación salarial del lado más débil del binomio trabajador-empresa, especialmente en aquellos sectores con poca afiliación sindical, como son gran parte del sector servicios (y primario), gran parte de cuyo empleo se localiza en el segmento inferior de la distribución salarial. Ello, junto con una política decidida de revalorización del salario mínimo, contribuiría a limitar, gracias a la fijación de un suelo salarial más alto, la ampliación de la brecha salarial entre los segmentos inferior y superior del mercado laboral. En la actualidad, en los países de la OCDE el salario mínimo como porcentaje del salario mediano bruto fluctúa entre el 25% de Rumanía Estonia y el 62% de Francia, situándose España, incluso tras la subida de 2019, en la parte inferior del rango, con un valor del 36%<sup>4</sup>, lo que significa que todavía existe cierto margen para reducir la polarización por esta vía.

<sup>3</sup> En lo que a esto se refiere, hay que señalar que España es ya uno de los países con mayor porcentaje de trabajadores en riesgo de pobreza. En 2019, según Eurostat, un 12,8% de los trabajadores estaban en situación de riesgo de pobreza, comparado con el 9% de media en la UE (27) post brexit.

<sup>4</sup> Dataset: LFS - Minimum relative to median wages of full-time workers, OECD.Stat

La segunda vía consistiría en complementar los ingresos laborales mediante algún sistema de complemento salarial financiado públicamente, del que se beneficiarían las personas con ingresos salariales por debajo de un umbral determinado. Existen múltiples ejemplos de este tipo de políticas, con distinta organización y generosidad a la hora de complementar los salarios: el *Earned-Income Tax Credit*, EITC, de Estados Unidos, puesto en marcha en 1975, el *Working Families Tax Credit*, WFTC, del Reino Unido, en funcionamiento desde 1999 y heredero del pionero de este tipo de programas, el *Family Income Supplement* de 1971. Programas similares existen, por ejemplo, en Bélgica desde 2001: el *Crédit d'impôt sur les bas revenus de l'activité professionnelle*, CIBRAP; en Francia: el *Prime pour l'Emploi*, PPE; en los Países Bajos: el *Arbeidskorting*, o, más recientemente, el introducido en Suecia en 2007. Aunque la finalidad original de este tipo de programas fue aumentar los incentivos al trabajo, haciendo que trabajar (frente a situaciones alternativas) mereciera más la pena para aquellos cuya inserción en el mercado de trabajo se limitaba a empleos de bajos salarios, nada impediría que estos complementos se utilizaran también para aumentar los ingresos de los trabajadores del segmento laboral de bajos salarios. A diferencia de las intervenciones referidas más arriba, esta política tendría coste presupuestario.

La tercera y última vía de intervención es de una naturaleza distinta, ya que supone fortalecer los programas de formación y reciclaje con la finalidad de facilitar el paso del sector intermedio de empleo, menguante por los procesos de automatización del trabajo, hacia el superior en vez de hacia el inferior. Esta estrategia coincidiría, por lo tanto, con la estrategia de refuerzo general de la formación a lo largo de la vida vinculada al cambio técnico, a la que nos hemos referido más arriba.

Obviamente, estas estrategias no son mutuamente excluyentes, y, de hecho, podrían convivir con las referidas en el apartado de lucha contra el desempleo tecnológico. De hecho, algunos trabajos señalan que uno de los posibles efectos de los programas garantizados de empleo sería reducir la presión sobre el segmento inferior del mercado de trabajo, minimizando la devaluación salarial del mismo. Igualmente, la RBU serviría como complemento salarial de forma que los bajos salarios no se traduzcan en bajos ingresos, y la polarización salarial no se traduzca, en igual medida, en polarización de ingresos.

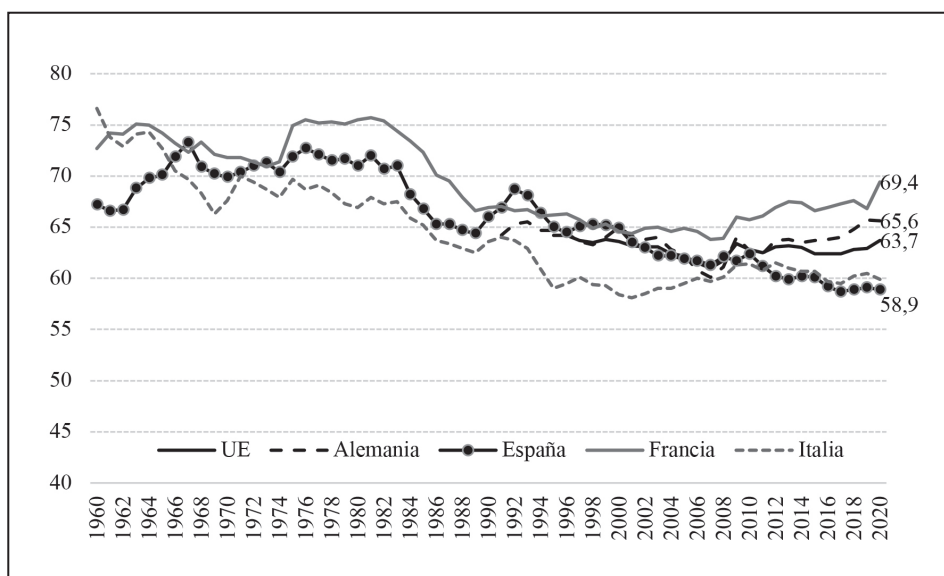
El riesgo de crecimiento del empleo no estándar, el tercero de los riesgos a los que se ha aludido en la sección anterior, con impacto en términos de deterioro salarial y de las condiciones de trabajo, podría confrontarse con dos estrategias muy distintas. La primera de ellas consistiría en intentar frenar su avance, ya sea mediante el fortalecimiento de los mecanismos de negociación colectiva, ya mediante actuaciones legislativas que restrinjan el recurso a este tipo de empleo

por parte de las empresas. Alternativamente, se podría asumir que el crecimiento del empleo no estándar es el signo de los tiempos, y el precio a pagar por el aumento de la competitividad (aunque sea un aumento de la competitividad espurio basado en gran parte en la reducción de los costes laborales y no en el aumento de la productividad) de las empresas que hacen uso de este tipo de relaciones laborales, y simplemente aplicar una política de reducción de daños, mediante la revisión de los mecanismos de protección social diseñados en el pasado, en un contexto donde el trabajo asalariado a tiempo completo e indefinido era la norma, para permitir que lleguen a esa nueva fuerza de trabajo contingente. De esta forma, se impediría que a los inconvenientes de este tipo de relación laboral en materia de condiciones de trabajo se les sumara el acceso a un peor nivel de protección social. Esta aproximación, sin embargo, además de dar por hecho que a partir de ahora sea el mercado el que determine de forma exclusiva las condiciones de trabajo para una parte importante de la población (algo que cuestionaría la existencia en sí de la legislación laboral y su capacidad de moldear el funcionamiento del mercado) plantea numerosos problemas a los que habría que dar respuesta. En palabras de OCDE: “los trabajadores independientes y contingentes no encajan bien en los actuales sistemas contributivos de protección: ¿quién debería ser el responsable de las contribuciones de los empleadores? ¿cómo deberían calcularse las contribuciones y las prestaciones cuando los ingresos están sometidos a grandes fluctuaciones? En especial, la provisión de prestaciones por desempleo para los trabajadores autónomos, (OECD, 2018, p.22).

Por último, la revolución digital, junto con otros fenómenos como la globalización, el nacimiento de grandes empresas de nuevo cuño fiscalmente apátridas (Amazon, Facebook, Google, Uber, etc.) y el aumento de la relación capital trabajo, han puesto de manifiesto la necesidad de revisar los mecanismos tradicionales de financiación del Estado de Bienestar. La mayoría de los países de la UE basan la financiación de la política social de forma importante en las cotizaciones sociales, vinculadas al empleo. En el caso de España, en 2018 éstas alcanzaban el 59% de los ingresos totales, un valor similar a la media de la UE. Es por ello por lo que el deterioro de la parte de la renta que va a la remuneración del factor trabajo, lo que se conoce como distribución funcional de la renta, tendrá efectos sobre la financiación del Estado de Bienestar. Pues bien, como se puede ver en el gráfico 2, la participación de la masa salarial en el PIB ha estado sometida, de forma general y especialmente en España, a un proceso de caída significativo, pasando de suponer cerca del 70% del PIB en 1992 a algo menos del 59% en 2020. El cambio técnico es uno de los factores que están detrás de esta tendencia decreciente de la participación de las rentas del trabajo del PIB. Cuando el cambio técnico se traduce en un aumento de la intensidad de utilización del factor capital, aumentará, *caeteris paribus*, el peso de las rentas

de capital en el PIB, reduciéndose, por lo tanto, la base imponible potencial (al menos en términos relativos) de las cotizaciones sociales. La opción de recomponer la financiación de la protección pública pasando a gravar en mayor medida las rentas de capital se enfrenta, sin embargo, con la mayor movilidad de estas, y la existencia de numerosas triquiñuelas legales, alegales, consentidas e ilegales, que se benefician de la libertad de movimientos de capitales, la globalización y la existencia de paraísos fiscales, para situar sus beneficios en aquellos lugares donde su fiscalidad es más baja, o simplemente inexistente.

**Gráfico 2. Participación de las rentas del trabajo en el PIB: Alemania, España, Francia, Italia y UE (1960-2020).**



Fuente: AMECO AMECO, Adjusted wage share; total economy (ALCD2) y elaboración propia

La polémica sobre la posibilidad de gravar específicamente los robots, planteada entre otros por Bill Gates<sup>5</sup> y discutida en el Parlamento Europeo, refleja este dilema. El objetivo sería atajar este problema mediante la fijación de gravámenes específicos sobre el capital que desplace al factor trabajo, con la finalidad de

<sup>5</sup>Malcolm James, *The Conversation* Mar 20, 2017, 4:18 PM: "Here's how Bill Gates' plan to tax robots could actually happen".

compensar la pérdida de ingresos que se produciría en el caso de que el desempleo tecnológico se instalara entre nosotros. Esta propuesta, rechazada entre otras razones por que el problema está en la sustitución genérica de trabajo por capital, en cualesquiera de sus formas, y no cuando esta adopta una forma humanoide, refleja, sin embargo, la necesidad de acudir a nuevas fuentes de financiación del gasto social, que obligatoriamente tendrán que recaer, al menos en parte, sobre el factor que está aumentando su participación en la renta total, el capital.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

Como hemos visto, las transformaciones del mercado de trabajo asociadas a la digitalización, junto a otros procesos como la globalización, tienen potencialmente efectos negativos sobre la cantidad y la calidad del trabajo. En las anteriores olas de cambio tecnológico, el crecimiento económico y la reducción de la jornada laboral habrían permitido, a largo plazo, compatibilizar el cambio técnico y el aumento del empleo (y su calidad). Lo que en ningún caso significa que el proceso de absorción de la productividad generada por el cambio técnico haya sido automático e indoloro. En todo caso, con el paso del tiempo el crecimiento de la demanda y la reducción de la jornada de trabajo habrían permitido que el aumento de la productividad del trabajo derivado de la automatización de muchas de las tareas antes desarrolladas por los trabajadores y trabajadoras no derivara en desempleo masivo. Hasta el momento, atendiendo tanto al empleo absoluto como a la evolución de la tasa de empleo en las últimas décadas, el cambio técnico, a pesar de las predicciones de los voceros del “fin del trabajo”, no se habría traducido en una fuente autónoma de desempleo masivo, lo cual, como se ha señalado, no quiere decir que no vaya a serlo en el futuro si, por distintas razones, como pueda ser la necesidad de combatir el calentamiento global mediante políticas de decrecimiento -el crecimiento ha sido el mecanismo tradicional de absorción de los incrementos de productividad- el crecimiento económico se viera sometido a restricciones. O si las posibilidades tecnológicas asociadas a las nuevas tecnologías digitales, incluyendo la inteligencia artificial, fueran inconmensurablemente mayores a las de anteriores olas tecnológicas.

En todo caso, si la digitalización abre las puertas a un futuro de posibilidades productivas infinitas, el problema no sería, como en el pasado, la escasez, sino lo contrario, la abundancia. Con lo que la cuestión sería cómo garantizar el acceso a la producción creciente de las personas “laboralmente” redundantes y no tanto la necesidad de racionar el acceso a una producción insuficiente para satisfacer las necesidades/deseos de la población. Esto es, estaríamos en presencia de un problema de distribución, no de producción, y la cuestión a resolver sería cómo hacer posible que los excluidos del proceso de producción no sean también excluidos del consumo.

Como se ha visto en la sección anterior, cada uno de los riesgos potencialmente asociados a la revolución digital: desempleo tecnológico, polarización del mercado de trabajo, deterioro de las condiciones de trabajo para las personas ocupadas en el segmento inferior de este, crecimiento del empleo no estándar, nuevos riesgos laborales y nuevas y probablemente crecientes necesidades de formación permanente, cuenta con una o varias medidas de política económica y social para hacerles frente. El problema, como en el pasado, es contar con la relación de fuerzas necesarias para fortalecer la capacidad de actuación del Estado de Bienestar, en un contexto, en el que, de ser ciertas las predicciones de los tecnólogos relativas a las potencialidades infinitas de las tecnologías digitales, la abundancia material debería facilitar su financiación.

## REFERENCIAS

- Acemoglu, D., ‘Technical Change, Inequality, and the Labor Market’, *Journal of Economic Literature*, 40, pp. 7–72. 2002.
- Autor, D., Katz, L. , y Krueger, A., Computing inequality: Have computers changed the labor market? *Quarterly Journal of Economics* 113, pp. 1169–1213. 1998.
- Autor, D., Levy, F., y Murnane, R. J., ‘The Skill Content Of Recent Technological Change: An Empirical Exploration’, *The Quarterly Journal of Economics*, 118, pp. 1279–1333. 2003,
- Bowles, J., “Chart of the Week: 54% of EU jobs at risk of computerisation”, Blog Post, july, 24, 2014, Bruegel. 2014
- Craglia, M. (Ed.), *Artificial intelligence- A European Perspective*, Joint Research Centre, European Commission, Luxembourg. 2018.
- Dengler, K., y Matthes, B., “The impacts of digital transformation on the labour market: Substitution potentials of occupations in Germany”, *Technological Forecasting & Social Change*, 137, pp. 304–16. 2018
- Fjelland, R., “Why general artificial intelligence will not be realized”, *Humanities and Social Sciences Communications*, 2020, <https://doi.org/10.1057/s41599-020-0494-4>.
- Fernández-Macías, E., *Automation, digitalisation and platforms: Implications for work and employment* Eurofound, Publications Office of the European Union, Luxembourg. 2018.
- Fernández-Macías, E., y Hurley, J., “Routine-biased technical change and job polarization in Europe”, *Socio-Economic Review*, Volume 15, Issue 3, July



- 2017, pp. 563–585. 2017
- Fernández-Macías, E., y Hurley, J., “Long-term trends in the Jobs Structure of six European countries (Germany, Sweden, UK, Spain, Ireland and Switzerland)”, chapter 2 *European Jobs Monitor Report 2015*, Eurofound, Dublin. 2015.
- Goos, M., Manning, A., y Salomons, A., ‘Explaining Job Polarization: Routine-biased Technological Change and Offshoring’, *The American Economic Review*, 104, pp.2509–2526. 2014.
- Keynes, John Maynard, “Economic Possibilities for our Grandchildren,” en *Essays in Persuasion* (New York: Harcourt Brace, 1932), pp. 358-373, 1930. Disponible en: [https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/files/content/upload/Intro\\_and\\_Section\\_I.pdf](https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/files/content/upload/Intro_and_Section_I.pdf)
- Muñoz de Bustillo Llorente, R., *Mitos y realidades del Estado de Bienestar*, Alianza Ed., Madrid. 2019
- OECD, *The Future of Social Protection What Works for Non-standard Workers?* OECD, Paris. 2018.
- Pesole, A., Urzì Brancati, M.C, Fernández-Macías, E., Biagi, F., González Vázquez, I., *Platform Workers in Europe*, EUR 29275 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg. 2018.
- Rifkin, J. *The End of Work: The Decline of the Global Labor Force and the Dawn of the Post-Market Era*, Putnam Publishing Group, New York, 1995.
- Tcherneva, P. R., *The Job Guarantee: Design, Jobs, and Implementation*, Levy Economics Institute of Bard Colleg, Working Paper No. 902, 2018.
- Torres López, J., *La Renta Básica. ¿Qué es, cuántos tipos hay, cómo se financia y que beneficios tiene*, Deusto, Barcelona. 2019.
- Standing, G., *La renta básica: un derecho para todos y para siempre*. Pasado & Presente, Barcelona, 2018.
- Valenduc, G., and Vendramin P., *The mirage of the end of work*, Foresight Brief, etui, Brussels. 2019.
- World Economic Forum, *The Future of Jobs Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, Global Challenge Insight Report, 2016.



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

MARIE-CÉCILE ESCANDE-VARNIOL

*Maître de conférences HDR, Droit privé et sciences criminelles*

Université Lumière Lyon 2

## EXTRACTO

**Palabras clave:** modelo francés, datos personales, intimidad y vida privada, inteligencia artificial, teletrabajo, derecho a la desconexión

El surgimiento de nuevas formas de trabajo y de trabajar va acompañado de nuevas necesidades y demandas de protección. El artículo comenta las soluciones y reacción que el legislador, la doctrina y la jurisprudencia franceses adoptan en esta tarea, con referencia particularizada a temas tales como la protección de los datos personales frente al uso de inteligencia artificial en la empresa, los retos del teletrabajo y el derecho a la desconexión. La autora valora las consistencias y flaquezas del modelo francés, siempre desde la convicción de que la digitalización es un proceso imparabile y fascinante en el que es necesario conciliar dos objetivos antagónicos: la protección de las personas físicas y las necesidades económicas de la sociedad. Es evidente que en esta tarea, los derechos fundamentales están llamados a desempeñar un papel decisivo.

## ABSTRACT

**Key words:** French model, personal data, privacy, artificial intelligence, teleworking, right to digital disconnection

The emergence of new jobs and ways of working is accompanied by new needs and demands for protection. The article comments on the solutions and reaction that the French legislator, doctrine and jurisprudence adopt in this task, with particular reference to issues such as the protection of personal data against the use of artificial intelligence in the company, the challenges of teleworking and the right to disconnect. The author values the consistencies and weaknesses of the French model, always from the conviction that digitalization is an unstoppable and fascinating process in which it is necessary to reconcile two antagonistic objectives: the protection of individuals and the economic needs of society. It is clear that in this task, fundamental rights are called to play a decisive role.

\* 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.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES A LA LIMITACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA TRATAR LOS DATOS PERSONALES EN LA EMPRESA
  - 2.1. El reglamento general de protección de datos
  - 2.2. El desafío de la inteligencia artificial en el ámbito de los recursos humanos
3. DERECHO A LA DESCONEXIÓN Y TELETRABAJO, ENTRE VIDA PROFESIONAL Y VIDA PRIVADA
  - 3.1. El teletrabajo
  - 3.2. El derecho a la desconexión

## 1. INTRODUCCIÓN

“Derechos fundamentales” y “era digital” son dos nociones que merecen una pequeña explicación antes de abordar sus interacciones.

Los derechos fundamentales son derechos contemporáneos que desde hace más de treinta años han influido notablemente en todas las ramas del derecho, modificando el modo de interpretación de las normas <sup>1</sup>. Desde el ámbito de las libertades públicas, se convirtieron, especialmente a partir de finales de los 80, en derechos subjetivos, es decir, en “droit à” (derecho a)<sup>2</sup>, invocables entre privados. A partir de entonces, los académicos se han apasionado por este nuevo terreno de reflexión que reunifica los derechos y libertades fundamentales, bien conocidos en el derecho público, con los derechos económicos y sociales que tardaban en salir de la sombra.

Ese movimiento se acompañó por una cierta privatización de esos derechos al transformarlos en derechos subjetivos, de modo que el beneficiario del “derecho a...” se convierte en acreedor. ¿Pero quien es el deudor? Tradicionalmente, el Estado ha tenido la responsabilidad de garantizar el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. No obstante, con la “privatización” de los derechos fundamentales, aquél ha trasladado en parte a los particulares la carga de garantizarlos. En un primer momento, ese tratamiento afectó, sobre todo, a los derechos económicos y sociales<sup>3</sup>, pero en la actualidad se aprecia la misma evolución a propósito de derechos nuevos, aun inmateriales o referidos a ciertas libertades. Ejemplos de ello pueden hallarse al hablar de protección de datos o

<sup>1</sup> L. Favoreu & alli, « Droit et libertés fondamentales », *Précis Dalloz*, 2015.

<sup>2</sup> Droit à l’habitat, droit au logement, droit aux transports,...

<sup>3</sup> Por ejemplo, el derecho al empleo, inscrito en la Constitución francesa se traduce por la creación por el Estado de un servicio público de gestión de los desempleados. Pero la eficacia de este derecho pesa sobre las empresas cuyo objeto es el reclutamiento de trabajadores.

de derecho a desconexión de los trabajadores, ya que nos referimos a libertades fundamentales cuyo responsable es el empleador.

Recordar esta idea es importante para afirmar que el reconocimiento de los derechos fundamentales no es nuevo, aunque el legislador los multiplique. Ahora, se conoce su régimen jurídico y sus particularidades en cuanto al modo en que han de ser interpretados. Son derechos de objetivos, reconocidos en normas nacionales e internacionales que, además, pueden entrar en conflicto con otros derechos también fundamentales sin que a estos efectos los métodos clásicos de jerarquía o de exégesis funcionen. La clave interpretativa se compendia en tres palabras: adecuación, justificación y proporcionalidad<sup>4</sup>. En este sentido, la contribución del derecho europeo (tanto de la UE como del Consejo de Europa) ha sido notable pues hace ya mucho tiempo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó el principio de proporcionalidad para dirimir los conflictos entre esos derechos humanos<sup>5</sup>. Nació, así, una nueva metodología de razonamiento jurídico que se ha convertido en criterio para resolver conflictos entre derechos fundamentales.

Lo anterior es importante, para evidenciar que los derechos fundamentales no han nacido con la era digital. Ésta arriba a una tierra arada y tendrá que adaptarse.

Hemos de detenernos, ahora, en la expresión “era digital”. ¿Estamos entrando en el reino de los dedos o en el de los números<sup>6</sup>? ¿La inteligencia ya no reside en nuestra cabeza sino en nuestros dedos que se conectan con la inteligencia artificial? Esto es una broma, aunque sea ciencia ficción. Hablando más en serio, hay que reconocer que estamos al principio de esta era y que el nuevo desafío será dominarla y canalizarla. Para hacerlo, los derechos fundamentales podrían ser un instrumento jurídico útil y necesario. Es lo que vamos a observar a través de cuatro fenómenos propios de aquella. En concreto, la protección de los datos personales, el recurso a la “inteligencia artificial”, el derecho a la desconexión y el teletrabajo.

<sup>4</sup> Art. L1121-1 : «Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.» (Nadie puede imponer restricciones a los derechos de los individuos y a las libertades individuales y colectivas que no se justifiquen por la naturaleza de la tarea a realizar o sean proporcionales al objetivo buscado.)

<sup>5</sup> CEDH 23 jul. 1968, n° 1474/62, aff. Linguistique Belge ; CEDH 29 feb. 2000, n° 39293/98, Fuentes Bobo c/ Espagne. J.P. Marguénaud, « Les 70 ans de la Convention européenne des droits de l’homme : le passé d’un avenir », D. 2020 p. 219.

<sup>6</sup> En francés era digital se traduce como «digitalisation» o «ère numérique». A. Supiot, «La gouvernance par les nombres », *Fayard* 2015.

Trataremos estos temas desde la perspectiva francesa, pero claro, son cuestiones comunes en el derecho europeo.

## **2. DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES A LA LIMITACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA TRATAR LOS DATOS PERSONALES EN LA EMPRESA**

El desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) ha multiplicado el riesgo de difusión de informaciones personales y confidenciales fuera del círculo personal o familiar. Los datos que antes podía registrar un vendedor no salían de su registro. Los de los asalariados registrados en los ficheros de la empresa no salían de sus archivos. Sin embargo, desde el advenimiento de internet y de los algoritmos “inteligentes”, todas las plataformas mercantiles pueden acceder a los datos de clientes de otros comercios o empresas. ¿Cuáles son los colores que preferís? ¿Cuáles son vuestros lugares de vacaciones? o, incluso, ¿qué enfermedades padecéis? En el lugar del trabajo, los empleadores disponen de numerosos dispositivos de inteligencia artificial para seleccionar o controlar sus trabajadores. Hemos pasado de un mundo compartimentado a un mundo transparente y universal donde el individuo no puede proteger su vida personal de la red y de los algoritmos.

En un intento de proteger a los individuos frente a la difusión de sus datos y la gestión electrónica de su carrera sin atentar contra la libertad empresarial, el derecho europeo y nacional imponen una regulación en la que los derechos fundamentales constituyen un amparo contra esa invasión.

### **2.1. El reglamento general de protección de datos**

La necesidad de protección de los datos personales es contemporánea al nacimiento de las TIC. En Francia la primera ley es de 1978<sup>7</sup>, es decir mucho antes de la primera directiva europea n° 95/46 de 24 de octubre 1995. La ley francesa de 1978 fue reformada por una ley de 6 de agosto 2004 y por un decreto de 20 de octubre 2004 a fin de trasponer dicha directiva. Tras la adopción del Reglamento general de protección de datos personales n° 2016/679 de 27 de abril de 2016 (en adelante RGPD) y de la nueva Directiva 2016/680 del mismo día, el Parlamento francés adoptó una nueva ley<sup>8</sup> y un decreto complementario un año después<sup>9</sup>. Estos textos no abrogaron la ley de 1978 sino que solo la reformaron, lo que ha sido criticado desde el mundo académico<sup>10</sup>, al menos por los especialistas

<sup>7</sup> Loi du 6 janvier 1978, n° 78-17, relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>8</sup> Ley n° 2018-493, de 20 de junio de 2018

<sup>9</sup> Decreto n° 2019-536 de 29 de mayo de 2019

<sup>10</sup> N. Martial-Braz & F. Jault-Seseke, «Données à caractère personnel – cadre légal », *Réper-*

en el ámbito electrónico o en el derecho europeo, ya que dicha reforma no movilizó en exceso a los laboristas.

Los principales comentarios reprochan al texto francés falta de claridad, considerando que las disposiciones nacionales resultan deficientes, que se limitan a realizar meras remisiones al RGPD o, incluso, que prevén regulación distinta. Los expertos critican sobre todo la falta de conocimiento del objetivo de accesibilidad e inteligibilidad de la ley, argumento que fue planteado ante el Tribunal constitucional, si bien éste no ha seguido los argumentos de los solicitantes<sup>11</sup>.

La doctrina subraya que la dificultad esencial de esos textos, tanto del RGPD como de la ley francesa, es que han de conciliar dos objetivos antagónicos. Por un lado, el de proteger los datos de las personas físicas, lo que hacen exigiendo su consentimiento antes de propagarlos y reconociendo, así, un derecho fundamental individual. Por el otro, la necesidad económica de permitir la circulación de los datos que constituye un reto esencial para el funcionamiento del mercado común y el desarrollo económico europeo en la era digital.

En cuanto al fondo, la ley de 2018 modifica las formalidades obligatorias para los operadores. La ley de 1978 había creado un organismo llamado CNIL<sup>12</sup> al que todas las empresas y personas debían solicitar una autorización para crear un archivo electrónico. El fenomenal desarrollo de tales archivos hizo inviable continuar con ese modelo, por lo que la ley de 2018 procedió a sustituir la exigencia de autorización previa por una mera declaración. La contrapartida a esa simplificación ha sido el reforzamiento de la responsabilidad exigible a los organismos que utilizan y propagan los datos personales, lo que se concreta en diversas medidas, tales como la designación de una persona de referencia respecto a los archivos de la empresa, o la previsión de sanciones muy disuasorias. Así, por ejemplo, las multas pueden llegar hasta el 4% del volumen de negocios del organismo infractor o hasta los dos millones de euros, y además se prevén otras sanciones como la publicación del nombre del infractor en la prensa<sup>13</sup>.

*toire Dalloz 2019* ; N. Martial-Braz, «L'abus de textes peut-il nuire à l'efficacité du droit ? La théorie du millefeuille législatif à l'heure de la protection des données à caractère personnel», *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 459; N. Martial-Braz, «\_Quand la French touch contribue à complexifier l'édifice du droit de l'Union européenne! A propos de la loi sur la protection des données personnelles du 20 juin 2018», *JCP 2018*, p. 786. C. Castets-Renard, «La protection des données personnelles dans les relations internes à l'Union européenne», *Rep. Dalloz 2018*.

<sup>11</sup> Cons. Const. Déc. N°2018-765 DC, 12 juin 2018 sur la loi relative à la protection des données personnelles.

<sup>12</sup> Comisión nacional informática y libertad.

<sup>13</sup> La CNIL tiene un actividad muy importante: 14000 reclamaciones en un año (+30%) [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil-40e\\_rapport\\_annuel\\_2019.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil-40e_rapport_annuel_2019.pdf)

La CNIL cumple un papel central en el dispositivo. Se trata de una entidad ya antigua, muy conocida y que inspira temor entre los operadores por su real poder de sanción. Sin embargo, la reforma modifica sustancialmente su rol, ya que de un control a priori, pasa a desplegar un control a posteriori en orden al respeto de las reglas sobre consentimiento, sobre transparencia y sobre información del destino. Es decir, pasa de ejercer un control técnico a un control sobre el respeto a los derechos fundamentales que se ciñe a un análisis de proporcionalidad basado en un examen conjunto de indicios. Su faceta juzgadora se ve reforzada, pero a la vez se le atribuye un papel asesor<sup>14</sup> especialmente interesante en la actual situación de pandemia<sup>15</sup>.

Ni el RGPD ni la ley francesa contienen disposiciones particulares en el ámbito laboral <sup>16</sup>. Quizás se halle aquí la explicación del escaso interés que suscitó entre la doctrina laboralista durante su periodo de trasposición al derecho nacional. No obstante, el dialogo social puede desempeñar un papel importante respecto a las cuestiones relativas al empleo de datos personales de los trabajadores por las empresas.

En primer lugar, en su artículo L. 2312-8, el Code du Travail dispone que *“Se informa y se consulta al comité (social y económico de la empresa) sobre cuestiones relativas a la organización, la gestión y el funcionamiento general de la empresa, en particular sobre: (...) 4° La introducción de nuevas tecnologías, cualquier cambio importante en las condiciones de salud y seguridad o en las condiciones de trabajo”*.

Esta disposición ya antigua permite al comité de representantes de personal exigir informaciones claras, transparentes y completas sobre todos los archivos de datos personales que existan en la empresa. Esta obligación, cuyo incumplimiento se sanciona penalmente, está más que nunca de actualidad con la multiplicación de las acciones de tratamiento de datos personales en la empresa. Añadir, además, que los sindicatos también pueden negociar, dentro y fuera de la empresa y acudir a los tribunales si fuera necesario, de acuerdo el artículo 88 RGPD.

Ya para finalizar esta pequeña presentación sobre el impacto del RGPD en el derecho laboral, parece interesante evocar unos ejemplos jurisprudenciales.

<sup>14</sup> C. Galichet, «La CNIL a publié son référentiel en matière de gestion du personnel», obs. sous délib. CNIL n° 2019-160 du 21 nov. 2019, *Dalloz IP/IT* 2020, 507.

<sup>15</sup> M. Doisy & E. Daoud, «Concilier la protection des données personnelles de santé et l'obligation de sécurité au travail à l'heure du COVID 19», *Dalloz IP/IT* 2020, p. 306.

<sup>16</sup> No obstante, es destacable el artículo de M.F. Mazars, magistrada jubilada de la cámara social de la Cour de cassation, vicepresidente delegada a la CNIL, «La mise en œuvre du RGPD: un renfort pour les droits des salariés», *RDT* 2018, p. 498.

El primero es una resolución de la CNIL de 6 de septiembre 2018, nº SAN-2018-009<sup>17</sup>. Se refiere a una empresa de videovigilancia a distancia de ascensores que instaló un sistema de control biométrico de acceso a la empresa a fin de controlar los horarios de su personal. A pesar de que la CNIL le envió un requerimiento, la empresa siguió aplicando su sistema. Pues bien, finalmente, la CNIL consideró desproporcionado el sistema de control respecto a la finalidad de registro del tiempo de trabajo pretendida e impuso a la empresa una multa de 10000 euros, así como la publicación de la decisión incluyendo su nombre. Cuando los hechos tuvieron lugar ni el RGPD ni la nueva ley francesa se aplicaban. No obstante la CNIL ya tenía atribuidos poderes sancionadores, por lo que la publicación de la sanción, en plena transposición del RGPD en Francia, resultó particularmente ejemplificadora.

El interés del segundo ejemplo reside no tanto en su motivación sino más bien en que se trata de una de las primeras decisiones judiciales sobre el RGDP. Fue dictada por el tribunal civil de Metz<sup>18</sup>. El comité de salud y seguridad de un hospital había encargado a un experto una investigación sobre las condiciones de trabajo y los riesgos psicosociales de su personal. La dirección de la empresa había aprobado el proyecto pero invocando la protección de datos, rechazó la petición del experto de obtener las direcciones personales de los agentes, necesarias para remitirles un cuestionario de investigación. Ese rechazo fue interpretado por el comité como una obstrucción del empleador y recurrió al tribunal que ordenó al éste comunicar las direcciones personales, pues, a su entender, *“no es necesario solicitar el consentimiento de los interesados cuando el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal a la que está sujeto el responsable del tratamiento”*. El problema jurídico central es saber dónde se halla la frontera sobre la obligación de solicitar o no el consentimiento de los trabajadores. Será interesante observar la posición del Tribunal de casación cuando se le someta esta cuestión.

Aunque la academia laboralista no pareció inicialmente interesada en el RGPD, se trata de una actitud que está mutando a raíz del surgimiento de otra consecuencia de la era digital, conocida como “inteligencia artificial”. El RGPD podría facilitar la limitación de su propagación en la gestión del personal.

<sup>17</sup> «La CNIL vigilante sur la biométrie», *Sem. Soc. Lamy* nº1830, 1<sup>er</sup> oct. 2018.

<sup>18</sup> TGI Metz, 22 abril 2019, nº 19/00033, F. Champeaux, “Le RGDP fait son entrée dans les prétoires”, *Sem. Soc. Lamy* Nº 1872, 2 sept. 2019.



## 2.2. El desafío de la inteligencia artificial en el ámbito de los recursos humanos

Los algoritmos revolucionan el mundo laboral tal y como sucede en el resto de ámbitos de la vida. Este fenómeno interesa particularmente a los juristas laboralistas por dos razones. Por un lado porque, como es sabido, afectan a los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas electrónicas. Estas plataformas movilizan tanto a la doctrina como a los tribunales o al legislador<sup>19</sup>. Por otro lado, más recientemente, porque se han multiplicado las investigaciones sobre los algoritmos de IA aplicados a los recursos humanos<sup>20</sup>. Aquí solo hablaremos de estos últimos.

Nos hallamos ante una situación de concurrencia directa entre el Humano y la máquina, afectando al corazón de los derechos fundamentales, esto es, a la dignidad del trabajador. El rol del derecho laboral es la protección de ellos porque, según la declaración de la OIT “El trabajo no es una mercancía”<sup>21</sup>. Aunque haya subordinación, es decir, poder para dar órdenes, controlar y sancionar, el empleador está sujeto a una obligación esencial: respetar la dignidad de la persona durante toda la relación laboral, lo que se exterioriza en dos exigencias que pesan sobre aquél: un principio antiguo de buena fe y lealtad, y uno más reciente de justificación de sus decisiones.

El principio de buena fe y lealtad deriva de la relación contractual entre sujetos privados y así el código civil y el código laboral disponen que “*el contrato de trabajo se ejecuta de buena fe*”<sup>22</sup>. Tanto el legislador como la jurisprudencia han inferido de dicho principio numerosas obligaciones como las de información y consulta a los representantes antes de tomar decisiones con consecuencias sobre el personal. Por lo demás, este principio de buena fe se alarga con el principio de lealtad que concierne tanto al empleador como al trabajador, y tanto a la vida profesional como a ciertos aspectos de la vida privada. Por ello, el empleador se

<sup>19</sup> La autora participa actualmente en el proyecto COGENS, The COGENS project is co-financed by the European Union (VS/2019/0084), Collective bargaining and the gig-economy. Dicha investigación versa sobre los trabajadores de plataformas.

<sup>20</sup> Así, la Asociación francesa de derecho de trabajo (AFDT) acaba de publicar un investigación colectiva sobre la inteligencia artificial en la gestión algorítmica del personal y el derecho laboral, P. Adam, M. Le Friant & Y. Tarasewicz (Dir.), «Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail», *Dalloz Etudes*, 2020. J. Adams-Prassl, «¿What if your boss was an algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the rise of Artificial Intelligence at Work», [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3661151](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3661151)

<sup>21</sup> Déclaration de Philadelphia, 1944. A. Supiot, « Le travail n’est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXIème siècle », *Ed. Collège de France*, 2019, <https://books.openedition.org/cdf/7029?lang=fr>

<sup>22</sup> Art. L. 1222-1 C. Travail «Le contrat de travail est exécuté de bonne foi».



halla sometido a un principio de transparencia y limitado en sus decisiones por el respeto de la dignidad de sus asalariados.

El uso de las TIC es antiguo como medio de control de los trabajadores. Como ya se ha dicho, el empleador debe informar tanto a sus asalariados como a los candidatos a serlo de todos los sistemas automáticos, electrónicos o informáticos que usa para contratarlos o vigilarlos<sup>23</sup>, y sin que pueda utilizar medios que ofendan la dignidad de los mismos.

La jurisprudencia al respecto es abundante desde hace más de veinte años. En concreto, rechaza las pruebas obtenidas sin información a los trabajadores. Este fue, por ejemplo, el caso de cámaras enfocadas al puesto de trabajo de las cajeras cuando usando una prueba de video, el empleador despidió a una que había dejado pasar a alguien de su familia sin pagar. Los jueces calificaron el despido como improcedente porque la cajera no había sido informada de la presencia de cámaras sobre las cajas<sup>24</sup>. Otros ejemplos se hallan en casos de geolocalización de conductores<sup>25</sup> o repartidores<sup>26</sup>, que fueron sometidos a las recomendaciones de la CNIL<sup>27</sup> y objeto de una jurisprudencia rigurosa extendida también a casos de apertura del correo electrónico personal<sup>28</sup>.

El desarrollo de las TIC en el ámbito de los recursos humanos conoce una nueva era por la aparición de nuevos algoritmos de “inteligencia artificial”<sup>29</sup>. El problema esencial es aquí saber quién detenta el poder: ¿el hombre o la máquina? El empleador debe mantener el control sobre los medios que utiliza, ya sea para dirigir, gestionar, controlar o sancionar sus asalariados<sup>30</sup>, porque el riesgo subyacente al uso de algoritmos capaces de operar de manera autónoma, es no controlar el resultado ni ser capaz de explicarlo.

<sup>23</sup> Art. 1222-2 et s. Y L. 2312-8 C. Travail

<sup>24</sup> C. cass. Soc. 7 juin 2006, RJS 2006, 853, n° 1143; C. cass. Soc. 22 mai 1995, n°93-44.078; C. cass. Soc. 15 mai 2001, n° 99-42.219.

<sup>25</sup> C. cass. Soc. 3 nov. 2011, *Dalloz actu.* 14 nov. 2011, obs Astaix, Dr. Social 2012, p. 61, note J.E. Ray.

<sup>26</sup> C. cass. Soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.079, *D.* 2019, p. 177, note M.C. Escande-Varniol.

<sup>27</sup> Délibération 2015-175, 4 juin 2015, <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNIL-TEXT000030750827/>

<sup>28</sup> C. cass. Soc. 2 oct. 2001, Dr. Social. 2001, p. 901, note J.E. Ray ; C. cass. Soc. 26 janv. 2016, n° 14-15.360, *JCP S* 2016, 1087, note B. Bossu.

<sup>29</sup> Los algoritmos son numerosos y variados, desde los «clásicos» que no hacen más que lo que se esperaba, hasta los algoritmos de IA “fuerte”, pasando por los Machine Learning o Deep learning. V; S. Fischman & B. Gomès, *Intelligences artificielles et droit du travail: contribution à l'étude du fonctionnement des plateformes numériques*, in *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail précit.* P. 37.

<sup>30</sup> A. Jeammaud, *¿Le pouvoir de l'employeur, renforcé ou altéré ? in Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail précit.* p.31.

Aquí hay un problema de fondo. En el derecho laboral contemporáneo el empleador es “jefe” en su empresa y su libertad de la gestión económica se mantiene intacta. No obstante, el Derecho del trabajo le obliga a justificar las decisiones que tienen impacto sobre los trabajadores y que han de ser transparentes, razonables y respetuosas con los derechos fundamentales de éstos. Por ello se enuncian obligaciones de información y consulta respecto a decisiones que impactan en los trabajadores o, si se trata de despedir por razón personal o económica, es preciso justificarlo con un motivo comprobable.

El problema con los algoritmos “inteligentes” es que no dan razones de sus modificaciones continuas. Son irracionales. El empleador no podrá explicar sus decisiones si se basan en esos sistemas<sup>31</sup>, lo que es particularmente peligroso para él cuando se ven afectados derechos fundamentales de los trabajadores. Así, por ejemplo, si el algoritmo que parecía haber elaborado de manera objetiva se revelara discriminatorio en su aplicación, sin que el empleador pueda justificar la desviación<sup>32</sup>.

En cualquier caso, el empleador habrá de salvaguardar su libre albedrío y no podrá fundar sus decisiones sólo en el resultado propuesto por su software, por muy inteligente que sea. La base jurídica de esta conclusión se halla en el artículo 22 RGPD según el cual *“Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en el o le afecte significativamente de modo similar”*<sup>33</sup>.

Tal y como manifiestan ciertos autores, los medios que brindan las TIC e la IA son preocupantes, si bien la tutela de los derechos de los trabajadores se halla en la aplicación de los derechos fundamentales. Las nuevas máquinas siempre tuvieron un efecto esquizofrénico, ya que, aunque asusten a la población y a ciertos pensadores, son también manifestaciones fascinantes de un progreso imparable. En todo caso, el derecho cumple aquí su papel regulador de la sociedad y el método de ampliación e interpretación de los derechos fundamentales se adapta bien a estas circunstancias.

<sup>31</sup> B. Géniaut, «¿Quel type de régulation pour l’intelligence artificielle, ou comment justifier l’irrationnel? » in *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail précit.* p. 105.

<sup>32</sup> S. Sereno, «Focus sur les discriminations par algorithme», *RDT* 2020, p. 680.

<sup>33</sup> M.F. Mazars & W. El Boujemaoui, «Algorithmes, une utilisation à l’épreuve du droit de la protection des données personnelles», in *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail précit.* p. 163.

No obstante, la era digital no solo perturba la contratación laboral y las condiciones de trabajo en la empresa sino que también difumina los límites entre vida profesional y privada.

### **3. DERECHO A LA DESCONEXIÓN Y TELETRABAJO, ENTRE VIDA PROFESIONAL Y VIDA PRIVADA**

Con el desarrollo de los dispositivos de comunicación, cada uno tiene un teléfono o/y un ordenador y muchos trabajadores pueden trabajar en cualquier sitio. El lugar de trabajo pierde su importancia histórica y para el empleador es una ocasión de extender su poder de dirección fuera de las horas de trabajo ya que el trabajador puede seguir trabajando a todas horas y en cualquier sitio. Esta situación impacta en un derecho fundamental reconocido tradicionalmente: el derecho a la vida privada. Ésta se contrapone a la vida profesional desde siempre, pero las TIC dan una dimensión nueva y trascendente a este tema.

Estudiamos aquí dos fenómenos opuestos y complementarios: el teletrabajo que invade el domicilio familiar pero soluciona la situación actual y perdurará en el futuro para muchos trabajadores; el derecho a la desconexión que surge como un remedio a la invasión del trabajo en la vida privada.

#### **3.1. El teletrabajo**

El teletrabajo es un tema muy actual que interesa mucho a los laboristas, tanto sociólogos como juristas<sup>34</sup>. No ha nacido con la actual pandemia, pero conoce un desarrollo considerable y una regulación derogatoria que debería acabar con el fin de aquélla<sup>35</sup>. De facto, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, el teletrabajo se puede contemplar de dos modos: bien como un derecho del trabajador que puede pedirlo o bien como un derecho a rechazar la proposición del empleador sin riesgo de sanción, es decir, ¿derecho al teletrabajo o poder de organización?

En Francia tenemos una legislación importante desde principios del siglo XXI fundada en el acuerdo marco europeo de 2002<sup>36</sup> y en un acuerdo nacional

<sup>34</sup> J.E. Ray, “De la question sociale du XXIème siècle au télétravail”, *Dr. Soc.* 2018, 52 ; F. Chopin, “Le télétravail en 2018: quels enjeux ?” *Gaz. Pal.* 2018, n°323-8, p. 59 ; P. Coeffard et A. Thouvenin, “La promotion du télétravail”, *JCP S* 2018, 1334.

<sup>35</sup> B. Géniaut, «Covid-19 et télétravail», *Dr. Social* 2020, p. 607.

<sup>36</sup> 16 juillet 2002 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGIS-SUM%3Ac10131>

interprofesional de 2005<sup>37</sup>. Posteriormente, una ley de 22 de marzo 2012<sup>38</sup>, introdujo en el código del trabajo (art. L. 1222-9 a L. 1222-11) la definición que en 2017 un decreto ley, ratificado y modificado por la ley del 29 de marzo 2018, cambió, facilitando su uso por el empleador. Aquella definición se halla en el artículo L. 1222-9: “*Por teletrabajo se entiende cualquier forma de organización del trabajo en la que el trabajo que podría haberse realizado en los locales del empleador se lleva a cabo fuera de esos locales de forma voluntaria utilizando las tecnologías de la información y la comunicación*”<sup>39</sup>.

La pandemia ha favorecido la creación de una legislación excepcional que facilita y trata de imponer el teletrabajo al mayor número posible de trabajadores. Por eso, el gobierno ha convocado una negociación nacional con el objetivo de fijar un nuevo marco para el teletrabajo. Dicha negociación culminó con la adopción de un nuevo acuerdo nacional el 26 de noviembre 2020<sup>40</sup>.

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, en este abundante conjunto normativo se aprecia una evolución desde una libertad atribuida al trabajador que, según el acuerdo europeo, era inicialmente considerada como un nuevo modo de trabajo para conciliar la vida personal con la profesional<sup>41</sup>.

En la actualidad el teletrabajo puede ser implementado en aplicación de un convenio colectivo o, si no hay tal acuerdo, por una Carta elaborada por el empleador, con información a los representantes del personal en la empresa. Si no hay convenio y tampoco carta, el empleador y el trabajador pueden «formalizar su voluntad de toda manera»<sup>42</sup>. Es decir que el empleador tiene gran libertad para tomar la decisión de instalar dicho sistema en su empresa. Puede elegir los puestos de trabajo y proponerlos sus asalariados. Pero su poder no es absoluto porque el teletrabajo se mantiene para los trabajadores como una opción que pueden declinar sin que tal rechazo justifique un despido.

Además, desde la reforma de 2012 y al calor de la precedente epidemia de SRAS artículo L. 1222-11 C. Tr. dispone que “*En caso de circunstancias excepcionales, en particular la amenaza de una epidemia, o en casos de fuerza mayor,*

<sup>37</sup> ANI 19 juillet 2005 <http://www.teletravailer.fr/le-teletravail/legislation/legislation-francaise>

<sup>38</sup> Loi n° 2012-347 relative à la simplification du droit et à l’allègement des démarches administratives.

<sup>39</sup> Traducción realizada con la versión gratuita del traductor [www.DeepL.com/Translator](http://www.DeepL.com/Translator)

<sup>40</sup> <https://revuefiduciaire.grouperf.com/plussurlenet/complements/Projet-ANI-Teletravail-du-24-novembre-2020.pdf> “Télétravail, un nouvel ANI”, *Sem. Soc. Lamy*, n° 1932, 7 déc. 2020.

<sup>41</sup> C. Mathieu, «Volonté du salarié et temps de travail» in T. Sachs (dir.) *La volonté du salarié*, *Dalloz* 2012, p. 231

<sup>42</sup> Art. L. 1222-9 alinea 2.

*la implantación del teletrabajo puede considerarse como un ajuste de los puestos de trabajo necesario para permitir la continuidad de la actividad de la empresa y garantizar la protección de los empleados*". Es decir, en circunstancias excepcionales, el teletrabajo no constituye una modificación sustancial del contrato, sino sólo un cambio en las condiciones de trabajo que puede ser obligatoria para el trabajador que si la rechaza podrá ser sancionado o sufrir, al menos, la suspensión de su contrato. Pero esta disposición debe considerarse junto a otras medidas de excepción adoptadas desde el mes de marzo (desempleo parcial, descanso especial para cuidar de los niños, por ejemplo).

La exigencia de limitar la obligación de teletrabajo encuentra su explicación en su potencial capacidad de invadir el ámbito de la vida privada. El lugar de trabajo clásico es la empresa, propiedad del empleador, donde éste puede imponer horarios y organización. Sin embargo, el teletrabajo se cumple, mayoritariamente, en el domicilio del trabajador o a veces en sitios públicos (espacios de teleworking). De esta situación pueden derivar problemas de confidencialidad o de seguridad para el empleador, ya que las relaciones laborales implican un poder de control que ha de compatibilizarse con el derecho a la vida privada del trabajador. Por ello, el código reglamenta el contenido del acuerdo colectivo o de la carta adoptada por el empleador que tiene que precisar los "*Métodos de control del tiempo de trabajo o de regulación de la carga de trabajo*", así como "*La determinación de las franjas horarias durante las cuales el empleador puede normalmente contactar con el empleado por medio del teletrabajo*" (art. L. 1222-9 alinea 7).

La interacción de la vida privada y profesional ocasionada por el teletrabajo suscita muchas cuestiones. La jurisprudencia, muy abundante en lo relativo a los límites entre ambas (por ejemplo, respecto a las consecuencias de hechos de vida privada sobre el contrato de trabajo), no tuvo que pronunciarse sobre los problemas específicos del teletrabajo. Sin embargo, la CNIL ha adoptado recomendaciones y brinda en su página web un formulario de preguntas y respuestas para informar sobre los derechos de cada uno y ayudar a mantener el frágil equilibrio entre sus contradictorios intereses<sup>43</sup>. Así, según la CNIL, el empleador no puede obligar a sus trabajadores a conectar su cámara durante las video-conferencias, pues, aunque fuera necesario por cuestiones de control del trabajo, supone una intrusión en el domicilio y en la vida privada del trabajador cuya protección es prioritaria.

El desarrollo del teletrabajo transforma el poder de control y de dirección. Si el lugar de trabajo y los horarios desaparecen, los instrumentos del control

<sup>43</sup> <https://www.cnil.fr/fr/teletravail-les-regles-et-les-bonnes-pratiques-suivre>

mutan. Los trabajadores disfrutaban de más autonomía pero el control se desplaza a la carga de trabajo. Se pide un resultado final sin atender al tiempo necesario para hacerlo. Además, al ser posible contactar en todos los momentos del día o de la noche, surge como nuevo peligro la explotación discrecional de los trabajadores, muchas veces con su consentimiento motivado por una dependencia a estos nuevos juguetes electrónicos. Para limitar los abusos ha nacido un nuevo derecho: el derecho a la desconexión.

### 3.2. El derecho a la desconexión

Puede decirse que la historia del derecho a la desconexión comenzó antes del desarrollo de las TIC. La salud de los trabajadores es el centro del derecho laboral. La limitación del tiempo de trabajo así como las obligaciones de descanso lo demuestran. En línea con este espíritu, la directiva marco europea relativa a la seguridad y a la salud de 1989<sup>44</sup> identificó al empleador como responsable de la salud y de la seguridad física y psicológica de sus trabajadores.

La jurisprudencia francesa es relativamente rigurosa respecto a las obligaciones empresariales en el ámbito de salud y seguridad. Se contempla una “obligación de seguridad de resultado”<sup>45</sup>.

Estos principios se imbrican con la protección de la vida privada y con el problema de los límites entre vida profesional y vida privada, es decir, con la cuestión del tiempo de trabajo y de descanso. De nuevo, la consideración de “derecho a” o de derecho subjetivo conduce a admitir su posible tutela ante los tribunales, ya que debe existir un deudor<sup>46</sup>. El fundamento de la obligación se halla en las normas relativas al tiempo de trabajo y a la protección de la vida privada y familiar. De facto, antes de que la ley francesa reconociera el derecho a la desconexión, el Tribunal de casación consideró que *“el hecho de que no se le haya podido localizar fuera de las horas de trabajo en su teléfono móvil personal no es una falta y por lo tanto no justifica el despido disciplinario por falta grave”*<sup>47</sup>.

En Francia, la historia legislativa de este derecho comenzó por un acuerdo colectivo nacional interprofesional de 19 de junio de 2013 sobre la calidad de vida en el trabajo<sup>48</sup> que fomentó la negociación de empresa para conciliar el uso

<sup>44</sup> Dir. 89/391 du 12 juin 1989.

<sup>45</sup> C. cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444, *JCP G* 2015, n°50, p. 1359, note N. Dedessus-Le-Moustier.

<sup>46</sup> C. Mathieu, M.M. Péretié, A. Picault, «Le droit à la déconnexion : une chimère?», *RDT* 2016, p. 592.

<sup>47</sup> C. cass. Soc. 17 fév. 2004 n° 01-45.889.

<sup>48</sup> <https://www.anact.fr/accord-national-interprofessionnel-du-19-juin-2013-relatif-la-qualite-de-vie-au-travail>

de TICs y vida privada de los trabajadores<sup>49</sup>. Este acuerdo se inspiraba de otros celebrados en grandes empresas o grupos como Areva (2012) o Thalès (2014) que reconocían y organizaban ese derecho nuevo. Tras la ley de 8 de agosto 2016<sup>50</sup> se reconoce el derecho a la desconexión y se impone a la empresa una nueva obligación de negociarlo.

A tenor del artículo L. 2242-17, 7° Code du travail, las empresas deben negociar anualmente sobre la calidad de vida laboral, en particular sobre *“las condiciones de implementación del derecho a la desconexión de los trabajadores con la introducción, por parte de la empresa, de dispositivos que regulen el uso de herramientas digitales, con el fin de garantizar el respeto de los tiempos de descanso y vacaciones y de la vida personal y familiar”*. No obstante, como sucedía con el teletrabajo, en caso de cancelarse la negociación, el empleador puede “promulgar” una Carta sobre este tema.

Ni su contenido ni su alcance quedan definidos. Según unos autores, *“el derecho a la desconexión es el derecho de todo empleado a estar permanentemente ilocalizable por su empleador cuando ya no se encuentre en su lugar de trabajo, fuera de su horario normal de trabajo, por motivos relacionados con el desempeño de su labor, a fin de proteger su tiempo de descanso y garantizar el respeto de la vida personal y familiar”*<sup>51</sup>.

Al final, el derecho a la desconexión es curioso pues, aunque se reconoce como si fuera un derecho fundamental, se concreta sólo en una obligación de negociar para las empresas que, por otra parte, carece de sanción especial alguna. Las disposiciones que garantizan su respeto son las leyes clásicas sobre tiempo de trabajo y descanso. Así, en este contexto, sería preciso plantear una regulación propia, dado el desarrollo de las TIC y del trabajo a distancia.

Una investigación reciente dirigida por el Instituto del Trabajo de Strasbourg sobre el contenido de los acuerdos colectivos en lo relativo al derecho a la desconexión da una idea de la dificultad de introducir nuevos medios para alcanzar al objetivo<sup>52</sup>. El estudio se refiere a 149 acuerdos y nos muestra que el 50% de los mismos se limitan a copiar la ley sin ninguna adaptación; el 25% adaptan las disposiciones legales al contexto de la empresa; y el 25%, referido a empresas con más de 250 empleados, estipula medidas originales, innovadoras, concretas

<sup>49</sup> M. Keim-Bagot, «Le droit à la déconnexion», *Juris-tourisme* 2017, p. 27.

<sup>50</sup> Loi n° 2016-1088 dite Travail du 8 août 2016 «relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels».

<sup>51</sup> Stulz (V) et d'Heilly (A), “En questions le droit à la déconnexion”, *JCP S* n°42, 20 oct. 2020, act. 417.

<sup>52</sup> Kapp (Th), Droit à la déconnexion : l'imitateur, l'adaptateur et l'innovateur, *Sem. Soc. Lamy* 2 nov. 2020, n° 1927.

y vinculantes tanto para el empleador como para el trabajador. Así, por ejemplo, bloquear los servidores o eliminar los correos electrónicos remitidos fuera de los horarios de trabajo, o prever la posibilidad de que el empleador sancione el incumplimiento de los tiempos de desconexión.

Para concluir esta breve presentación, es evidente que la aparición y la interpretación de los derechos fundamentales en la era digital, se hallan muy ligadas a las nuevas formas de organización de las empresas. En todo caso, son derechos que requieren de un tratamiento a la luz del desarrollo de las TIC. Como ellas, pueden liberar o someter. En efecto, se puede trabajar en todos sitios de manera que parece que somos más libres, pero perdura el enlace electrónico que puede revelarse adictivo. Por otra parte, son derechos muy vinculados a la autonomía de los trabajadores y al cambio de las nociones de lugar de trabajo y de tiempo de trabajo. Igualmente, han de ser interpretados según el principio de proporcionalidad y se ha de encontrar un nuevo punto de equilibrio entre estos derechos fundamentales antagónicos tales como libertad de empresa o la vida personal de los trabajadores.



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

MICHAEL WYNN

*Professor of Labour Law*

Universidad de Kingston

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Reino Unido, relaciones laborales, mercados digitales, derechos fundamentales

Esta contribución proporciona un contexto político y de antecedentes sobre la legislación y la política del Reino Unido en relación con los mercados laborales digitales. A diferencia de muchos de sus homólogos europeos, el Reino Unido tiene una agenda de flexibilidad prominente, y su sistema de protección de los trabajadores laborales se ha reducido en muchos casos al mínimo. La pertenencia del Reino Unido a la Unión Europea ha aportado cierta protección general en términos de derechos laborales en ciertas áreas; sin embargo, la política gubernamental ha promovido a menudo la derogación de las normas básicas, por ejemplo, en áreas como la protección de datos. El futuro, en lo que respecta a los derechos laborales en general y a los mercados laborales digitales en particular, sigue siendo sombrío e incierto. En el documento se destacan algunos de los problemas que surgen como resultado de la promoción de los intereses empresariales a expensas de la protección de los trabajadores y de la incapacidad de legislar protecciones específicas necesarias en los mercados laborales digitales. El teletrabajo y el trabajo a distancia no han sido hasta ahora objeto de una regulación específica. La transición al entorno posterior al Brexit plantea enormes incertidumbres en cuanto a los derechos de los trabajadores vulnerables en un complejo entorno digital.

## ABSTRACT

**Key words:** United Kingdom, labour relations, digital market, fundamental rights

This contribution provides a background and political context to the UK law and policy relating to digital labour markets. Unlike many of its European counterparts, the United Kingdom has a prominent flexibility agenda, and its employment protections have in many cases, been reduced to a minimum. The U.K.'s membership of the European Economic Union has contributed some overall protection in terms of labour rights in certain areas; however, government policy has often promoted derogation from basic standards, for example, in areas such as data protection. The future, as regards employment rights generally and a digital labour market in particular, remains bleak and uncertain. The paper highlights some of the problems that arise as a result of the promotion of business interests at the expense of worker protection and the inability to legislate the specific protections needed in digital labour markets. Teleworking and remote working have not as yet, been the subject of appropriate legislative regulation. The transition to a post- Brexit environment poses huge uncertainties for the rights of vulnerable workers in a complex digital work environment.

\* 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.

**ÍNDICE**

1. EFECTOS DEL BREXIT RESPECTO REGLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
2. EL DERECHO A LA DESCONEJIÓN DIGITAL DESDE LA PERSPECTIVA LEGAL Y DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. PROBLEMAS Y DESAFÍOS DE LA UTILIZACIÓN DE ALGORITMOS POR LOS EMPLEADORES
4. LA POSIBLE REGULACIÓN SOBRE EL TELETRABAJO

## **1. EFECTOS DEL BREXIT RESPECTO DEL REGLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES**

La ley de protección de datos en el Reino Unido se encuentra en un estado de transición como resultado de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea<sup>1</sup>. El período de transición terminará el 31 de diciembre de 2020. Después de ese tiempo, la pervivencia de la ley de protección de datos en el Reino Unido dependerá de si el Reino Unido tiene un “Brexit duro”<sup>2</sup> o no. En cualquier caso, los derechos de los ciudadanos del Reino Unido se verán afectados durante algún tiempo en el futuro. La nueva ley se enmarca en la regulación más general Regulación de 2019, de actuación post Brexit, sobre Protección de Datos, Privacidad y Comunicaciones Electrónicas (objeto de enmiendas, etc.), en la que se utilizan las facultades previstas en la Ley de Retirada de la UE de 2018. En ella se mantiene el statu quo en materia de protección de datos en caso de que el Reino Unido abandone la UE sin un acuerdo, es decir, un Brexit duro, manteniendo en la medida de lo posible normas equivalentes de protección de datos.

El ámbito territorial de la protección de datos del Reino Unido se modificará después del Brexit, para ajustarse al contexto más limitado de la relación del Reino Unido con Europa. Sin embargo, la naturaleza de la protección y la transmisión de datos es tal que la legislación del Reino Unido seguirá teniendo cierto efecto extraterritorial. Tras la salida de Gran Bretaña, habrá un régimen único de tratamiento de datos en el Reino Unido, regulado actualmente por el RGD<sup>3</sup> y el “RGPD aplicado”<sup>4</sup>. En términos sencillos, el ámbito territorial del RGPD del Reino Unido se aplicará a todos los controladores y procesadores con sede en el Reino Unido, así como a los que están fuera del Reino Unido pero

<sup>1</sup> Espacio Económico Europeo.

<sup>2</sup> “Hard Brexit” es un Brexit en el que el Reino Unido deja de ser miembro del mercado único europeo y obtiene el control total de su propia legislación e inmigración (como se define en el Diccionario de Cambridge).

<sup>3</sup> Reglamento General de Datos.

<sup>4</sup> Reglamento General de Protección de Datos.

que ofrecen bienes y servicios en el Reino Unido o vigilan el comportamiento de los residentes en el Reino Unido. Muchos controladores y elaboradores con sede fuera del Espacio Económico Europea (EEE) o en uno de los países del EEE tendrán que nombrar a un representante en el Reino Unido. Del mismo modo, un controlador con sede en el Reino Unido necesitará un representante europeo. La versión comunitaria del RGPD puede seguir aplicándose si la empresa del Reino Unido opera en Europa.

En la era de las comunicaciones digitales, el flujo de datos se convierte en una parte importante de cualquier economía. Esto es particularmente relevante en los sectores de uso intensivo de tecnología digital; por ejemplo, las telecomunicaciones y los servicios financieros representan el 16% de la producción económica del Reino Unido<sup>5</sup>. Tres cuartas partes de la transmisión de datos del Reino Unido se realiza con países de la Unión Europea<sup>6</sup>. Estos datos indican la importancia primordial de la adecuación de la protección de datos en caso de que el Reino Unido abandone la UE. Por un lado, los países europeos querrán seguir confiando en una transmisión de datos fluida y eficiente, y, por otro lado, será necesario mantener las salvaguardias necesarias para proteger a los titulares de los datos. Cualquier restricción a la transmisión de datos pondría al Reino Unido en una situación de desventaja competitiva; por lo que interesa al Reino Unido tratar de mantener la identidad de las normas de protección de datos a fin de satisfacer los requisitos de la UE.

Los flujos de datos transfronterizos pueden ser problemáticos después del Brexit. La UE tratará al Reino Unido como un tercer país después del Brexit y las normas de protección de datos del Reino Unido estarán sujetas a una “decisión de adecuación”, a fin de determinar si los datos de la UE pueden transferirse con seguridad al Reino Unido después del Brexit. El Reino Unido está tratando de obtener decisiones de adecuación, cuya aplicación podría llevar tiempo, en particular en los casos en que la UE siga sin tener certeza sobre las salvaguardias jurídicas que se aplican actualmente en el Reino Unido. La UE podría negarse a reconocer al Reino Unido el cumplimiento de la exigencia de adecuación como consecuencia de los niveles inapropiados de protección que se ofrecen a las personas. Después del Brexit, el Gobierno del Reino Unido tiene la autoridad exclusiva para otorgar el estatuto de adecuación a terceros países y esto se aplicará a través de la oficina del Comisionado de Información.

Se plantea entonces la cuestión de por qué la UE puede estar preocupada por el mantenimiento de la transmisión de datos al Reino Unido después del Brexit.

<sup>5</sup> Instituto de Gobierno, 2 de julio de 2020.

<sup>6</sup> Ibid.

Esta preocupación surge del hecho de que, en algunos aspectos, el régimen jurídico del Reino Unido sobre la transmisión de datos personales contiene derogaciones sustanciales que pueden afectar a los derechos de los interesados. El Tribunal de Luxemburgo ha expresado sus dudas sobre el tratamiento de datos en el Reino Unido, en virtud de la Ley de poderes de investigación de 2016, que se ha denominado acertadamente “Carta de Snooper”, y también sobre la recopilación de datos por los servicios de seguridad, que contraviene los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La protección de los datos personales ha sido eludida en el Reino Unido por motivos de seguridad nacional, recogida de información y control de la inmigración. Estos ámbitos quedan fuera del alcance del RGPD de la UE.

La dimensión de derechos humanos de la transmisión de datos se acentúa en el caso del Reino Unido, ya que este país no conservará la Carta de Derechos Humanos Fundamentales de la UE después del Brexit, por lo que la protección de los datos personales ya no se considerará un derecho fundamental en virtud de los artículos 7 y 8 de la Carta. La Ley de poderes de investigación del Reino Unido de 2016 puede considerarse incompatible con la Carta, ya que permite una amplia interceptación e interferencia que limita los derechos de las personas.

Dos sentencias recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han impuesto limitaciones importantes a la transmisión de datos a terceros países. Estos fallos del TJUE refuerzan la norma de protección de la transmisión de datos, al hacer que los responsables del control de los datos sean más responsables cuando la legislación del país de importación permita un acceso que vaya más allá de las normas de la UE. Los fallos se refieren a una denuncia de Max Schrems contra el Comisionado de Protección de Datos de Irlanda en relación con la transmisión de datos de Facebook a los Estados Unidos. En 2015, el TJUE declaró inválida la decisión de la Comisión Europea sobre la adecuación del sistema de protección de datos de los Estados Unidos (Decisión sobre Puerto Seguro)<sup>7</sup><sup>8</sup>.

En su última sentencia de julio de 2020, el TJUE, en el caso del Comisario de Protección de Datos contra Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems<sup>9</sup>, dictaminó que las cláusulas contractuales estándar del procesador de control son válidas, pero que el Escudo de Privacidad UE-EEUU<sup>10</sup> ya no es un instrumento de

<sup>7</sup> El Acuerdo de Puerto Seguro consistió en un conjunto de principios de protección de datos, a los que las empresas estadounidenses podían suscribirse voluntariamente para realizar transmisiones de datos transfronterizas.

<sup>8</sup> Caso C-362/14, *Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner* (23/9/ 2015).

<sup>9</sup> Caso C-311/18, ‘Schrems II’.

<sup>10</sup> El Escudo de Privacidad UE-EEUU era un marco para regular los intercambios transatlánticos de datos personales con fines comerciales entre la Unión Europea y los Estados Unidos.

adecuación válido para permitir la transmisión de datos personales a los EEUU porque los poderes de vigilancia de EEUU son excesivos. El artículo 4 del párrafo 2 del TUE<sup>11</sup>, que sitúa la seguridad nacional bajo la responsabilidad exclusiva de los Estados miembros, no podría afectar a la aplicabilidad del RGPD. El Tribunal confirmó que las normas de equivalencia esenciales deben basarse en la legislación de la UE, en particular la Carta de Derechos Fundamentales de la UE<sup>12</sup>, y no en la legislación de los Estados miembros<sup>13</sup>.

Aún no se han resuelto todas las consecuencias de las sentencias Schrems para la transmisión de datos, pero está claro que la sentencia podría tener un impacto negativo en cualquier resolución de adecuación para el Reino Unido después del período de transición del Brexit. Aunque hay diferencias significativas entre los modelos de vigilancia de los Estados Unidos y el Reino Unido, en el futuro parece que la Comisión de la Unión Europea será más cautelosa en lo que respecta a las evaluaciones de la adecuación. Las cláusulas contractuales estándar siguen siendo válidas, pero la transmisión subyacente debe evaluarse ahora caso por caso, para determinar si los datos personales se protegerán adecuadamente. Esto significa que se espera que los responsables del tratamiento de datos realicen un examen minucioso de las circunstancias que rodean cada transmisión y de la idoneidad de la protección en el país al que se transferirán los datos. Es probable que las protecciones de terceros países se examinen cuidadosamente a fin de garantizar la equivalencia esencial con la legislación de protección de datos de la Unión Europea. A la luz de estas decisiones, es posible que el Reino Unido no pueda asegurar un acuerdo con Bruselas antes de la fecha límite del Brexit.

Schrems destaca los problemas de la evaluación de las garantías alternativas para la transmisión de datos. Si el Reino Unido desea apartarse de las normas de protección de datos de la UE, puede estar en vías de colisión con la jurisprudencia de la UE. Las salvaguardias alternativas más utilizadas son las cláusulas contractuales estándar o tipo (SCCs) que surgen en forma de un contrato modelo preparado por la Comisión de la UE. Si estas cláusulas han de ser objeto de un mayor escrutinio en el futuro, es probable que la Comisión de la UE publique SCCs actualizadas, por lo que las empresas de terceros países tendrán que modificar sus procesos en consecuencia. Esto podría dar lugar a importantes costes adicionales cuando las empresas participen en la transmisión de datos entre la UE y el Reino Unido. Este es el caso en particular cuando la vigilancia de los datos personales en el Reino Unido es incompatible con los derechos fundamentales de la UE.

<sup>11</sup> Tratado de la Unión Europea.

<sup>12</sup> Par. 99.

<sup>13</sup> Par. 100.

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

No existe un derecho legal a la desconexión en el Reino Unido. A diferencia de Francia, no existe una legislación específica que regule el teletrabajo o el trabajo a distancia. En ausencia de una legislación específica, los derechos y obligaciones de los empleados en relación con los correos electrónicos o las llamadas telefónicas fuera de las horas normales de trabajo se regirán probablemente por el contrato de trabajo. Esos derechos se rigen tradicionalmente por los términos implícitos del contrato. Por ejemplo, el empleador tiene la obligación de proporcionar un entorno de trabajo razonablemente adecuado<sup>14</sup>. En esencia, entonces, ese derecho de desconexión podría desarrollarse mediante una cláusula implícita en el contrato de trabajo, de carácter judicial. Esto podría desarrollarse como una rama de los derechos relativos al entorno de trabajo y la privacidad. Los derechos contractuales en tales asuntos podrían ser fácilmente eludidos mediante una cláusula de flexibilidad debidamente redactada que se insertaría en el contrato de trabajo. Se puede pedir a los empleados que trabajen “las horas adicionales que sean necesarias para satisfacer las necesidades de la empresa”. Esas cláusulas suelen figurar en el contrato de empleo en el Reino Unido, por lo que se puede suponer que los empleados aceptan la flexibilidad inherente a su horario de trabajo. Este análisis contractual, combinado con los factores de los bajos salarios en muchos sectores y una cultura de largas horas de trabajo con horas extraordinarias regulares, da lugar a normas en el lugar de trabajo que pueden imponer exigencias excesivas al trabajador, en particular en épocas de austeridad o de recesión económica.

El derecho de desconexión, en vigor desde enero de 2017, conocido en Francia como la “ley El Khomri”, que obliga a los empleadores a negociar con los empleados en relación con el uso obligatorio de las herramientas de telecomunicación, ha dado lugar a propuestas similares en países como la India, Canadá y los Países Bajos. Sin embargo, el Reino Unido no ha seguido su ejemplo, a pesar de algunas peticiones recientes de intervención. Un hecho reciente en la República de Irlanda indica la promesa de desarrollo en los casos en que los empleadores incumplan los límites de tiempo de trabajo. Tras la decisión francesa, el Tribunal Laboral de Irlanda en *Kepak*<sup>15</sup>, reconoció el derecho a ser indemnizada con 7.500 euros a una trabajadora que tenía que responder regularmente a correos electrónicos relacionados con el trabajo fuera de su horario normal de trabajo. La demandante fue contratada como Ejecutiva de Desarrollo Empresarial con una

<sup>14</sup> *Waltons & Morse v Dorrington* [1997] IRLR 488, EAT.

<sup>15</sup> *Kepak Convenience Foods Unlimited company v Grainne O'Hara* [2018] WTC/18/18 Determination no.DWT1820.

jornada de trabajo de 40 horas semanales según su contrato. Presentó copias de los correos electrónicos enviados tanto antes como después de su horario normal de trabajo y afirmó que trabajaba aproximadamente 60 horas a la semana. El artículo 25 de la Ley de organización del tiempo de trabajo de 1997 (OWT) exige que el empleador mantenga registros para demostrar el cumplimiento de la ley. El Tribunal Laboral determinó que el empleador había infringido este artículo de la Ley, al permitirle trabajar más horas de las máximas legales de trabajo semanal y no llevar registros de sus horas. La Ley de trabajo irlandesa viene a trasponer la Directiva de la Unión Europea sobre ordenación del tiempo de trabajo 2003/88/CE, al igual que el Reglamento sobre el tiempo de trabajo del Reino Unido, de 1998.

El caso irlandés *Kepak* y la ley francesa *El Khomri* indican el potencial de desarrollo de protecciones similares en el Reino Unido. La necesidad de mantener un sano equilibrio entre el trabajo y la vida es un problema real, en particular cuando existe una cultura de jornadas de trabajo más prolongadas, asociada con el trabajo a distancia y el teletrabajo en el entorno de COVID-19. Un reciente análisis estadístico de los sindicatos británicos (TUC) indica que más de 5 millones de trabajadores del Reino Unido trabajaron un total de 2.000 millones de horas no remuneradas en 2019, y que las empresas británicas disfrutaron de 35.000 millones de libras esterlinas de mano de obra gratuita<sup>16</sup>. La relación entre la carga de trabajo y los días de enfermedad en el Reino Unido indica una correlación negativa en cuanto al elevado número de ausencias por enfermedad como resultado de una carga de trabajo excesiva.

La forma más sencilla de hacer cumplir la legislación en el Reino Unido sería tratar el derecho a la desconexión como un derecho conferido a los empleados, permitiendo a estos a demandar directamente ante un Tribunal de trabajo si se infringen los derechos correspondientes. De este modo, se podrían proporcionar mecanismos de protección adicionales para apoyar a los empleados que sufren un perjuicio por reclamar frente a un incumplimiento de este tipo. Los empleados también podrían utilizar ese derecho como motivo de resolución contractual justificada en casos extremos.

A falta de que se produzca este tipo de intervención legal, la protección legislativa más evidente podría derivarse del desarrollo de la regulación existente en materia de salud y seguridad. Los empleadores tienen el deber general de velar por la salud y la seguridad de sus empleados<sup>17</sup>, un deber que se deriva del deber de diligencia y de las condiciones implícitas en el contrato de trabajo. Además,

<sup>16</sup> Trades Union Congress, *News Listing*, TUC, 28 February, 2020.

<sup>17</sup> *Wilsons and Clyde Coal v English* [1938] AC 57(HL).



la Ley de salud y seguridad en el trabajo de 1974, establece que el empleador debe cuidar razonablemente “la provisión y el mantenimiento del entorno de trabajo para sus empleados que sea, en la medida de lo razonablemente posible, seguro, sin riesgos para la salud y adecuado en lo que respecta a las instalaciones y disposiciones para su bienestar en el trabajo”<sup>18</sup>. El Reglamento de gestión de la salud y la seguridad en el trabajo de 1999 impone a los empleadores la obligación positiva de realizar evaluaciones de los riesgos y gestionar la salud y la seguridad de todos los empleados. Tal vez haya más margen en este sentido que con el Reglamento sobre el tiempo de trabajo, ya que en la práctica muchos empleados firman una cláusula de exclusión voluntaria de los derechos contemplados en este reglamento, lo que permite a los empleadores imponer horarios de trabajo más amplios.

La cuestión principal, como se ha verificado en Francia, se refiere a la cuestión de la aplicación. Algunos empleadores necesitan tener empleados que se encuentren disponibles fuera de las horas normales de trabajo, en particular cuando se trata de trabajo autónomo, como ocurre en muchos sectores de servicios.

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

El uso de la tecnología algorítmica ha dado lugar a nuevos y complejos desafíos para los empleadores, ya que las empresas tratan de aprovechar los nuevos entornos digitales. Uno de los principales desafíos surge como resultado de la disrupción en la relación laboral en los acuerdos “multipartitos”, por la inserción de la inteligencia artificial entre el verdadero empleador y el trabajador. El uso de la inteligencia artificial ha permitido a los empleadores sustituir la toma de decisiones humanas normales por la inteligencia digital, permitiendo así a las empresas ocultar sus facultades directivas habituales de empleador tras complejos códigos informáticos. El efecto de esto no es sólo distorsionar la relación laboral y permitir a los empleadores rediseñar los contratos para adaptarlos a sus propias agendas de flexibilidad, sino también canalizar los métodos normales de control hacia nuevos tipos de gestión algorítmica. El efecto resultante en la relación laboral es permitir que el empleador traslade el riesgo de su actividad económica al trabajador y reducir así la incidencia normal de los costos laborales. El algoritmo se convierte entonces en un dispositivo más para la debilidad del empleo. Las empresas contra argumentan señalando los beneficios que aporta al trabajador la obtención de un trabajo flexible, por ejemplo, horarios y acuerdos de trabajo flexibles. En las relaciones laborales modernas se extienden este tipo de acuerdos de flexibilidad y, de hecho, algunos trabajadores optan por aceptar

<sup>18</sup> Section 2(2)(e).



este tipo de empleos por tales razones. Sin embargo, para los trabajadores que dependen de un solo empleador, que les proporciona un empleo mal remunerado y sin seguridad, las desventajas superan claramente los beneficios.

Las relaciones laborales a través de plataformas digitales en el Reino Unido presentan cierto tipo de los trabajadores especialmente vulnerables y, a pesar de los continuos esfuerzos de los sindicatos y otras organizaciones laborales, siguen presentando condiciones de trabajo precarias. Los litigios para establecer los derechos laborales básicos se ven obstaculizados por la incertidumbre de establecer la condición de trabajador asalariado en el derecho anglosajón, donde el contrato de trabajo por esencia inapropiado para las relaciones laborales modernas<sup>19</sup>. La remodelación de la relación de empleo en los casos de trabajadores digitales se ha efectuado sobre la base de fórmulas jurídicas en el contrato de empleo que pretenden determinar la relación como una de condición de contratista de servicios civiles. Al igual que en otros sectores informales, se utilizan formulas complejas para caracterizar la relación en términos que denieguen el empleo asalariado, incluso cuando la realidad de la relación puede sugerir tipos de control que normalmente indicarían la condición de trabajador subordinado.

El campo de batalla legal en el Reino Unido ha tenido lugar en el contexto de la denominada “condición de trabajador” que se plantea cuando un trabajador realiza un trabajo o presta servicios de conformidad con la Ley de Derechos de Empleo (ERA) de 1996, artículo 230 3) b), también denominados trabajadores “limb” (b). Esta categoría intermedia, a medio camino entre la condición de empleado y la condición de contratista independiente, tiene por objeto ofrecer algunas protecciones básicas a los trabajadores que realizan un trabajo personalmente pero que pueden hacerlo por cuenta propia<sup>20</sup>. Así pues, los trabajadores que, por ejemplo, realizan un trabajo utilizando aplicaciones en sus teléfonos móviles, han tratado que se les reconozca el derecho a percibir el salario mínimo nacional, a las vacaciones y a la jornada laboral en virtud del apartado b) del párrafo 3 del artículo 230 de la Ley de Empleo.

El litigio sobre la condición de trabajador y los derechos correspondientes de los trabajadores digitales está actualmente a la espera del resultado de un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo en el caso *Uber c. Aslam*. Hasta ahora, los Tribunales inferiores, es decir, el Tribunal de Empleo, el Tribunal de Apelación

<sup>19</sup>Leighton, P., and Wynn, M., *Classifying Employment Relationships, More sliding doors or a better regulatory framework?* *Industrial Law Journal*, 40, 1, 5-44.

<sup>20</sup>“cualquier otro contrato... por el cual el individuo se compromete a realizar o ejecutar personalmente cualquier trabajo o servicio para otra parte del contrato cuya condición no sea, en virtud del contrato, la de cliente o cliente de cualquier profesión o empresa llevada a cabo por el individuo.” Section 2(3)(b) Employment Rights Act 1996.

de Empleo y el Tribunal de Apelación han resuelto los casos de los trabajadores de Uber a favor de los trabajadores, y se espera que el Tribunal Supremo haga lo mismo. En los Tribunales inferiores, Uber argumentó que no eran una empresa de transporte y que sólo actuaban como agentes intermediarios de los conductores. Esto se basaba en que los acuerdos “multipartitos” caracterizaban a los conductores como una empresa independiente y autónoma, que prestaba servicios de transporte.

La cuestión principal en el Tribunal de Apelación en el caso *Uber BV contra Aslam*<sup>21</sup> era si los términos contractuales escritos podían limitar la situación de empleo y anular la protección estatutaria. El Tribunal sostuvo que los conductores eran “trabajadores” incluidos dentro del ámbito de aplicación de la ERA 230(3)(b) y desestimó la apelación de Uber. Determinó que la prueba correcta para determinar la condición de trabajador era si los documentos escritos reflejaban la realidad de la relación. En los casos en que los contratos escritos fueron redactados deliberadamente “por ejércitos de abogados”<sup>22</sup> para limitar los límites de la condición de relación y evitar la protección estatutaria, un Tribunal podía hacer caso omiso de cualquier término que no reflejara la verdadera realidad. La prueba utilizada para determinar la realidad de la relación de trabajo se basa en la doctrina del fraude en el caso *Autoclenz*<sup>23</sup>. El voto de la mayoría del Tribunal en *Uber* resumió el efecto de esta prueba de la siguiente manera:

“el Tribunal puede hacer caso omiso de los términos de cualquier documento generado por el empleador que no refleje la realidad de lo que está ocurriendo en la práctica”<sup>24</sup>.

La realidad era un contrato de trabajo personal entre el conductor y Uber, una vez que el conductor aceptó una solicitud de desplazamiento de un pasajero. Uber mantenía mucho control sobre sus conductores. Por ejemplo, se instruyó a los conductores que, si rechazaban sistemáticamente los viajes solicitados por los pasajeros con intención de viajar, serían tachados de la lista de Uber. La dificultad de aplicar la prueba en *Autoclenz* es que tiene una formulación muy vaga que está sujeta a la manipulación, lo que conduce a la incertidumbre de los resultados<sup>25</sup>.

De interés en el caso de Uber es el uso de argumentos basados en la propiedad y el contrato individual para negar los derechos laborales. Como Uber tenía los derechos de propiedad intelectual de la App, el argumento de Uber era

<sup>21</sup> *Uber BV v Aslam* [2018] EWCA Civ 2748.

<sup>22</sup> *Consistent Group v Kalwak* [2007] IRLR 560, per Elias LJ at paragraph 51.

<sup>23</sup> *Autoclenz Ltd v Belcher* [2011] UKSC 41

<sup>24</sup> *Uber*, at paragraph 66.

<sup>25</sup> Vid., BOGG, A., “Between statute and contract”, *Law Quarterly Review* (2019) 347.

que se limitaban a ofrecer a los conductores “información y una herramienta para conectarse con los clientes que buscaban servicios de conductor”<sup>26</sup>, es decir, la propiedad de la plataforma tecnológica misma era utilizada para negar la relación laboral. Así pues, el argumento de Uber en el Tribunal de Apelación era que los conductores no eran “trabajadores asalariados” en el sentido propio del término, y que los contratos podían entenderse como “simplemente condiciones de la licencia de uso de la App”<sup>27</sup>.

Si los conductores simplemente accedían a un dispositivo que Uber tenía en su licencia, entonces, era una condición vinculada a la propiedad. Además, Uber argumentaba que los incidentes normales trabajo, es decir, el control por parte de Uber, no era significativo, ya que cualquier control era también una condición de la licencia. Este argumento se reforzó en la “Relación del Conductor con Uber” en el Addendum del Conductor, que daba a Uber el derecho a desactivar la aplicación si el conductor rechazaba las peticiones del conductor u otras violaciones de la licencia.

Hasta ahora, los Tribunales del Reino Unido se han negado a aceptar tales facultades como capaces de ocultar la verdadera relación entre los conductores y Uber, que era una relación de dependencia económica suficiente para calificarlos dentro de la categoría de “trabajador”. La mente directora detrás de la tecnología era claramente Uber, que había establecido un grado elevado de control a través de sus sistemas de calificación.

Muchos otros casos que afectan a trabajadores de la “gig economy” en el Reino Unido también están esperando el fallo del caso Uber en la Corte Suprema. Por ejemplo, los conductores que trabajan para Addison Lee, también calificados formalmente como contratistas autónomos, han ganado sus casos en los Tribunales inferiores<sup>28</sup>. Sin embargo, a la espera de nuevos litigios, estos trabajadores son doblemente penalizados por sus circunstancias actuales, que los obligan a trabajar horas extras en un momento en que no es seguro hacerlo como resultado de la pandemia. Las restricciones de cierre han dado lugar a que haya menos trabajo disponible y el apoyo disponible del Estado para proteger a los trabajadores autónomos en comparación con los empleados es muy escaso. Por ejemplo, el Plan de Apoyo a los Ingresos de los Trabajadores Autónomos, disponible para aquellos que se han visto afectados negativamente por COVID-19, no cubre a las personas que se han convertido en trabajadores autónomos después de abril de 2019, y el plan no cubre los gastos generales continuos como el alquiler de un

<sup>26</sup> Par. 13, 2013 Partner Terms.

<sup>27</sup> Par. 74.

<sup>28</sup> *Addison Lee Ltd v Lange* [2019] I.C.R. 637.

vehículo y el pago del combustible. Esos ejemplos ilustran la extrema precariedad de los trabajadores de la “gig economy” que no tienen acceso a las prestaciones habituales de la Seguridad Social.

Los cambios en las pautas de trabajo como consecuencia de la epidemia de Covid19 hacen que la relación laboral en la economía digital sea aún más tensa, ya que cada vez más trabajadores recurren a fuentes alternativas de ingresos como consecuencia de los despidos y la reducción de la fuerza de trabajo a tiempo completo.

La tecnología algorítmica y la integración de la inteligencia artificial en los modelos de negocio de todo el mundo, está provocando cambios permanentes en las relaciones laborales, por lo que el trabajo humano pasa a formar parte de una red más amplia de tecnología digital. Los modelos de “crowdsourcing”, ejemplificados por la plataforma de servicios de Amazon Mechanical Turk (M Turk), se comercializan sobre la base de que facilitan a las personas y a las empresas la subcontratación de sus procesos y trabajos a una fuerza de trabajo distribuida que puede realizar sus tareas virtualmente<sup>29</sup>. Este modelo<sup>30</sup> de “humanos como servicio” se ha convertido en un modelo común de negocio y tecnología<sup>31</sup>. El modelo de Amazon Turk se basa en una micro-división extrema del trabajo, en la que las operaciones de los trabajadores se “diseccionan en más y más tareas rutinarias para que en un cierto punto un mecanismo pueda entrar en sus puestos”<sup>32</sup>. MTurk descompone las tareas humanas simples, como el reconocimiento de imágenes en fotografías, en tareas individuales y autónomas llamadas Tareas de Inteligencia Humana (HIT). El sitio web de MTurk actúa como una plataforma de “crowdsourcing” en la que los ‘solicitantes’ crean tareas para que los trabajadores las completen. El demandante hace un llamamiento general a un mercado laboral global y puede monitorear el trabajo y rechazar las tareas entregadas si no está satisfecho con los resultados. Se trata de una simbiosis mutua entre el hombre y la máquina, demostrada por la Interfaz de Programación de Aplicaciones (API), una plataforma codificada en la que el software emite entradas y salidas de la fuerza de trabajo. En última instancia, esta forma de inteligencia artificial<sup>33</sup>, transfiere las tareas de vuelta a los humanos para mediar con las máquinas.

Este modelo reduce la mano de obra humana al mínimo común denominador en un mercado de trabajo mundial y el proceso de licitación de los puestos de trabajo da lugar a una reducción del salario a medida que los individuos se

<sup>29</sup> [https:// www.mturk.com](https://www.mturk.com).

<sup>30</sup> Lanzado por Jeff Bezos in 2006.

<sup>31</sup> Ver Prassl, J., *Humans as a Service*, OUP, Oxford 2018.

<sup>32</sup> Marx, K., *Grundrisse*, 704.

<sup>33</sup> Así llamado por Amazon.

presentan a la licitación de forma competitiva. Las implicaciones de este modelo de transmisión algorítmica en el mercado laboral aún no se han investigado y entendido completamente. Sin embargo, un hecho es evidente: la identidad del trabajador humano se está borrando y fusionando en cierta medida con tecnologías más amplias y se está utilizando para negar las obligaciones legales de los empleadores. Los acuerdos de participación de MTurk, al igual que los contratos de Uber, niegan cualquier relación laboral con los trabajadores por la afirmación de que la plataforma es simplemente un “lugar” o un lugar de encuentro para los clientes. Los trabajadores son determinados de facto como contratistas independientes y, por lo tanto, no tienen derecho a ninguno de las normas protectoras que acompañan a la condición laboral de trabajadores, por ejemplo, vacaciones, seguro de enfermedad y beneficios de compensación. Una vez más, vemos en el modelo de negocio de MTurk, un ejemplo de la extrema precariedad del trabajo en la “gig economy”. Los trabajadores se han convertido literal y simplemente en un servicio para la economía de consumo.

La regulación del Derecho laboral en la economía digital está muy poco avanzada en la actualidad, ya que los trabajadores plantean demandas ante los Tribunales para que se les reconozca una situación laboral básica. Aunque los primeros casos en el Reino Unido, al igual que en los Estados Unidos y otros países de derecho consuetudinario, han tenido éxito en lo que respecta al reconocimiento de dicha condición de trabajadores subordinados, este éxito se ha logrado a un costo considerable, y mientras tanto, las organizaciones mundiales que aprovechan la tecnología digital están elaborando rápidamente nuevas estrategias para reinventar las relaciones laborales a fin de evitar nuevas obligaciones para los empleadores. En lo que respecta a la elaboración de una estrategia para una regulación más precisa de este tipo de trabajo, una forma de avanzar es caracterizar los algoritmos como una forma de gobierno social, en la que los procesos humanos de toma de decisiones, como la contratación y el despido, están codificados en la propia tecnología. Hay que preguntarse entonces hasta qué punto los algoritmos pueden actuar como figuras y agentes de la ley. Si los algoritmos ejercen el control mediante una combinación de actuación humana y social, entonces se puede determinar que el propietario del algoritmo es legalmente responsable de esas decisiones. Es necesario seguir investigando las formas en que se puede señalar e identificar la actuación humana como la fuente legalmente responsable de diversas formas de tecnología algorítmica<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Vid., por ejemplo Lessig, L., *Code 2.0.*, Perseus Books Group, New York.

#### 4. LA POSIBLE REGULACIÓN SOBRE EL TELETRABAJO

No hay una protección específica del teletrabajo o una ley similar en el Reino Unido al “lavoro agile” italiano. Mientras que el teletrabajo y el trabajo a domicilio son cada vez más comunes en el Reino Unido, particularmente después del inicio de la COVID-19, el trabajo flexible ha permanecido como una decisión discrecional en el ámbito de las facultades directivas del empleador, en lugar de estar integrado en cualquier derecho legal como tal.

Gran parte de la protección que existe, permanece a nivel de orientación más que en normas jurídicas estrictas. Por ejemplo, el Acuerdo Marco de la Unión Europea sobre el teletrabajo de 2002<sup>35</sup> se aplicó en el Reino Unido mediante un documento, *Telework Guidance*, que fue redactado por la Confederación Empresarial de la Industria Británica (CBI) y la Confederación de Sindicatos (TUC)<sup>36</sup>. Este documento tiene carácter meramente orientativo y, por tanto, no es un acuerdo vinculante, sino que simplemente tiene por objeto proporcionar una lista de control de las cuestiones que deben considerarse al aplicar el teletrabajo. El documento reproduce párrafos importantes del texto de los interlocutores sociales de la Unión Europea y abarca una serie de cuestiones, entre ellas la salud y la seguridad; los impuestos y gastos derivados de la actividad laboral; los recursos humanos, como la contratación, la formación y la promoción profesional; el apoyo personal para garantizar que los empleados no queden aislados y la seguridad de la información. El documento ofrece ejemplos de las mejores prácticas y tiene por objeto ayudar a las empresas y a los empleados a considerar la mejor manera de aplicar el trabajo flexible en la organización. Se anima a los representantes de la dirección de la empresa y de los empleados a que utilicen la guía para elaborar políticas específicas de la empresa sobre el teletrabajo.

El sistema de relaciones laborales del Reino Unido no prevé la negociación colectiva formal entre los empresarios y sindicatos no negocian tales acuerdos en nombre de sus afiliados o asociados. Como resultado de ello, no existe ningún precedente de un instrumento jurídico más vinculante que los interlocutores sociales del Reino Unido pudieran haber utilizado para aplicar el acuerdo marco de la UE.

En una reciente encuesta de la UE se comprobó que en 2018, el 80 % de los encuestados en el Reino Unido dijeron que habían utilizado o tenían acceso a acuerdos de trabajo flexibles, como el horario flexible o el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a domicilio con su empleador actual o último empleador, en

<sup>35</sup> COM (2008) 41.

<sup>36</sup> *Telework Guidance*, Departamento de Comercio e Industria, 2003.

comparación con un promedio del 67 % en la UE<sup>37</sup>. Sin embargo, la legislación relativa al trabajo flexible en el Reino Unido sigue siendo bastante limitada en su alcance y grado de protección<sup>38</sup>.

En lo que respecta a la protección jurídica específica sobre el trabajo flexible, el derecho a trabajar de manera flexible adquirió importancia en el Reino Unido como resultado del examen gubernamental de los derechos de maternidad y paternidad, y las disposiciones sobre el trabajo flexible para el cuidado de los niños se legislaron en la Ley de Empleo de 2002. Sin embargo, el principal problema de estas disposiciones es que no otorgan a los empleados el derecho legal a trabajar de manera flexible; en cambio, representan una medida mucho más débil, que simplemente otorga un derecho a los empleados a solicitar trabajar de manera flexible. La principal disposición permite a los empleados, que tienen la responsabilidad de un niño menor de 17 años, solicitar un cambio en sus condiciones relativas a las horas de trabajo en el trabajo y el lugar de trabajo, por ejemplo, entre en el domicilio para poder cuidar del niño<sup>39</sup>. La Ley sobre los niños y las familias de 2014 ha ampliado este derecho a todos los empleados con 26 semanas de servicio continuo con el empleador en virtud del Reglamento de trabajo flexible, 2014, Regla 3. El deber del empleador es simplemente considerar la solicitud, y la legislación especifica el número de motivos por los que se puede denegar una solicitud, por ejemplo, los costes adicionales; el efecto perjudicial sobre la capacidad de satisfacer la demanda del cliente; la incapacidad de reorganizar el trabajo; la incapacidad de contratar personal adicional; el efecto perjudicial en la calidad o el rendimiento. La gran cantidad de posibles justificaciones para negarse a acceder a una solicitud de trabajo flexible deja claro que el Parlamento tenía la intención de ofrecer a los empleadores el control de las negociaciones y de rechazar cualquier solicitud que no consideraran conveniente. La justificación del empleador no está sujeta a ninguna prueba de proporcionalidad o razonabilidad sustantiva. El empleado tiene derecho a presentar una queja ante un Tribunal de trabajo sobre la base de que el empleador no ha tramitado la solicitud de manera razonable o ha basado su decisión en hechos incorrectos<sup>40</sup>.

Otro inconveniente de esta legislación es que cualquier cambio que se acuerde con el empleador se convierte en un término permanente del contrato de trabajo, a menos que se acuerde lo contrario al principio. Esto significa que no

<sup>37</sup> *The Challenges of Work life Balance faced by working parents and Caregivers*. Adoptado el 6/12/2017.

<sup>38</sup> Vid. *Report on Flexible Working in the UK*, June 2019, CIPD (Chartered Institute for Personnel Development).

<sup>39</sup> Employment Rights Act 1996 s 80F, reformado por la Employment Act 2002, s 47.

<sup>40</sup> ERA 1996 S 80H. Vid. Smith, Baker & Warnock, *Smith and Wood's Employment Law*, 14<sup>th</sup> ed., OUP, 2019.

hay una verdadera flexibilidad de empleo para los trabajadores en su trayectoria profesional.

Otra vía de protección en lo que respecta al trabajo flexible se encuentra en las leyes de igualdad<sup>41</sup>, en virtud de las cuales, por ejemplo, una mujer puede alegar discriminación por razón de sexo, cuando el empleador se niega a ofrecerle un trabajo flexible en caso de maternidad y cuidado de los hijos. Existen mecanismos de protección específicos relativos a la no discriminación en el trabajo a tiempo parcial, pero éstos se encuentran estrechamente circunscritos y sujetos a argumentos basados en una justificación objetiva.

Sigue siendo poco probable que el Reino Unido siga el ejemplo de Italia en cuanto a iniciativas de trabajo flexible como el “*lavoro agile*”. La política del Reino Unido está orientada principalmente a favorecer la flexibilidad para el empleador, por tanto, a iniciativa del empleador, más que por elección del trabajador. La mayor parte de la protección tiene el carácter de simple recomendación, que, a menos que esté respaldada por sólidas iniciativas de negociación colectiva y sólidos códigos de prácticas de los empleadores, no ofrecerá suficientes derechos en el lugar de trabajo.

<sup>41</sup> Equality Act 2010.



# 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 decisional 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 decisionales 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 decisional y de los datos seleccionados como relevantes. Con el objeto de poder verificar que los criterios, 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 decisional 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 decisional 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* decisional, 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. Cairolì (a cura di), en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, 2017, p. 88.



# MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES LABORALES: SU VERTIENTE SELECTIVA

MILAGROS ALONSO BRAVO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Valladolid

## EXTRACTO

**Palabras clave:** modificación sustancial condiciones de trabajo, criterios selección, poder empresarial, tutela trabajador

La disposición normativa de límites a la facultad empresarial de seleccionar los trabajadores afectados por una decisión de alteración sustancial del contrato, de un lado, no permite deducir la ordenación de un modelo de reestructuración sin pérdida de empleo alternativo y preferente a la flexibilidad externa. De otro, evidencia la opción por una solución al desequilibrio de intereses en conflicto que descuida las funciones tuitiva y compensadora de las normas jurídico-laborales. La interpretación de la dosis de equilibrio legal revela un fortalecimiento de los poderes empresariales de gestión, incrementado por la desatención del compromiso de los poderes públicos de promocionar la función equilibradora de la negociación colectiva.

## ABSTRACT

**Key words:** substantial change in working conditions, selection criteria, business power, worker guardianship

The regulatory provision of limits on the business power to select workers affected by a decision to substantially alter the contract, on the one hand, does not allow the management of a restructuring model without loss of alternative and preferential employment to external flexibility. On the other hand, it demonstrates the option for a solution to the imbalance of conflicting interests that neglects the tuitive and compensating functions of legal-labor rules. The interpretation of the legal equilibrium dose reveals a strengthening of the management business powers, increased by the neglect of the public authorities' commitment to promote the balancing role of collective bargaining.

## ÍNDICE

1. UN NUEVO ESCENARIO PRODUCTIVO. LA GESTIÓN DEL CAMBIO CON DIÁLOGO SOCIAL Y CONDICIONES LABORALES DE CALIDAD
2. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS DE DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS POR UNA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO. UN LÍMITE INSOSLAYABLE A LA FACULTAD EMPRESARIAL DE SELECCIÓN
3. LA PONDERACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO EN LA DECISIÓN EMPRESARIAL MODIFICATORIA AL SERVICIO DE PREVENIR LA DESTRUCCIÓN DE EMPLEO A INICIATIVA DEL EMPRESARIO

### 1. UN NUEVO ESCENARIO PRODUCTIVO. LA GESTIÓN DEL CAMBIO CON DIÁLOGO SOCIAL Y CONDICIONES LABORALES DE CALIDAD

En una economía competitiva y globalizada, se impone que el mercado de trabajo se adapte a las transformaciones de las estructuras económicas y productivas<sup>1</sup>. En esta lógica económica, un funcionamiento flexible de las relaciones de trabajo influirá en la mejora de la competitividad de las empresas y, con ello, del sistema económico y productivo en general, lo cual repercutirá, a su vez, en la creación y mantenimiento de los niveles de empleo. Al ciclo se incorpora la necesidad de adoptar medidas, en todos los terrenos de la acción política, también en el ámbito laboral, con la finalidad de fortalecer nuestra economía a través de una mejora de la competitividad de las empresas. En tal entendimiento, el “trabajo” adquiere una dimensión económica como factor de producción que conduce a una potenciación de los poderes empresariales como instrumentos de gestión, para lograr su máxima rentabilidad<sup>2</sup>. En este contexto, de competitividad y empleo como objetivos intercambiables, se sitúan las medidas de flexibilidad interna y, señaladamente la modificación sustancial del contrato, que se fortalecen por el legislador, en las sucesivas reformas laborales acontecidas desde la década de los 90, con la justificación de situarlas como alternativa a las medidas de flexibilidad externa que implican reducción de empleo.

Tales afirmaciones parecen querer situarnos en la perspectiva de que las reformas laborales incorporan la idea del *modelo de gestión flexible, equitativo,*

<sup>1</sup> Cfr. Rodríguez Piñero, M., “Racionalidad empresarial y mercado de trabajo”, RL, 1993, Tomo II, p.16

<sup>2</sup> Vid., Rodríguez Piñero, M., “Derecho de trabajo y empleo”, RL, 1994, Tomo I, p. 84; Borrajo Dacruz, E., “¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo?”, AL, 1994-3, p. 544; Sanguinetti Raymond, W., “El discurso de la crisis y las transformaciones del Derecho del Trabajo: un balance tras la reforma laboral de 1994”, Estudios financieros, Revista de T-SS-RRHH, n° 165, 1996, p. 55; Palomeque López, M.C., “La función y refundación del Derecho del Trabajo”, RL, n° 13, 2000, pp. 21-31; González-Posada Martínez, E., “El papel del Estado y las relaciones laborales: una geometría variable”, Temas laborales, n° 142/2018, pp.14-19



*global y preventivo de los procesos de reestructuración empresarial*, que se impone en el marco del modelo europeo productivo y de empleo. Desde el Tratado de Ámsterdam<sup>3</sup>, el denominado “Método de Coordinación Abierto” se perfila como el instrumento idóneo para potenciar una estrategia coordinada para el empleo en una dimensión europea. De conformidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Unión ha elaborado y aplicado instrumentos de coordinación para las políticas económicas y de empleo, con el objetivo de guiar su aplicación en los Estados miembros. Esto es, la estrategia de política social en el ámbito comunitario en los últimos tiempos se orienta a elaboración de Directrices de Empleo, donde se fijan objetivos en materia de empleo sin carácter imperativo y se deja su cumplimiento a los Estados y a los interlocutores sociales, con el objetivo de que el conjunto resultante de políticas coordinadas conduzca al logro de efectos positivos.

En el último estadio de la evolución y, para concretar la Estrategia europea para el empleo 2020<sup>4</sup>, por Decisión del Consejo de 13 de octubre de 2020<sup>5</sup> se adoptan las orientaciones para las políticas de empleo, marcadas por la realidad de implementar los ajustes necesarios tras la crisis de la COVID-19. En la *Orientación 7: “Mejorar el buen funcionamiento de los mercados laborales y la eficacia del diálogo social”* se apuesta por un modelo productivo basado en los principios de flexibilidad y la seguridad en el empleo, en el que se insta a los Estados a trabajar, junto con los interlocutores sociales, en establecer un entorno que favorezca la flexibilidad necesaria para facilitar que las empresas se adapten rápidamente a los cambios en el contexto económico, a la vez que se preservan los derechos laborales, se garantiza la protección social y unos entornos laborales adecuados, seguros y saludables para los trabajadores, especialmente, a la luz de los riesgos que plantea la COVID-19. Se asume que deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas relaciones de trabajo precarias, también en el caso de los trabajadores de plataformas, en particular, luchando contra la utilización abusiva de contratos atípicos, los falsos autónomos, el trabajo no declarado y la segmentación de los mercados laborales. Se fomenta el uso de fórmulas de trabajo flexibles, como el teletrabajo, para mantener los puestos de trabajo y la

<sup>3</sup> Texto del Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (97/C340/01) y de las versiones consolidadas resultantes del Tratado de la Unión Europea (97/C340/02) y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (97/C340/03) en DOCE C340, de 10 de noviembre de 1997.

<sup>4</sup> “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” COM (2010) 2020

<sup>5</sup> Decisión (UE)2020/1512 del Consejo de 13 de octubre de 2020 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros

producción en el contexto de la crisis de la COVID-19. En definitiva, se trata de que los Estados miembros aseguren unas condiciones de trabajo justas, transparentes y predecibles, en un contexto de diálogo social y promoción de la negociación colectiva.

El documento persigue sacar partido a la mano de obra que, en el conjunto del esquema definido, deberá ser dinámica y productiva. Así, la *Orientación 6: “Aumentar la oferta de trabajo y mejorar el acceso al empleo, las capacidades y las competencias”* recomienda, para afrontar las transiciones tecnológicas y medioambientales, así como el cambio demográfico, invertir en la fuerza de trabajo. Se trata de fomentar conocimientos, capacidades y competencias a lo largo de la vida laboral, que respondan a las necesidades actuales y futuras del mercado de trabajo. El apartado presta especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres y a una mayor participación femenina en el mercado laboral, para garantizar la igualdad de oportunidades y de progresión en la carrera profesional que ponga fin a la brecha salarial. En este punto ocupa un papel relevante el fomento de la conciliación de la vida laboral, familiar y privada para mujeres y hombres. La orientación no olvida destacar la importancia de favorecer las transiciones profesionales a través, de un lado, del refuerzo del reciclaje profesional y el acceso al aprendizaje digital; de otro, mediante la mejora de los sistemas de educación y formación que, orientados al mercado de trabajo, permitan reducir el abandono escolar y favorecer la formación permanente de adultos poco cualificados.

El modelo, sin obviar las consecuencias de la crisis económica, propone, en su *Orientación 8: “promover la igualdad de oportunidades para todos, fomentar la integración social y combatir la pobreza”*, construir una sociedad inclusiva, luchando contra la pobreza, la desigualdad y la discriminación. Para su consecución cobra importancia la modernización de los sistemas de protección social, con el fin de prestar una protección adecuada, eficaz, eficiente y sostenible para todos, en todas las etapas de la vida. Se incentiva a cuidar, especialmente, con el fin de atender la creciente longevidad y el cambio demográfico, que los regímenes de pensiones de los trabajadores por cuenta propia y ajena sean adecuados y sostenibles, ofrezcan igualdad de oportunidades para hombres y mujeres y se enmarquen en estrategias de envejecimiento activo.

En definitiva, el marco descrito presenta un modelo productivo a nivel europeo que se asegura el funcionamiento adecuado del mercado de trabajo, mediante el recurso a la flexibilidad y el mantenimiento del empleo como técnica preferente de gestión del trabajo, aunque en un contexto de cohesión social, que asume como pilares fundamentales el pleno empleo, el diálogo social, la salud, la formación y el reciclaje profesional, los derechos de los trabajadores, y la

protección social. El esquema propuesto hace suyo el conjunto de los derechos que recoge el Pilar europeo de derechos sociales<sup>6</sup>, para implementar un modelo equilibrado y negociado de relaciones laborales, que garantice la flexibilidad necesaria, de modo que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico, de acuerdo con la legislación y convenios colectivos, aunque tutelando, de un lado, el derecho de los trabajadores a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo, con independencia del tipo y duración de la relación laboral, que serán de calidad y flexibles para atender responsabilidades asistenciales<sup>7</sup> y asegurarán una protección suficiente en caso de despido<sup>8</sup>; y, de otro, un entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado que preserve el derecho a la protección de datos personales en el contexto del empleo; el acceso a la protección social y a la formación y aprendizaje permanente para gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral, sin olvidar las medidas que fomenten apoyo activo para el empleo, así como, la igualdad de oportunidades de los grupos infrarrepresentados. Se busca, en definitiva, establecer un modelo productivo que asegure un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los empresarios y trabajadores, así como, entre la productividad y la seguridad en el puesto de trabajo, dando un papel prioritario a la promoción del diálogo social en el refuerzo de los derechos sociales y del crecimiento sostenible e inclusivo.

En otros términos, el reto de la nueva gobernanza del trabajo en el diseño europeo será abordar la gestión del cambio en el marco de un modelo de crecimiento sostenible, por perseguir un desarrollo sólido e inclusivo al mismo tiempo, tal como se propone en el marco la Nueva Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible titulada Transformar nuestro Mundo, aprobada por la Asamblea General de la ONU en septiembre de 2015. En definitiva, en el nuevo escenario productivo

<sup>6</sup> Proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales (DO C 428 de 13.12.2017)

El Pilar europeo de derechos sociales fue aprobado conjuntamente por el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, celebrada en Gotemburgo, Suecia. Los principios y derechos orientan la estrategia de la Unión, velando porque las transiciones a la neutralidad climática, la sostenibilidad medioambiental, la digitalización y el cambio demográfico sean socialmente justas y equitativas (p. 10)

<sup>7</sup> Considerando tal objetivo, dispuesto en el principio nº 9 del Pilar europeo de derechos sociales, se adopta la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18 UE del Consejo.

<sup>8</sup> Considerando tal objetivo, dispuesto en el principio nº 5 del Pilar europeo de derechos sociales, se adopta 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 de la Unión Europea

debe potenciarse el trabajo decente<sup>9</sup>, es decir, adaptable pero seguro; que garantice unas condiciones de trabajo equitativas y, a la vez, un empleo de calidad, resultado de contrataciones estables y de carácter indefinido; con protección frente al despido; con igualdad de oportunidades para todos; protección; saludable; que asegure una protección social suficiente, formación permanente y conciliación de responsabilidades familiares; que reconozca y fomente el diálogo social y la participación de los trabajadores así como la autonomía de los sujetos colectivos para la representación y defensa de sus intereses contrapuestos.<sup>10</sup>

En la delimitación de los perfiles del modelo productivo europeo no puede desconocerse que, el tratamiento en la Unión Europea de las reestructuraciones empresariales, desde comienzos de este nuevo siglo, se sitúa en la perspectiva del carácter estructural de este fenómeno, motivado en la mayoría de las ocasiones por la globalización económica, que exige una adaptación evolutiva de la empresa a unos mercados más abiertos y a una competencia más intensa. Esta política industrial comunitaria pivota sobre una noción, ya adelantada por la Comisión cuando presentó el Libro Verde, “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”<sup>11</sup>, que trata de implicar a las partes interesadas en la anticipación de las transformaciones empresariales.

Así pues, prever, anticipar y acompañar estas operaciones de reestructuración permanente es responsabilidad colectiva de las autoridades públicas, las empresas y los interlocutores sociales. En este contexto, a través de instrumentos que carecen de efectos jurídicos vinculantes<sup>12</sup>, la Comisión Europea trata de orientar a los Estados miembros y a los interlocutores sociales y económicos a nivel europeo, para que adopten un enfoque novedoso, que involucre a las

<sup>9</sup> La noción del trabajo decente se daba a conocer en la Memoria del Director General a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 1999. Vuelve a ponerse de relieve con la iniciativa sobre “el futuro del trabajo que queremos” lanzada por la OIT en todos sus Estados Miembros ha culminado en la aprobación de la Declaración del Centenario adoptada en la 108ª Conferencia Internacional del Trabajo el pasado 21 de junio de 2019

<sup>10</sup> Vid, González-Posada Martínez, E., “El papel del Estado y las relaciones laborales: una geometría variable”, *Temas laborales*, nº 142/2018, p. 30 que propone, en el contexto del trabajo decente para el siglo XXI, asegurar que los trabajadores se beneficien equitativamente del éxito económico en todos los sectores, incluso en tiempos de cambio dinámico

<sup>11</sup> Libro Verde, “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, de 18-7-2001, COM (2001) 366 final.

<sup>12</sup> Vid., La Comunicación sobre “Colaboración para el cambio en una Europa ampliada: Potenciar la contribución del diálogo social europeo”, de 12-8-2004, COM (2004) 557 final. Con la misma orientación de aproximar objetivos en el marco de la integración europea, la Comunicación de la Comisión Europea sobre “Reestructuración y empleo”, de 31 de marzo de 2005, COM (2005) 120 final; Libro verde “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, de 22-11-2006, COM (2006) 708 final; Libro Verde “Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?”, de 17 de enero de 2012 COM(2012)7

empresas en una adaptación responsable al contexto económico, mediante la adopción de medidas previsoras para gestionar los cambios en curso, de manera que, los efectos negativos de las reestructuraciones sobre el empleo, no lleguen a producirse o, en su caso, que sean menos traumáticos<sup>13</sup>.

Esta misma tendencia de regulación flexible del modelo productivo, que tiende a establecer objetivos para la convergencia europea, se manifiesta en la aprobación en el ámbito comunitario de normas jurídicas que, como la Directiva 2002/14 CE<sup>14</sup>, sobre información y consulta de los trabajadores, lejos de tener una finalidad armonizadora de las legislaciones de los Estados miembros<sup>15</sup>, se inscribe en la promoción de la estrategia europea para el empleo basada en la previsión<sup>16</sup>, de modo que, la información y consulta a los representantes de los trabajadores con la suficiente antelación, se apunta como condición necesaria para “el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas

<sup>13</sup> Sobre este nuevo enfoque de la Unión Europea en la política de reestructuraciones empresariales, vid., Landa Zapirain, J.P., “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las reestructuraciones de empresas”, RL, Tomo I, 2005, pp. 312-325. El mismo autor en, “La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la “gobernanza corporativa”: ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codecisión del factor trabajo?”, en *AAVV, Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Landa Zapirain, J.P (coord.), Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 38-43, defiende razonadamente cómo ciertos esquemas de participación financiera podrían servir eficazmente para ayudar a paliar los efectos sobre el empleo de las reestructuraciones empresariales. La perspectiva europea sobre el fenómeno concreto de la deslocalización derivado de los procesos de reestructuración empresarial, en GARCÍA MURCIA, J., “Deslocalización y tutela de los derechos sociales: la perspectiva europea, RL, nº 6, 2007, pp. 98-109.

<sup>14</sup> Directiva 2002/14CE, de 11 de marzo de 2002, del Consejo y Parlamento Europeo, que establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea (DOL núm. 80, de 23 marzo).

<sup>15</sup> “El objetivo de la presente Directiva se debe lograr estableciendo un marco general que incluya los principios, las definiciones y las modalidades de la información y la consulta, marco que corresponderá a los Estados miembros cumplir y adaptar a sus realidades nacionales, concediendo a los interlocutores sociales, cuando proceda, un papel preponderante que les permita definir con total libertad, por medio de un acuerdo, las modalidades de información y de consulta de los trabajadores que consideren más adecuadas a sus necesidades y deseos” (Considerando nº 23 de la Directiva 2002/14CE).

<sup>16</sup> En igual sentido, vid., Monereo Pérez, J.L., *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Comares, Granada, 2006, pp. 44-47; Fernández Docampo, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 99-100; Menéndez Sebastián, P., “La participación de los trabajadores en la empresa. El marco general para la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (Directiva 2002/14/CE)”, en *AAVV, La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, García Murcia (Dir.), MTAS, Madrid, 2005, pp. 516-517.

a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía”<sup>17</sup>. La norma comunitaria expone su preocupación especial por situar la participación de los trabajadores en la empresa como uno de los mecanismos más adecuados para eliminar o minimizar las consecuencias sociales negativas de los procesos de reestructuración empresarial y, lo hace, en la misma enunciación de los considerandos donde, tras determinar la necesidad de reforzar el diálogo social y fomentar la relación de confianza mutua en la empresa, procede a destacar la necesidad de que ello es necesario “en particular” *sobre la situación y la evolución probable del empleo en la empresa, así como, cuando de la evaluación efectuada por el empresario se desprenda que el empleo en la empresa pueda estar amenazado, sobre las eventuales medidas preventivas previstas, sobre todo en lo referente a la formación y cualificación de los trabajadores, con el fin de contrarrestar estos efectos negativos o sus consecuencias, y de aumentar las posibilidades de empleo y de adaptación de los trabajadores que pudieran resultar afectados*<sup>18</sup>

El análisis evolutivo del material jurídico europeo en materia social analizado pone de relieve, al menos, dos órdenes de cuestiones relevantes para nuestra investigación. De un lado, la proliferación en los últimos años de instrumentos de derecho débil en la ejecución de la política de empleo comunitaria y la paralización del objetivo armonizador que, desde los años 70, había guiado la política social comunitaria desarrollada fundamentalmente a través de directivas.<sup>19</sup> De otro, desde instancias europeas se promueve la convergencia hacia un modelo productivo basado en la anticipación a los cambios permanentes de las empresas, en el que se prioricen las técnicas de gestión empresarial de flexibilidad interna como alternativas a los despidos, sin desconocerse la necesidad de un desarrollo empresarial en un marco social que asegure un empleo de calidad.

La Unión Europea, que carece de competencias para imponer un modelo de relaciones laborales a los Estados Miembros, ha ido planificando un modelo europeo productivo y social que, podríamos considerar, como un modelo equilibrado de

<sup>17</sup> La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002, se transpone al derecho interno con la ley 38/2007, de 16 de noviembre, *por la que se modifica el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario.*

<sup>18</sup> Considerando nº 8, Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002.

<sup>19</sup> Sobre el cambio de tendencia en el objetivo armonizador por el derecho social comunitario, vid., Vid., Valdés Dal-Ré, F., “Soft law, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, RL, Tomo I, 2005, pp. 42ss; Rivero Lamas, J., “Unificación y pluralismo jurídico del Derecho Social en la Unión Europea”, RL, nº 10, 2007, pp. 3-5

relaciones laborales<sup>20</sup>. De mismo forma parte, efectivamente, la opción por priorizar los instrumentos de flexibilidad interna frente a la destrucción de empleo, para prevenir las consecuencias más negativas de los cambios en los mercados, pero sin desatender los derechos de los trabajadores afectados por tales procesos y la promoción de la negociación colectiva. Situados en este contexto del modelo equilibrado de relaciones laborales, defendido desde instancias europeas, y también desde los mismos postulados que informan las nuevas reformas laborales, se nos hace necesario indagar si, efectivamente, la legislación laboral en España ordena un modelo amplio, proactivo y negociado de gestión empresarial, en el que se instale el pretendido equilibrio flexible que parece promoverse en nuestro sistema de relaciones laborales.

En el contexto de este objetivo general, el estudio que proponemos se centrará, particularmente, en la decisión empresarial de designar los trabajadores afectados por una medida de alteración sustancial del contrato de trabajo para constatar, a través las limitaciones dispuestas a su ejercicio, si forma parte de un esquema en el que la institución de flexibilidad interna se inserta como una estrategia de reestructuración que, además de defender el empleo y unas condiciones laborales equitativas y de calidad, se orienta a prevenir las consecuencias más negativas de las transformaciones empresariales, asegurando, además, la incentivación del diálogo social y la participación de los trabajadores en la empresa. En definitiva, se trata de realizar un estudio que nos permita deducir, a partir de esta limitada perspectiva de análisis, si el legislador ordena la facultad empresarial selección en la modificación esencial en el contexto de un *modelo de gestión negociado y equilibrado* por atender, de un lado, el interés ponderado de la empresa y de los trabajadores afectados por las transformaciones productivas y, además, por incorporar una gestión de flexibilidad interna alternativa, preventiva y *preferente* a las técnicas que, como las extinciones a iniciativa empresarial, se saldan con pérdida de empleo.

<sup>20</sup> Vid., Ballester Pastor, M<sup>a</sup> A., “La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales”, en AAVVA, *Las reformas del derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 288-293



## 2. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS DE DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS POR UNA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO. UN LÍMITE INSOSLAYABLE A LA FACULTAD EMPRESARIAL DE SELECCIÓN

El art. 38 CE garantiza la responsabilidad empresarial de sostener la iniciativa económica, a través de un mandato a los poderes públicos para que protejan la productividad de la empresa<sup>21</sup>. La vinculación de la libertad de empresa a la productividad, que los poderes públicos han de garantizar, en cuanto instrumento para la mejora de la economía nacional y, así, para la consecución del interés general, permite deducir que el propio texto constitucional introduce un elemento para encauzar el ejercicio legítimo de este derecho. De este modo, las facultades empresariales organizativas han de encaminarse objetivamente al mantenimiento de la empresa, como unidad con un fin productivo, esto es, a la consecución de la rentabilidad y competitividad que razonablemente sean necesarias para la permanencia de la empresa en el mercado<sup>22</sup>. Si es cierto que dentro del contenido esencial de la libertad de empresa se incluyen las facultades organizativas de las prestaciones de trabajo, no lo es menos que, el contenido de estas facultades no es absoluto, antes bien, aparece limitado desde el propio marco constitucional. El contenido esencial de los poderes organizativos del empresario, que debe ser respetado por derivar de la libertad de empresa, será el resultado del respeto a los límites que impone la satisfacción de otros intereses, distintos a los del empresario, y también protegidos por la ley fundamental<sup>23</sup>.

Situados en este contexto, la libertad de empresa ampara la libertad empresarial para seleccionar los trabajadores afectados por la decisión organizativa. Pero

<sup>21</sup> Vid. STC 147/1986, de 25 de noviembre. Así mismo, es interesante la STC 92/1992, de 11 de junio, que acoge la interpretación que proponemos, al reconocer justificada la intervención de la Administración en la adopción de una modificación sustancial del contrato de trabajo en cuanto “la actuación administrativa viene legitimada por las disposiciones del artículo 38 CE, que no sólo reconoce la libertad de empresa (y el inherente poder de dirección empresarial) sino que también encomienda a los poderes públicos la defensa de la productividad” (fundamento jurídico 3°).

<sup>22</sup> Sobre la vinculación de la noción de productividad a la legitimidad del ejercicio de los poderes empresariales, Vid. Rivero Lamas, J., “Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo”, REDT, n° 80, 1996, p. 984; Luque Parra, M., *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 90; Montoya Melgar, A., “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n° 23, 2000, pp 23-24; Santos Fernández, M<sup>a</sup> D., *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp 142-148; Rodríguez Piñero, M., “Poder de dirección y derecho contractual”, RL, n° 19-20, 2005, pp. 10-11.

<sup>23</sup> Sobre el contenido esencial del derecho de libertad de empresa determinado por sus límites, Vid. Juan Asenjo, O., *La Constitución económica española*, Centro de estudios constitucionales,



tal libertad, con ser ancha, ante la ausencia de límites legales específicos, no es ilimitada. El sistema de valores y principios reconocidos en el texto constitucional introduce una nueva configuración de los poderes de organización empresarial que devienen limitados, en su ejercicio, por los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>24</sup>. El listado de tales derechos, recogido en el artículo 14 y en el Título I, capítulo II, sección 1ª de la Constitución reconoce, junto a derechos específicamente laborales, otros atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que se convierten en derechos laborales cuando se hacen valer por los trabajadores en el seno de la relación laboral<sup>25</sup>, donde ocupa un lugar destacado el principio de no discriminación (art. 14 CE). Así, estas decisiones empresariales organizativas deben respetar, en primer lugar, el principio de no discriminación y, en general, los derechos fundamentales de los trabajadores, so pena de resultar nulas. El control del límite, que impone al empresario el respeto a los derechos fundamentales, se ejercerá mediante los juicios de idoneidad, necesidad y ponderación que componen el test de proporcionalidad elaborado por el TC<sup>26</sup> y, atendiendo a las reglas de distribución de la carga probatoria, en la prueba de indicios<sup>27</sup> o, en su caso, en la nulidad objetiva<sup>28</sup>.

No debe tampoco desconocerse que el ejercicio de las facultades de gestión empresarial, siendo legítimas en cuanto no resulten discriminatorias ni lesionen los derechos fundamentales de los trabajadores, pueden no obstante suponer sacrificios excesivos en el derecho a la estabilidad en el empleo de determinadas categorías de trabajadores que presentan cierta vinculación con derechos constitucionales, de manera que se dificulte su ejercicio. Una intervención normativa, en el sentido de establecer preferencias en la selección de trabajadores para proteger a los más vulnerables, estaría al servicio de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso y el mantenimiento en el empleo, cuya promoción corresponde al Estado Social. Así han de leerse los arts. 39, 49 o 50 de la Constitución Española, en congruencia con los arts. 14 y 9.2 de la Carta Magna, que ordenan a los poderes públicos que presten especial atención a los colectivos de trabajadores que concilien responsabilidades familiares, presenten discapacidad

Madrid, 1984, p.155-159; Goig Martínez, J.M, “ Artículo 38”, en *AAVV, Comentarios a la Constitución Española de 1978, dirigidos por O. Alzaga Villamil, Tomo III, arts. 24 a 38*, EDERSA, Madrid, 1996, p. 740 ss; Valdés Dal-Ré, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, RL, Tomo I, 1990, p. 281

<sup>24</sup> Vid. Rivero Lamas, J., Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial, Universidad de Zaragoza, 1986, pp. 90 ss.

<sup>25</sup> Vid. Palomeque López, C., Los derechos laborales en la Constitución Española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 23-24.

<sup>26</sup> Vid., entre otras, STC 98/2000, de 10 de abril

<sup>27</sup> Cfr. Arts. 96; 179.3 LJO

<sup>28</sup> Cfr. 108.2 y 138.7 LJO

física, psíquica o sensorial o tengan cierta edad, para remover los obstáculos que dificultan que la igualdad sea real y efectiva. Dado que nos situamos ante una finalidad de relevancia constitucional, y sin desconocer la doctrina del TC, el ejercicio de derechos de estos colectivos de los trabajadores en la relación laboral tiene una dimensión constitucional “que ha de prevalecer y servir de orientación para cualquier duda interpretativa en cada caso concreto”<sup>29</sup>

El legislador, exhibiendo un refuerzo excesivo de las facultades empresariales<sup>30</sup>, no ha establecido criterios de selección, que obliguen al empresario a participar en la puesta en práctica de políticas activas de empleo, de manera que esté obligado a mantener en sus condiciones de empleo a determinadas categorías de trabajadores con anclaje constitucional, que puedan ser más vulnerables a adaptarse a los cambios. Tal circunstancia parece desconocerse en la ordenación las modificaciones sustanciales del contrato en cuanto, a diferencia del tratamiento normativo de otras facultades de gestión flexible<sup>31</sup>, ni siquiera se hace un llamamiento, aún a modo de recordatorio, a la autonomía colectiva para que establezca preferencias a favor de los trabajadores más vulnerables, tales como trabajadores con cargas familiares, discapacidad o mayores de determinada edad. El refuerzo tendrá que venir, en su caso, de la negociación colectiva que, pese a la inexistencia de invitación legal al efecto, podrá determinar las prioridades negociadas que limiten la facultad de selección del empresario. Corroboración esta posición que, en ausencia de tales criterios legales, la jurisprudencia admite este tipo de criterios de selección de trabajadores en decisiones de gestión empresarial. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2018<sup>32</sup> justifica excluir, en un despido colectivo, a los trabajadores mayores de 50 años porque se trate de un colectivo con mayor vulnerabilidad en el empleo.

La determinación de criterios legales para dirigir a la empresa en la designación de los trabajadores afectados por la decisión de alteración sustancial del contrato, con el menor sacrificio posible del derecho constitucional al trabajo, entendido como derecho a la estabilidad en el empleo, hubiera contribuido, sin duda, a reforzar el equilibrio de intereses imprimiendo, además, dosis elevadas de seguridad jurídica. La ausencia de mención legal sobre este extremo sitúa el régimen jurídico sobre alteración flexible del contrato en la lógica económica, pero extramuros de la defensa del empleo. En cualquier caso, las exigencias del

<sup>29</sup> STC 26/2011 (RTC 2011/26), resolviendo un asunto de un trabajador con responsabilidades familiares.

<sup>30</sup> Vid. Valdés Dal-Ré, F., “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, RL, 1999, p. 1

<sup>31</sup> Art. 40.7ET; 51.5 ET

<sup>32</sup> STS de 14 de noviembre de 2018 (Rec. nº 17/2017)

Estado social y democrático de derecho, que limitan la libertad de empresa a través de los derechos constitucionales de los trabajadores, dejan abierta la puerta a una limitación a la facultad del empresario de individualizar su decisión en concretos trabajadores, para salvaguardar la ponderación del derecho a la estabilidad en el empleo y reducir al mínimo su coste.

La técnica de la ponderación<sup>33</sup> permite alcanzar conclusiones relevantes, para hacer compatible el derecho al trabajo reconocido en el art. 35 CE con el ejercicio de facultades extraordinarias del empresario para gestionar el trabajo en la empresa. Asumiendo los términos de la STC 8/2015, de 22 de enero, “la norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objeto de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35 CE, mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)”. La ponderación de los derechos e intereses constitucionales enfrentados exige que las restricciones a los derechos de los trabajadores en el ejercicio de los poderes empresariales extraordinarios resulten no sólo razonables, sino también indispensables y proporcionadas<sup>34</sup>. En este razonamiento, la ponderación impone un límite a la facultad de empresario de individualizar los trabajadores afectados por la medida a través del respeto a los derechos constitucionales.

En palabras del TS<sup>35</sup>, una válida modificación sustancial del contrato de trabajo requiere proporcionalidad, en sentido estricto de “equilibrio atendiendo a los bienes en conflicto”. Tal consideración puede apuntar a que en el control judicial de la decisión se atienda a valorar si, constatada la idoneidad de la medida para conseguir el fin de mejora de la competitividad pretendido, también se adapta al principio de adecuación social<sup>36</sup>. Partiendo de la amplitud con la que el

<sup>33</sup> Sobre la viabilidad del juicio de proporcionalidad para controlar el ejercicio de los poderes empresariales cuando colisionan con derechos que no tienen formalmente el calificativo de fundamentales, vid., Casas Baamonde, M.E., *¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?*, RL, Tomo I, 2004, p. 136; Alonso Bravo, M., *Estrategias empresariales y extinción colectiva de los contratos de trabajo*, Reus, Madrid, 2008, pp 121-150; Gárate Castro, J., “Racionalidad y medidas empresariales de gestión de trabajo”, en *AAVV, Crisis, reforma y futuro del derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 214-215

<sup>34</sup> Vid., García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J., “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio”, en *AAVV, El modelo social en la Constitución Española de 1978, Sempere Navarro, A. (dir.)*, MTAS, 2003, p. 257

<sup>35</sup> STS de 16 de julio de 2015 (RJ/2015/5750)

<sup>36</sup> STS de 19 de enero de 1998 (RJ 1998/996)

TS<sup>37</sup> identifica la proporcionalidad en la justificación de las decisiones de gestión empresarial, se abre una vía para que, a través del control judicial de la discrecionalidad empresarial en la selección, pueda valorarse si en la determinación de trabajadores afectados que corresponde al empresario, como manifestación de la libertad de empresa, pueden apreciarse circunstancias que justifiquen la proporcionalidad de la medida de manera que se reduzcan los costes sociales de la decisión de gestión empresarial. El control de la motivación que debe justificar una decisión empresarial de MSCT actúa como límite en la selección de trabajadores, de manera que los criterios utilizados para especificar los trabajadores afectados, deben ser objetivamente razonables, en relación con la finalidad legalmente requerida para la adopción de la medida<sup>38</sup>. Dicho en otros términos, la arbitrariedad de la decisión empresarial en la designación de los empleados a su servicio, que van a ser afectados por la reestructuración de plantilla, ofrece un indicio o prueba de la inexistencia de conexión funcional o instrumental entre las alteraciones sustanciales de las condiciones de trabajo llevadas a cabo y la finalidad a la que éstas han de servir, para superar la falta de rentabilidad o eficiencia de los factores productivos en la empresa<sup>39</sup>.

La posición de la jurisprudencia del TS, al pretender acreditar el equilibrio entre el interés empresarial y el derecho de los trabajadores más vulnerables a la estabilidad en el puesto de trabajo como bienes en conflicto, se alinea con el modelo productivo equilibrado europeo defendido por las Instituciones de la Unión desde el conjunto del Pilar europeo de derechos sociales. Tal programa se ordena con el objetivo de guiar a los Estados y los interlocutores sociales en la puesta en funcionamiento de mercados laborales justos, para abordar el reto del cambio económico, tecnológico y social. El modelo social europeo se pone al servicio de garantizar la igualdad de oportunidades de los colectivos más vulnerables, así como, el derecho de los trabajadores a un trato equitativo en materia de condiciones de trabajo, inherente a la seguridad que ha de preservarse

<sup>37</sup> Vid por todas Sentencia Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696); Sentencia del TS de 16 de mayo de 2011 (RJ 2011/4876); Sentencia del TS de 27 de enero de 2014 (RJ 2014/793); Sentencia Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015 (RJ 2015/5750)

<sup>38</sup> Vid., entre otros, Rodríguez- Piñero, M., “La selección de los trabajadores afectados por un Expediente de regulación de empleo y su control”, RL, 1989 (I), p. 32; González-Posada Martínez, E., La selección de los trabajadores afectados en los despidos colectivos por reducción de personal”, en *AAVV, La reforma del Mercado de trabajo. Libertad de empresa y relaciones laborales*, Madrid, 1993, pp. 803-809; Fernández Domínguez, J.J., *Expedientes de regulación de empleo*, Trotta, Madrid, 1993, p. 188; Navarro Nieto, F., *Los despidos colectivos*, Civitas, Madrid, 1996, p. 235; Monereo Pérez, J.L; Fernández Avilés, J.A, *El Despido Colectivo en el Derecho Español*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 238

<sup>39</sup> Cfr. Valdés Dal-Ré, F., “La designación de los trabajadores afectados por los despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, RL,nº 11,1999, p.4

en las decisiones adoptadas por la empresa para adaptarse al nuevo escenario económico y productivo.

Sin haber trascendido aún al régimen jurídico de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, el legislador ha optado recientemente por reforzar legalmente la exigencia de proporcionalidad, en el sentido que proponemos, al ordenar el principio de causalidad en los despidos objetivos que afectan a trabajadoras embarazadas, a las personas trabajadoras que han ejercido el derecho a los permisos y excedencias para atender necesidades familiares o a las mujeres que sean víctimas de violencia de género. Así, la modificación que imprime el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo en el art. 53.4.3 ET exige al empresario, para justificar la procedencia de las extinciones, “acreditar suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”. Por el contrario, para el resto de los trabajadores, que no se encuentren en las situaciones personales descritas, además del cumplimiento de los requisitos formales, la decisión extintiva se calificará judicialmente como procedente “cuando se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva”. Omitiéndose, en esta última referencia normativa, las exigencias que refuerzan la proporcionalidad de la motivación decisión extintiva en la selección de los colectivos vulnerables protegidos por la norma.

El legislador parece extender a todos los colectivos vulnerables enunciados, afectados por un despido objetivo, la tutela reforzada que, según STJUE de 22 de febrero de 2018<sup>40</sup> (asunto *Porras Guisado* en un supuesto de despido colectivo) exige el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Según el contenido de la sentencia, la tutela de los colectivos protegidos por la Directiva, con una inspiración antidiscriminatoria por razón de sexo, exige que el empresario acredite los criterios objetivos concretos de la designación de la persona despedida, en comparación con otros trabajadores no tutelados por la norma. Esta STJUE supuso una revisión de la doctrina del TS de las trabajadoras embarazadas<sup>41</sup>. La nueva redacción legal del

<sup>40</sup> STJUE de 22 de febrero de 2018 (C-103/16)

<sup>41</sup> La redacción parece recoger los fundamentos de la sentencia del TS de 20 de julio de 2018 (Rec. 2708/2016) que sin pretender entrar en colisión con la sentencia de 15 de marzo de 2016 entiende que en el despido de una trabajadora embarazada donde debe valorarse la posible vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo, corresponde a la empresa la carga de probar que su actuación obedece a un motivo razonable y objetivo, ajeno a la vulneración de un derecho fundamental imponiéndose en este supuesto de tutela legal objetiva una carga probatoria más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación resultando que “el demandado debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterios había seguido para la extinción del contrato de la actora”.

art. 53.4 expone una ampliación de la tutela promovida por la norma comunitaria a otros motivos de discriminación prohibidos, tales como la atención de responsabilidades familiares o una extensión del criterio del sexo, para abarcar también a los trabajadores con responsabilidades familiares que ejercen derechos legales de conciliación y a las víctimas de violencia de género. No obstante, la reforma legal no ha afectado a los requisitos de la carta de despido de los colectivos de mujeres protegidos por la Directiva, en el sentido de exigir la concreción de tales criterios, ni ha extendido tal reforzamiento del principio de causalidad a otras decisiones empresariales de selección de trabajadores en reestructuraciones que no se salden con pérdida de empleo.

La nueva referencia legislativa asume expresamente, si bien aplicada exclusivamente a los colectivos de trabajadores tutelados por la nulidad objetiva, la línea interpretativa que proponemos *de lege ferenda*, para limitar, expresamente desde la ley y en beneficio de la seguridad jurídica, la facultad de designación por el empresario de los trabajadores afectados por una alteración sustancial del contrato de trabajo. Pese a la indefinición legislativa, la redacción del art. 53.4 ET debe entenderse referida, no a todos los despidos objetivos, sino exclusivamente a los despidos objetivos que, por la causa que los justifica, son inherentes a la empresa y presuponen por ello una facultad de selección empresarial de los trabajadores finalmente afectados; de otro lado, el precepto reformado expresa la opción legislativa de seguir fortaleciendo los supuestos legales de nulidad objetiva en este tipo de despidos por necesidades empresariales, mediante el reforzamiento de la exigencia de proporcionalidad de la medida extintiva, en la finalidad de mitigar el coste social de la afectación de ciertos colectivos de trabajadores vinculados con derechos constitucionales.

En la opción legal, la nulidad objetiva se reforzaba, con anterioridad a la reforma, frente a la categoría de nulidad “no objetiva” mediante la exoneración de la prueba de indicios al trabajador y la imposibilidad de calificación de improcedencia, otorgando un grado superior de tutela al trabajador<sup>42</sup>. Además, la nueva configuración del principio de causalidad, al extender la exigencia probatoria al empresario para justificar la procedencia de la decisión, constituye, en último término, una prioridad de mantenimiento en el empleo a favor de los colectivos de trabajadores que han ejercido derechos legales de conciliación, de

<sup>42</sup> Vid., Murcia Clavería, A., “El despido: tipología y regulación” en *AAVV, Lecturas de Derecho español e italiano/ Letture di diritto del lavoro spagnolo e italiano*, (Valdés Dal-Ré, F.; Perulli, A., dirs.), Tirant lo Blanch/G. Giappichelli Editore, Valencia/ Torino, 2019, p. 368-369, donde justifica la nulidad objetiva del despido en la aplicación del derecho constitucional al trabajo ex art. 35 ET; mientras la nulidad “subjettiva” es la consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce.

las trabajadoras embarazadas o víctimas de violencia de género, frente a otros trabajadores no protegidos por la norma, en las decisiones empresariales de extinción por necesidades de empresa. La protección supone reforzar la exigencia de proporcionalidad de la motivación de la decisión extintiva, de modo que no basta con justificar su razonabilidad ponderada desde la perspectiva de la productividad empresarial matizada con el respeto al derecho colectivo al empleo, sino que, además será preciso justificar que la designación ha de recaer concretamente en los trabajadores protegidos y no en otros, no protegidos por la norma. De no justificarse tal extremo la decisión no sería calificada de procedente y, al no caber la posibilidad de improcedencia, devendría *nula*.

De este modo, la distribución de la carga probatoria, en la tutela legal de la nulidad objetiva dispuesta para los despidos por causas de funcionamiento de la empresa, ofrece una protección a estos colectivos de trabajadores vulnerables que se equipara a la otorgada, según interpretación jurisprudencial, a la protección legal de los representantes de los trabajadores en este tipo de decisiones empresariales, en las que la ley limita la facultad empresarial de selección mediante su prioridad de permanencia. Según consolidada jurisprudencia, la garantía reconocida a los representantes de los trabajadores en el art. 68.b) ET, de un lado, presuppone que sólo opera en los supuestos de decisiones empresariales que afectan a un puesto de trabajo<sup>43</sup> que se desempeña por varios trabajadores, en cuanto sólo en este caso se puede establecer algún tipo de prioridad o permanencia<sup>44</sup>; de otro, la decisión empresarial debe afectar al puesto de trabajo ocupado por el representante, sin ser necesario que la decisión colectiva afecte a todos los trabajadores<sup>45</sup>. Partiendo de estos fundamentos, la prioridad de permanencia en la empresa de los representantes no implica la absoluta inmunidad del mismo respecto a decisiones organizativas que puedan ser razonables y proporcionadas; en otro sentido, sí exige al empresario que justifique, en su decisión extintiva final, la afectación de

<sup>43</sup> Ante la dificultad interpretativa para identificar el puesto de trabajo en cuyo marco puede ejercerse la garantía de prioridad nos decantamos por la noción legal de *puesto de trabajo de igual valor* que la nueva redacción del art. 28.1 ET dada por el RDL 6/2019 de 1 de marzo identifica al establecer que “ *Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes*”

<sup>44</sup> STS de 27 de julio de 1989 (RJ 1989/5926)

<sup>45</sup> STS de 11 de noviembre de 1987 (RJ 1987/7850), donde se fundamenta que “ es lógico que si quedan afectados varios trabajadores, los representantes sindicales tengan preferencia para continuar en la empresa no así cuando es sólo uno el puesto a amortizar, pues si dicha amortización afecta al puesto ocupado por un representante sindical, la aplicación del privilegio que supone el mencionado art. 68.b) ET, aparte de atentar al correcto funcionamiento de la empresa, supondría una vulneración del art. 14 CE”



los trabajadores con prioridad de permanencia frente a otros que no la tengan<sup>46</sup>. En otro caso, según el art. 124.13 LJOS, la consecuencia es la calificación de nulidad, con independencia de que la prioridad se determine por ley, Convenio colectivo o acuerdo en el periodo de consultas.

En los términos de la reforma, el refuerzo legal de la proporcionalidad en la justificación de la medida no alcanza ni a los trabajadores despedidos por razones empresariales que asumen responsabilidades familiares, pero que no han ejercido derechos de conciliación ni, tampoco, al ejercicio de facultades de flexibilidad interna. En estos últimos dos supuestos, la valoración de su designación, para justificar la legitimidad de la decisión empresarial, se mueve en el terreno del estricto control de la motivación referida a las necesidades empresariales en la que se fundamenta la decisión de gestión y, en el cumplimiento de los requisitos formales. En contrario, no resulta legalmente exigible, para concluir en la calificación de procedencia, entrar a valorar la justificación de la selección de los concretos trabajadores afectados frente a otros trabajadores no afectados por la decisión empresarial, que no se tutelan legalmente, por no pertenecer al colectivo protegido por el motivo discriminatorio.

Dicho de otro modo, en la nueva ordenación legal de la nulidad del despido por necesidades empresariales por lesión de derechos fundamentales, para los supuestos específicos de vulneración del principio de no discriminación que no se protegen con la nulidad objetiva, la carga probatoria que se exige al empresario para descartar los indicios de discriminación no comporta justificar que la decisión empresarial extintiva debe afectar necesariamente a los trabajadores protegidos por el criterio discriminatorio frente a los que no lo están. Ello no supone eximir al empresario de la superación del juicio de proporcionalidad, que exige probar que su decisión es razonable, en cuanto supera el juicio de idoneidad, y proporcionada, por imprescindible para el mantenimiento de la unidad productiva, sin provocar sacrificios innecesarios en el empleo, aunque no se exija justificar la imprescindible afectación de los trabajadores protegidos por la tutela antidiscriminatoria. No obstante, esta actividad probatoria no estaría exenta de justificar la ponderación de derechos individuales de los trabajadores como parte integrante, en interpretación jurisprudencial, de la estructura compleja del juicio de proporcionalidad, que exige al empresario adoptar medidas adecuadas para evitar un sacrificio excesivo en el derecho individual del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo. De constatarse, podría derivar en la improcedencia de la decisión extintiva. De contrario, si los hechos se sitúan en un supuesto de nulidad objetiva, al estar cerrada la posibilidad de que la decisión fuera injustificada, nos situaría en los efectos de la nulidad.

<sup>46</sup> STS 95/2018 de 6 de febrero (RJ 2018/890).



En definitiva, la nueva redacción del art. 53 ET pone en evidencia que el legislador, al tutelar los derechos fundamentales en la relación laboral, específicamente el principio de no discriminación, asume una interpretación del control de proporcionalidad de las decisiones organizativas del empresario que no abarca en toda su extensión el juicio de “imprescindibilidad” que el TC incorpora a su doctrina<sup>47</sup>. Si así hubiera sido, se hubiera presupuesto legalmente que la prueba sobre la imprescindible afectación de los colectivos protegidos por el criterio no discriminatorio ya forma parte del juicio de proporcionalidad, con el que se enjuicia la lesión de, en general, los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>48</sup>, con independencia de que estén o no tutelados por la calificación legal de nulidad objetiva. Tal opción legislativa hubiera exigido trasladar, a modo de cláusula general en el mismo art. 4 ET que reconoce los derechos básicos de los trabajadores en la relación laboral, la doctrina del TC sobre el juego de los derechos fundamentales cuando se ejercen facultades empresariales en el ejercicio de la libertad de empresa.

El colectivo de los trabajadores con responsabilidades familiares resulta ser especialmente vulnerable frente al ejercicio por el empresario de sus facultades de variación sustancial del contrato, fundamentalmente si implica una alteración en la distribución del tiempo de trabajo. Situados en la doctrina constitucional que vincula la asunción de responsabilidades familiares al principio de no discriminación por razones familiares (STC 26/2011 de 14 de marzo), y *con independencia del ejercicio de derechos de conciliación*, el principio de no discriminación se configura como límite general para el ejercicio de los poderes del empresario que, en el contexto de una visión amplia, exige al empresario no sólo la supresión de diferencias de trato que no se encuentren justificadas en criterios objetivos y razonables, sino también la actitud de potenciar la igualdad de los colectivos discriminados, para conseguir la equiparación de trato eliminando situaciones fácticas de discriminación. La tutela de este colectivo, creemos, debe encauzarse aplicando toda la problemática que implica la limitación de los poderes del empresario por el principio de no discriminación.

Dicho de otro modo, la ordenación legal de la tutela de los trabajadores con responsabilidades familiares nos sitúa en la órbita de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el respeto del principio de no discriminación por razones

<sup>47</sup> Vid., entre otras, STC 98/2000, de 10 de abril.

<sup>48</sup> La noción de “imprescindibilidad” se ha asumido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional como único fundamento de la posible limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores, así en STC 90/1999. Asumiendo esta tesis, para solucionar el conflicto entre los poderes empresariales de organización del trabajo en la empresa y los derechos fundamentales de los trabajadores, vid., Valdés Dal-Ré, F., “Contrato de trabajo, Derechos Fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia” RL, 2003, Tomo II, pp. 99-102.

familiares. Aplicando la doctrina del intérprete de la Constitución, y asumiendo la posición defendida en este trabajo sobre la amplitud del “juicio de imprescindibilidad” en la tutela de los derechos fundamentales, el empresario vulnera el principio de no discriminación si descarta decisiones alternativas que permitan satisfacer el interés empresarial y resulten menos agresivas para el derecho en conflicto; en otro caso, la decisión organizativa empresarial respeta el derecho fundamental, en cuanto el sacrificio del interés del trabajador es indispensable y absolutamente necesario para satisfacer el interés empresarial sin que quepan medidas de gestión alternativas (STC 98/2000 de 10 de abril). Proyectando esta construcción de la tutela de los derechos fundamentales sobre los conflictos que nos ocupan, para justificar una decisión de MSCT que afecte a los trabajadores con responsabilidades familiares, además de probarse la racionalidad, aunque ponderada, desde la perspectiva de la productividad empresarial, es necesario justificar que deba afectar necesariamente a los trabajadores que asumen tales responsabilidades, por resultar imprescindible para el correcto funcionamiento de la organización productiva, sin que, razonablemente, pueda solucionarse por otras vías diferentes. En otro caso, se ejerzan o no derechos de conciliación, y pese a que el legislador no ha trasladado expresamente a la flexibilidad interna la nueva ordenación de la carga probatoria prevista para los supuestos legales de nulidad objetiva de los despidos por causas empresariales del art. 52 ET, la solución debería ser, según defendemos, la nulidad de la decisión empresarial modificatoria, sin perjuicio de que la tutela se deba otorgar, según se ejerzan o no derechos de conciliación, respectivamente, bien por la vía de la nulidad objetiva o, bien, por el cauce de la prueba de indicios.

### **3. LA PONDERACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO EN LA DECISIÓN EMPRESARIAL MODIFICATORIA AL SERVICIO DE PREVENIR LA DESTRUCCIÓN DE EMPLEO A INICIATIVA DEL EMPRESARIO**

Los colectivos de trabajadores más vulnerables a los cambios en su relación laboral quedan tutelados por el legislador laboral en cuanto el art 41, en todos los supuestos modificativos previstos en el listado legal, salvo si afectan al sistema de trabajo y rendimiento<sup>49</sup>, habilita, a la extinción indemnizada<sup>50</sup> del contrato de

<sup>49</sup> La reforma laboral de 2012, como justifica en su exposición de motivos en aras a la flexi-seguridad que persigue, amplía los supuestos de extinción indemnizada vía art. 41 ET a las modificaciones en sistema de remuneración y cuantía salarial y funciones si exceden los límites del art. 39 ET.

<sup>50</sup> Según posición unánime de la jurisprudencia, la extinción requiere previa prueba del perjuicio por el trabajador vía judicial, en caso de conflicto con el empresario, debiendo el trabajador permanecer en su puesto de trabajo hasta la resolución del procedimiento. De no existir conflicto

trabajo por el trabajador<sup>51</sup>, sin necesidad de acudir a la vía judicial, en la medida en que pruebe resultar perjudicado por tales decisiones empresariales<sup>52</sup>. En caso de que la modificación cause un perjuicio más lesivo, por haberse producido un incumplimiento grave del empresario o se cause perjuicio a su dignidad, siempre que la modificación se realice sin seguir los trámites del art. 41 ET, el trabajador afectado por el cambio puede extinguir el contrato acudiendo a la vía prevista en el art. 50 ET, que exige la resolución judicial, impuesta con carácter constitutivo de estimarse la pretensión del trabajador<sup>53</sup> y equipara la indemnización a percibir a la que hubiera correspondido en caso de despido improcedente<sup>54</sup>. De este modo,

con el empresario sobre los perjuicios causados, la extinción se produce sin necesidad de acudir a la vía judicial. La indemnización legal se cifra en 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades (art. 41.3 ET). Ante la ausencia de mención legal, parece oportuno exigir que la comunicación se condicione a la forma escrita a efectos probatorios teniendo en cuenta las grandes posibilidades existentes en relación a que esta opción extrajudicial se convierta en judicial por falta de reconocimiento empresarial; así, vid. Bejarano Hernández, A., *Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 17

<sup>51</sup> Vid., Alameda Castillo, M<sup>a</sup> T; Blázquez Agudo, E., “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo (1).”, *Trabajo y Derecho*, nº 14, 2016, pp. 4-5, donde se plantean propuestas de revisión del orden normativo del art. 41 ET para situar la institución en la salvaguarda de los derechos de los trabajadores, así la incorporación al régimen legal de eventuales compensaciones para el trabajador que ha visto alterada sustancialmente su relación laboral pero que quiere permanecer en la empresa.

<sup>52</sup> Vid., ampliamente Blázquez Agudo, E, *Vías de reacción del trabajador frente al supuesto de modificación sustancial de sus condiciones de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2014, que plantea una evolución de la institución de la modificación sustancial de las condiciones laborales, en garantía del trabajador, para eliminar la previa demostración del perjuicio causado para acceder a la rescisión indemnizada, bastando la simple existencia de la alteración sustancial de las condiciones de trabajo acordadas por las dos partes y alteradas unilateralmente por una de ellas. De no probarse tal perjuicio, la vía para resolver el contrato por estar el trabajador disconforme con la modificación sufrida será la extinción por dimisión sin derecho a indemnización ((art. 49.1.d ET); vid, en este sentido, Bejarano Hernández, A., *Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 15-17

<sup>53</sup> Es opinión unánime en la doctrina que el art. 50 ET es la traslación al ámbito laboral del art. 1124 CC que concede al contratante cumplidor frente al incumplidor la facultad genérica de exigir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, con el resarcimiento de daños y el abono de los intereses en todo caso. Vid. González De Patto, R.M., *La dimisión provocada. Configuración y régimen jurídico del art. 50 del Estatuto de los trabajadores*, Comares, Granada, 2009, pp 36-37, para quien, la culpabilidad no es en ningún caso ingrediente del incumplimiento resolutorio sino que igual que en la resolución civil, opera conforme a un criterio rigurosamente objetivo.

<sup>54</sup> Vid., Toscani Giménez, D., “Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo”, AL, nº 21, 2012, p. 17, quien aboga por que, la eliminación con la reforma de 2012 de la facultad de rescindir el contrato al amparo del art. 50 ET cuando la modificación perjudique la dignidad del trabajador, a pesar de ser conforme al art. 41 ET, resulta injustificada e incluso podría argumentarse inconstitucional, al primarse las facultades de dirección y organización empresarial frente a los derechos fundamentales del trabajador.

la designación de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, con ser trascendente a los efectos de situar la MSCT en la órbita de la ponderación que exige su justificación, tiene otra lectura que remite a la posible utilización empresarial de este instrumento como vía de escape al régimen del despido, para forzar la extinción indemnizada de los trabajadores perjudicados por las decisiones empresariales. Con independencia de que estas extinciones se produzcan por voluntad del trabajador, no puede desconocerse la existencia de una previa decisión empresarial de reestructuración que las condiciona. Así, introducir garantías para proteger a los trabajadores vulnerables bien puede considerarse, como proponemos, una vía adecuada para reforzar la proporcionalidad en las MSCT coherentemente con el modelo social constitucional y, a la vez, situar tal facultad empresarial de flexibilidad interna como instrumento alternativo de la destrucción de empleo a iniciativa del empresario, en cuanto finalidad expresamente confesada por el legislador para justificar el fortalecimiento del poder empresarial en la relación laboral. En último término, con tal previsión, el modelo de flexibilidad interna resultaría coherente con el modelo europeo efectivo y global de reestructuración empresarial.

Cuando el empresario comunica a sus trabajadores una decisión de alteración sustancial de su contrato, éstos pueden optar entre aceptar las nuevas condiciones laborales o, en caso de probar perjuicios ocasionados por la decisión empresarial, extinguir la relación laboral en los términos previstos en el art.41.3.2 ET (o del art. 50.2 ET, si el empresario lesiona los derechos fundamentales del trabajador o, de cualquier otro modo, incumple gravemente sus obligaciones contractuales). En las decisiones de modificaciones sustanciales de trabajo, el empresario altera unilateral y sustancialmente lo pactado inicialmente con el trabajador, incidiendo en su esfera jurídica al desaparecer el margen de seguridad que inicialmente le ofrecía el pacto<sup>55</sup>. Por ello, el empresario está limitado, al efectuar dichos cambios, a precisar la concurrencia de una causa económica, técnica, organizativa o productiva y, por esa misma razón, no puede serle exigido al trabajador perjudicado el mantenimiento de su relación laboral, permitiéndole el ordenamiento jurídico extinguir unilateralmente y de manera indemnizada el contrato de trabajo<sup>56</sup>. Si el trabajador opta por la extinción indemnizada, lo hará

<sup>55</sup> Vid. Román De La Torre, M.D., “*Poder de dirección y contrato de trabajo*”, Grapheus, Valladolid, 1992, p. 98.

<sup>56</sup> Vid. Santiago Redondo, K. M., “Movilidad geográfica”, en AAVV, *La reforma del Mercado Laboral*” (dir. Valdés Dal-Ré, F.), Lex nova, Valladolid, 1994, p. 348. Así mismo, vid. alguna jurisprudencia pionera en este planteamiento, así la Sentencia del TS, de 9 de junio de 1987 (Ar 4318), que pone de relieve la razón por la que ante una modificación sustancial del contrato de trabajo efectuada por el empresario en base al art. 41 ET, no puede serle exigido al trabajador el mantenimiento de la relación laboral, en cuanto la citada modificación “deja al trabajador en la

forzadamente porque su decisión deriva directamente del daño que objetivamente le causa la introducción unilateral por el empresario de unos cambios en sus condiciones laborales que, por otro lado, desbordan lo pactado contractualmente<sup>57</sup>. De todo resulta que, estos supuestos extintivos, son una consecuencia directa del ejercicio por el empresario de un poder modificativo que desemboca en una extinción del contrato por voluntad libre del trabajador, pero provocada de manera muy determinante.

Las anteriores reflexiones nos conducen a determinar que estas decisiones empresariales, en realidad, lo que hacen es forzar al trabajador a aceptar la modificación de las condiciones laborales, bajo el apercibimiento implícito de que en caso contrario perderá su empleo. El esquema del art 41 ET desemboca en una especie de denuncia modificativa<sup>58</sup>, en cuanto a que el resultado que se produce es el mismo, aunque formalmente no se plantea como tal<sup>59</sup>. Ello es así dado que, legalmente se configura la modificación como un negocio unilateral recepticio que no requiere el concurso del consentimiento del trabajador y, de otro lado, porque en caso de producirse la no aceptación de tales cambios, la extinción se produce por la voluntad unilateral del trabajador, por lo que no es constitutiva de despido en sentido técnico-jurídico.<sup>60</sup>

En cualquier caso, la argumentación expuesta nos acerca a una conclusión relevante para nuestro estudio. No procede olvidar que, en la denuncia modificativa, la decisión empresarial de despedir al trabajador, si no consiente en la modificación de condiciones laborales pretendida, forma parte de un proyecto único empresarial de reestructurar la plantilla por necesidades de funcionamiento de la empresa. Salvadas las diferencias puestas ya de relieve, la decisión empresarial de modificar unilateralmente el contrato de trabajo, siguiendo el procedimiento

imposibilidad de continuar con las mismas actividades que hasta ese momento venía desarrollando en su desenvolvimiento vital”, comportando la exigencia de mantenimiento de la relación laboral “la imposibilidad de consumir otras prestaciones”.

<sup>57</sup> Vid. Cruz Villalón, J., “El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, RL, nº 17-18, 1994, p. 159

<sup>58</sup> Cfr. Cruz Villalón, J., “El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, RL, nº 17-18, 1994, p.159. Vid., asumiendo esta asimilación, García Murcia, J., “Traslado y desplazamientos en la empresa. El artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 52; Pérez De Los Cobos Orihuel, F., “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, RL, 1996, Tomo II, p. 361.

<sup>59</sup> “Negocio jurídico mixto, por el que el empresario a un mismo tiempo ejercita su facultad de resolución unilateral del contrato de trabajo y, de forma coetánea, formula al trabajador una propuesta de conservación de la relación laboral, si éste acepta modificar las condiciones de cumplimiento de la prestación debida”

<sup>60</sup> Sobre estas argumentaciones, vid. Cruz Villalón, J., “El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, RL, nº 17-18, 1994, p. 159.

previsto en el art. 41 ET, condiciona al trabajador a aceptar tales cambios si quiere conservar su empleo que, en otro caso, perderá en virtud de una decisión unilateral indemnizada adoptada por él mismo, produciéndose todas estas decisiones dentro de un contexto de reestructuración empresarial derivado de la concurrencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o productivas. Las extinciones, al producirse en un contexto de reestructuración del trabajo en la empresa, encuentran su causalidad en las mismas razones que justifican la adopción por el empresario de los cambios sustanciales que, a su vez, provocan de manera determinante la extinción de la relación laboral por el trabajador. Consecuentemente, el montante indemnizatorio en estos supuestos extintivos trata de compensar los perjuicios que sufre el trabajador al introducirse por el empresario, en base a la concurrencia de razones económicas, técnicas, organizativas o productivas, unos cambios que alteran sustancialmente lo pactado y que, además, se presuponen idénticos a los que derivan de una decisión empresarial extintiva por las mismas causas<sup>61</sup>. Tal es el fundamento que justifica la equiparación legal de la cuantía indemnizatoria en estas extinciones por voluntad unilateral del trabajador y la prevista para los despidos por necesidades de funcionamiento de la empresa<sup>62</sup>, siendo sensiblemente inferior a la que corresponde a las resoluciones del contrato por el trabajador derivadas de incumplimientos contractuales del empresario, donde la justificación de la cuantía indemnizatoria radica, precisamente, en los perjuicios derivados al trabajador de tales incumplimientos empresariales<sup>63</sup>.

Así las cosas, la iniciativa empresarial en la terminación de la relación laboral es el elemento clave para la construcción de un modelo de reestructuración

<sup>61</sup> El art. 22 LRL establecía expresamente esta equiparación al regular la indemnización correspondiente en las resoluciones por voluntad del trabajador con ocasión de un traslado, al prever una indemnización similar a la de la extinción por causas económicas o tecnológicas.

<sup>62</sup> La indemnización que corresponde legalmente en los despidos empresariales se cifra en 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades (arts 51.4 ET y 53.1.b) ET). Esta indemnización coincide plenamente con la prevista para la extinción unilateral del contrato por el trabajador que no acepta una decisión empresarial de traslado (40.1.3º), siendo sensiblemente inferior (20 días por año trabajado con un máximo de 9 mensualidades), en los supuestos extintivos producidos por la no aceptación por el trabajador perjudicado de una modificación sustancial del contrato relativa a jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo y trabajo a turnos y funciones cuando excedan de los límites de la movilidad funcional (art.41.3.2º ET). Vid., Albiol Montesinos, I., “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, *Revista de Trabajo*, 1989, nº 93, pp. 39-40, que justifica esta pequeña diferencia en el montante indemnizatorio en la inercia legislativa, dado que la LRL equiparaba las indemnizaciones únicamente en los despidos y traslados, y a que los perjuicios derivados de una decisión empresarial de traslado son de mayor entidad y más evidentes que los que derivan de otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo que son más genéricos y subjetivos.

<sup>63</sup> La indemnización prevista en las resoluciones del contrato de trabajo por voluntad del trabajador en los supuestos de incumplimientos contractuales del empresario, es de 33 días de

empresarial en el marco de un enfoque global y alineado donde las decisiones empresariales de modificaciones sustanciales se engarzan como una alternativa al despido o, dicho en mejores términos, como instrumento de gestión empresarial preventivo de la pérdida de empleo a iniciativa del empresario. Contemplar estas extinciones por voluntad del trabajador, pero a iniciativa empresarial, desde esta perspectiva amplia de los procesos de reestructuración empresarial sirve para insistir en la trascendencia de reforzar la proporcionalidad en la motivación de las decisiones de modificación sustancial del contrato, mediante la garantía del derecho al trabajo ex art. 35 CE como estabilidad en el empleo cuando el empresario designa los trabajadores afectados por su decisión. Ello, como abordamos en la parte previa, para proteger el excesivo coste social que supone seleccionar a determinadas categorías de trabajadores con anclaje constitucional; aunque, también, si se quiere situar la gestión flexible del trabajo en la empresa como un modelo de organización del factor trabajo equilibrado, que permita a la empresa la adaptación a la evolución de la economía, pero sin descuidar la defensa del empleo.

El equilibrio del modelo de gestión que proponemos se salvaguarda, de un lado, porque pondera el derecho al trabajo de los trabajadores designados y, de otro, porque integra la alteración sustancial como un instrumento de gestión alternativo a la destrucción de empleo, en sentido amplio y por iniciativa del empresario, ya sea mediante despidos o extinciones finalmente materializadas por voluntad del trabajador. En otro caso, situar las alteraciones sustanciales del contrato al margen de las exigencias del Estado social y, en definitiva, de espaldas a la tutela del derecho constitucional al trabajo, favorece la configuración de la institución de la alteración sustancial del contrato como una estrategia empresarial desequilibrada, que facilita la destrucción de empleo por voluntad del trabajador, pero atribuible a su responsabilidad, sin tener que recurrir a las limitaciones de los despidos por necesidades empresariales.

salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades, es decir, la que corresponde en los supuestos de despido improcedente (art. 50.2 ET). El precepto regula los denominados “despidos indirectos” donde la indemnización es la típica de daños y perjuicios por incumplimiento del empresario de sus obligaciones contractuales, porque lo que en definitiva solicita el trabajador es que se reconozca que el empresario ha creado una situación de despido que no expresa. Sobre este fundamento de la indemnización, vid. Alonso Olea, M., “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, RPS, nº 126, 1980, p. 144; Albiol Montesinos, I., “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, Revista de Trabajo, nº 93, 1989, p. 21; González De Patto, R.M., *Resolución del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial y procedimiento concursal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2010, p.71, para quien el mayor alcance cuantitativo de la indemnización tiene un componente sancionador del incumplimiento en sí mismo consumado a resultas de la falta de diligencia mostrada por el empresario en el ejercicio de sus facultades organizativas.



Así, estas extinciones del contrato de trabajo por voluntad unilateral del trabajador, derivadas de la no aceptación de modificaciones sustanciales de condiciones laborales, se manifiestan como la última consecuencia de un único proyecto empresarial de reestructurar el trabajo en la empresa, por la concurrencia de causas relativas al funcionamiento de los factores productivos<sup>64</sup>. Esto es, se realizan en interés de empresa, siendo el empresario el último responsable de la finalización de la relación laboral, al producirse directamente por su previa iniciativa. Esta argumentación<sup>65</sup> ha terminado imponiéndose en la jurisprudencia<sup>66</sup> y en la legislación de Seguridad Social hasta el punto que, el ordenamiento jurídico no considera esta decisión de finalizar la relación laboral, como un cese voluntario en el empleo, reconociendo al trabajador el derecho al percibo de la prestación de desempleo (art. 267.1.a.5º TRLGSS)<sup>67</sup>. Así mismo, este discurso ha quedado finalmente sentenciado por el TJUE<sup>68</sup>, que asume la conclusión alcanzada en la configuración de estos supuestos extintivos por voluntad unilateral del trabajador, para incluir estas extinciones en el ámbito de aplicación de la Directiva comunitaria 98/59 sobre despidos colectivos<sup>69</sup>. Posición, por otro lado coherente con el Convenio 158 OIT<sup>70</sup>, que parece acoger esta misma interpretación, al referir la tramitación del procedimiento previsto en el capítulo III para las extinciones de la relación laboral a iniciativa del empleador por necesidades de funcionamiento

<sup>64</sup> Vid Cruz Villalón, J., “El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, RL, nº 17-18, 1994, p. 159

<sup>65</sup> Vid., ampliamente, Alonso Bravo, M., *Estrategias empresariales y extinción colectiva de los contratos de trabajo*, Reus, Madrid, 2008, pp. 69-120

<sup>66</sup> Así, la STS, de 24 de enero de 2017 (RJ/2017/927), asimilaba a un despido una extinción producida por voluntad del trabajador, como consecuencia de una decisión empresarial de movilidad geográfica en el marco de un proceso de reestructuración empresarial, a efectos de reposición de prestaciones. En materia de Seguridad Social, resulta interesante la STSJ Cataluña, Sala Social, de 24 de enero (Rec. nº 6785/2017), reconociendo el derecho a la jubilación anticipada por causas a él no imputables, a un trabajador que extingue su contrato de trabajo por no aceptar una modificación sustancial del contrato; a juicio de la Sala, tal decisión es equiparable al despido del art. 52.c ET (art. 207.1 TRLGSS), al producirse en un contexto de reestructuración empresarial y basada en causas económicas.

<sup>67</sup> Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE del 31 de octubre)

<sup>68</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2015, Asunto C-422/2014; STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-149/16 y STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16

<sup>69</sup> Directiva 98/59 CE, de 20 de julio de 1998. DOCE de 12 de agosto de 1998

<sup>70</sup> La Conferencia General de la OIT adoptó con fecha de 22 de junio de 1982 el Convenio nº 158 “sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador”. El citado Convenio se acompañó de la Recomendación nº 166. Ambos instrumentos son fruto de las deliberaciones que tuvieron lugar durante la 67 reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, celebrada en 1981. España ratifica el Convenio 158 por instrumento de ratificación de 18 de febrero de 1985 publicado en el BOE el 29 de junio de 1985. Desde entonces sus normas son obligatorias en el estado español.



de la empresa<sup>71</sup>, basado en la consulta del empleador con los representantes de los trabajadores y la notificación del despido a la autoridad laboral, a todas las terminaciones de la relación de trabajo “a iniciativa del empleador”, sin hacer referencia expresa a que tales extinciones deban llevarse a efecto por voluntad unilateral del empresario, frente a otras que únicamente fueran computables por proceder de la mera iniciativa empresarial.<sup>72</sup> El TJUE se pone en conexión con las referencias recíprocas que existen entre la ordenación normativa de los despidos colectivos en el ámbito de la OIT y la UE<sup>73</sup>.

Con esta interpretación, el TJUE se inserta en la concepción de los procesos de reestructuración empresarial en el ámbito de la UE que, como explicábamos en otra parte de este trabajo, se ha ido construyendo mediante la proliferación de instrumentos de soft-law. A través de esta vía se ha diseñado un modelo productivo en Europa basado en la gestión previsoras del cambio permanente de las empresas y con preferencia por los instrumentos de flexibilidad interna, compatibles con la seguridad en el empleo. A día de hoy, no existe en el ámbito social comunitario un nuevo acto normativo con finalidad armonizadora en materia de extinciones colectivas que asuma esta perspectiva previsoras en el tratamiento de las reestructuraciones empresariales, aunque estas manifestaciones de “soft-law” consistentes en instrumentos jurídicamente no vinculantes o de vinculación flexible, pueden estar apuntando hacia su transformación en normas jurídicas vinculantes<sup>74</sup>.

De momento, como decimos, esta perspectiva se ha asumido expresamente por la reciente jurisprudencia del TJUE aunque las instituciones comunitarias perdieron la oportunidad para incorporarla a la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos en el proceso de su elaboración. Cuando se procede a modificar la primera Directiva sobre despidos colectivos (Directiva 75/129/CE)<sup>75</sup> por la Directiva 92/56 CE<sup>76</sup>, su redacción definitiva rechazó la propuesta modificada

<sup>71</sup> El art. 4 Convenio n° 158 OIT establece que “no se pondrá término a la relación de trabajo a menos que exista para ello una causa relacionada con su capacidad o conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”

<sup>72</sup> A estos efectos, el art. 3 Convenio 158 OIT, establece que “a los efectos del presente Convenio las expresiones terminación y terminación de la relación de trabajo significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador”.

<sup>73</sup> Mut González, F. “La incidencia del convenio 158 OIT en materia de despidos colectivos”, RL, n° 3, 1994, p. 87

<sup>74</sup> Así, Valdés Dal-Ré, F., “Soft law, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, RL, Tomo I, 2005, p. 39, quien apunta que “no puede ni debe negarse la capacidad de algunas manifestaciones del soft-law (recomendaciones, por ejemplo) de anticipar futuras regulaciones cogentes, de actuar como criterios de interpretación de las reglas jurídicas vinculantes o de transformarse, a resultados de una aplicación reiterada, en normas vinculantes”.

<sup>75</sup> Directiva 75/129 del Consejo, de 17 de febrero de 1975. DOCE de 22 de febrero de 1975

<sup>76</sup> Directiva 92/56 de 24 de junio de 1992. DOCE de 26 de agosto de 1992

de la Directiva presentada por la Comisión, de acuerdo con el dictamen del Parlamento europeo y del dictamen del Comité Económico y Social<sup>77</sup>. Dicha propuesta de la Comisión pretendía modificar el elemento cualitativo del concepto comunitario de despido colectivo para que pasara a referirse a “toda rescisión del contrato realizada a iniciativa del empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”, como fórmula sustitutoria de la de “despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. Con este cambio, la Comisión planteaba la necesidad de extender las garantías de la Directiva a todos los supuestos de extinción que encontraran justificación en la necesidad de la empresa de suprimir puestos de trabajo.<sup>78</sup>

La doctrina del Tribunal europeo tiene dos consecuencias trascendentales para situar la legislación española en el marco de un modelo efectivo de gestión de las reestructuraciones empresariales global y preventivo<sup>79</sup>. De un lado, definitivamente se zanja la duda interpretativa sobre el posible cómputo de estas extinciones a voluntad del trabajador en el art. 51.1.4 ET a efectos de configurar un despido colectivo. Tales extinciones, como un sector de la doctrina ya adelantaba<sup>80</sup>, computan a efectos de alcanzar los umbrales numéricos del despido colectivo en cuanto, pese a materializarse por voluntad del trabajador con base en el art. 41.3.2 o 50.1 ET, son extinciones contractuales atribuibles a la responsabilidad del empresario, por ser a su iniciativa y por motivos de funcionamiento de la empresa.

<sup>77</sup> DOCE 8 de mayo. COM (92) 127 final.

<sup>78</sup> La modificación respondía al siguiente razonamiento contenido en la EM de la propuesta modificada de la Comisión: *“el Parlamento ha mostrado su preocupación por el hecho de que no se contemplen en este art. las rescisiones del contrato de trabajo que no adoptan la forma de un despido. Esta preocupación parece totalmente lógica, sobre todo teniendo en cuenta que el procedimiento de información y consulta de los trabajadores tiene por objeto precisamente evitar o reducir los despidos, lo que lleva consigo frecuentemente el uso a formas de extinción o suspensión de la relación laboral negociadas con los trabajadores y sus representantes (despidos negociados, jubilaciones anticipadas, etc.). La Directiva tiene por objeto no tanto las situaciones de despido en el sentido jurídico del término sino más bien las situaciones de supresión de puestos de trabajo”*.

<sup>79</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L., “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros), La Ley Unión Europea, nº 54, 2017, Editorial Wolters Kluwer, pp 19-21

<sup>80</sup> También optan por la inclusión de estas extinciones producidas en el marco de los arts 40 y 41 ET en el cómputo del art. 51.1.4 ET, entre otros, Cruz Villalon, J., “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas laborales*, nº 44, 1997, p. 55; Goerlich Peset, JM., “Los despidos colectivos”, *Comentarios a las leyes laborales, Borrajo Dacruz, E. (dir.)*, Tomo II, El Despido, EDERSA, Madrid, 1994, p. 128; Alonso Bravo, M., *Estrategias empresariales y extinción colectiva de los contratos de trabajo*, Reus, Madrid, 2008, p.118.

Pese a que la jurisprudencia resultaba vacilante sobre este extremo, algún pronunciamiento judicial se adelantaba a esta decisión del TJUE, en iguales términos interpretativos. Así, resulta interesante la STSJ nº 20 de Madrid, de 10 de enero de 1996, que utiliza los argumentos que estamos exponiendo para incluir en el cómputo una extinción por voluntad unilateral del trabajador, motivada por el rechazo de un traslado al argumentar que *“en principio, el tenor literal de art. 51.1 es muy claro, se computan las “extinciones” y el traslado con base a lo dispuesto en el art. 40 ET no es extinción. Pero no cabe duda, de que la decisión del empresario puede culminar en una extinción, bien porque el trabajador se acoja a lo dispuesto en el art. 40.1 ET y extinga el contrato con indemnización; bien porque el empresario, no reponga al trabajador en su puesto, una vez declarada la improcedencia de la medida y se extinga el contrato por resolución judicial. De este modo, y por idénticas causas el problema puede culminar en la materialización de extinciones por encima del umbral permitido por el art. 51 ET burlándose la ley (...); parece que lo razonable será computar tales extinciones, pues aunque sea el trabajador quien extingue o la resolución judicial a su instancia y no existe por lo tanto la “iniciativa del empresario” en el fondo la situación que genera la extinción es debida a la iniciativa empresarial”*. En idéntico sentido camina la jurisprudencia reciente del TS. Así, la STS de 14 de julio de 2017<sup>81</sup>, asimilando a los despidos, a efectos de cómputo para configurar numéricamente un despido colectivo, los ceses producidos por voluntad del trabajador a consecuencia de traslado o modificación sustancial del contrato de trabajo, en el marco de la interpretación del art. 51.1.4 ET.

De otra parte, donde la STJUE ha sido más innovadora e incisiva en la defensa del empleo, se evidencia al interpretar el art. 41 ET de conformidad al derecho comunitario, de modo que, las decisiones unilaterales del empresario de modificar sustancialmente el contrato de trabajo también se asimilan a los despidos a efectos de aplicar las garantías de la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos. Esto significa que, cuando la decisión modificativa del empresario afecte a un número de trabajadores que alcance los umbrales previstos en el art. 51.1 ET para configurar un despido colectivo, el empresario tiene que abrir el procedimiento previsto para tales despidos, con carácter previo a la comunicación de su decisión modificativa a los trabajadores. Tal conclusión se alcanza por el Tribunal europeo en el entendimiento de que, en un modelo de gestión de las reestructuraciones empresariales negociado, global y previsor, el empresario debe prever que su decisión pueda derivar en extinciones por voluntad del trabajador, pero atribuibles a su responsabilidad, por el contexto de reestructuración en el que se adoptan. A estos efectos habría que decidir si, atendiendo a

<sup>81</sup> STS de 14 de julio de 2017 (RJ/2017/4155).

la interpretación sobre este punto del TJUE<sup>82</sup>, los umbrales numéricos previstos en el art. 51.1 ET para configurar un despido colectivo, se alcanzarán tomando como referencia la unidad económica de la empresa, pero, también, la del centro de trabajo, si las extinciones se producen en el mismo centro cuando tiene una plantilla al menos de 20 trabajadores<sup>83</sup>. Recientemente, el TS en sentencia de 19 de noviembre de 2019<sup>84</sup> ha interpretado que los criterios de la Directiva de despidos colectivos, para determinar su ámbito de aplicación, no se aplican a las MSCT, por lo que el parámetro de referencia para determinar el número de trabajadores afectados por la modificación en un periodo de 90 días, que determina la naturaleza colectiva de la MSCT, es la empresa y no el centro de trabajo<sup>85</sup>.

Desde la perspectiva de transposición del derecho comunitario a la ordenación legal del procedimiento en las MSCT, el periodo de consultas en estas decisiones de reestructuración empresarial, aunque no impliquen pérdida de empleo, debe entenderse como el marco de desarrollo de un proceso negociador entre el empresario y los representantes de los trabajadores para, en la finalidad de evitar o disminuir las consecuencias negativas en el empleo, poder alcanzar un acuerdo sobre el alcance de la decisión y sus implicaciones sociales. Planteado el tema en estos términos, el proceso de negociación garantiza una participación equilibrada por parte del empleador y los representantes de los trabajadores, para impedir que la crisis de empresa se convierta en un conflicto abierto. En este contexto se legitima la posición de los representantes, tanto para recibir información sobre las circunstancias que determinan la aparición de la situación empresarial de crisis como, en su participación mediante la negociación, para valorar las medidas que eviten o limiten las consecuencias adversas que hayan de producirse, tanto para el empleo como respecto de los trabajadores afectados.<sup>86</sup>

El legislador español asume, en coherencia con la finalidad de la Directiva, la naturaleza negocial del periodo de consultas en las MSCT, que deberá estar presidido por el principio de buena fe (art. 41.4 ET). El TS justifica la necesidad de una interpretación judicial de este extremo, en cuanto que el legislador se

<sup>82</sup> Sentencia TJUE de 13 de mayo de 2015 (TJUE 2015,24). Asunto 382/13.

<sup>83</sup> Así lo ha interpretado TS en Sentencia de 6 de abril de 2017 (RJ/2017/2275) para los despidos colectivos asumiendo la doctrina del TJUE.

<sup>84</sup> STS de 19 de noviembre de 2019 (RJ 2019/5301).

<sup>85</sup> Interpretación que puede entenderse desconectada de la última doctrina del TJUE que, asumiendo una noción amplia y previsor de las reestructuraciones empresariales, interpreta que las MSCT se asimilan a los despidos colectivos a efectos de aplicar las garantías que establece la Directiva 98/59.

<sup>86</sup> González-Posada Martínez, E., “El despido colectivo, el ordenamiento español y la directiva 75/129”, *Revista de estudios europeos*, nº 1, 1992, p. 61.

refiere al deber de buena fe con una expresión legal de enorme generalidad, que no hace referencia, ni a las obligaciones que el deber comporta, ni a las conductas que pudieran vulnerarlo, aunque en su configuración no hay que olvidar que la previsión legal no parece más que una especificación legal del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo, así como a todo contrato (art. 1258 CC)<sup>87</sup>. Significativa resulta, a este efecto, la STS de 16 de julio de 2015<sup>88</sup>, que recopila la jurisprudencia del Tribunal sobre el deber de buena fe, antes y después de la reforma laboral de 2012, aunque sólo es tras la reforma laboral cuando las sentencias se refieren, específicamente, a las modificaciones sustanciales del contrato, incorporando los argumentos que, antes de la reforma, únicamente se circunscribían a los despidos colectivos.<sup>89</sup>

En términos generales, con relación al deber de Buena fe durante el periodo de consultas en procesos de MSCT (y también en los de despidos colectivos), de la jurisprudencia recurrente del TS sobre este extremo se desprenden las siguientes consideraciones:

1.-La naturaleza del deber legal que el art. 41.4 ET impone a los sujetos negociadores, en el desarrollo del periodo de consultas, es de buena fe negociadora. La interpretación se justifica en que la trascendencia que el legislador quiere dar al trámite previo del periodo de consultas, no es un mero trámite preceptivo, sino una verdadera negociación colectiva entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que, en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como aborde las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados. En la medida en que el precepto instrumentaliza la buena fe a la consecución de un acuerdo sobre tales extremos, que por otro lado son los que integran el contenido mínimo del periodo de consultas, se deja claro que la buena fe que se exige es la buena fe negocial, que, por otro lado, se impone de manera general por el art. 89.1 ET en el ejercicio de la negociación colectiva.

La asimilación del deber de negociar en el periodo de consultas a la buena fe negocial permite atraer la regla del art. 88.3 ET, según la cual las partes negociadoras podrían contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores que intervendrían con voz, pero sin voto. Tal posibilidad, prevista como facultativa por la Directiva sobre despidos colectivos<sup>90</sup>, resulta interesante para fortalecer la

<sup>87</sup> STS de 27 de mayo de 2013 (RJ 2013/7656); STS de 18- febrero de 2014 (RJ 2014/2239); 23de octubre de 2015 (RJ/ 2015/5449).

<sup>88</sup> STS de 16 de julio de 2015(RJ 2015/5750).

<sup>89</sup> STS de 16 de julio de 2015 (RJ 2015/5750). También significativa, a efectos recopilatorios, resulta la STS de 23 de octubre de 2015 (RJ 2015/5449).

<sup>90</sup> Art. 2.2 Directiva 98/59 CE que otorga a los estados miembros la facultad de disponer que

negociación colectiva en estas deliberaciones, en las que van a tener que interpretarse informaciones técnicas de naturaleza económica y financiera que, en ocasiones, pueden ser amplias y complicadas. Desde luego, la previsión legal de este extremo, si se impone como obligatoria y no meramente potestativa, para el supuesto de negociación con una comisión “ad hoc” integrada por trabajadores de la empresa elegidos en asamblea, constituye un elemento instrumental de primer orden para atenuar notablemente las debilidades que esta fórmula puede plantear para intentar alcanzar acuerdos de autocomposición de intereses en conflicto.

2.- El deber legal de Buena fe exige la aportación por el empresario de la documentación necesaria para que el periodo de consultas pueda cumplir su finalidad de intentar alcanzar un acuerdo sobre el contenido mínimo legal, a saber, las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados (41.4 ET). Mas tampoco hay en el texto legal imposición formal al respecto, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de información.<sup>91</sup>

3.- La Buena fe no comporta la obligación de convenir sino de intentar alcanzar un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Así, se trata de que los representantes de los trabajadores conozcan la intención empresarial y su motivación y puedan participar en la conformación de la decisión de gestión empresarial, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. Configurado el deber de buena fe de este modo, habrá que analizarse, en cada caso, el alcance de la posición empresarial y la manera en que han discurrido las negociaciones<sup>92</sup>

4.-La carencia de Buena fe está ligada a la ausencia de un verdadero periodo de consultas. La buena fe se aprecia cuando se cumplen los deberes de información, se producen numerosas reuniones y hay variación sobre las iniciales de la empresa<sup>93</sup>. De este modo, la ausencia de buena fe determina la no existencia de un periodo de consultas previo, que dará como resultado la calificación judicial de nulidad de la decisión empresarial de modificación de las condiciones de trabajo colectivas, por superarse los umbrales numéricos de trabajadores establecidos (art. 138.7 LJO).

los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos dada la complicación técnica de los asuntos a tratar.

<sup>91</sup> STS de 22-diciembre 2014 (RJ 2014/6792).

<sup>92</sup> STS 18-febrero de 2014 (RJ 2014/2239).

<sup>93</sup> STS de 21 de febrero de 2014 (RJ 2014/6792).

Dicho esto, la última jurisprudencia del TJUE permite también concretar el significado de la buena fe negocial, específicamente en el marco de una decisión empresarial que modifica sustancialmente las condiciones laborales, en cuanto según ha interpretado, el proceso negociador debe estar al servicio de limitar la pérdida de empleo a iniciativa de los trabajadores que tengan especiales dificultades en adaptarse a los cambios propuestos.

En una valoración conjunta de las interpretaciones jurisprudenciales del TS y del TJUE, para garantizar las exigencias de la buena fe negociadora en el proceso de negociación previo a una modificación sustancial de carácter colectivo, y a salvo de la documentación razonable que justifique la motivación de la decisión, para cumplimentar la obligación empresarial de aportar la documentación que exija el significado de consultas, creemos, se debe remitir, en todo caso, aquella que sirva a la identificación de los trabajadores de la empresa, de los afectados por la decisión con expresión de los datos que sirvan para su clasificación profesional y de los criterios utilizados para la selección. Esta información se exige expresamente para los despidos colectivos (art. 51.2 ET) y hay que entender que es indispensable para que la negociación en el periodo de consultas pueda derivar en propuestas constructivas, a fin de evitar daños innecesarios al empleo como finalidad esencial del trámite. La documentación resulta imprescindible para negociar, con vistas a reducir los efectos de la decisión, por disminuir el número de trabajadores afectados o seleccionar aquellos que puedan sufrir menos perjuicios en la adaptación a los cambios, así como para adoptar medidas de acompañamiento que compensen las consecuencias más negativas en el empleo, a través de una organización de las condiciones laborales.<sup>94</sup> La documentación referida es adecuada para facilitar, en el trámite de consultas, la ponderación de derechos de los trabajadores con relevancia constitucional con el objeto garantizar de un lado, la proporcionalidad de la justificación de la decisión del empresario y, con ello su procedencia y, además, a prevenir la pérdida de empleo a iniciativa del trabajador, que, según la nueva jurisprudencia del TJUE, es consustancial a la finalidad del periodo de consultas en las MSCT<sup>95</sup>.

Tal documentación sobre la acreditación de las causas, y sobre los criterios de selección utilizados para designar a los trabajadores afectados, consideramos, está al servicio de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, desde esta perspectiva, debería facilitarse, también, a los trabajadores afectados. Aunque tampoco existe previsión normativa al efecto, el objeto del proceso judicial, que eventualmente

<sup>94</sup> En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2017 (AS 2017/282).

<sup>95</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2015, Asunto C-422/2014; STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-149/16 y STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16.



se inicie por la acción del trabajador afectado, puede versar sobre preferencias atribuidas a otros trabajadores, que, según indica el art. 138. 2 LJOS, deberán de ser también demandados. De tal modo que dicha documentación facilitaría la aportación de indicios razonables de discriminación o, en su caso, de criterios objetivos de discriminación que, por efecto de inversión de la carga de la prueba y de no romperse por el empresario, justificarían la calificación de nulidad de la decisión empresarial. Tal no parece ser la doctrina del TS (Sentencia TS de 15 de marzo de 2016<sup>96</sup>) quien, aunque para las decisiones de despido individual de una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo, no exige al empresario la especificación de los criterios utilizados para la designación, ni los negociados, ni su concreción a los trabajadores afectados. Doctrina que puede estar contraviniendo la Directiva comunitaria 92/85, cuyo art. 10 ha sido interpretado por TJUE en sentencia de 22 de febrero de 2018 (asunto Porras Guisado), en el sentido de que se opone a la Directiva una normativa nacional sin comunicarle los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por una decisión empresarial organizativa, en ese caso concreto un despido, al que puede asimilarse cualquier decisión organizativa, en cuanto, si resultara discriminatoria por razón de género, atentaría contra la salud física y psíquica de las trabajadoras objeto de la Directiva.<sup>97</sup> La nueva redacción del art. 53 ET por el RD ley 6/2019, de 1 de marzo, que procede a incorporar en todos los supuestos de nulidad objetiva (no sólo en el despido de la trabajadora embarazada) la doctrina del TJUE, en cuanto a la justificación reforzada de la decisión empresarial en relación a otros trabajadores afectados por la situación empresarial, no reforma, en el sentido descrito, los requisitos formales exigidos a la carta de despido.

De otro lado, la nueva jurisprudencia del TJUE sobre las MSCT, vuelve a traer a primer plano la oportunidad de que el legislador opte por exigir, en la

<sup>96</sup> STS de 15 de marzo de 2016 (RJ 2016/994), admitiendo la validez de cartas de despido individuales en un procedimiento de despido colectivo que no especifiquen la razón concreta de designación por parte del empresario de la persona despedida. Ello sin perjuicio de que para evitar problemas de indefensión se pueda recurrir a diligencias preliminares para acceder por parte del trabajador a los criterios de selección aplicados al concreto trabajador. La doctrina podría chocar con la STJUE de 22 de febrero de 2018 (Asunto Porras Guisado) que determina que no cumple con la Directiva 92/85 una legislación nacional que no garantice que en el despido de una trabajadora embarazada se especifiquen los criterios que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido, lo que garantiza que la persona afectada conozca las causas que han justificado su selección para quedar afectada por la medida extintiva.

<sup>97</sup> Vid. Ballester Pastor, M<sup>a</sup> A, “El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada”, Revista Trabajo y Derecho, n<sup>o</sup> 45, 2018, p. 8, para quien la STJUE ha de interpretarse en el sentido de que no basta con que el empresario comunique los criterios objetivos de selección, sino que la tutela antidiscriminatoria exige que se incorporen en su carta “los criterios comparativos que permitan identificar las personas frente a las que pudiera tener mejor derecho”.



tramitación del procedimiento previo obligatorio ordenado en el art. 41.4 ET, como lo hiciera con anterioridad a la reforma de 2012 para los despidos colectivos<sup>98</sup>, la negociación de un programa empresarial de acompañamiento social, en el que las alteraciones sustanciales del contrato decididas por el empresario se acompañen de otras medidas laborales, encaminadas todas ellas, al objetivo último de compensar los desequilibrios producidos en los trabajadores finalmente afectados que integren colectivos especialmente vulnerables, como los que atiendan responsabilidades familiares, discapacitados o de más edad, en la intención de que el empleo no sufra sacrificios innecesarios y, en último término, para evitar pérdida de empleo a través de extinciones indemnizadas a iniciativa del empresario. Tal es, no debe desconocerse, la finalidad última que justifica la tramitación del procedimiento previo en este tipo de decisiones de flexibilidad interna. En definitiva, desde instancias europeas se insta al legislador español a apuntalar un modelo normativo de flexibilidad interna, en el marco de un enfoque negociado y preventivo de gestión empresarial, que se dirija a defender el empleo, más que a reparar económicamente su pérdida por mediar la iniciativa empresarial.

En una labor síntesis, las sucesivas reformas de la legislación laboral, al servicio de la lógica económica, adoptan una opción de política legislativa que trae como resultado una infravaloración del papel fundamental de la negociación colectiva, cual es, la composición equilibrada de los intereses enfrentados<sup>99</sup>. Las consecuencias, como acabamos de analizar, trascienden a la ordenación de un modelo de relaciones laborales desequilibrado, que no protege el empleo de los colectivos más vulnerables. Con tal dinámica legislativa, va de suyo un creciente incremento de los poderes empresariales y, así mismo, una dejación por parte de los poderes públicos del deber constitucional de potenciar la negociación colectiva, como instrumento para la composición ponderada de los intereses enfrentados en las relaciones de trabajo.

<sup>98</sup> Vid. Alonso Bravo, M., “El RD 801/2011, de 10 de junio por el que se aprueba el procedimiento para los expedientes de regulación de empleo: su contribución al reforzamiento de la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, RL, nº 8, 2012, pp. 58-59.

<sup>99</sup> Vid. Valdés Dal-Ré, F., “El sistema de fuentes del Derecho del Trabajo” en *AAVV, Lecturas de Derecho laboral e italiano/ Letture di Diritto del lavoro spagnolo e italiano*, (Valdés Dal-Ré, F.; Perulli, A., dirs.), Tirant lo Blanch/ G Giappichelli Editore, Valencia/ Torino, 2019, pp. 28-29.



---

# Informes y documentos



# MEMORIA DE LA NEGOCIACION COLECTIVA EN ANDALUCÍA EN 2019

## SITUACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA EN 2019

Al finalizar el año 2019 el número de convenios colectivos andaluces existentes en nuestra comunidad alcanzaba la cifra de 1.591 que afectan a 1.554.508 de personas trabajadoras y a 311.185 empresas, según los datos facilitados por las mesas negociadoras con ocasión del registro del convenio colectivo<sup>1</sup>.

Atendiendo a la diversa situación jurídica en la que se encuentre el convenio colectivo, podemos clasificar los convenios colectivos en convenios colectivos en vigencia expresa (convenios que se encuentran dentro de la vigencia expresada en el convenio- a su vez a efectos estadísticos los diferenciamos en primeros convenios, convenios originarios y convenios revisados<sup>2</sup>), convenios colectivos en prórroga tácita (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada pero que al no ser denunciados se prorrogan de año en año automáticamente), convenios colectivos en ultraactividad indefinida (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y se encuentran en ultraactividad hasta la firma del siguiente convenio), convenios colectivos en ultraactividad limitada (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y se encuentran en ultraactividad hasta una fecha determinada, normalmente un año desde la denuncia) y convenios colectivos con ultraactividad vencida (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y su ultraactividad ha traspasado su fecha de finalización, jurídicamente habrían decaído y se aplicaría el convenio superior si lo hubiese).

Con estas premisas el número de convenios colectivos en nuestra comunidad en vigencia expresa o prórroga tácita asciende a 1297 convenios colectivos que dan cobertura a 263.723 empresas y 1.285.428 trabajadores. Junto a ellos, 207 convenios más se encuentran en ultraactividad (26.523 empresas y 111.422

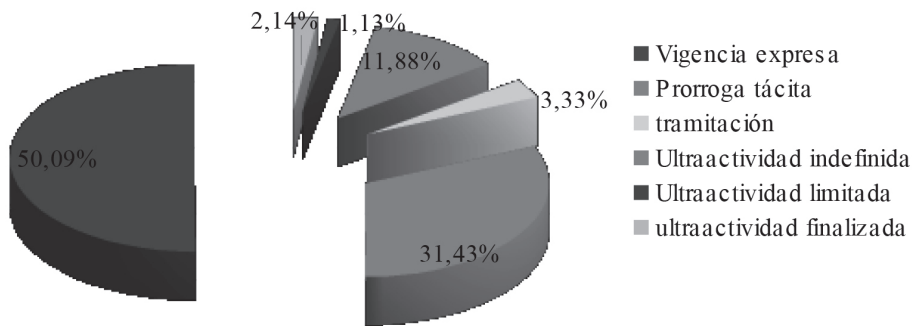
<sup>1</sup> A estos convenios colectivos habría de añadirse los convenios colectivos cuya vigencia inicial pactada finalizó antes de 2010, y que se encontrarían en ultraactividad prorrogada si fueron denunciados en su momento o en vigencia prórroga tácita si no lo fueron, excluidos por acuerdo de permanente a efectos estadísticos. En esta situación tenemos contabilizados 210 convenios colectivos que afectan a 2.350 empresas y 67.125 personas trabajadoras.

<sup>2</sup> Serían primeros convenios aquellos que se negocian por primera vez, convenios originarios aquellos que se firman en el año en curso pero traen causa de convenios anteriores, convenios revisados aquellos que se encuentran dentro de la vigencia inicial pactada pero en los años posteriores a su firma.

trabajadores) 53 convenios colectivos más se encuentran en tramitación ante la autoridad laboral. 34 convenios colectivos habrían finalizado su ultraactividad formalmente durante 2019.

Porcentualmente, el 50,09% de convenios está en vigencia expresa, el 31,43% en vigencia prorrogada tácitamente. El 11,88% de los convenios está en ultraactividad indefinida, el 1,13% está en ultraactividad limitada, un 2,14% ha finalizado su ultraactividad en 2019, el resto está en tramitación ante la Autoridad Laboral.

**Estado de convenios colectivos. Total**



Atendiendo al ámbito funcional de los convenios colectivos se distinguen convenios colectivos de sector<sup>3</sup> y convenios colectivos de empresa<sup>4</sup>. De forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. En nuestra comunidad, en 2019, el 10,62% de los convenios colectivos existentes (169) fueron convenios de sector, dando cobertura aproximadamente al 99,54% de las empresas (309.763) y al 88,34% de las personas trabajadoras (1.373.354).

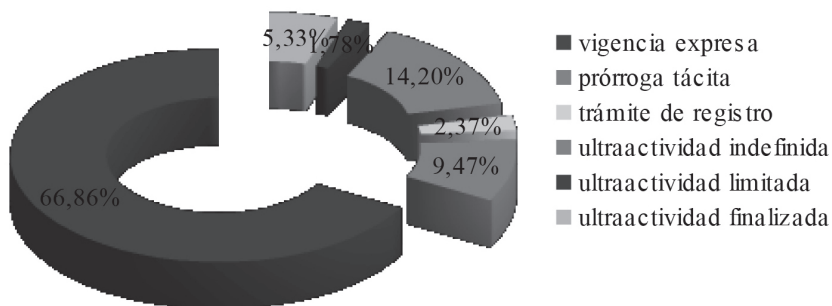
<sup>3</sup> Son convenios colectivos que dan cobertura a una pluralidad de empresas y personas trabajadoras dentro de un sector de actividad. Son negociados por los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas del sector en concreto.

<sup>4</sup> Son convenios colectivos que se aplican únicamente en la empresa que lo negocia. Se negocia por los representantes de los trabajadores en la empresa directamente con el representante de la empresa.

Estos convenios por tanto tienen un papel fundamental en orden a asegurar la mayor cobertura posible de empresas y personas trabajadoras. Dada la importancia cualitativa de estos convenios colectivos de sector, resulta pertinente realizar un análisis específico de los mismos.

El número de convenios colectivos de sector en nuestra comunidad en vigencia expresa o prórroga tácita ascendió en 2019 a 129 convenios colectivos que dan cobertura a 262.555 empresas y 1.145.085 trabajadores. Junto a ellos, 27 convenios más se encontraban en ultraactividad (26.343 empresas y 81.739 trabajadores) 4 convenios colectivos más se encontraban en tramitación ante la autoridad laboral. 9 convenios colectivos han finalizado su ultraactividad durante 2019, industria del vidrio de Sevilla, que pasa a integrarse en el convenio estatal, despejándose la inseguridad jurídica que hasta la fecha existía entre la aplicación del convenio provincial que se encontraba desfasado salarialmente respecto al convenio estatal. El resto siguieron las negociaciones sin cuestionarse la aplicación de los mismos al finalizar el año. Eran: Actividades agropecuarias de Granada y Cádiz, Industrias de alimentación de Granada, Clínicas privadas, manipulado de frutas, oficinas y despachos y transporte de mercancías en Almería.

**Estado de convenios colectivos sector**



Porcentualmente, el 66,86% de convenios estaba en vigencia expresa, el 9,47% en vigencia prorrogada tácitamente. El 14,2% de los convenios estaba en ultraactividad indefinida, el 1,78% en ultraactividad limitada, un 5,33% habría finalizado su ultraactividad en 2019, el resto estaba en tramitación ante la Autoridad Laboral.

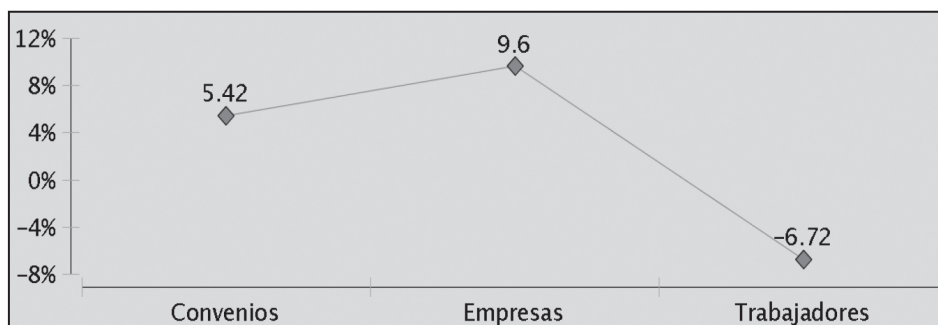
En la siguiente tabla puede observarse como se distribuyen de manera provincializada estos convenios colectivos.



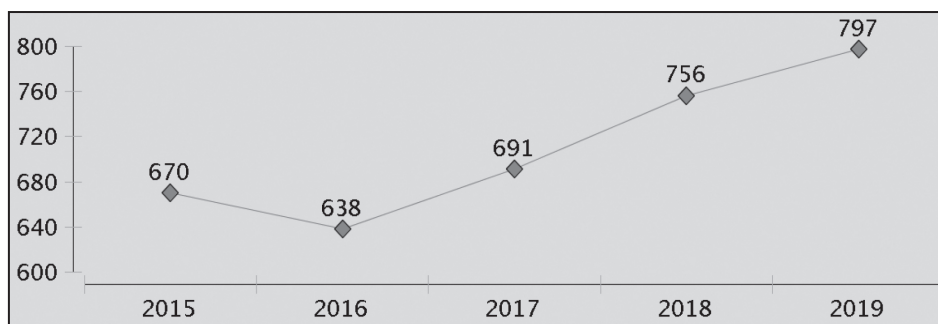
CONVENIOS DE SECTOR		Almería	Cádiz	Córdoba	Granada	Huelva	Jaén	Málaga	Sevilla	Interprov.	Totales
VIGENTES	CC	9	18	12	14	15	10	8	23	4	113
	Empresas	9.725	11.863	28.441	13.191	9.497	61.675	59.211	55.601	10.350	299.554
	Trabajadores	50.450	73.542	156.537	70.439	56.810	145.283	209.117	338.338	23.300	1.123.816
PRORROGA TÁCITA	CC	2	2	2	2	0	1	4	2	1	16
	Empresas	202	16	515	405	0	360	1.186	17	300	3.001
	Trabajadores	750	1.280	3.150	1.793	0	4.000	6.920	376	3.000	21.269
PENDIENTE CONTROL LEGALIDAD	CC	0	1	0	0	0	0	2	1	0	4
	Empresas	0	5.500	0	0	0	0	3.700	105	0	9.305
	Trabajadores	0	32.000	0	0	0	0	38.000	1.500	0	71.500
DENUNCIADOS (ULTRAactiv. INDEFINIDA)	CC	0	5	4	0	2	4	6	0	3	24
	Empresas	0	1.896	650	0	190	9.476	13.608	0	390	26.210
	Trabajadores	0	11.762	5.535	0	2.350	16.468	37.519	0	7.200	80.834
DENUNCIADOS (ULTRAactiv. LIMITADA)	CC	0	0	0	0	2	0	0	1	0	3
	Empresas	0	0	0	0	21	0	0	112	0	133
	Trabajadores	0	0	0	0	335	0	0	570	0	905
DENUNCIADOS (ULTRAactiv. VENCIDA)	CC	4	1	0	2	0	0	0	2	0	9
	Empresas	2.570	5.500	0	3.150	0	0	0	340	0	11.560
	Trabajadores	29.650	35.000	0	6.500	0	0	0	3.880	0	75.030

Si centramos el análisis en los convenios con vigencia expresa podemos observar que fueron superiores al año anterior. Un 5,42% de convenios más con vigencia expresa que dieron cobertura a un 9,6% más de empresas y a un -6,72% menos de personas trabajadoras.

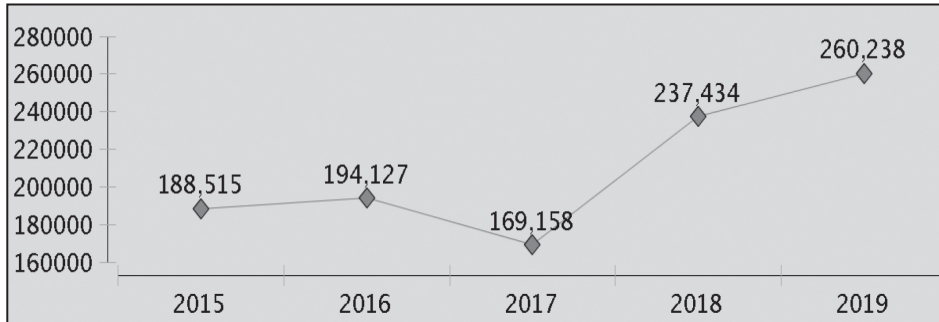
#### Variación porcentual respecto al año anterior. Convenios, empresas y trabajadores



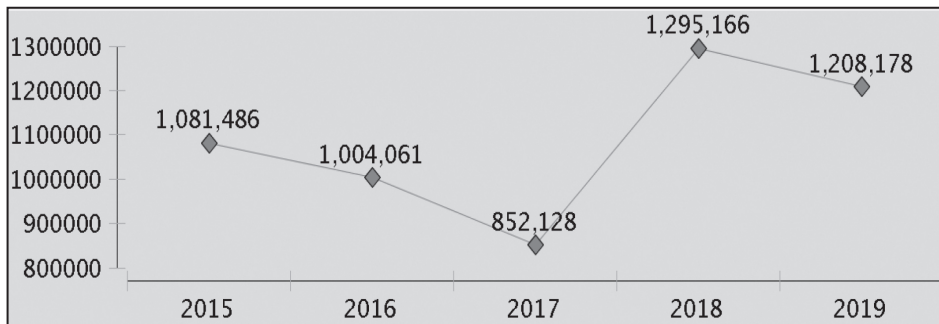
#### Evolución del número de convenios colectivos con vigencia expresa



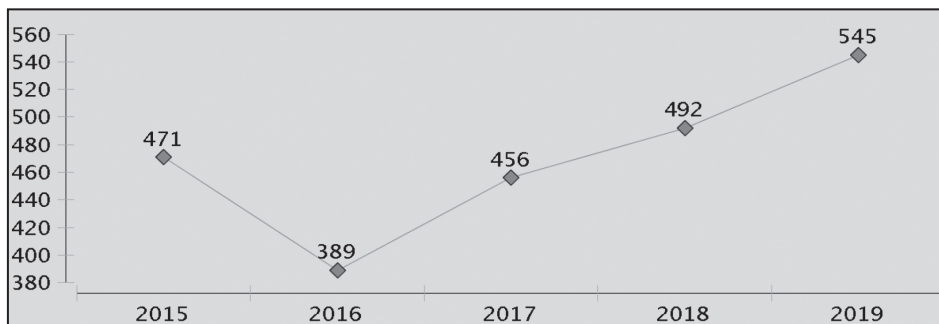
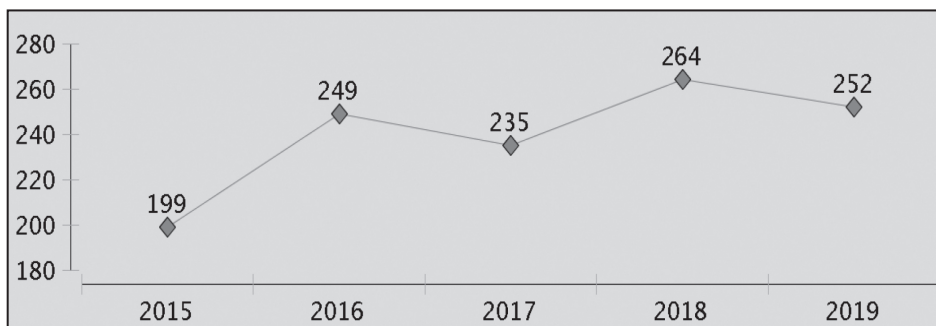
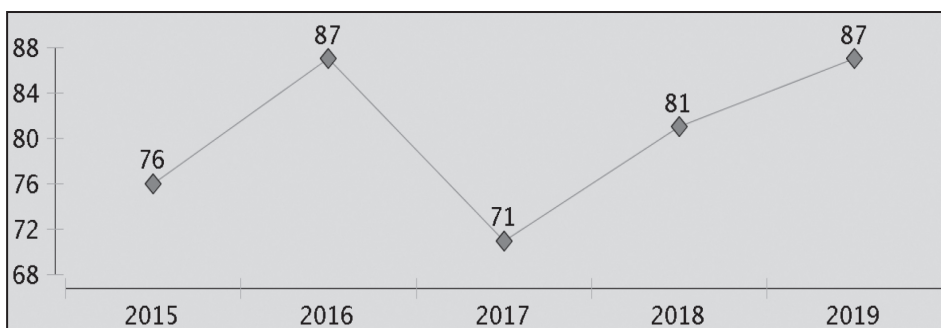
**Evolución del número de empresas acogidas a convenios colectivos con vigencia expresa**



**Evolución del número de personas trabajadoras acogidas a convenios colectivos con vigencia expresa**

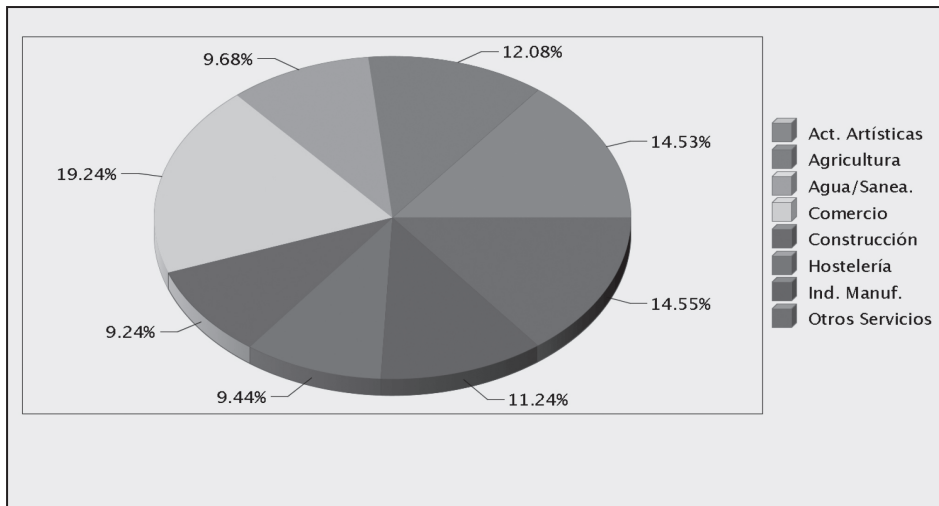


El incremento en el número de convenios colectivos con vigencia expresa se percibió en los convenios revisados y en los primeros convenios de empresa, por contra los convenios originarios experimentaron un retroceso respecto al año anterior.

**Evolución del número de convenios colectivos revisados****Evolución del número de convenios colectivos originarios****Evolución del número de primeros convenios colectivos**

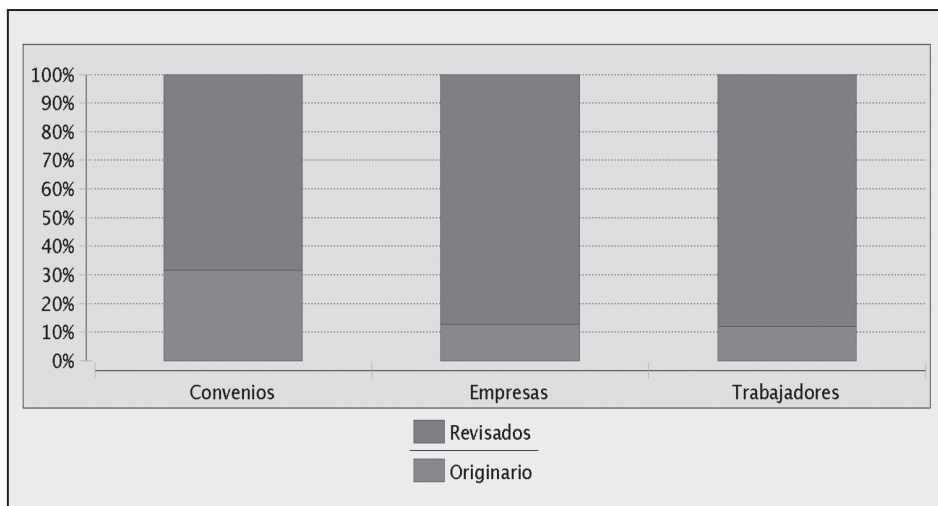
Atendiendo al tipo de actividad económica y al número de trabajadores que acogen, los convenios con vigencia expresa más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza son los del sector de comercio.

**Convenios de sectores más significativos (nº de trabajadores)**

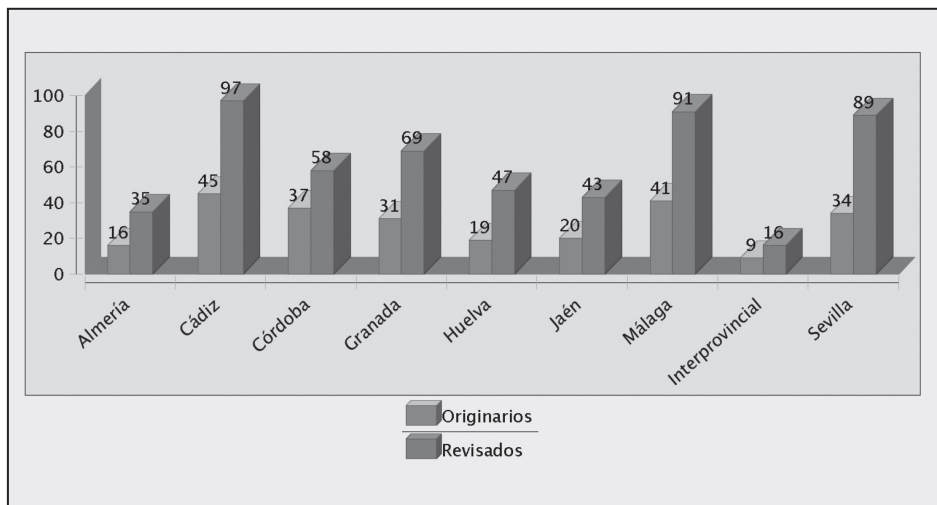


De los 797 convenios colectivos con vigencia expresa, el 31,6% (252 convenios colectivos) fueron originarios del año 2019, el resto revisados.

**Convenios originarios-Convenios Revisados. Porcentajes de afectación**



### Convenios Originarios - Convenios Revisados. Distribución Provincial



Si dentro de los convenios originarios, circunscribimos el análisis a los primeros convenios, vemos como se recepcionaron un total de 87.

### Convenios Originarios / Primeros Convenios

Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	16	1,333	6,405	4	4	35
Cádiz	45	801	11,712	14	14	946
Córdoba	37	4,878	35,027	12	12	212
Granada	31	31	2,181	13	13	539
Huelva	19	639	13,814	5	5	479
Jaén	20	11,704	25,538	10	10	572
Málaga	41	69	6,427	19	19	929
Interprovincial	9	10,037	13,934	1	1	350
Sevilla	34	3,492	27,953	9	9	351
<b>Total</b>	<b>252</b>	<b>32,984</b>	<b>142,991</b>	<b>87</b>	<b>87</b>	<b>4,413</b>

Puente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Convenios de sector y de empresa

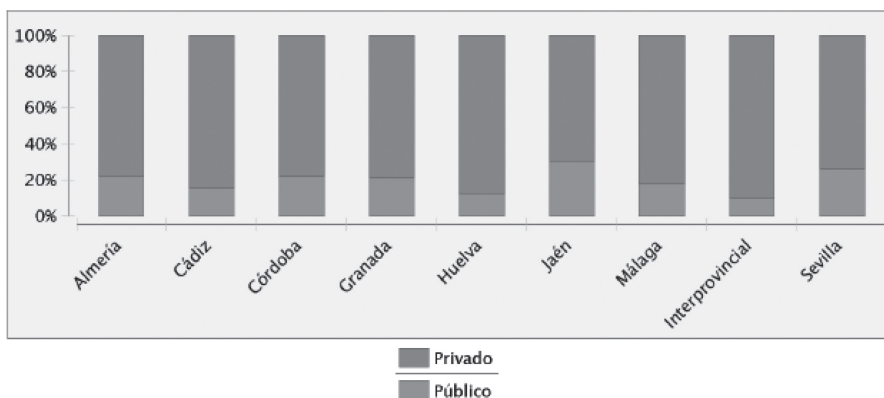
Desde un punto de vista funcional, examinando la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 797 convenios con vigencia expresa, 684 eran de empresa, y 113 eran convenios de sector. Sin embargo, si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa, el 93% de trabajadores y el 99,7% de las empresas bajo cobertura de convenios con vigencia expresa, lo estaban bajo la cobertura de convenios colectivos de sector. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias andaluzas.

### Convenios vigencia expresa sector/empresa

Ámbito geográfico	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	9	9,725	50,450	42	42	4,097
Cádiz	18	11,863	73,542	124	124	8,395
Córdoba	12	28,441	156,537	83	83	11,531
Granada	14	13,191	70,439	86	86	5,441
Huelva	15	9,497	56,810	51	51	8,999
Jaén	10	61,675	145,283	53	53	7,800
Málaga	8	59,211	209,117	124	124	12,519
Interprovincial	4	10,350	23,300	21	21	11,290
Sevilla	23	55,601	338,338	100	100	14,290
Total	113	259,554	1,123,816	684	684	84,362

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Convenios vigencia expresa de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado

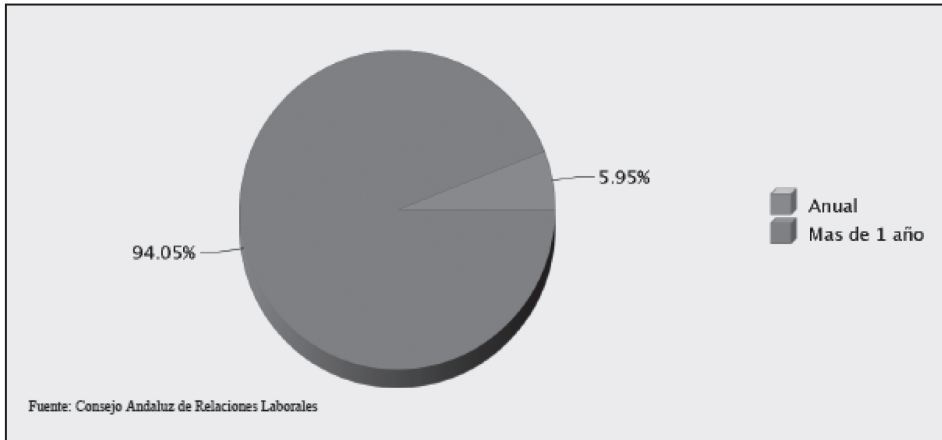


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Período de vigencia

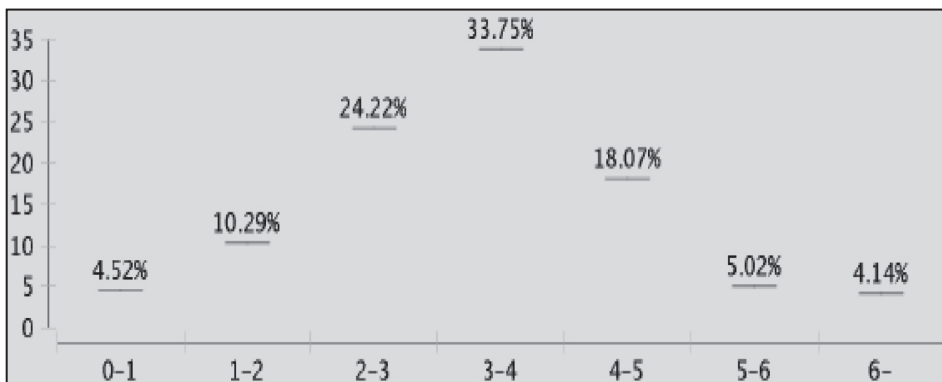
Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual.

#### Convenios originarios anuales/supraanuales



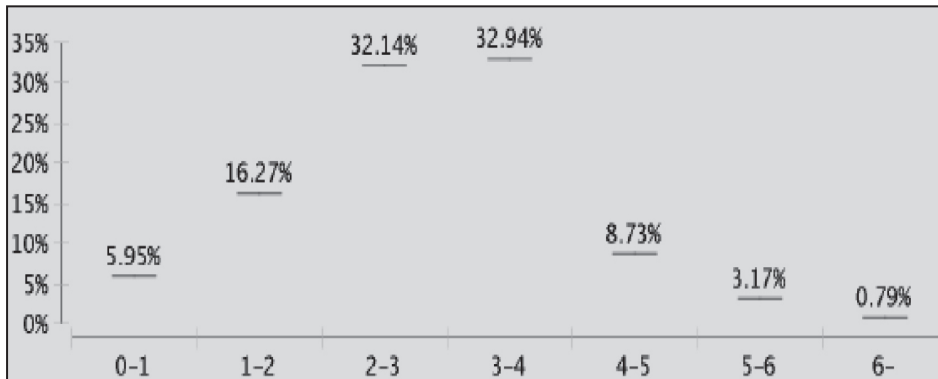
Son mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 4 años de vigencia, suponiendo el 33,75% del total de los convenios con vigencia expresa en Andalucía.

#### Convenios colectivos vigencia expresa. Ámbito temporal



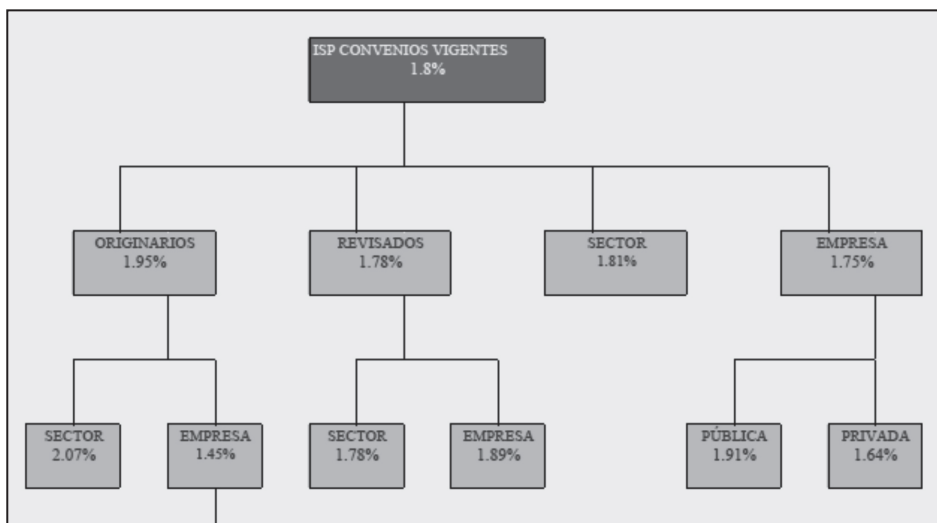
Si centramos el análisis de las vigencias en los convenios originarios del año 2019 vemos como la tendencia hacia convenios de duración hasta cuatro años se iguala a la de tres años.

**Convenios colectivos originarios 2019. Ámbito temporal**

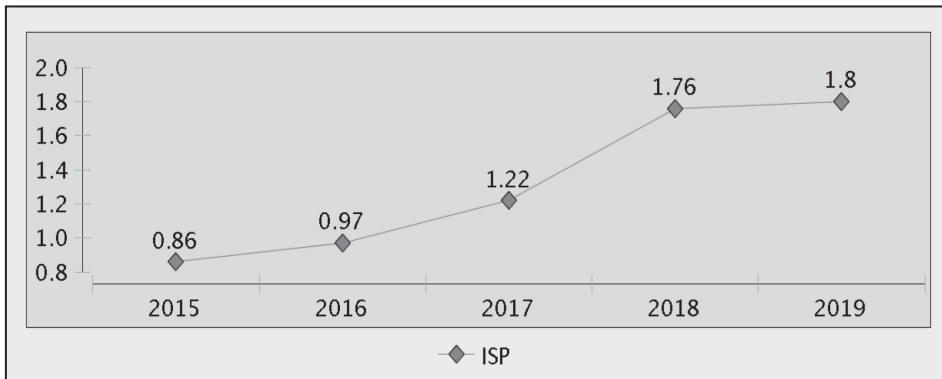
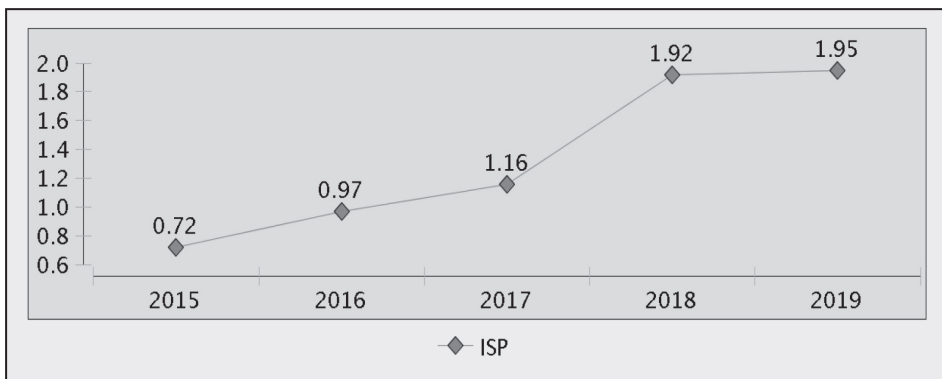


Por otra parte el análisis de estos convenios colectivos con vigencia expresa nos permite conocer cuál es el incremento salarial ponderado pactado (ISP) en estos convenios, así como cuál es la jornada anualizada ponderada.

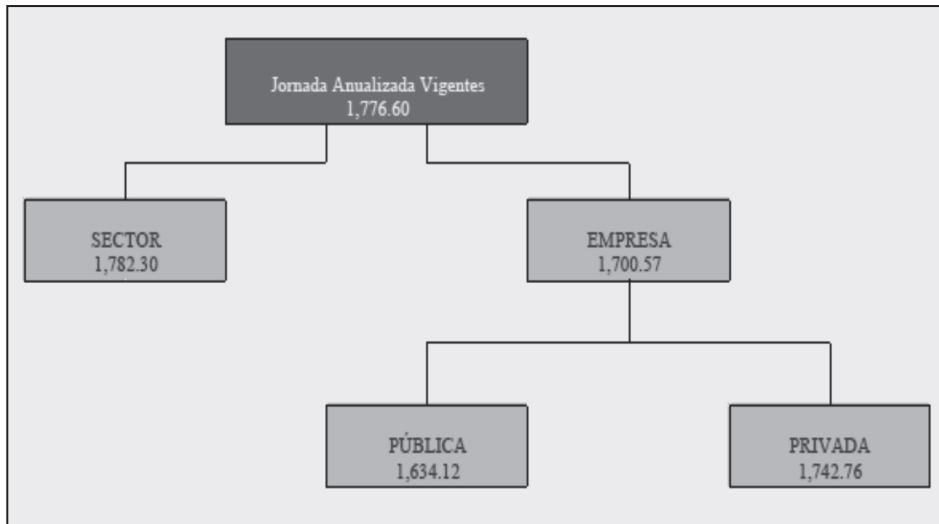
El ISP se situó en el 1,8%, si bien los convenios originarios establecieron un ISP del 1,95%; lo que supone un incremento respecto a los años anteriores.





**Evolución del ISP en convenios colectivos con vigencia expresa****Evolución del ISP en convenios colectivos originarios**

Por su parte la jornada anualizada ponderada se sitúa en 1.776,60 horas, magnitud inferior al año anterior en estas fechas (1.777,62 horas).



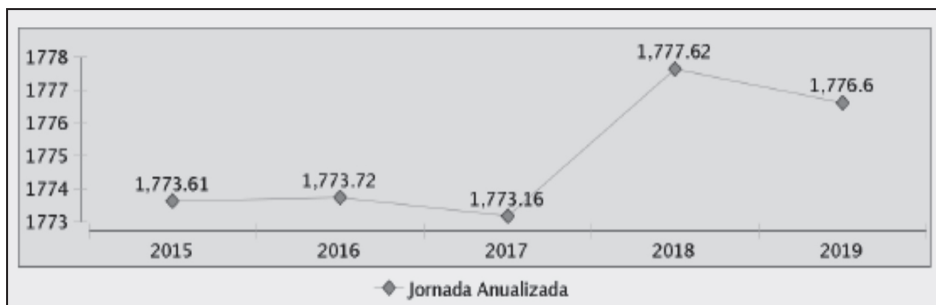
De manera provincializada, en la siguiente tabla puede observarse la jornada pactada en los convenios colectivos con vigencia expresa

**Jornada promedio de convenios colectivos con vigencia expresada**

Ámbito geográfico	Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
Almería	1,795.68	39.75	1,767.94
Cádiz	1,761.07	39.13	1,762.28
Córdoba	1,784.94	39.45	1,739.10
Granada	1,786.89	39.82	1,763.26
Huelva	1,767.19	39.46	1,770.56
Jaén	1,769.91	39.08	1,764.73
Málaga	1,793.89	39.88	1,783.72
Interprovincial	1,664.66	35.85	1,687.16
Sevilla	1,775.84	39.12	1,776.84
Total	1,776.60	39.36	1,770.27

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Evolución de la jornada anualizada en convenios colectivos con vigencia expresa**

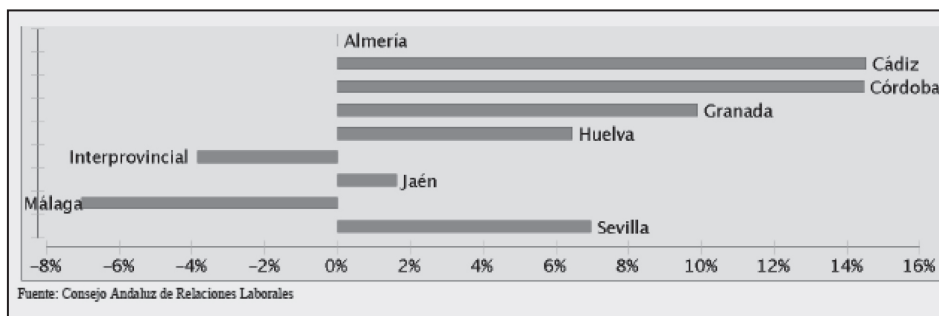


De manera provincializada, en la siguiente tabla puede observarse como se distribuyeron los 797 convenios colectivos con vigencia expresa

Ámbito geogr.	Nº Conv	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	51	9,767	54,547	2.03%
Cádiz	142	11,987	81,937	1.69%
Córdoba	95	28,524	168,068	1.68%
Granada	100	13,277	75,880	1.99%
Huelva	66	9,548	65,809	2.06%
Jaén	63	61,728	153,083	1.49%
Málaga	132	59,335	221,636	2.17%
Interprovincial	25	10,371	34,590	2.18%
Sevilla	123	55,701	352,628	1.63%
Total	797	260,238	1,208,178	1.8%

Fuente: Consejo Andalúz de Relaciones Laborales

El incremento global de número de convenios colectivos con vigencia expresa respecto al año anterior no se produjo por igual en todas las provincias.



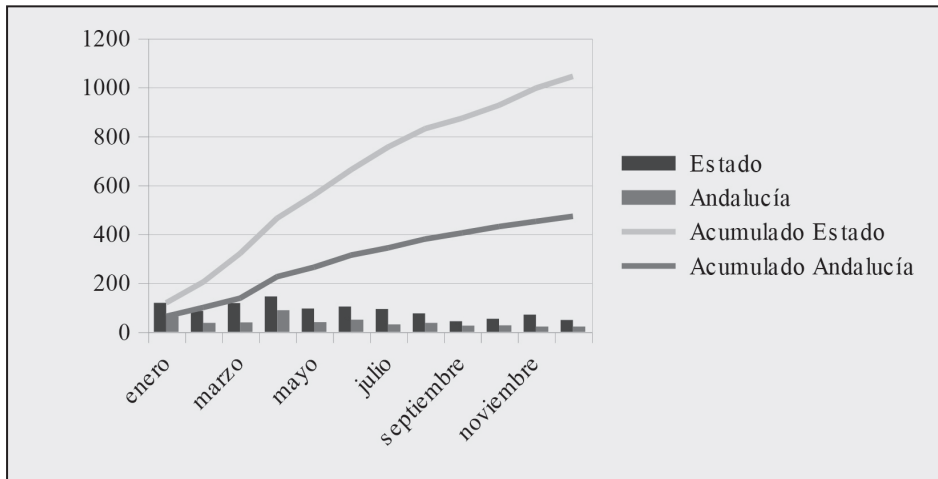
## INAPLICACIONES DE CONVENIO COLECTIVO

Durante 2019 se presentaron a la autoridad laboral un total de 472 expedientes de inaplicaciones de condiciones de trabajo de convenios colectivos vigentes. A estos acuerdos estuvieron afectados una totalidad de 7.952 trabajadores, 1835 trabajadores más que en 2018.

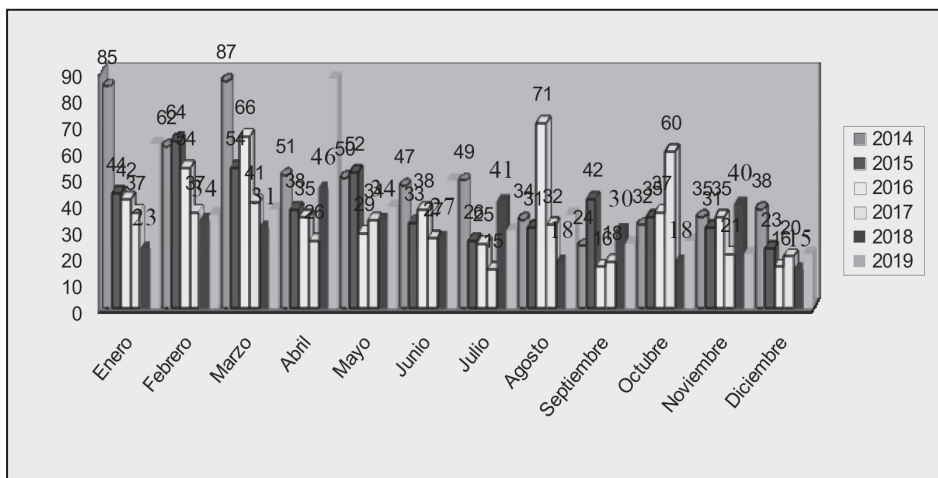
Las inaplicaciones presentadas en la Comunidad Autónoma durante 2019 supusieron el 45,21% de las inaplicaciones de convenios colectivos de todo el

territorio español presentadas en 2019, afectando a un 35,69% de los trabajadores de todo el territorio español<sup>5</sup>.

### Comparativa Inaplicaciones Estado Español-CCAA Andalucía

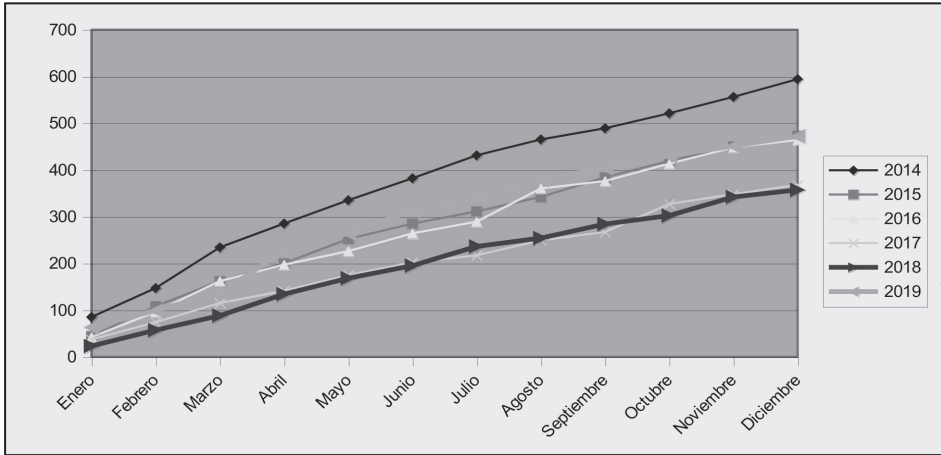


### Expedientes por meses. Ejercicios 2014-2019

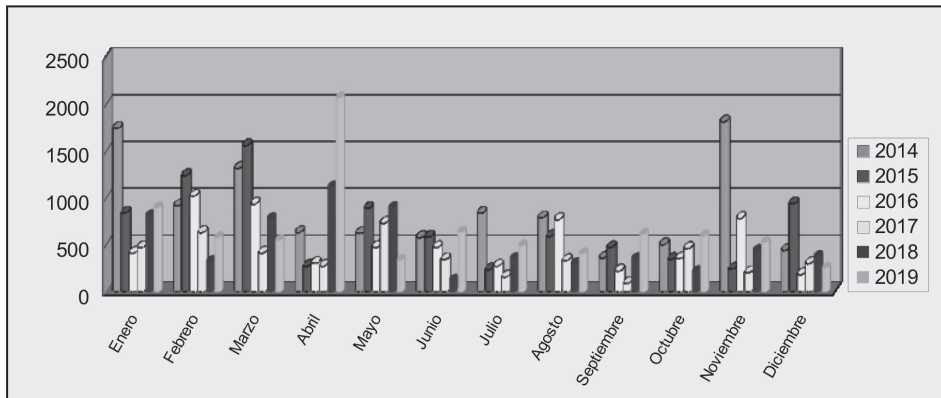


<sup>5</sup> Según datos del mes de diciembre de la Estadística de convenios Colectivos de Trabajo elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

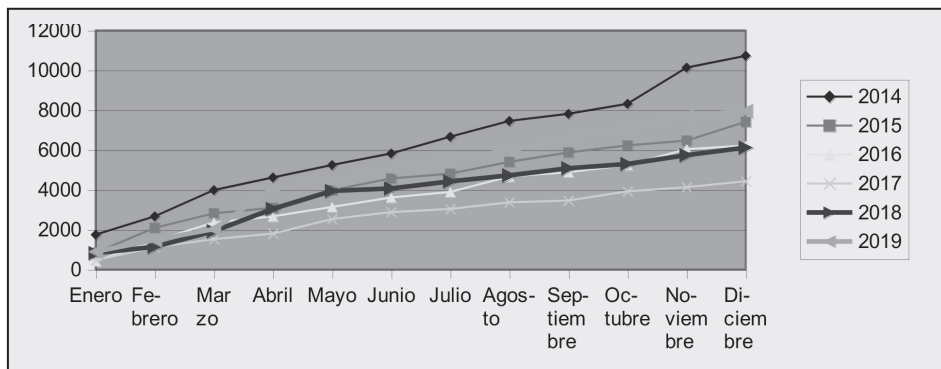
**Expedientes por meses acumulados. Ejercicios 2014-2019.**



**Trabajadores afectados por meses. Ejercicios 2014-2019**



**Trabajadores afectados por meses acumulados. Ejercicios 2014-2019**



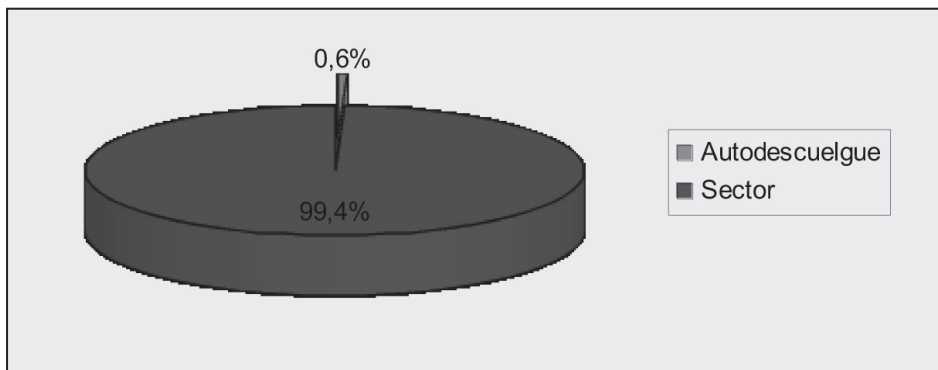
La provincia de Córdoba es con gran diferencia la que presentó mayor número de inaplicaciones de convenios colectivos durante 2019. Asimismo, si se analiza el número de trabajadores afectados por las mencionadas inaplicaciones, se observa que sigue siendo Córdoba la provincia que mayor número de trabajadores afectados por las inaplicaciones tuvo, ocupando el segundo y tercer lugar en número de trabajadores afectados las provincias de Huelva y Málaga respectivamente.

**Expedientes por provincias (acumulado 2019)**

Provincia	Empresas	Trabajadores
Almería	12	167
Cádiz	35	817
Córdoba	157	2.255
Granada	82	681
Huelva	52	1.621
Jaén	24	333
Málaga	52	1.206
Sevilla	56	777
Interprovinciales	2	95
Total	472	7.952

Como se puede observar en el siguiente cuadro, en 2019, el 99'4% de las inaplicaciones son de convenios colectivos de sector.

**Expedientes según ámbito (acumulado 2019).**



Los sectores de actividades que mayor número de inaplicaciones tuvieron en 2019, fueron en primer lugar, el sector del Comercio, seguido del de la Construcción, y el de la Hostelería. No obstante, si se analiza el número de trabajadores afectados por las mencionadas inaplicaciones se observa que fue el sector de la Dependencia/Actividades Sanitarias, el que tuvo mayor número de trabajadores afectados por las inaplicaciones, seguido del sector de la Construcción, el sector del Comercio y el de la hostelería, estando muy igualados todos estos sectores en número de trabajadores afectados.

#### Expedientes por sectores de actividad (acumulado 2019)

Sector de Actividad	Empresas	Trabajadores
Comercio	120	1.097
Construcción	108	1.163
Dependencia/ Actividades Sanitarias	21	1.188
Hostelería	74	1.072
Limpieza	5	131
Madera	18	376
Metal/Automo ción	44	587
Oficinas y Despachos	18	102
Otros	40	1.996
Transporte	24	240
Total	472	7.952

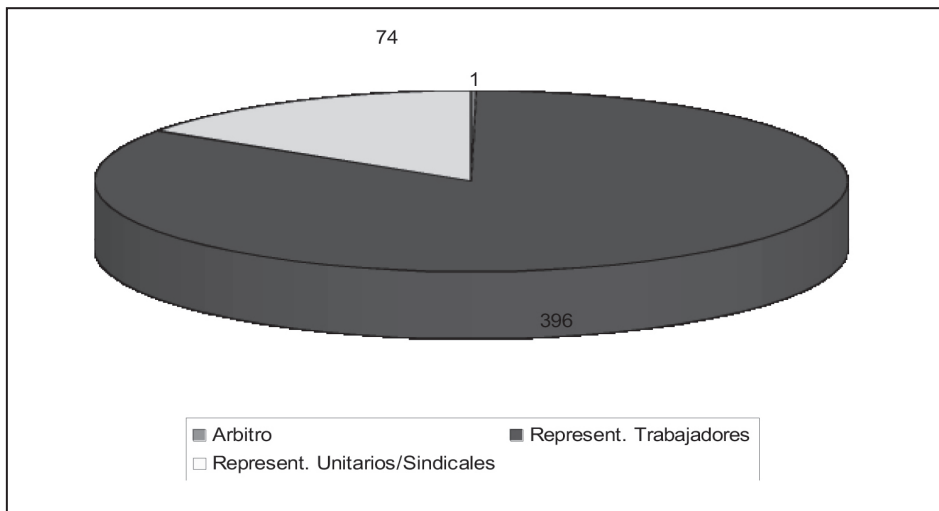
La mayoría de las inaplicaciones afectaron mayoritariamente al salario, ya fuera de manera aislada o conjuntamente con otras materias. Si bien, hay que señalar que en el sector de la construcción, las inaplicaciones afectaron principalmente al horario y a la jornada de trabajo.

**Expedientes según materias inaplicadas (acumulado 2019).**

Materias	Empresas	Trabajadores
Jornada/Horario	82	960
Jornada+Salario	27	1.413
Jornada+Salario+S.Social	87	1.084
Salario+S.Social	19	239
Sistema/Cuantía Salarial	257	4.256

En cuanto a los firmantes en los descuelgues de convenios, en lo que va de año, cabe señalar que a través de representación unitaria y sindical se produjeron 74 inaplicaciones de convenios, mientras 396 acuerdos fueron adoptados por una comisión de representantes de los trabajadores de la empresa, elegidos ad hoc de acuerdo con el artículo 41.4 párrafo 4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

**Expedientes según firmantes (acumulado 2019)**



Durante el año 2019, se ha alcanzado un acuerdo a través de mediación en el SERCLA, un acuerdo mediante laudo arbitral, y otro a través de la Comisión Paritaria, mientras que el resto de los acuerdos (468) se han alcanzado durante el periodo de consultas.



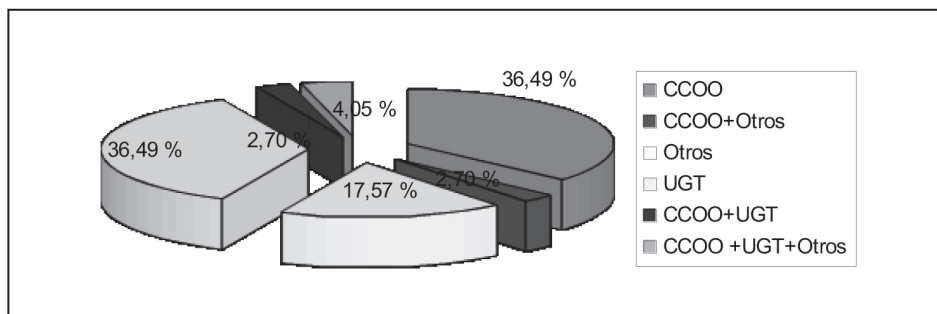
### Expedientes según tipo de acuerdos (acumulado 2019)

Tipo Acuerdo	Empresas	Trabajadores
C. Paritaria	1	70
Laudo	1	45
Mediación SERCLA	1	47
Periodo Consultas	468	7.508

Dentro de la representación unitaria y sindical es posible desagregar los sindicatos firmantes:

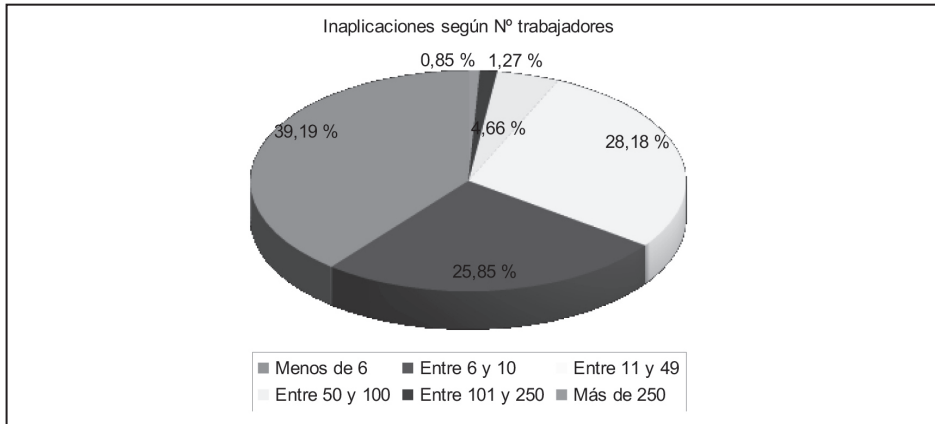
### Expedientes acordados por representación unitaria/sindical. Organizaciones firmantes (acumulado 2019)

Sindicatos	Empresas	Trabajadores
CCOO	27	1.558
CCOO+Otros	2	183
Otros	13	498
UGT	27	333
CCOO+UGT+otros	2	182



Las inaplicaciones de convenios colectivos que se han producido en Andalucía en el año 2019, afectan principalmente a empresas de menos de 6 trabajadores (185 empresas), seguidos de empresas de entre 11 y 49 trabajadores (133) y de entre 6 y 10 trabajadores (122); a empresas de entre 50 y 100 trabajadores (22), a empresas de entre 101 y 250 trabajadores (6), y por último de más de 250 trabajadores (4).

**Inaplicaciones según dimensión empresas (acumulado 2019).**



En la siguiente tabla se observa que en las empresas de menos de 50 trabajadores la mayoría de las inaplicaciones de convenios colectivos han sido acordadas con representantes de los trabajadores elegidos ad hoc mayoritariamente. Mientras que en las empresas de entre 50 y 100 trabajadores el 45% han sido adoptadas por representación sindical o comités de empresa, en las empresas de entre 101 y 250 trabajadores el 83% de las inaplicaciones de convenios colectivos han sido adoptadas por representación sindical o comités de empresa, y en las empresas de más de 250 trabajadores el 100% de las inaplicaciones de convenios colectivos han sido adoptadas por representación sindical o comités de empresa.

Descuelgues s/número de trabajadores	
<b>Menos de 6</b>	
Árbitro	0
Represent. Trabajadores	159
Represent. Unitarios	26
<b>Entre 6 y 10</b>	
Árbitro	0
Represent. Trabajadores	116
Represent. Unitarios	6
<b>Entre 11 y 49</b>	
Árbitro	1
Represent. Trabajadores	108
Represent. Unitarios	24
<b>Entre 50 y 100</b>	
Árbitro	0
Represent. Trabajadores	12
Represent. Unitarios	10
<b>Entre 101 y 250</b>	
Árbitro	0
Represent. Trabajadores	1
Represent. Unitarios	5
<b>Más de 250</b>	
Árbitro	0
Represent. Trabajadores	0
Represent. Unitarios	3



---

Comentarios de Jurisprudencia



## DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

Universidad de Sevilla

# CONCEPTO EUROPEO DE “TRABAJADOR CON CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA”. DIFERENCIA DE TRATO ENTRE JUECES DE PAZ Y JUECES DE CARRERA EN ITALIA

*STJUE (Sala Segunda) de 16 julio 2020, Asunto C-658/18*

*ECLI:EU:C:2020:572*

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La demandante, jueza de paz de Bolonia (Italia) desde el año 2001, presentó judicialmente una petición de requerimiento de pago dirigida contra el Gobierno italiano por un importe de 4.500,00 euros -correspondiente, según ella, a la retribución del mes de agosto de 2018, a la que podría aspirar un juez de carrera con la misma antigüedad que ella-, en concepto de reparación del perjuicio que considera haber sufrido a causa de la infracción manifiesta de la cláusula 4 del Acuerdo Marco 1999/70 y del artículo 7 de la Directiva 2003/88, así como del artículo 31 de la Carta. En agosto de 2018, durante sus vacaciones no retribuidas, la demandante en el litigio principal no ejerció ninguna actividad como jueza de paz y, en consecuencia, no percibió indemnización alguna, mientras que los jueces de carrera tienen derecho a 30 días de vacaciones retribuidas. Según la normativa italiana los pagos percibidos por los jueces de paz están vinculados al trabajo realizado y se calculan en función del número de resoluciones dictadas, de manera que en el mes de vacaciones no perciben retribución. La figura del juez de paz es un cargo temporal ocupado por un juez honorario que ejerce funciones jurisdiccionales en materia civil y penal, y de conciliación, siendo nombrado por decreto del Presidente de la República, a propuesta del Consejo Judicial territorialmente competente.

**RESUMEN:** El Juzgado de Paz competente para conocer de la acción indemnizatoria presentada por la demandante frente al Estado italiano, plantea al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales. Entre otras, se pregunta si la actividad de servicio de la jueza de paz demandante queda comprendida en el concepto de “trabajador con contrato de duración determinada”, establecido en los artículos 1, apartado 3, y 7 de la Directiva 2003/88, en relación con la cláusula 2 del Acuerdo Marco 1999/70 y el artículo 31, apartado 2, de la Carta y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, si el juez de carrera puede considerarse como trabajador con contrato de duración indefinida comparable, a efectos de la aplicación de las mismas condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4 del Acuerdo Marco. Para la Sala, el concepto de “trabajador con contrato de duración determinada” puede englobar a un juez de paz, nombrado para un período limitado, que realiza prestaciones reales y efectivas, que no son meramente marginales ni accesorias, y por las que percibe indemnizaciones de carácter retributivo. Concluye la Sala que el Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional que no reconoce el derecho a vacaciones retribuidas a los jueces de paz temporales, del que sí gozan los jueces de carrera, a no ser que esa diferencia de trato esté justificada por las diferencias en las cualificaciones requeridas y la naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir dichos jueces de carrera, extremos que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

\* Prof<sup>l</sup>. Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**ÍNDICE:**

1. LAS SINGULARIDADES DEL CASO
2. EL ÓRGANO REMITENTE DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES: JUZGADO DE PAZ ITALIANO
3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO COMO CARGO HONORARIO DEL JUEZ DE PAZ NO IMPIDE LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR A EFECTOS DE DERECHO A VACACIONES
4. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL CARGO DE JUEZ DE PAZ COMO RELACIÓN LABORAL CORRESPONDE AL ÓRGANO JUDICIAL REMITENTE
5. LA HIPOTÉTICA DIFERENCIA DE TRATO ENTRE JUECES DE CARRERA Y JUECES DE PAZ RELATIVA AL DERECHO A VACACIONES RETRIBUIDAS
6. LA CAUTELA DEL TJUE SOBRE LA EXISTENCIA DE RAZÓN OBJETIVA DEL TRATO DIFERENCIADO

**1. LAS SINGULARIDADES DEL CASO**

La materia objeto de la STJUE comentada puede resultar común a primera vista, toda vez que la cuestión principal se centra en determinar si en una relación de servicio de carácter temporal llevada a cabo por los jueces de paz italianos se produce un trato diferenciado respecto de la relación de servicio de carácter permanente de los jueces de carrera, en materia del derecho a vacaciones retribuidas. Concretamente se trata de una reclamación económica de una jueza de paz frente al Gobierno italiano porque la normativa aplicable no contempla expresamente el derecho a la retribución de sus vacaciones, en tanto que los jueces de carrera sí tienen reconocido el derecho a treinta días de vacaciones retribuidas.

En efecto, no revisten un carácter extraordinario las materias que se someten a la interpretación del Alto Tribunal europeo, ya que a día de hoy la jurisprudencia del TJUE cuenta con una larga trayectoria que permite afirmar la consolidación de ciertos conceptos jurídicos del Derecho de la Unión Europea en materia social, como son el concepto europeo de “trabajador” a efectos de la aplicación de 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 trabajo. O el concepto de contrato de duración determinada a los efectos de la aplicación del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que se recoge en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada. Dentro de ésta última, también cuentan con cierto recorrido jurisprudencial otros conceptos jurídicos como puede ser el de condición de trabajo; empleador; diferencia de trato; o qué debe entenderse por razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato.

No estaría de más adelantar que la sentencia comentada no lleva a cabo un cambio de doctrina sobre los conceptos antes referidos, de manera que se

mantienen las líneas de interpretación aplicadas hasta ahora sobre la materia. Sin embargo, y ahí radica en parte el interés que presenta toda sentencia del TJUE en materia social, la aplicación de una misma doctrina jurisprudencial puede suponer en la práctica avances o retrocesos en función del caso al que se aplica o, dicho de otro modo, en función de si se aplica o no a un determinado caso. La casuística adquiere, por tanto, una notable influencia en la propia conformación de los conceptos y líneas jurisprudenciales comunitarias sobre una determinada materia.

Desde esta perspectiva parte en principio la singularidad del caso analizado, esto es, el hecho de que se lleve a cabo el encaje técnico de cada uno de los conceptos jurídicos en ciernes, no sin cierta cautela por parte del Tribunal respecto de algunos de ellos, a cada uno de los aspectos de un caso subjetivamente singular por la categoría de la demandante en el asunto principal –jueza de paz-, y la comparabilidad de su relación de servicio judicial con la que prestan los jueces profesionales o de carrera. Puestos públicos que no son en sentido estricto funcionariales, sino integrantes de uno de los poderes del Estado, como es el Poder Judicial. La aplicación de los conceptos comunitarios de trabajador, contrato de trabajo de duración determinada, trabajador permanente comparable, o trato diferenciado, a miembros del Poder Judicial lleva a reafirmar el carácter no restrictivo de la interpretación de dichos conceptos como presupuesto del cumplimiento de los objetivos de la normativa europea, por un lado. Y, por otro lado, cuando se trata de condiciones de trabajo de servidores públicos, conduce a un necesario ejercicio de deslinde de la institución pública como tal, y las relaciones de servicios o de trabajo a través de las que se desarrollan y se ejecutan las funciones de aquélla. Desde este segundo plano, el centro de atención de la aplicación de la normativa europea no es la institución pública sino las personas que trabajan en la misma, conforme a la jurisprudencia del Alto Tribunal europeo, con independencia de qué Administración, organismo o poder público se trate.

Cabe añadir otra singularidad del caso, no menos importante, que pone de manifiesto la delicada situación que se produce en algunos casos en el sector público en materia de personal, de la que nuestro país tampoco es ajeno: la dualidad de plantilla, esto es, la existencia de puesto públicos permanentes y temporales, para la realización de funciones similares, con distintos regímenes jurídicos, ya sean en acceso al puesto o en condiciones de trabajo. Una tendencia cada más amplia en sectores públicos diversos, y que en la práctica producen un trato diferenciado que no siempre se puede mantener de forma justificada, pese al sostén de la normativa. De ahí que una equiparación judicial en estos casos, aun en un aspecto menor, puede tener un alcance y repercusión más allá del caso concreto. En la sentencia comentada, el TJUE, concedor de esta posibilidad, como de hecho ya ha ocurrido en alguna ocasión en otras materias, es



especialmente cauto en el desarrollo de la argumentación, y procura deslindar de forma reiterada lo que es su interpretación de la norma europea y lo que es competencia del órgano judicial remitente de las cuestiones prejudiciales.

En este sentido, hay que tener en cuenta que en torno al trabajo de los jueces de paz y sus condiciones de trabajo, existe en Italia un movimiento social que trata de poner de manifiesto la precariedad de estos puestos públicos, y reivindica la necesidad de una cierta equiparación de condiciones de trabajo con respecto a los jueces de carrera. Por ello, la sentencia que comentamos ha sido aplaudida por este sector y, en cierto modo, ha influido en la interpretación judicial nacional relativa a otros aspectos de la prestación de servicios de los jueces de paz. Es lo que ha sucedido con la reciente sentencia dictada por la Corte Constitucional, número 267 de diciembre de 2020, que reconoce el derecho de los jueces de paz al reembolso de los gastos de defensa cuando se ven inmersos en un proceso judicial de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, derecho que la ley italiana sólo reconoce a los jueces de carrera, y que ahora la Corte Constitucional reconoce también a los jueces de paz en la mencionada sentencia. Con ocasión de esta sentencia, el nuevo presidente de la Corte Constitucional de Italia, Giancarlo Coraggio, en nota de prensa de 18 de diciembre de 2020, afirmó que las funciones que llevan a cabo los jueces profesionales y los jueces de paz, son las mismas, con independencia de la mayor o menor cuantía económica de los asuntos<sup>1</sup>. Es una afirmación muy parecida a la que se hace en la sentencia que comentamos, si bien en este caso se plantea de forma muy ambigua por parte del TJUE.

A esta repercusión no obsta, a nuestro entender, el hecho de que el derecho a vacaciones retribuidas ya se encuentre reconocido a través de una reforma orgánica de la magistratura honoraria, de abril de 2016, que establece una indemnización en relación con el período de vacaciones para los jueces de paz, pero solamente para los jueces honorarios que entraron en funciones a partir del 16 de agosto de 2017, por lo que no resulta aplicable a la demandante en el litigio principal.

## **2. EL ÓRGANO REMITENTE DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES: JUZGADO DE PAZ ITALIANO**

El órgano judicial que plantea las cuestiones prejudiciales ante el TJUE es el *Giudice di pace di Bologna* (Juez de Paz de Bolonia), ante el que la demandante entabla una petición de requerimiento de pago dirigida contra el Gobierno italiano en concepto de reparación del perjuicio que considera haber sufrido a causa de la

<sup>1</sup> Nota breve del Senado de Italia, nº 246, diciembre 2020, consultable en: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01187538.pdf>

falta de retribución de sus vacaciones del mes de agosto, que los jueces de carrera (*togato*) sí perciben, alegando infracción de la Directiva 2003/88 y 1999/70, así como el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Es el propio órgano judicial el que en su primera cuestión prejudicial plantea si queda comprendido el Juez de Paz, en cuanto órgano jurisdiccional remitente, en el concepto de órgano jurisdiccional ordinario europeo competente para plantear una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE.

En el ordenamiento jurídico italiano, los Juzgados de Paz no son equivalentes a los de nuestro país, ya que su regulación y competencias son diferentes. En Italia, la Constitución diferencia los nombramientos de los magistrados mediante oposición, en tanto que para los magistrados honorarios permite que la ley pueda contemplar su nombramiento incluso por elección, para todas las funciones que se confieren a los jueces individuales, y tienen un mandato de cuatro años de duración, renovable a su término por el mismo período. A nivel legal, se prevé que el cargo de juez de paz será ocupado por un juez honorario perteneciente al orden judicial, el cual ejercerá funciones jurisdiccionales en materia civil y penal y la función de conciliación en materia civil conforme a su norma reguladora (Ley n.º 374, relativa a la Institución del Juez de Paz), y está obligado a cumplir los deberes establecidos para los jueces de carrera. Son nombrados mediante decreto del presidente de la República, previa deliberación del Consejo Superior de la Magistratura a propuesta del consejo judicial territorialmente competente, integrado por cinco representantes designados, de común acuerdo, por los consejos del colegio de abogados y fiscales de la circunscripción del tribunal de apelación.

Al ser considerado legalmente como un cargo honorario, la norma reguladora denomina como indemnización la cantidad que percibirá el juez de paz por cada vista civil o penal (35 euros), y por cada procedimiento atribuido y concluido o archivado (55 euros), más una cantidad fija al mes en concepto de reembolso de los gastos por las actividades de formación, actualización y por la prestación de los servicios generales de la función (250 euros). Estas indemnizaciones se consideran compatibles con la pensión de jubilación y tienen un tope legal al año.

La postura que mantienen el Gobierno italiano y la Comisión Europea es que el juez de paz que ha planteado la cuestión prejudicial no puede ser considerado un órgano jurisdiccional nacional, a efectos del artículo 267 TFUE, al no concurrir tres de los requisitos esenciales a este respecto<sup>2</sup>: 1) el requisito de independencia,

<sup>2</sup> Entre los factores que deben tenerse en cuenta para dilucidar si nos encontramos ante un «órgano jurisdiccional», se incluyen el origen legal del órgano, el carácter permanente del mismo, la obligatoriedad de su jurisdicción, la naturaleza contradictoria del procedimiento y la aplicación de normas jurídicas por parte del órgano, así como la independencia de este (sentencia

en la medida en que el juez que conoce del asunto tiene necesariamente interés en la solución del litigio principal, ya que pertenece a la categoría de jueces de paz, por lo que no puede considerarse imparcial. 2) El carácter obligatorio de la jurisdicción, ya que el litigio se inscribe en materia de Derecho del trabajo que se refiere a si los jueces de paz son trabajadores, habiendo fraccionado la demandante la cuantía del *petitum* para así entrar en el ámbito de competencia del juzgado de paz. 3) El carácter contradictorio, que no se da en el proceso monitorio que se desarrolla ante el juez que conoce del asunto.

Pero también el propio órgano judicial remitente duda acerca de si dicho órgano, el juzgado de paz, reúne los requisitos para ser considerado competente para plantear una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, por entender que las garantías de independencia y de imparcialidad del órgano jurisdiccional ordinario europeo establecidas por el Tribunal de Justicia, pueden estar afectadas por el hecho de que “el ordenamiento jurídico interno no le reconoce, habida cuenta de su precariedad laboral, condiciones de trabajo equivalentes a las de los jueces de carrera, pese a que desempeña las mismas funciones jurisdiccionales en el seno del poder judicial nacional”.

Resulta llamativa la postura de las partes en esta cuestión, porque evidencia que la tensión se produce realmente sobre el estatuto jurídico de los jueces de paz, y no tanto en la competencia para plantear una petición de decisión prejudicial. La propia Abogada General, en sus Conclusiones<sup>3</sup>, manifiesta expresamente que las dudas alegadas por ambas partes “no la convencen”, porque si bien la retribución de los jueces y la limitación de la duración de sus actividades son relevantes a los efectos de la independencia objetiva de los tribunales, en particular a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia sobre la retribución de los jueces en Portugal<sup>4</sup>, no obstante considera que la independencia objetiva no puede cuestionarse únicamente por el hecho de que haya dudas sobre la adecuación de la retribución de los jueces intervinientes o la duración de su mandato o las condiciones de su eventual prórroga. Muy al contrario, en su parecer, “el Tribunal de Justicia deberá presumir que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros gozan de una independencia objetiva suficiente. Esta presunción viene ya exigida por la confianza mutua en los sistemas judiciales de los Estados miembros que el Tribunal de Justicia también debe asumir”<sup>5</sup>.

de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, apartado 38).

<sup>3</sup> Sra. Juliane Kokot, Conclusiones presentadas el 23 de enero de 2020, ECLI:EU:C:2020:33.

<sup>4</sup> Con cita de la sentencia TJUE de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117), apartados 43 y 45.

<sup>5</sup> Con cita de las sentencias TJUE de 11 de febrero de 2003, Gözütok y Brügge (C-187/01 y C-385/01), EU:C:2003:87, apartado 33; de 10 de febrero de 2009, Allianz y Generali Assicurazioni

También el TJUE considera, en la sentencia que comentamos, que el órgano remitente sí cumple el requisito de la independencia, tanto interna (autonomía e inamovilidad), como la externa (imparcialidad). Para el Tribunal europeo, los jueces de paz ejercen sus funciones con total autonomía, sin perjuicio de las normas en materia disciplinaria, y sin presiones externas que puedan influir en sus decisiones, una vez analizadas las normas que regulan su nombramiento, duración y separación del servicio, dado que cuentan con procedimientos específicos a estos efectos. En cuanto a la imparcialidad, acoge la Sala los argumentos de la Abogada General y afirma que “el Tribunal de Justicia ya ha respondido, en repetidas ocasiones, a peticiones de decisión prejudicial acerca del estatuto de los jueces, sin albergar dudas sobre la independencia de los órganos jurisdiccionales remitentes que las plantearon”<sup>6</sup>.

Por tanto, pese a que con anterioridad el TJUE había afirmado que el hecho de que los jueces y magistrados perciban un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen constituye una garantía inherente a la independencia judicial<sup>7</sup>, en esta ocasión el Tribunal orilla pronunciarse sobre si las condiciones de prestación del servicio de los jueces de paz afectan a la independencia judicial, y se limita a constatar la existencia en este caso de procedimientos específicos para su nombramiento, duración y separación, con lo que se cumple el requisito de independencia judicial para ser considerado un órgano jurisdiccional nacional a los efectos del artículo 267 TFUE. De forma más explícita, la Abogada General mantiene que “la admisibilidad de una petición de decisión prejudicial no puede cuestionarse únicamente por el hecho de que haya dudas sobre la adecuación de la retribución de los jueces intervinientes o la duración de su mandato o las condiciones de su eventual prórroga”.

Algo similar ocurre, por otro lado, aunque de forma mucho menos argumentada, con la alegación del Gobierno italiano y la Comisión respecto de la falta de cumplimiento del requisito de la obligatoriedad de su jurisdicción para ser considerado órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una solicitud de cuestión

Generali (C-185/07, EU:C:2009:69), apartado 30, y de 5 de septiembre de 2019, AH y otros (Presunción de inocencia) (C-377/18, EU:C:2019:670), apartado 39, así como los Dictámenes 1/03 (Nuevo Convenio de Lugano) de 7 de febrero de 2006 (EU:C:2006:81), apartado 163, y 2/13 (Adhesión de la Unión Europea al CEDH) de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 168.

<sup>6</sup>Con cita de las sentencias de 13 de junio de 2017, Florescu y otros, C 258/14, EU:C:2017:448; de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C 64/16, EU:C:2018:117; de 7 de febrero de 2019, Escribano Vindel, C 49/18, EU:C:2019:106, y de 19 de noviembre de 2019, A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo), C 585/18, C 624/18 y C 625/18, EU:C:2019:982].

<sup>7</sup>STJUE de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117), apartado 45.

prejudicial ante el TJUE, y ello en base a que, como expusimos supra, el Gobierno italiano y la comisión consideran que se no cumple dicho requisito porque el litigio principal se inserta en materia de Derecho del Trabajo, en particular sobre si los jueces de paz son trabajadores. Se cuestiona así la competencia del juzgado de paz para conocer de litigios laborales. En esta cuestión, el TJUE se atiene sin más al tipo de acción procesal articulada por la demandante, esto es, una acción indemnizatoria dirigida contra el Estado, afirmando que “queda acreditado que el litigio principal no es una acción en materia de Derecho del trabajo”, por más que se evidencie que el contenido de la acción procesal sí descansa en el previo reconocimiento de un derecho laboral, como es el de vacaciones retribuidas, es decir, que no se trata como formalmente aparece de una mera reclamación de cantidad no abonada respecto de un derecho no controvertido, sino que es el reconocimiento de la titularidad del propio derecho en lo que se sustenta la reclamación económica articulada como acción indemnizatoria.

Como decimos, el Tribunal europeo no cuestiona la competencia del juzgado de paz, dado que la acción es de resarcimiento de daños por falta de pago de las vacaciones retribuidas. La Abogada General coincide en que no estamos ante una acción laboral, y por ello aunque en anteriores peticiones de decisión prejudicial sobre las condiciones de trabajo de los jueces de paz italianos, los jueces de paz remitentes reconocieron expresamente su falta de competencia para ese tipo de litigio, y el Tribunal de Justicia declaró la inadmisibilidad de dichas peticiones<sup>8</sup>, pero “el presente procedimiento no versa sobre derechos laborales, sino sobre una acción de responsabilidad del Estado. Italia y la Comisión no cuestionan la competencia de los jueces de paz para decidir sobre tales acciones”.

Finalmente, respecto a la ausencia del carácter contradictorio del litigio principal, por tratarse de un proceso monitorio, el TJUE considera que del art. 267 TFUE resulta que los órganos jurisdiccionales nacionales solo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional, y que así ocurre en el presente procedimiento. Por añadidura, se afirma que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que también puede plantearse ante él una petición de decisión prejudicial en el marco de un procedimiento monitorio<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Con cita de los Autos de 6 de septiembre de 2018, Di Girolamo (C472/17, no publicado, EU:C:2018:684), apartado 30, y de 17 de enero de 2019, Rossi y otros (C626/17, no publicado, EU:C:2019:28), apartado 26, y Cipollone (C600/17, no publicado, EU:C:2019:29), apartado 26.

<sup>9</sup> Con cita de las sentencias TJUE de 14 de diciembre de 1971, Politi, 43/71, EU:C:1971:122, apartados 4 y 5, y de 18 de junio de 1998, Corsica Ferries France, C 266/96, EU:C:1998:306, apartado 23).

### 3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO COMO CARGO HONORARIO DE JUEZ DE PAZ NO IMPIDE LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR A EFECTOS DEL DERECHO A VACACIONES

Para determinar si la demandante en el litigio principal puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios por la denegación de vacaciones retribuidas, plantea el órgano judicial remitente que se le aclare el concepto de «trabajador», en el sentido de la Directiva 2003/88, y el principio de no discriminación enunciado en el Acuerdo Marco a fin de determinar si se aplican a los jueces de paz italianos, cuestión que es considerada por la Tribunal como pertinente. Concretamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 y el artículo 31, apartado 2, de la Carta deben interpretarse en el sentido de que un juez de paz que ejerce sus funciones con carácter principal y que percibe indemnizaciones vinculadas a las prestaciones efectuadas e indemnizaciones por cada mes de servicio efectivo, puede estar comprendido en el concepto de «trabajador», a efectos de dichas disposiciones.

Es sabido que el concepto comunitario de trabajador por cuenta ajena no es unívoco, y puede ser diferente en función de la materia de la que se trate<sup>10</sup>. Si bien, de forma reiterada el TJUE recuerda que a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el concepto de «trabajador» no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión<sup>11</sup>, afirmación aplicable también al derecho a vacaciones retribuidas reconocido en el art. 7 de la citada Directiva, que reconoce a todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, y el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Tras un breve análisis del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88, que a estos efectos se remite al previsto por la Directiva 89/391, el Tribunal concluye que la actividad jurisdiccional del juez de paz forma parte del sector de actividad pública, no estando expresamente excluido dicho sector del ámbito de aplicación de la Directiva 89/391, por lo que está comprendida, en principio, en el ámbito de aplicación de la Directiva 89/391 y de la Directiva 2003/88. No obstante,

<sup>10</sup> Sobre el concepto de trabajador, vid. entre otros: Martínez Moreno, C., “El concepto de trabajador”, en AAVV *Derecho Social de la Unión Europea*, M. E. Casas Baamonde y R. Gil Alburquerque (Directores), Francis Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2019, pp. 201 y ss. En la misma obra cit., L. J. Dueñas Herrero, “Empleo público”, pp. 1239 y ss.

<sup>11</sup> STJUE de 26 de marzo de 2015, Fenoll, C316/13, EU:C:2015:200, apartado 25, y de 20 de noviembre de 2018, Sindicatul Familia Constanța y otros, C147/17, EU:C:2018:926, apartado 41 y jurisprudencia citada.

la sentencia comentada recuerda que la calificación como trabajador es competencia del órgano judicial nacional, lo que se debe hacer siguiendo unos criterios objetivos y apreciando globalmente todas las circunstancias del asunto del que conoce que guarden relación con la naturaleza de las actividades consideradas y de la relación entre las partes interesadas. Criterios que son indicados en la propia sentencia, y que son desarrollados con cierto detalle aplicados al caso en cuestión.

Siguiendo su doctrina, para el Tribunal se ha de considerar «trabajador» a toda persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio, por un lado. Y, por otro lado, es necesario como característica esencial de la relación laboral el hecho de que la persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución. Trasladados estos requisitos al caso, considera el Tribunal que los servicios que presta la demandante no son marginales ni accesorios, sino que son prestaciones reales y efectivas que ejerce de forma principal. En cuanto a si percibe retribución como contraprestación de su actividad profesional, repara el Tribunal que el volumen de trabajo realizado por la demandante en el litigio principal y, por consiguiente, las cantidades que percibe por dicho trabajo son considerables. Resta importancia el Tribunal al hecho de que la normativa nacional califique de “honorarias” las funciones de juez de paz, lo que en su parecer no significa que las prestaciones económicas que un juez de paz percibe deban considerarse carentes de carácter retributivo. Por último, se analiza el requisito de la subordinación, no sin cierta dificultad porque puede afectar a la independencia judicial, lo que se salva matizando que se trata de una subordinación administrativa (sujeción a órdenes de servicio; sometimiento a potestad disciplinaria del Consejo Superior de la Magistratura; regulación con detalle y de manera vinculante la organización de su trabajo, incluida la atribución de los asuntos, las fechas y las horas de las vistas, etc.).

Respecto de este último requisito, resulta llamativa la doble cautela que de forma sutil deja entrever el Tribunal. La primera, es la afirmación de que el hecho de que los jueces de paz puedan ser considerados trabajadores “en modo alguno lesiona el principio de independencia del poder judicial ni la facultad de los Estados miembros de establecer un régimen jurídico específico que regule la magistratura”, y viceversa: que el hecho de estar protegidos contra injerencias o presiones externas que puedan menoscabar su independencia en el ejercicio de sus actividades jurisdiccionales y de la función de juzgar, no impide calificar a los jueces de paz de trabajadores. Es decir, que una faceta no impide la otra, ni impide que el Estado regule modalidades de servicio específicas, o más bien habría que decir con regímenes jurídicos diferenciados. La segunda cautela, es que esa dependencia que el Tribunal califica de “administrativa”, pese a que se



afirma la existencia de la misma en el caso, el Tribunal remite al órgano judicial su comprobación, insistiendo en que es preciso tener en cuenta el modo de organización del trabajo de los jueces de paz.

Con todas las matizaciones y cautelas, el Tribunal concluye que “los jueces de paz ejercen sus funciones en el contexto de una relación jurídica de subordinación desde el punto de vista administrativo, que no afecta a su independencia en la función de juzgar, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.

#### **4. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL CARGO DE JUEZ DE PAZ COMO RELACIÓN LABORAL CORRESPONDE AL ÓRGANO JUDICIAL REMITENTE**

Para poder determinar si se produce una diferencia de trato a los efectos del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, de 18 marzo, anexo a la directiva 1999/70 (en adelante Acuerdo Marco) es presupuesto previo averiguar si la prestación de servicios de los jueces de paz, de carácter temporal, se puede considerar incluida en el concepto de contrato de trabajo de duración determinada. Por ello, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que un juez de paz, nombrado para un período limitado, que ejerce sus funciones con carácter principal y que percibe indemnizaciones vinculadas a las prestaciones efectuadas e indemnizaciones por cada mes de servicio efectivo, está comprendido en el concepto de “trabajador con contrato de duración determinada”, en el sentido de dicha disposición.

Al respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el Acuerdo Marco no excluye ningún sector particular<sup>12</sup>, y que las disposiciones contenidas en dicho Acuerdo se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público<sup>13</sup>. Esta doctrina lleva al Tribunal a afirmar de entrada que “el hecho de que los jueces de paz sean titulares de un cargo judicial no basta, por sí solo, para privarles del disfrute de los derechos previstos en dicho Acuerdo Marco”, y que “la mera circunstancia de que una actividad profesional, cuyo ejercicio procura un beneficio material, se califique de «honoraria» en virtud del Derecho nacional carece de relevancia por lo que se refiere a la posibilidad de aplicar el Acuerdo Marco, so pena de desvirtuar gravemente la eficacia de la Directiva 1999/70 y del

<sup>12</sup> STJUE de 14 de septiembre de 2016, Pérez López, C-16/15, EU:C:2016:679, apartado 25.

<sup>13</sup> Auto TJUE de 22 de marzo de 2018, Centeno Meléndez, C-315/17, EU:C:2018:207, apartado 39 y jurisprudencia citada, y auto TJUE (Sala Segunda), de 19 de marzo 2019, asunto C-293/18 (EU:C:2019:224).



Acuerdo Marco”. Ahora bien, también afirma que únicamente puede admitirse la exclusión del principio de igualdad de trata consagrado en el Acuerdo Marco, si la naturaleza de la relación laboral de que se trata es sustancialmente diferente de la que vincula a los empleados comprendidos, según el Derecho nacional, en la categoría de trabajadores con sus empresarios, y este extremo es algo que compete al juez nacional comprobar.

De nuevo, pese a remitir a la competencia del órgano judicial nacional en qué medida la relación que une a los jueces de paz con el Ministerio de Justicia es, por su naturaleza, sustancialmente diferente de una relación laboral que une a un empresario y a un trabajador, el Tribunal de Justicia indica al órgano nacional remitente, y aborda con detalle, algunos principios y criterios que éste deberá tener en cuenta en su examen, conforme a la finalidad del Acuerdo Marco, teniendo en cuenta la distinción entre la categoría de trabajadores con la de las profesiones autónomas, que a los efectos del caso se refieren a: las modalidades de nombramiento y de separación de los jueces, pero también el modo de organizar su trabajo.

En cada uno de estos tres aspectos de la relación de servicio de los jueces de paz con el Ministerio de Justicia, el TJUE deja abierta de una forma ambigua su calificación, afirmando que el hecho de que las relaciones de servicio hayan sido establecidas mediante decretos presidenciales debido a la condición pública del empleador no es decisivo a este respecto; o que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si los procedimientos de separación de los jueces de paz establecidos a escala nacional hacen que la relación que une a los jueces de paz con el Ministerio de Justicia difiera sustancialmente de una relación laboral que une a un empresario y a un trabajador; o también, que si bien parece que dichos jueces ejercen sus funciones en el contexto de una relación jurídica de subordinación, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobarlo.

Por tanto, la calificación como relación laboral a efectos de la aplicación del Acuerdo Marco, debe ser hecha por el órgano remitente, siguiendo las detalladas indicaciones del Tribunal. No ocurre lo mismo, sin embargo, con la calificación de la relación como de duración determinada, pues constata el Tribunal que de los autos se desprende que el mandato de los jueces de paz se limita a un período renovable de cuatro años y que, por consiguiente, resulta que, en el caso de autos, la relación que une a los jueces de paz con el Ministerio de Justicia tiene una duración determinada.

## 5. LA HIPOTÉTICA DIFERENCIA DE TRATO ENTRE JUECES DE CARRERA Y JUECES DE PAZ RELATIVA AL DERECHO A VACACIONES RETRIBUIDAS

En el supuesto de que el juez de paz esté comprendido en el concepto de “trabajador con contrato de duración determinada”, en el sentido de la cláusula 2, apartado 1, de dicho Acuerdo Marco, analiza el Tribunal de Justicia la cuestión planteada sobre si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece para el juez de paz el derecho a disfrutar de 30 días de vacaciones anuales retribuidas, como el establecido para los jueces de carrera.

La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco recoge la prohibición de tratar, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables, por el mero hecho de ejercer una actividad en virtud de un contrato de duración determina, teniendo en cuenta que a estos efectos el derecho a vacaciones retribuidas se considera una condición de trabajo. Como afirma el Tribunal de Justicia, dicha cláusula expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva.

No obstante, es sabido que la aplicación del principio de no discriminación exige que las diferencias de trato se produzcan entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contrato de duración indefinida que se encuentren en una situación comparable. La posición de partida del Tribunal de Justicia es la de entender que en el caso puede darse la situación comparable, al afirmar que “En el caso de autos, de la documentación remitida al Tribunal de Justicia se desprende que la demandante en el litigio principal, como juez de paz, podría considerarse comparable a un *togato* (juez de carrera) que hubiera superado la tercera evaluación de aptitud profesional y adquirido al menos catorce años de antigüedad, puesto que ha ejercido una actividad judicial equivalente a la de ese juez de carrera, con las mismas responsabilidades en los ámbitos administrativo, disciplinario y fiscal, y ha estado inscrita continuamente en la plantilla de los juzgados en los que ha trabajado, percibiendo las prestaciones económicas establecidas en el artículo 11 de la Ley n.º 374/1991”.

Pero como en los presupuestos anteriores, el Tribunal de Justicia siembra de nuevo la duda, pues con afán de la mayor neutralidad al respecto, recoge con cierto detalle una serie de semejanzas y diferencias entre ambas categorías de forma tal que lo mismo pueden servir como presupuesto para afirmar la comparabilidad entre ambas como para lo contrario. En efecto, tras hacer una relación exhaustiva de diferencias y semejanzas entre los jueces de carrera y los jueces de paz en lo relativo al régimen jurídico, formación, tipo de trabajo, etc, concluye que

“corresponde al órgano jurisdiccional remitente, único competente para apreciar los hechos, determinar, en última instancia, si un juez de paz como la demandante en el litigio principal se encuentra en una situación comparable a la de un juez de carrera que hubiera superado la tercera evaluación de aptitud profesional y adquirido al menos catorce años de antigüedad en el mismo período”.

## **6. LA CAUTELA DEL TJUE SOBRE LA EXISTENCIA DE RAZÓN OBJETIVA DEL TRATO DIFERENCIADO**

Según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, el concepto de “razones objetivas”, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, requiere que la desigualdad de trato apreciada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a estas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro<sup>14</sup>.

En el caso comentado, el Gobierno italiano aduce que la existencia de una oposición inicial especialmente concebida para que los jueces de carrera accedan a la magistratura, lo que no es inherente al nombramiento de los jueces de paz, constituye una razón objetiva. Como punto de partida, el Tribunal de Justicia salvaguarda el hecho de que los Estados miembros pueden, en principio, determinar requisitos de acceso a la magistratura y condiciones de trabajo aplicables tanto a los jueces de carrera como a los jueces de paz, sin infringir por ello la Directiva 1999/70 ni el Acuerdo Marco<sup>15</sup>. Como también advierte que “ciertas diferencias de trato entre trabajadores fijos seleccionados tras una oposición y trabajadores con contrato de duración determinada contratados tras un procedimiento distinto del previsto para los trabajadores fijos pueden, en principio, estar justificadas por las diferencias en las cualificaciones requeridas y la naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir”<sup>16</sup>. Y que, por tanto, en el caso analizado, las alegaciones del Gobierno italiano pueden constituir una “razón objetiva”, en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 o 4, del Acuerdo Marco,

<sup>14</sup> Auto TJUE (Sala Segunda), de 19 de marzo 2019, asunto C-293/18 (EU:C:2019:224).

<sup>15</sup> Con cita de la STJUE de 20 de septiembre de 2018, Motter, C466/17, EU:C:2018:758, apartado 43.

<sup>16</sup> *Ibidem*, apartado 46.

en la medida en que respondan a una necesidad auténtica, permitan alcanzar el objetivo perseguido y resulten indispensables al efecto.

Pero de nuevo el Tribunal de Justicia muestra con cautela su posición, pues por un lado matiza que las diferencias entre los procedimientos de selección de los jueces de paz y de los jueces de carrera no exigen necesariamente privar a los primeros de vacaciones anuales retribuidas, que se corresponden con las previstas para los segundos, pero a continuación resalta la especial naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir los jueces de carrera y el distinto nivel de las cualificaciones requeridas para llevar a cabo tales funciones, basándose en la especial importancia concedida en el ordenamiento jurídico nacional y, más concretamente, en el artículo 106, párrafo primero, de la Constitución italiana, a los concursos específicamente concebidos para la selección de jueces de carrera. Lo anterior, le lleva a afirmar finalmente que “Sin perjuicio de las comprobaciones que son competencia exclusiva de dicho órgano jurisdiccional, parece que los objetivos invocados por el Gobierno italiano en el caso de autos, a saber, reflejar las diferencias de ejercicio profesional entre los jueces de paz y los jueces de carrera, podrían responder a una necesidad auténtica y las diferencias de trato existentes entre esas dos categorías, incluso en materia de vacaciones anuales retribuidas, podrían considerarse proporcionadas a los objetivos que persiguen”.

En hipótesis, por tanto, cabe tanto la posibilidad de que se considere la existencia de razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato, como lo contrario, lo que dependerá de la comprobación y valoración del órgano judicial remitente, a quien proporciona argumentos para una opción como para la otra.



# EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Huelva

## LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR MEDIANTE EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE GEOLOCALIZACIÓN

*Sentencia del Tribunal Supremo 766/2020, de 15 de septiembre*

*ECLI: ES:TS:2020:3017*

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La sentencia comentada resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina, planteado en un supuesto en el cual una trabajadora, por cuenta ajena, encontrándose de baja laboral por enfermedad común, recibe la carta de despido de la empresa para la cual trabajaba, por considerar ésta que durante dicha situación, el vehículo de la empresa del cual disponía la trabajadora para el desempeño de sus funciones, no podía ser utilizado, como así se le había notificado previamente, habiendo registrado el GPS del mismo una utilización intensa durante el fin de semana previo a su baja médica así como durante la misma (un total de 1935, 21 km recorridos), razón por la cual se le despide. Considera la interesada que dicho despido vulnera su Derecho Fundamental a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales (art. 18 CE), razón por la cual reclama en primera instancia donde se declara el despido como procedente. No estando conforme la trabajadora acude al Tribunal Superior de Justicia que considera el despido nulo por afectación de un derecho fundamental, lo que es recurrido en unificación de doctrina por la empresa ante el Tribunal Supremo, el cual declara la licitud y procedencia del despido.

**RESUMEN:** Comprobamos en esta sentencia como los poderes de dirección, vigilancia y sanción del empleador/a pueden entrar en conflicto con alguno de los Derechos Fundamentales recogidos en nuestra norma suprema, como es el caso del derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales (art. 18 CE), lo que provoca la puesta en marcha de los mecanismos de protección de dichos derechos, pero también los límites del mismo cuando existen razones justificadas y proporcionadas que abalen la actuación de la empresa, como ocurre en el presente caso, en el cual nuestro Alto Tribunal otorga la razón a la organización, la cual considera que ha existido indisciplina o desobediencia en el trabajo, transgresión de la buena fe contractual, y abuso de confianza en el desempeño de su trabajo.

\* Prof. Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. PROYECTOS DE I+D+i EN EL MARCO DEL PROGRAMA OPERATIVO FEDER ANDALUCÍA 2014-2021. *Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social.*

**ÍNDICE**

1. SUPUESTO DE HECHO
2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PODER DE DIRECCIÓN
3. CONCLUSIONES

**1. SUPUESTO DE HECHO**

El avance de las nuevas tecnologías aplicadas a todos los aspectos de nuestra vida encuentra su reflejo más reciente en los sistemas de geolocalización para conocer la ubicación, recorridos, rutas, movimiento o no y otros aspectos del desempeño de la prestación de servicios. Como ha ocurrido con otros avances tecnológicos, en este caso, también se plantean sus límites cuando entran en colisión con algunos de los Derechos Fundamentales de las personas trabajadoras.

Esto es lo que ocurre en el caso que comentamos en el cual una trabajadora por cuenta ajena de la empresa Tiendas Conexión S.L.U. dedicada al comercio al por menor de equipos de telecomunicaciones en establecimientos especializados, con contrato indefinido a tiempo completo, jornada de trabajo de 40 horas semanales, con una antigüedad desde el 26 de abril de 2010, categoría profesional de supervisora de puesto de venta y salario anual de 20.828,18 euros incluidas pagas extraordinarias; causa baja laboral el 11 de abril de 2016, por enfermedad común, en concreto, trastorno de ansiedad generalizado. Justo el año anterior, en fecha de 3 de marzo de 2015, la empresa le notifica a la trabajadora varios aspectos:

- ✓ Dispone de un vehículo asignado para su uso en jornada laboral y para el desempeño de su trabajo,
- ✓ Toda anomalía que se detecte en el vehículo debe notificarse de inmediato a la empresa para que se subsane con el taller concertado por la misma,
- ✓ El trabajador/a es responsable de mantener el vehículo en perfecto estado de limpieza, orden, revisiones y documentación, pudiendo ser supervisado su estado en cualquier momento por un responsable,
- ✓ Siempre que sea necesario su préstamo a cualquier otro empleado de la empresa, se compromete a entregarlo en perfectas condiciones y a realizar las comprobaciones de su estado al recibirlo de nuevo, el cual será siempre responsabilidad suya,
- ✓ Se informa de que el vehículo dispone de un dispositivo de localización por GPS para garantizar su seguridad y coordinación de los trabajos.

Entre el 11 de abril de 2016, fecha de inicio de la incapacidad temporal, y el 21 de abril del mismo año, se había realizado con el mencionado vehículo un

total de 1.935,21 km, por lo que el día 22 de abril de 2016 la empresa notifica a la trabajadora mediante burofax carta de despido con el siguiente tener literal: *“por medio del presente se le comunica que la dirección de esta empresa se ven en la penosa obligación de rescindir su contrato de trabajo por motivos disciplinarios con fecha de efectos del día de hoy. La anterior decisión se fundamenta en los siguientes hechos: 1.- para el desarrollo de sus servicios la empresa puso a su disposición un vehículo [...] dotado de un sistema de geo-posicionamiento, cuyo uso, como usted bien sabe, está estrictamente limitado y circunscrito a un uso profesional, no estando, pues autorizado sus uso con fines particulares. 2.- desde el 11 del corriente usted se encuentra en situación de incapacidad temporal por contingencia común. 3.- a pesar de la prohibición de uso del vehículo [...], el sistema de geo-posicionamiento ha registrado una utilización intensa del mismo durante el fin de semana previo a su baja médica así como durante la misma, habiéndose registrado hasta el día 21 del corriente mes de abril un total de 1935, 21 km recorridos, contraviniendo la autorización de uso y, posiblemente, perjudicando su recuperación médica. Se acompaña informe de utilización del vehículo con expresión de fechas y tiempos de utilización, distancias recorridas, velocidades máximas alcanzadas, algunas de ellas superando la velocidad máxima legal. Los hechos hasta aquí descritos son constitutivos de un incumplimiento contractual grave y culpable, tipificados como causa de despido en el artículo 54 del TRET”.*

La empresa considera que ha existido indisciplina o desobediencia en el trabajo, transgresión de la buena fe contractual, y abuso de confianza en el desempeño de su trabajo, por todo lo cual se le ruega a la mayor brevedad posible la entrega de los dispositivos propiedad de la empresa que obran en su poder (ordenador portátil, módem USB, teléfono móvil, tarjeta Solred, fondo de dietas y las llaves del vehículo).

Ante esto, la trabajadora reclama por despido ante el Juzgado de lo Social nº 4 de Almería, el cual es calificado en primera instancia como procedente, lo que provoca el correspondiente recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, quien dicta sentencia el 19 de octubre de 2017 en la cual consta el siguiente fallo: que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora contra la sentencia de instancia [...], debemos revocar y revocamos dicha sentencia y declaramos la nulidad del despido condenando a la empresa, a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, con abono de los salarios dejados de percibir.

Esta resolución judicial se basa en el hecho de que la empresa utilizó los datos del GPS para una finalidad distinta a la prevista, en tanto que recabó los que correspondían a tramos horarios ajenos a la jornada laboral. De ello se concluye



que nos hallamos ante un supuesto de nulidad del despido. La anterior resolución provoca la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.<sup>1</sup>

## 2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PODER DE DIRECCIÓN

El debate de fondo en esta sentencia es la licitud del uso de los datos obtenidos por GPS del vehículo utilizado por la trabajadora, vehículo de uso exclusivo para el desempeño de su trabajo, de cuya instalación estaba informada la trabajadora. En concreto lo que se plantea es si el uso de esos datos vulnera los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y el derecho de protección de datos personales (art. 18.4 CE), todos ellos derechos fundamentales al estar encuadrados en el Título I de la norma suprema, capítulo segundo, sección 1<sup>a</sup>.<sup>2</sup>

Lo primero que debemos destacar porque así lo ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional, es que estos derechos fundamentales tienen plena efectividad en el seno de las relaciones laborales, sin que puedan sufrir merma alguna por la creación del vínculo contractual que supone el inicio de una relación laboral por cuenta ajena<sup>3</sup>. (STC 88/1985, STC 6/1988, STC 129/1989, STC126/1990, STC 99/1994, STC 106/1996, STC 186/1996, STC 90/1997 y posteriores).

La segunda idea a destacar es que nuestro Tribunal Constitucional también ha aclarado que los tres derechos destacados anteriormente, son derechos autónomos e independientes, por eso no es baladí el derecho que se alega por el reclamante y que finalmente pueda resultar vulnerado. Hay puntos comunes, pero también diferencias. Así la noción de “intimidad” constitucionalmente protegida es un concepto de carácter objetivo o material, mediante el cual el ordenamiento jurídico designa y otorga protección al área que cada uno se reserva para sí o para sus íntimos, un “ámbito reservado de la vida de las personas excluido del

<sup>1</sup> Fernández García, A. “Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial” *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n.º.17/2010 parte Estudio (versión digital). Goñi Sein, J. L.: “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”, *Justicia Laboral*, n.º. 39, 2009.

<sup>2</sup> Ojeda Avilés, A.: “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, en *Revista de Derecho Social*, n.º 35, 2006, pág. 18,

<sup>3</sup> En parecidos términos se pronuncia Fernández Orrico F. J. “Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales; análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre”, En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 222 de 2019. Aranzadi. Expresamente señala este autor que los trabajadores no dejan de ser ciudadanos por el hecho de comenzar a prestar servicios para un empresario; de lo que se deriva que los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos no se ven exceptuados por la existencia de una relación laboral”.

conocimiento de terceros” en contra de su voluntad (STC 10/2002, STC 127/2003 y STC 189/2004).

Por su parte, el derecho a la protección de los datos de carácter personal, facultad a su titular a “controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona” (STC 11/1998). Este derecho atribuye “un haz de facultades consistentes en diversos poderes jurídico cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.2 CE), y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental”, es decir, garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber, el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de datos personales; el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos, en definitiva, esto supone el poder de disposición de los datos personales alcanzando a todos los datos no sólo íntimos de la persona sino a cualquier tipo de dato personal (STC 292/2000, STC 254/1993 y STC 254/2000 entre otras).

Parece, por tanto, que la recogida, almacenamiento, tratamiento y uso posterior de los datos por un tercero requiere del consentimiento del titular del derecho, facultad esta que sólo cabría limitar en atención a derecho y bienes de relevancia constitucional, siempre que la limitación sea justificada y proporcionada. De cualquier forma, este derecho de protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente esas limitaciones ni encomiende a los poderes públicos las mismas, estas derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos<sup>4</sup>.

Por su parte el Tribunal Supremo ha declarado que lo que el derecho fundamental protege no sólo es la utilización de los datos sino su propia adquisición (STS 259/2014 y STS 78/2017) y conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal, señala que el tratamiento de los datos personales requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa<sup>5</sup>.

Si toda esta doctrina jurisprudencial la trasladamos al ámbito de las relaciones laborales por cuenta ajena, y la relacionamos con los poderes de dirección y vigilancia de la organización, resulta que se considera que, para el uso de medios

<sup>4</sup> García Murcia, J. “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”. En *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 216 de 2019. Parte estudios. Aranzadi.

<sup>5</sup> Arrabal Platero, P.: “La videovigilancia laboral como prueba en el proceso”. *Revista General de Derecho Procesal*, 37, 2015.

informáticos, la empresa debe de haber establecido previamente las bases para el uso de los instrumentos, así como haber informado a los trabajadores que se iba a proceder al “control de los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectividad laboral del medio informático cuando fuese necesario” (STS 1826/2010 y STS 4053/2010).

Por tanto, el rechazo a la intromisión de la trabajadora habría que encontrarlo en la existencia de “una expectativa de intimidad”, bien porque existan disposiciones o reglas expresas o bien porque se base en un uso social de tolerancia. De ahí que solo el conocimiento anticipado por parte del trabajador de que puede ser objeto de fiscalización por el empresario legitimará el acto de injerencia en los sistemas o instrumentos puestos a su alcance por la entidad para la cual trabaja. Por eso “si no existe esa situación de tolerancia, tampoco existirá una expectativa razonable de intimidad, puesto que, si el uso personal de los instrumentos de la empresa es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo”. Es decir, la trabajadora no podía tener esa expectativa de intimidad cuando además de ser informada, estaba utilizando incorrectamente el vehículo de la empresa.

Por eso llegados a este punto, en el caso que nos ocupa, debemos plantearnos si ese control que hace la empresa excede de los límites de la finalidad que tenía asignada el sistema de captación de datos, y si ese exceso supone una intromisión en el área íntima de la trabajadora. Recordar que los datos obtenidos por el GPS se refieren a la ubicación permanente del vehículo, sin que permita captar circunstancias algunas de los ocupantes de dicho vehículo, recordar que estamos ante el caso de un vehículo de la empresa del que dispone la trabajadora única y exclusivamente para la realización de las labores propias de su puesto de trabajo, con expresa asunción de las responsabilidades sobre el estado del vehículo, además se había establecido expresamente que el uso de dicho vehículo estaba limitado a la jornada laboral. Todo esto permite afirmar que, si bien la geolocalización del vehículo es permanente, no se limita a una franja horaria, por ejemplo, el uso de dicho vehículo estaba limitado como hemos indicado. Al utilizarse los datos de esta geolocalización para la carta de despido y prescindir de los servicios de la trabajadora, no se está reflejando ninguna circunstancia personal de la trabajadora. Lo que se pone de relieve es que esta lo utilizó, o pudo permitir que otros lo hicieran, con incumplimiento manifiesto de las instrucciones que recibió de la empresa, dado que, en los periodos de descanso laboral de la trabajadora, así como durante la situación de baja laboral, el GPS debería haber reflejado que el vehículo estaba inmovilizado. Por eso, el Tribunal Supremo no comparte las ideas del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ya que la decisión de la empresa se basa en la constatación de las señales de movimiento en tiempos no justificados, más cuando la responsabilidad civil que pudiera aparejar

la seguridad del vehículo se encuentra en la esfera de las obligaciones de la empresa como titular del mismo, ya que la responsabilidad de la trabajadora se limitaba a la jornada laboral, precisamente porque es sólo durante la misma que debía utilizarlo.

Por ello ha declarado el Tribunal Supremo, que “pretender que la empresa no pueda usar los datos del GPS fuera de la jornada de trabajo y, al mismo tiempo, contravenir la instrucción de no uso fuera de la misma, y hacer o permitir el uso del vehículo fuera de los tiempos de trabajo, sitúa a la empresa en una posición de oscuridad respecto de los riesgos que pudiera tener que asumir por la circulación del vehículo fuera de su ámbito de decisión y control”. A lo que debe añadirse que la trabajadora conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada de trabajo y que además el mismo estaba localizable a través del receptor GPS, de ahí que no se aprecie invasión en sus derechos fundamentales con la constatación de los datos que ofrece el geo-localizador, que permite ver que el citado vehículo está siendo utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa. Todo lo anterior llevar a estimar la pretensión de la empresa y considerar el despido ajustado a derecho<sup>6</sup>.

### 3. CONCLUSIONES

Parece que después del análisis del caso estudiado, se llega a una serie de conclusiones de importante calado jurídico. La primera es que, los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución tienen plena aplicación en el ámbito de las relaciones laborales. La segunda que estos derechos a pesar de ser fundamentales deben ser aplicados de formar proporcional y justificada en dicho ámbito, pudiendo llegar a existir limitaciones siempre que en la organización se respeten una serie de garantías y procedimientos. Y la tercera y última conclusión es que la simple alegación en un conflicto laboral de un derecho fundamental no garantiza conseguir y conquistar nuestra pretensión, ya que la abundante interpretación jurisprudencial sobre los derechos fundamentales de la persona trabajadora aporta ideas y justificaciones más propias del sentido común que de la Teoría del Derecho.

<sup>6</sup>Fernández Villazón, L. A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral* Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.



---

# Reseña de Legislación



# RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA:

**JULIO-SEPTIEMBRE DE 2020**

Decreto-ley 18/2020, de 30 de junio, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se establecen diversas medidas ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19). Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 542 de 01/07/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-ley 20/2020, de 28 de julio, por el que se establecen con carácter extraordinario y urgente diversas medidas ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19). Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 546 de 29/07/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-ley 21/2020, de 4 de agosto, por el que se establece el régimen sancionador por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención aplicables en Andalucía ante el COVID-19. Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 549 de 04/08/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-ley 22/2020, de 1 de septiembre, por el que se establecen con carácter extraordinario y urgente diversas medidas ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19). Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 553 de 02/09/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-ley 24/2020, de 22 de septiembre, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se adoptan medidas en materia de empleo y servicios sociales, como consecuencia de la situación generada por el coronavirus (COVID-19). Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 558 de 22/09/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 104/2020, de 21 de julio, por el que se determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 143 de 27/07/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 115/2020, de 8 de septiembre, por el que se modifica el Decreto 100/2019, de 12 de febrero, por el que se regula la estructura orgánica de la



Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 555 de 10/09/2020 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 6 de agosto de 2020, por la que se modifica la Orden de 29 de julio de 2016, por la que se regula el procedimiento de autorización, seguimiento, evaluación y control de acciones formativas conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad en la modalidad presencial, no financiados con Fondos de Formación Profesional para el Empleo. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 158 de 17/08/2020 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 31 de agosto de 2020, por la que se establece la política de seguridad de las tecnologías de la información y comunicaciones y de la protección de datos personales de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 173 de 07/09/2020 Sección: Disposiciones generales)

## ESTUDIOS

La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo  
Jaime Cabeza Pereiro

El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación  
Carmen Sáez Lara

Derecho a la protección de datos personales en el marco de la relación laboral  
Joaquín García Murcia

Digitalización, nuevas formas de empleo y libertad sindical  
Carolina Martínez Moreno

Digitalización y derecho de huelga  
José María Göerlich Peset

Seguridad, salud laboral y desconexión digital  
Miguel Ángel Purcalla Bonilla

Cambio técnico, mercado de trabajo y protección social  
Rafael Muñoz De Bustillo Llorente

Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. Una visión desde el Derecho francés  
Marie-Cécile Escande-Varniol

Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. Una visión desde el Derecho británico  
Michael Wynn

Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. Una visión desde el Derecho italiano  
Sonia Fernández Sánchez

Modificación sustancial de las condiciones laborales: su vertiente selectiva  
Milagros Alonso Bravo

## INFORMES Y DOCUMENTOS

Memoria de la negociación colectiva en Andalucía en 2019

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Sevilla  
Concepto europeo de “trabajador con contrato de duración determinada”. Diferencia de trato entre jueces de paz y jueces de carrera en Italia  
María Sepúlveda Gómez

Universidad de Huelva  
Límites a los derechos fundamentales del trabajador mediante el uso de las nuevas tecnologías de geolocalización  
Emilia Castellano Burguillo

RESEÑA DE LEGISLACIÓN  
Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



**Junta de Andalucía**

Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES



ORIGEN & DESTINO

Quinta Conferencia de Política Social de Andalucía