

Incidencia de nuevas TIC en la intermediación privada, el problema de la utilización de plataformas electrónicas para eludir derechos

Consuelo Chacartegui. Profesora titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Universitat Pompeu Fabra)

1) Público vs. privado y nuevas tecnologías en el ámbito de la intermediación laboral

Las nuevas tecnologías se aplican a las relaciones laborales desde muy diversos ámbitos. La llamada sociedad red ha supuesto el desarrollo de una infraestructura tecnológica que incluye una red de telecomunicaciones avanzadas y sistemas interactivos de información capaces de procesar datos a alta velocidad, diseñados especialmente para gestionar la complejidad de las transacciones mundiales. El desarrollo de Internet ha permitido a la tecnología digital la transmisión automática de todo tipo de mensajes -incluidos el sonido, las imágenes y los datos-, creando un lenguaje digital universal y las condiciones tecnológicas para una comunicación global. En el ámbito de la intermediación, diversos informes de agencias de colocación digitales revelan que los portales de internet constituyen la primera opción para que un porcentaje muy significativo de empresas cubran sus ofertas de empleo¹.

La utilización de nuevas tecnologías no puede ser, por sí misma, valorada como positiva o negativa, sino que la cuestión principal es el uso que se le dé, así como los impactos y consecuencias que de dicho uso se deriven. Por ejemplo, desde el ámbito público, puede destacarse como una buena experiencia la puesta en marcha del portal EURES de la Comisión Europea², que utiliza las nuevas tecnologías como herramienta para dar a conocer los puestos de trabajo que los empresarios estén interesados en cubrir con

¹ Infojobs (2015), “Impacto de las Redes Sociales en los procesos de selección: visión de las empresas” revela que el 23% de las empresas contratan a sus empleados a través de redes sociales y hasta un 62%, a través de otros canales on line como los portales de empleo. Asimismo, 6 de cada 10 empresas han tenido en cuenta el perfil digital del candidato para su contratación. Dicha plataforma promovió más de un millón de contratos en 2016 Vid. <https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/el-60-las-empresas-consulta-las-redes-sociales-sus-procesos-seleccion>

Adecco (2016), “Informe sobre Redes sociales y Mercado de Trabajo 2016”, afirma que en 2016, el porcentaje de empresas que consultaba las redes de los candidatos era ya del 86%.. <https://adecco.es/wp-content/uploads/2017/11/Informe-2017-Empleo-y-Redes.-Infoempleo-Adecco.pdf>

² Vid. en <https://ec.europa.eu/eures/public/es/homepage>

trabajadores de otros países europeos, dando así respuesta a la intermediación en el ámbito de la movilidad transnacional europea.

En el ámbito privado, un sector de la doctrina mantiene que las nuevas tecnologías aumentan, de facto, los poderes empresariales, provocando inseguridad, fragmentación y desigualdad³. Desde el ámbito jurisprudencial también se pone el acento en que una utilización que contribuya a crear situaciones fraudulentas o discriminatorias puede convertirlas en instrumentos perniciosos porque contribuyan a hacer más fácil la vulneración de derechos de las personas trabajadoras⁴⁵. En cambio, la experiencia comparada nos muestra cómo las nuevas tecnologías también pueden contribuir a mejorar determinados aspectos de las relaciones laborales vinculados con la necesidad de inmediatez⁶.

2) De intermediación presencial a intermediación digital

En España, tan sólo el 1,8% de los trabajadores en situación de desempleo encontraron un empleo gracias al Servicio Público de Empleo⁷. Además, su eficacia ha caído en picado desde el inicio de la crisis (en 2007 era del 3,2%, según también los datos que proporciona el INE). La falta de recursos públicos a la hora de mejorar estos datos, ha sido aprovechada por las empresas privadas para intentar hacerse con el monopolio prácticamente total de esta actividad.

³ Goñi Sein, J.L. (2017). “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, Revista de Derecho Social, núm. 78/2017; Colàs Neila, E. (2012). Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia, Ed. Bomarzo, Albacete.

⁴ La STS de 21-9-2015 (RJ 2015\4353) recuerda la doctrina de la STC 99/1994, de 11 de abril, según la cual, respecto al derecho fundamental a la intimidad, “la relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él”.

⁵ La STS de 21-9-2015 (RJ 2015\4353) recuerda la doctrina de la STC 99/1994, de 11 de abril, según la cual, respecto al derecho fundamental a la intimidad, “la relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él”.

⁶ Vid. el caso sueco en OCDE (2015). “El mundo de los servicios públicos de empleo. Desafíos, capacidades y perspectivas para los servicios públicos de empleo en el nuevo mercado laboral”, publicaciones del BID, AMSPE y OCDE, p. 140.

⁷ Datos extraídos del INE (2017).

En el campo de la intermediación, la digitalización ha contribuido a un cambio radical, desde lo que podríamos llamar una intermediación presencial o material hacia una “intermediación digital”, que se ha venido realizando desde diversos instrumentos que intentan facilitar la puesta en contacto entre las empresas que ofrecen los puestos de trabajo y los demandantes de empleo. El ejemplo de las plataformas digitales⁸, portales de búsqueda de empleo, páginas web e incluso a través de líneas telefónicas son una realidad frecuente⁹. Este es el caso de la STS de 19 de noviembre de 2017¹⁰ en el caso de una empresa dedicada al suministro de traductores e intérpretes. Para ello, hacía servir un número de teléfono (línea 902) con el que las administraciones públicas contactaban cuando precisaban los servicios de un intérprete o traductor (como la Policía, la Guardia Civil o un Juzgado de Instrucción o Penal). El Tribunal Supremo concluyó que en este caso no se trataba de una actividad de colocación, sino de cesión, puesto que se dan las notas de laboralidad del art. 1.1 ET. Particularmente, la empresa de traductores pagaba a estos por sus servicios previa presentación de factura mensual.

De la misma manera, Twitter también se ha hecho servir como instrumento de intermediación. La aplicación Tuiempleo, permite seguir las ofertas que se publican por provincias y por perfiles profesionales que la persona candidata escoge. La filosofía de este portal es que si una persona busca trabajo dentro del área jurídica de Barcelona, no recibirá ofertas de empleo más de que esta provincia y en tiempo real. Se señala como ventaja de este sistema la inmediatez y el poder acceder esté donde esté la persona demandante de empleo a través de su dispositivo móvil. Así pues, a partir de ahora el sujeto jurídico “agencia de colocación” pasa a ser, en la inmensa mayoría de los casos, un sujeto digitalizado que actúa con medios automatizados.

⁸ Dichos instrumentos permiten la búsqueda de empleo por zonas, por sectores o especialidades. Algunos de los portales más conocidos: Infojobs.net, www.laboris.net, www.monster.net, www.tutrabajo.org, www.infoempleo.com, www.tecnoempleo.com, www.turijobs.com, www.webjobresearch.com. Web de empresas de trabajo temporal: www.ranstad.es, www.adecco.es, www.altagestion.es

Twitter también se ha hecho servir como instrumento de intermediación. La app de Twitter, Tuiempleo, te permite seguir las ofertas que se publican por provincias y por tipo de empleo.

⁹ Según dicha sentencia, “el funcionario correspondiente llama por teléfono a una línea 902, que corresponde a Ofilingua, le participa la necesidad de un intérprete, el idioma que debe ser conocido y la hora aproximada en que debe personarse en las dependencias policiales o judiciales correspondientes. El personal de atención telefónica de Ofilingua SL, a través de una aplicación informática, localiza a los traductores e intérpretes más cercanos geográficamente al órgano que precisa de sus servicios, comprueba su currículum y se pone en contacto telefónico con él, informándole que organismo necesita un intérprete y a qué hora”. Los traductores debían justificar las horas trabajadas, mediante la presentación mensual de facturas a la que se acompaña certificación del órgano judicial en el que han realizado su actividad, percibiendo una cantidad fija por hora trabajada (24 €/hora), habiendo percibido desde junio de 2011 a mayo de 2012 un promedio de 67,54 € diarios.

¹⁰ rec. 2806/2015.

Ahora bien, siendo que la mayoría de dichos portales tratan con datos de naturaleza personal, no se dan los necesarios mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, como es el consentimiento informado (art. 6.1). Por el contrario, se está entendiendo que el consentimiento va implícito en la simple aceptación de la oferta o en la perfección del contrato (es decir, la excepción del art. 6.2), como si todas las operaciones tuvieran necesariamente que concluir en la perfección del negocio jurídico contractual posterior, cuando en realidad no es así¹¹.

La jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado respecto a la difícil línea divisoria entre la actividad de intermediación y su delimitación respecto a la cesión de trabajadores. Así, la actividad de intermediación finaliza en el momento en que el trabajador percibe una retribución salarial por parte de la agencia de intermediación, pasando así a ser una actividad calificada como cesión de mano de obra. En este sentido, el trabajador pasa a ser considerado trabajador de una empresa de trabajo temporal –y ello incluso en el caso en que la agencia no tenga ánimo de lucro, tal como pone de relieve la STJUE de 17 de noviembre de 2016¹² respecto al supuesto de una asociación (Hermandad) vinculada a la Cruz Roja alemana¹³. Por tanto, es indiferente que la entidad que realiza la intermediación posea o no ánimo de lucro a la hora de considerarla una empresa de trabajo temporal (y no una agencia de intermediación). Lo relevante aquí es que el trabajador percibe una retribución de la Hermandad, por lo que se dan los requisitos de la cesión de trabajadores.

¹¹ Rodríguez Escanciano, S. (2013). Colaboración privada en el Servicio Público de colocación, Aranzadi Social núm. 10/2013.

¹² STJUE de 17 de noviembre de 2016, asunto C 216/15, Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH y Ruhrlandklinik gGmbH. La Ruhrlandklinik explota una clínica en Essen (Alemania). En 2010 celebró con la Hermandad vinculada a Cruz Roja un contrato de cesión de trabajadores, en virtud del cual esta última se comprometió a poner a disposición de dicha clínica personal de enfermería, a cambio de una compensación económica que cubriera los gastos de personal y un importe a tanto alzado del 3% en concepto de gastos administrativos. El personal de enfermería en cuestión está compuesto por miembros de la Hermandad habilitados para ejercer una actividad profesional en el ámbito de los servicios sanitarios. Con arreglo al reglamento interno de la Hermandad, ésta abona a sus miembros una retribución mensual y gastos de desplazamiento. Para la sentencia, el concepto de «trabajador», en el sentido de la Directiva 2008/104, debe interpretarse en el sentido de que abarca a toda persona que realice una prestación laboral, durante cierto tiempo, a favor de otra persona y bajo su dirección, a cambio de lo que recibe una retribución, y que esté protegida por ello en el Estado miembro de que se trate con independencia de la calificación jurídica de su relación laboral en Derecho nacional, de la naturaleza del vínculo jurídico que una a estas dos personas y de la forma de esa relación.

¹³ En contra de lo que sostiene la Ruhrlandklinik, el hecho de que la Hermandad no tenga ánimo de lucro carece de pertinencia a este respecto, según se desprende del propio tenor literal del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2008/104 y de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase, en particular, la sentencia de 3 de diciembre de 2015, Pfothenhilfe-Ungarn, C-301/14, apartado 30 y jurisprudencia citada). La forma jurídica de esta Hermandad, constituida como asociación, también carece de relevancia, puesto que no prejuzga el carácter económico de la actividad ejercida

Esta distinción no es baladí, dada la confusión de actividades que se ha ido produciendo paulatinamente entre las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal. Efectivamente, la regulación de las agencias de colocación ha transcurrido por importantes reformas legislativas en los últimos años, especialmente entre los años 2010 y 2012. La primera gran reforma tuvo lugar con la Ley 35/2010, que modificó el régimen de las agencias de colocación en tres aspectos: uno de ellos, introduciendo la gratuidad de los servicios de dichas agencias para los trabajadores (adecuando así la normativa española al convenio 181 de la OIT); en segundo lugar, considerando la recolocación como actividad que se encuadra en el concepto de intermediación. Como tercera novedad, admitiendo las agencias de colocación con fines lucrativos, lo que ha podido contribuir a una mayor mercantilización de esta actividad, alejándose del concepto de servicio público presente en la Ley de Empleo, al tratar la intermediación como otra mercancía más objeto de beneficio económico empresarial¹⁴.

Posteriormente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma laboral, llevó a cabo un cambio de paradigma en el objeto de la actividad de las ETT, quienes a partir de dicho momento ya fueron autorizadas legalmente para ejercer actividades de intermediación en el mercado laboral¹⁵, entre otras. Así pues, en el momento actual, además de la posibilidad de ceder temporalmente trabajadores por ella contratados (art. 43 ET), dichas empresas ya pueden actuar como agencias de colocación (cuando cumplan los requisitos establecidos en el RDL 3/2015, Ley de Empleo, y su normativa de desarrollo), así como prestar actividades de formación para la cualificación profesional conforme a la normativa específica de aplicación, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos.

El legislador, dada la confusión que puede provocar el desempeño de todas estas actividades, incluyó el inciso previsto en el art. 116.1 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Así, tanto en su relación con los trabajadores como con las empresas clientes, las empresas de trabajo temporal deberán informar expresamente y, en cada caso, si su actuación lo es en la condición de empresa de trabajo temporal o en el ejercicio de cualquier otra de las actividades permitidas. Sobre este punto, considero que habría dudas razonables respecto a la adecuación de dicha posibilidad a la normativa

¹⁴ Commodification en palabras de Esping-Andersen, G. (1990). *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press.

¹⁵ Opción criticada por Calvo Gallego, F.J. y Rodríguez-Piñero Royo, “Colocación y Servicios de Empleo”, CES, 2011, págs. 504 y 505, en base a las consecuencias que pueda conllevar esta ampliación de la iniciativa privada y por su discutido encaje respecto a la normativa comunitaria (Directiva 2008/104, de Empresas de Trabajo Temporal).

comunitaria. Ello obliga a reflexionar hasta qué punto la Directiva 2008/104 ha de ser o no el paraguas que legitime que las empresas de trabajo temporal realicen actividades de intermediación, cuando dichas actividades no aparecen en ningún momento mencionadas en la definición del objeto que realizan las empresas de trabajo temporal (art. 3.1.b)¹⁶. Este asunto podría merecer la interposición de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otra parte, las agencias de colocación asumen las competencias que el art. 299 LGSS (obligaciones de los trabajadores, solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo) asigna a las agencias de colocación en el control de determinadas obligaciones que suscriben los solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo; en particular la participación en trabajos de colaboración social, la aceptación de colocación adecuada, la renovación de la demanda de empleo, la intervención en las acciones de orientación e información o la comparecencia en la fechas señaladas. Tanto las agencias de colocación como las empresas de trabajo temporal podrán intervenir en estas cuestiones, si bien han que formalizar el oportuno convenio de colaboración con los Servicios Públicos de Empleo, pues sólo aquellas agencias que hayan suscrito dicho instrumento se equiparan a los Servicios Públicos a dichos efectos¹⁷.

3) La Organización Internacional del Trabajo ante el fenómeno de la intermediación: desde la empleabilidad al respeto a los derechos fundamentales

Desde el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo se ha referido a los desafíos actuales que afrontan los Servicios Públicos de Empleo desde una

¹⁶ Según el art. 3.1.b) de la Directiva 2008/104, la empresa de trabajo temporal es “toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas”.

¹⁷ Ello se somete a unas estrictas exigencias, especialmente la necesidad de que la ETT actúe previamente como agencia de colocación por un período de dos años anteriores a la firma del convenio, elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de trabajadores desempleados que formen parte de los colectivos prioritarios que presentan especiales dificultades de inserción e integración en el mercado de trabajo (jóvenes, mujeres, parados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, discapacitados e inmigrantes), contar con sistemas electrónicos compatibles con los públicos y extender la gratuidad de los servicios no sólo a los trabajadores sino también a los empresarios. Vid. Rodríguez Escanciano, S. (2013), Colaboración privada en el Servicio Público de colocación, Aranzadi Social.

perspectiva especialmente vinculada a la empleabilidad¹⁸, intentando incidir en los procedimientos y mecanismos para hacer más eficaces las políticas de intermediación. Ello es debido fundamentalmente a que los servicios públicos de empleo se enfrentan a unas tasas mundiales de desempleo dramáticas –de 201 millones de personas trabajadoras desempleadas en 2017, cifra que va en aumento a 212 millones en 2019-, debiendo dar respuesta, asimismo, al desempleo particularmente elevado de mujeres y jóvenes.

La OIT apuesta por la modernización de los servicios públicos de empleo, en colaboración con las agencias de empleo privadas, pero ha abandonado una óptica más vinculada a la afectación que actualmente posee la modernización tecnológica de los servicios de empleo respecto a los derechos fundamentales. La cuestión que subyace es hasta qué punto pueden mantenerse en el ámbito de la intermediación sistemas que, a pesar de su eficacia más o menos contrastada, puedan suponer una vulneración constante de los derechos fundamentales. El diseño legislativo del Convenio núm. 88 sobre el servicio del empleo (1948) ya apuntaba a dicha orientación finalista, al centrarse en el aspecto de la empleabilidad, promoviendo la cooperación entre los órganos públicos y privados correspondientes para garantizar la organización óptima del mercado laboral como parte de las políticas de promoción del empleo. Complementariamente, el Convenio sobre las agencias de empleo núm. 181 (1997), establece asimismo los principios generales para asegurar una cooperación efectiva entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas, reconociendo el papel que las agencias de empleo pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo.

En esta presentación se aboga por recuperar el papel que los convenios de la OIT citados asignan a la protección de los derechos fundamentales de las personas que buscan empleo, particularmente con la finalidad de promover la igualdad de oportunidades de los colectivos más desfavorecidos y de las personas más vulnerables. Particularmente, protegiendo a las personas que buscan empleo de los riesgos de discriminación en el acceso al empleo, señalando en el art. 5 del Convenio núm. 181 que los Estados miembros tienen la obligación de velar para que las agencias de empleo privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad.

¹⁸ Organización Internacional del Trabajo (2015). Los servicios de empleo en un mundo del trabajo cambiante, Publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. En dicho informe se pone de relieve que para 2019 será necesario crear 280 millones de empleos.

Otra manifestación de la atención a los derechos fundamentales en el Convenio núm. 181 de la OIT es el tratamiento de los datos personales de los trabajadores por las agencias de empleo privadas. Según el art. 6 de dicha normativa internacional, esta protección debe, por una parte, efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales; en segundo lugar, debe limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente.

Por tanto, no sería correcto concluir en que la OIT no ha dispensado la debida protección a los derechos fundamentales, pues las provisiones al principio de igualdad de oportunidades y a la protección de datos de carácter personal nos indicarían más bien lo contrario. Así pues, nos encontraríamos ante una implementación de dichos convenios por parte de los Estados miembros que presta más atención a las cuestiones procedimentales en aras a la reducción de los índices de desempleo que acucian las instituciones mundiales de intermediación.

4) Trabajo decente y portales de internet: consolidando la precariedad vía digital

Otra de las cuestiones que se suscitan desde un análisis multinivel, es de qué manera se está procediendo a la implementación de los principios que informan el trabajo decente por parte de las agencias de colocación. La pregunta es si estas agencias privadas, en especial las que se anuncian a través de portales o aplicaciones, están contribuyendo a un modelo que siga los parámetros del concepto de trabajo decente o más bien consolidar un modelo basado en la precariedad laboral.

A través de un simple análisis de algunas de estas agencias, podemos constatar cómo los portales de internet están contribuyendo a la consolidación de un modelo de precariedad laboral que aumenta los efectos multiplicadores de la misma, al anunciar múltiples ofertas de trabajo precario, como minijobs, contratos cero horas o trabajo a demanda. En este sentido, en la red son muy fácilmente localizables auténticos portales especializados en empleo precario, que anuncian ofertas de empleo de muy corta duración, con bajos salarios y largas jornadas, trabajos además caracterizados por una baja protección social. Este efecto multiplicador de la precariedad puede verse incluso en el hecho de que las propias empresas de trabajo temporal utilizan de manera habitual estos portales como instrumentos para anunciar sus propias ofertas de empleo.

En este sentido, también las agencias de intermediación se caracterizan por contribuir a la consolidación de este modelo basado en la “flexiprecariedad”, según el concepto acuñado por López López, Canalda Criado y De le Court¹⁹. Así pues, la versión española quedaría bien lejos del modelo de flexiseguridad (o flexiguridad) asumido por la Comisión Europea²⁰ siguiendo el ejemplo danés, que abogaba por una mayor flexibilidad en la contratación, pero acompañada por mayores elementos de fomento de la contratación y de apoyo a las personas desempleadas para hacer lo más breve posible los períodos de transición, intensificando los mecanismos de formación (life long learning) y mayores refuerzos de la protección por desempleo para los períodos en que las personas trabajadoras se encuentra desempleadas.

5) Intermediación y portales de internet: ¿transparencia u opacidad?

Como se ha avanzado anteriormente, el sujeto jurídico “agencia de colocación” ha pasado a ser, en la inmensa mayoría de los casos, un sujeto digitalizado. Ello podría dar lugar a situaciones de lo que podríamos considerar como “doble intermediación”, es decir, una intermediación consistente en el negocio jurídico que se lleva a cabo por el contacto entre la oferta y la demanda de trabajo y otra que podría caracterizarse como instrumental –el instrumento tecnológico que se interpone vía digital-. Todo ello puede esconder al sujeto (agencia de colocación) que verdaderamente realiza la actividad de intermediación, hasta ser extremadamente complicada su detección como sujeto jurídico con las obligaciones previstas en la Ley de Empleo.

Un análisis de los portales de internet que desarrollan su actividad en el ámbito de la intermediación en el mercado laboral nos muestra que estos se nutren de una falsa

¹⁹ López, J., de le Court, A., Canalda, S. (2014), "Breaking the equilibrium between flexibility and security: flexiprecarity as the Spanish version of the model", in *European Labour Law Journal*, vol. 5, nº 1.

²⁰ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad {SEC(2007) 861} {SEC(2007) 862}, establece cuatro elementos del concepto de flexiguridad: a) disposiciones contractuales flexibles y fiables (desde la perspectiva del empleador y del empleado, y de «los que están dentro» y «los que están fuera») gracias a una legislación laboral, convenios colectivos y una organización del trabajo modernos; b) estrategias globales de aprendizaje permanente a fin de garantizar la adaptabilidad y empleabilidad continuas de los trabajadores, en particular de los más vulnerables; c) políticas activas del mercado laboral eficaces que ayuden a las personas a afrontar cambios rápidos, reduzcan los períodos de desempleo y faciliten las transiciones a nuevos puestos de trabajo; d) sistemas de seguridad social modernos que ofrezcan un apoyo a la renta adecuado, fomenten el empleo y faciliten la movilidad en el mercado laboral. Aquí se incluye una amplia serie de medidas de protección social (prestaciones de desempleo, pensiones y atención sanitaria) que permiten a las personas conciliar el trabajo con las responsabilidades privadas y familiares, como el cuidado de los hijos.

transparencia o transparencia aparente, siendo que, por el contrario, en realidad estaríamos ante una estructura opaca a la hora de detectar el sujeto responsable de las obligaciones previstas en la normativa aplicable. Así, existe una plataforma interpuesta que convierte en una aplicación informática a la empresa misma de colocación, lo que comporta un evidente problema a la hora de la detección de responsabilidades empresariales, cuando quien actúa es un “ente digital”.

Tal como reconoce el documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea de diciembre de 2017²¹, “el problema reside en que, en el contexto de una necesaria capacidad de adaptación del mercado laboral, existe el riesgo de que la protección de los trabajadores, incluidos los que realizan su actividad en el marco de formas de empleo nuevas y no convencionales, sea insuficiente”, por lo que se espera “la promoción de un empleo más seguro y previsible”. Estamos, pues, en presencia de un documento importante por la novedad que supone reconocer abiertamente, por parte de la Comisión Europea, los efectos negativos que han llevado aparejadas estas políticas de flexibilidad que se han introducido con gran intensidad desde la aparición del Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”²². En definitiva, la Comisión Europea viene a reconocer que las recetas basadas en la austeridad no han funcionado de la manera que se hubiese esperado y que hay que cambiar el rumbo para lograr una mayor protección de las personas trabajadoras.

Sin embargo, las ofertas anunciadas en los portales de colocación de internet no se caracterizan precisamente por la transparencia. Así, dichas ofertas adolecen de una falta de información o transparencia sobre lo que serán los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral (art. 8.5 ET y RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla dicho precepto)²³. La mayoría de ofertas no especifican ni el salario a retribuir, ni el tiempo de trabajo ni la titulación o

²¹ Bruselas, 21.12.2017. COM (2017) 797 final

²² COM (2006) 708

²³ Que incluye: a) la identidad de las partes; b) la fecha de comienzo de la relación laboral y, en caso de que se trate de una relación laboral temporal, la duración previsible de la misma; c) el domicilio social de la empresa o, en su caso, el domicilio del empresario y el centro de trabajo donde el trabajador preste sus servicios habitualmente; d) la categoría o el grupo profesional; e) la cuantía del salario base inicial y de los complementos salariales, así como la periodicidad de su pago; f) la duración y la distribución de la jornada ordinaria de trabajo; g) la duración de las vacaciones y la determinación; h) los plazos de preaviso en el supuesto de extinción del contrato o las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso; i) el convenio colectivo aplicable, precisando los datos concretos que permitan su identificación.

formación requerida²⁴. A ello podría alegarse que nos encontramos en una fase previa a la celebración del contrato de trabajo y, por tanto, dicha obligación todavía no es exigible. No obstante, no es menos cierto que el art. 31 del RD Legislativo 3/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo, configura la actividad de intermediación como aquella destinada a proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos. Por lo que difícilmente puede dilucidarse si un trabajador encaja adecuadamente ante lo que podríamos denominar como “ofertas de trabajo ciegas”, esto es, aquellas ofertas de trabajo cuya inmensa mayoría de anuncios ocultan los elementos esenciales del puesto de trabajo anunciado.

Asimismo, esta necesidad de transparencia se ha subrayado por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al funcionamiento de la propia red EURES, al señalar que el Reglamento nº 492/2011, sobre libre circulación de trabajadores, persigue el objetivo de “poner al trabajador en condiciones de responder a ofertas de empleo concretas hechas en otras regiones de la Unión, garantizando de modo general una mayor transparencia del mercado de trabajo. Tal transparencia ha de alcanzarse, según dicho considerando 8, a través de mecanismos de contacto y compensación, especialmente mediante la colaboración directa entre los servicios centrales de empleo, así como entre los servicios regionales, por medio de la coordinación de la acción informativa”²⁵.

6) Plataformas digitales: un campo abonado a la vulneración de los derechos fundamentales

6.1. Principio de igualdad y no discriminación

Una las vulneraciones que más frecuentemente puede apreciarse por parte de las agencias virtuales es la del principio de igualdad y no discriminación. En este ámbito se pasan muy frecuentemente por alto las cautelas previstas en el art. 34 del RDL 3/2015,

²⁴ Un estudio de UGT de 2015 señalaba que “en el 72% de los casos no se especifica el salario; en el 30%, el tipo de jornada, y en un 13% no se conoce la tipología de contratación, si bien en la mayoría que sí lo dicen, un 46%, es de carácter temporal”. <http://www.ugtcatalunya.cat/CRE-A/una-oferta-precaria-y-poco-transparente/>

²⁵ STJUE de 15 de octubre de 2014, Asunto C-65/13, Parlamento Europeo c./ Comisión Europea. Fundamento jurídico 50.

por el que se aprueba la Ley de Empleo, en el que la garantía de igualdad y no discriminación se configura como principio básico de la intermediación laboral, tal es la prevención del legislador ante el riesgo de vulneración en materia de acceso al empleo. En este sentido, “la intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras entidades colaboradoras de aquéllos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos”.

Sin embargo, los portales digitales de empleo se han convertido en un terreno abonado a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación, publicando ofertas que señalan a uno de los sexos como destinatarios propios de la oferta o que contribuyen a consolidar estereotipos de género en determinados sectores de actividad (como, por ejemplo, el empleo del femenino cuando la oferta es respecto al sector de peluquería, manipulación de carne, limpieza, comercio al menor o textil, y utilizando el masculino en sectores como la mecánica, pintura, sector inmobiliario o almacén, entre otros muchos. Dichas ofertas discriminatorias incumplen el artículo 35.2 de la Ley de Empleo.

Teniendo en cuenta la Directiva comunitaria 2006/54, sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la Directiva 2000/78, que garantiza la igualdad en el empleo y la ocupación y lo previsto en el RDL 3/2015, ello obligaría a tener que adoptar medidas activas frente situaciones de discriminación directa e indirecta (artículo 34) y a que los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciases carácter discriminatorio, lo comuniquen a quienes hubiesen formulado la oferta (artículo 35). En el apartado 2 del artículo 35 se señala que “en particular, se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar”. El respeto al principio de igualdad y no discriminación se reitera en el art. 5.d) del RD 1796/2010, debiendo las agencias de colocación garantizar, en su ámbito de actuación, los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo.

Junto a la tendencia en muchos casos incontrolada a la publicación de anuncios discriminatorios por parte de las agencias de colocación virtuales, dada la poca vigilancia y seguimiento que dichas agencias ejercen sobre los empleadores anunciadores a pesar de lo que señala el RDL 3/2015 y el RD 1796/2010, podemos

asimismo observar una tendencia imparable a la cosificación²⁶ de las personas trabajadoras, tratamiento que queda en las antípodas de los principios que la Organización Internacional del Trabajo fija en su carta fundacional, al señalar que “el trabajo no es una mercancía” como principio básico contenido en la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), integrada como anexo a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo en 1944. Lejos de este mandato, proliferan las ofertas de empleo en portales tradicionalmente dedicados a compra y venta de artículos de segunda mano o portales inmobiliarios, donde se trata al trabajador como un artículo más de intercambio comercial²⁷, lo que muestra una línea de actuación antagónica al concepto de trabajo decente como garantía de dignidad humana diseñado por la Organización Internacional del Trabajo²⁸.

6.2. Tratamiento de datos de carácter personal

Tal como ha señalado la doctrina, la cesión de datos a los gestores que hacen servir herramientas digitales para su tratamiento y almacenamiento entraña un riesgo potencial para los derechos fundamentales de intimidad y privacidad, y plantea la necesidad de reforzar la tutela efectiva de la persona frente al tratamiento de sus datos²⁹, ante las posibles vulneraciones del derecho fundamental a la intimidad y privacidad garantiza el art. 18.1 CE, el secreto de las comunicaciones que protege el art. 18.4 CE, así como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal³⁰.

Los portales electrónicos de intermediación poseen una enorme virtualidad a la hora de recoger los datos de los trabajadores y combinarlos de forma cruzada y selectiva, extrayendo una enorme información a través de ellos y permitiendo a las empresas que realicen perfiles que, en ocasiones, pueden ser discriminatorios. Asimismo, existen

²⁶ Concepto de commodification en palabras de Esping-Andersen, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press.

²⁷ Como el caso de www.milanuncios.com o www.segundamano.es

²⁸ Somavía, J. (2014) “El trabajo decente: una lucha por la dignidad humana”. Santiago de Chile, Organización Internacional del Trabajo.

²⁹ Goñi Sein, J.L. (2017). “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, *Revista de Derecho Social*, núm. 78/2017.

³⁰ (B.O.E. de 14 de diciembre de 1999)

aplicaciones en España que ponen en contacto a empresas con trabajadores para trabajos en el sector servicios, tras lo cual la empresa puede incluso evaluar a las personas trabajadoras tras la prestación de dichos servicios³¹, pudiendo incluso producirse lo que se llamarían “listas negras”, esto es, ficheros de datos personales formados mediante “la recogida y difusión de determinada información relativa a un determinado grupo de personas, elaborada de conformidad con determinados criterios dependiendo del tipo de lista negra en cuestión, que generalmente implica efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en la misma, que pueden consistir en discriminar a un grupo de personas al excluirlas de la posibilidad del acceso a un determinado servicio o dañar su reputación, entre las que destacan las que incluyen datos sobre la causa de suspensión o extinción de la relación laboral, existencia de reclamaciones judiciales contra la empresa efectuadas por el trabajador, así como si es susceptible de nueva contratación en función de respuestas a preguntas que no se concretan, extremos estos últimos que pueden afectar negativamente a la reputación del trabajador y a su futura empleabilidad”, tal como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo³².

En los tiempos en que la doctrina jurisprudencial constitucional reciente –y su mera expectativa de confidencialidad- podría resultar insuficiente en este punto³³, se abre una nueva puerta con la entrada en vigor del Reglamento UE 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (Reglamento general de protección de datos)³⁴, ya que éste puede suponer un paso muy importante a favor de la protección de datos en estos supuestos.

En lo relativo a la actividad desarrollada por estas agencias de colocación virtuales, hay que tener presente las especiales cautelas que establece el Reglamento 2016/679 en la “elaboración de perfiles”, entendiéndose por ello “toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados

³¹ Todolí Signes, A. (2016) “¿Ha llegado el fin de las ETTs derivado de la Economía colaborativa?”, disponible en <https://adriantodoli.com/2016/05/31/ha-llegado-el-fin-de-las-etts-derivado-de-la-economia-colaborativa/>

³² En base a ello, la STS (Sala de lo Civil) de 12 de noviembre de 2015 (RJ 2015\5063) condenó a la empresa a pagarle al trabajador una indemnización de 30.000 euros por informar a otra empresa sobre las razones del despido del trabajador.

³³ Cardona Rubert, M.B. (2012). Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de septiembre", Revista de Derecho Social, nº 60/2012, pp. 169 y ss.

³⁴ Por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

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” (art. 4.4 del Reglamento 2016/679). 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 él o le afecte significativamente de modo similar (art. 22 del Reglamento 2016/679).

La persona interesada siempre podrá pedir a la agencia de colocación información sobre dichos perfiles, pues el art. 13 señala que, ante la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, la persona interesada podrá obtener la información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento (art. 13.2.f del Reglamento 2016/679), incluso cuando la información se haya obtenido con el consentimiento de la persona interesada. Los principios de “tratamiento leal y transparente” exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines (art. 5.1.a del Reglamento 2016/679)³⁵. El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específico en que se traten los datos personales.

Asimismo, los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral (art. 88 del Reglamento 2016/679)³⁶. Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento³⁷. El plazo de transposición es el 25 de mayo de 2018.

³⁵ De acuerdo con el art. 5.1.a), “los datos serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»)”.

³⁶ El 88.1 del Reglamento 2016/679 matiza que “a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral”.

³⁷ Se incluye “la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”. (art. 88.2 del Reglamento 2016/679).

7) El papel de los actores ante las vulneraciones de derechos en el ámbito de las plataformas digitales

7.1. La labor inspectora: dificultades y retos

Como se ha adelantado, la incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en la intermediación privada puede comportar el problema de la utilización de las plataformas electrónicas para eludir derechos laborales, incluyendo derechos fundamentales vinculados con el principio de igualdad y de privacidad. Esta circunstancia resulta especialmente grave si tenemos en cuenta la consideración de la intermediación como servicio de carácter público (art. 3 del RD 1796/2010).

Ello obliga a abordar el papel que juega de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y los problemas que puede encontrarse ésta en el ejercicio de su labor inspectora. Uno de los más frecuentes es la necesidad de identificar la sede social física del portal electrónico (en especial cuando la empresa de colocación se encuentra fuera de España). Así, aunque existe la obligación de solicitar una autorización administrativa para el inicio de su actividad derivada del art. 9 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación³⁸, no es menos cierto que muchos de estos portales tienen su sede social fuera de España.

En estos casos cobra carta de naturaleza la necesidad de cooperación internacional de la Inspección de Trabajo, en especial a la hora de aplicar el ordenamiento sancionador ante determinadas vulneraciones y, de manera particular aquellas que supongan una vulneración de los derechos fundamentales constitucionales, como los que se han puesto como ejemplo en el apartado anterior respecto al principio de igualdad y no discriminación. En 2017, la OIT publicó un estudio en el que precisamente se destaca el papel de las nuevas tecnologías a la hora de favorecer la labor inspectora y la cooperación internacional entre inspecciones³⁹.

³⁸ Para lo que la agencia deberá aportar los siguientes datos: a) identificación de la entidad solicitante; b) denominación de la entidad; c) domicilio de la entidad, d) número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social; e) ubicación de los centros de trabajo desde donde va a realizar su actividad. Las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos estarán exentas de presentar los datos recogidos en la letra e).

³⁹ OIT (2017). *Utilización de tecnologías de la información y de la comunicación en las inspecciones del trabajo. Una visión comparada en torno a países seleccionados*. Publicaciones de la Organización

En cambio, otros problemas son más difíciles de solventar, como se refleja en la jurisprudencia comunitaria cuando la legislación de un Estado miembro permite a las agencias de colocación el cobro de tarifas por efectuar la intermediación⁴⁰ (por ejemplo, proporcionando unos “bonos” por parte de Bundesagentur o servicio público de empleo alemán). El hecho de que la legislación española (art. 34.4 del RD 3/2015 y art. 17.e del RD 1796/2010) prohíba el cobro de tarifas a los trabajadores por parte de las agencias de colocación –obligando a la gratuidad por la prestación de dichos servicios- implica que dicha conducta pueda ser sancionable en España cuando dichas agencias operen en territorio español.

Resulta de utilidad la previsión de determinadas cláusulas destinadas a facilitar las citaciones, solicitudes de documentación, notificación de requerimientos y demás actuaciones que exijan la localización de la empresa e identificación de su representante legal. Dichas cláusulas suelen prever que, en caso de que hubiese dificultades de localización de la sede social de la empresa o de identificación de su representante legal (o de sus administradores si se trata de sociedades), se requerirá, a estos efectos, la colaboración de la autoridad regional o, en su caso, de la autoridad central de la Inspección de Trabajo del país vecino⁴¹. Sin embargo, son pocos los convenios de cooperación internacional que España ha firmado con otros países en materia de Inspección de Trabajo⁴², y además las cláusulas se suelen centrar en materia de accidentes de trabajo y en desplazamientos transnacionales, por lo que esta cuestión no es una de las prioritarias a tratar en dichos instrumentos convencionales.

Una de las premisas de partida es que toda empresa ha de facilitar los datos que le requiera la Inspección de Trabajo, en base a lo previsto en el artículo 50 de la LISOS, apartado 2, según el cual “las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el

Internacional del Trabajo, Ginebra 2017. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_614905.pdf

⁴⁰ STJUE de 11 de enero de 2007, caso Innovative Technology Center GmbH (ITC) contra Bundesagentur, C-2018/05.

⁴¹ Acuerdo de intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España y la Inspección General de Trabajo de Portugal (2002).

⁴² Acuerdo de intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España y la Inspección General de Trabajo de Portugal (2002); Convenio de colaboración entre las Inspecciones de España y Francia (2010); Acuerdo de entendimiento y colaboración para el intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo de Polonia y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España (2010); Memorándum de entendimiento y colaboración para el intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo de Rumanía y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España (2009).

ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, serán constitutivas de obstrucción a la labor inspectora que se calificarán como graves”. En base, pues, a dicho precepto, puede concluirse que supone un acto de obstrucción a la labor inspectora⁴³ que la Inspección de Trabajo requiera la información por correo electrónico y no obtenga respuesta alguna por parte del portal electrónico de colocación.

La diferencia respecto a otras actitudes de obstrucción a la labor inspectora es que aquí el acto se produciría no por acción, sino por omisión, al no recibir respuesta la Inspección de Trabajo por parte de la agencia de colocación que hace servir el portal de internet. No obstante, puede encontrarse algún ejemplo en la jurisprudencia de esta actitud de obstrucción por omisión –por ejemplo, en un supuesto en que, a la llegada de los inspectores a una finca cuatro personas salen corriendo del lugar y no vuelven a aparecer, sin que se adoptase por parte del empresario ninguna medida para retener a las personas que huían de dicha finca⁴⁴.

A nivel de infracciones y sanciones, hay que recordar que los artículos 14 y ss. de la LISOS tipifican las diferentes infracciones susceptibles de ser cometidas por las agencias de colocación. Singularmente, por lo que aquí se ha analizado, el art. 16.1c) LISOS establece que es infracción muy grave “solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”.

7.2. Tutela judicial, medidas cautelares y acción de cesación

Desde la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, el juez social conocerá de las cuestiones litigiosas entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2.a) LRJS) lo que incluyen también los actos preparatorios y previos, así como las cuestiones relativas a la intermediación laboral, en los conflictos

⁴³ Vid. la STS 30-5-2017 (RJ 2017\3494).

⁴⁴ Vid. por ejemplo, la STS de 14 de julio de 2016 (RJ 2016\4415). reconociendo ante los inspectores que eran trabajadores a los que no había habido tiempo de preparar los papeles y sin aportar su identificación. También la STS de 24 de abril de 2012 (RJ 2012\8525), al no entregarle al Inspector las evaluaciones higiénicas realizadas.

que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquellos y entre estas últimas entidades y el servicio público de empleo correspondiente (art. 2.p LRJS). No obstante esta tutela procesal, la realidad es que las demandas en estos estadios previos de la relación laboral son muy escasas. Así, aunque la vulnerabilidad ante los supuestos de discriminación o incluso de discriminación múltiple comienza antes de celebrarse el contrato de trabajo, el trabajador no suele solicitar la tutela ante los tribunales sociales en dichos estadios precontractuales siguiendo el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas de los arts. 177 a 184 LRJS.

De acuerdo con el procedimiento especial en materia de derechos fundamentales (art. 180.5 LRJS), la convocatoria tiene lugar por citación a las partes y al Ministerio Fiscal, dentro del día siguiente a la admisión de la demanda o a la solicitud, celebrándose el incidente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, resolviéndose al término de la audiencia mediante auto dictado de viva voz.

De llegar a plantearse la demanda, resulta especialmente interesante que en estos casos se refuerce la legitimación activa de las personas trabajadoras a través de la personación, como coadyuvantes, del sindicato al que pertenezca el trabajador o trabajadora, de cualquier otro sindicato más representativo, así como de aquellas entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentren la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, como podría ser, en los casos de denuncia de ofertas discriminatorias, el Institut Català de les Dones o el Instituto de la Mujer. La ventaja de dicha participación como coadyuvantes –a pesar de que no puedan personarse, ni recurrir ni continuar el proceso sin el concurso de la voluntad del trabajador o trabajadora perjudicada-, es que pueden dar una notable difusión a través de sus redes sociales. La denuncia social y la repercusión mediática que la reprobación de dichos organismos públicos o privados puede tener, puede ser un paso muy importante a la hora de conseguir la efectividad de la tutela a través de esta modalidad procesal.

Asimismo, una vez planteada la demanda de tutela de derechos fundamentales en casos graves de anuncios discriminatorios, podrían hacerse valer las medidas cautelares previstas en el art. 79 LRJS para solicitar el bloqueo de la web anunciadora de las ofertas discriminatorias, que se regirán por lo dispuesto en los arts. 721 a 747 LEC, con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y oídas las partes⁴⁵.

⁴⁵ Con arreglo al art 728 LEC, sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese

Hasta el momento presente, no hay experiencias en las que pueda constatarse la imposición del bloqueo de páginas web como medida cautelar para evitar el daño que suponen las ofertas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales o a la dignidad de las personas trabajadoras. Y ello a pesar de que el art. 180 LRJS contempla, en referencia a dichas medidas cautelares, la posibilidad de que el juez o tribunal pueda acordar la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que puedan hacer perder la pretensión de tutela, siempre que dicha suspensión no cause una perturbación grave y desproporcionada a otros intereses superiores constitucionalmente protegidos.

En cambio, sí que es más frecuente la estimación de medidas cautelares en el ámbito de los derechos colectivos. Por ejemplo, la aplicación de dicha medida cautelar destinada a paralizar el ejercicio del derecho de huelga durante las fechas navideñas de los trabajadores de Madrid Barajas en el centro de trabajo de AENA Aeropuerto Adolfo Suarez Barajas de Madrid para los días de 21 de diciembre de 2017 a 8 de enero de 2018 –solicitando en el suplico además de ilegalidad del preaviso de huelga la desconvocatoria de la misma⁴⁶. Pueden verse otro ejemplo de ello en el auto de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2015, en el que se suspendió la huelga convocada por la asociación de futbolistas españoles, debido a que la celebración de la huelga

otorgarse en una eventual sentencia estimatoria (*periculum in mora*). El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

⁴⁶ Vid. Auto del Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid de 19 de diciembre de 2017 (JUR 2018\2681), que determina la procedencia de acordar la medida cautelar solicitada en tanto que la petición por un lado, encuentra adecuado encaje en el número 7º del artículo 727 LEC y por otro lado, valorando proporcionalmente los efectos del preaviso de Huelga de los vigilantes de seguridad destinados en el Aeropuerto Adolfo Suarez Barajas de Madrid en las fechas indicadas en el preaviso (21.12.2017 a 08.01.2018), en las que es de público y notorio conocimiento la existencia de la mayor afluencia de pasajeros del año, por tanto de no atenderse la medida cautelar solicitada el caos y desconcierto que una huelga en un servicio de transporte público ocasiona no tendría reparación posible para los miles de usuarios a los que la decisión adoptada por los promotores del preaviso acarrearía entre los días 21 de diciembre 2017 a 08 de enero de 2018, puesto ello en relación con los intereses objeto de reclamación por parte de los trabajadores a la empresa, y a su vez ponderando la posibilidad de si tras el juicio la decisión de huelga adoptada pueda, resultar o no revocada por una sentencia judicial firme. Es decir, ha de darse primacía a la defensa de los intereses generales de la sociedad en materia de servicio público de transporte en fechas en las que la mayoría de pasajeros -y también trabajadores- disponen de determinados días del año para el traslado a distinta localidad de su lugar de trabajo.

impediría concluir el campeonato de Primera y Segunda División B en las fechas indicadas⁴⁷.

El juez deberá valorar la admisión de la medida cautelar en base a los siguientes parámetros⁴⁸. En primer lugar, la instrumentalidad, pues la medida cautelar será exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la eventual sentencia que se dicte en el proceso del que está conociendo el tribunal o del que se inicie, por lo que se supedita a la pretensión contenida en el proceso principal; b) proporcionalidad, de manera que la medida cautelar debe ser la menos gravosa o perjudicial para el demandado de las posibles igualmente eficaces; c) eventualidad, la medida cautelar se supedita al proceso al que sirve y solo subsiste mientras no se haya dictado sentencia⁴⁹; y d) homogeneidad, puesto que el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte (art. 726.2 LEC). Así pues, ha de ser homogénea y armónica con la tutela judicial que se solicita en el proceso.

Reforzando esta posibilidad, hay que tener en cuenta que las agencias de colocación digitales son “prestadores de servicios de la sociedad de la información” que quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico⁵⁰, por lo que también es posible plantear una acción de cesación en virtud del art. 30 de la Ley 34/2012, contra aquellas conductas que lesionen intereses colectivos o difusos de los usuarios. En el anexo final de definiciones, se conceptualizan como "servicios de la sociedad de la información" o "servicios" todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario; y como "servicio de intermediación" aquel servicio de la sociedad de la información por el que se facilita

⁴⁷ Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 14 mayo de 2015 (AS 2015\776), señala que “Por lo demás, se ha probado que la celebración de la huelga impediría concluir el campeonato de Primera y Segunda División B en las fechas indicadas, lo que provocará un grave desorden organizativo, cuya resolución es muy difícil de resolver por los compromisos internacionales de España y de los propios clubes, así como por las propias fechas de vacaciones de los futbolistas, sin olvidar que AFE anunció que se reservaba la ampliación de los días de huelga iniciales, lo que nos permite concluir que, si no se adoptara la medida solicitada, se producirían situaciones, que impedirían o dificultarían gravemente la tutela judicial que pudiera otorgarse caso de una eventual sentencia estimatoria, concurriendo, por tanto, los requisitos del art. 728 LEC”.

⁴⁸ Vid. en Guillén Olcina, J.J. (2012). “Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares”, Aranzadi Social, num. 10/2012.

⁴⁹ Por ello la medida cautelar se caracteriza por ser temporal, provisional, condicionada, y susceptible de modificación y alzamiento: podrá ser modificada o revocada durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.

⁵⁰ (B.O.E. de 12 de julio de 2002)

la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información⁵¹.

Según el art. 10 de la Ley 34/2012, la agencia de colocación electrónica -como prestador de servicios de la sociedad de la información- estará obligada a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente información: a) su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva; b) los datos de su inscripción en el Registro Mercantil en el que, en su caso, se encuentren inscritos o de aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad; c) en el caso de que su actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión.

En el art. 8 se prevé las restricciones a la libertad del servicio cuando se atenta, entre otros, contra el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social. Como se ha avanzado, es posible plantear una acción de cesación en virtud del art. 30 de la Ley 34/2012, contra las conductas que lesionen intereses colectivos o difusos de los usuarios. Tal como dispone la normativa, dicha acción se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a dicha norma y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción también podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente.

La acción de cesación se ejercerá conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para esta clase de acciones⁵². Por su parte, el artículo 728 LEC al

⁵¹ Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

⁵² Según el art. 31, poseen legitimación activa para interponer la acción de cesación Están legitimados para interponer la acción de cesación: a) las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo, incluidas aquéllas que pudieran verse perjudicadas por infracciones de las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 22, entre ellas, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que deseen proteger sus intereses comerciales legítimos o los intereses de sus clientes; b) los grupos de consumidores o usuarios afectados, en los casos y condiciones previstos en la Ley de

regular "el peligro por la mora procesal; la apariencia del buen derecho y la caución" en el último párrafo del nº 3 indica que en los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el tribunal, atendidas las circunstancias del caso, así como al entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados, podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución.

8) A modo de reflexión final: retos de futuro desde un presente que ya lo requiere

Para la OCDE, las mejores prácticas sobre nuevas tecnologías en el ámbito de la intermediación se centran en los servicios públicos de empleo. Un informe de este organismo recomienda una serie de medidas de modernización de servicios públicos de empleo (caso de algunos países nórdicos) y aporta recomendaciones interesantes que rompen la idea de que los servicios públicos de empleo son obsoletos o ineficaces. Así, el programa de co-navegación o gestión multicanal de Suecia implica básicamente que un trabajador o empresario que está en línea y no puede encontrar información o completar un servicio puede hacer clic sobre un banner que le permite al empleado del servicio público ver la pantalla y proporcionarle ayuda. Se produce un uso de chat, texto, audio y video que incrementa la eficacia de la intermediación⁵³. La reconsideración de la actividad de colocación como servicio público obliga a replantearse el papel de los servicios públicos de empleo y su apuesta por estas vías.

Desde la perspectiva de género, también hay retos importantes, como lo pone de manifiesto la E-plataform for women entrepreneurs (2016), que muestra cómo el uso de las herramientas digitales resulta más útil a la hora de facilitar herramientas para ayudar

Enjuiciamiento Civil; c) las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores; d) el Ministerio Fiscal; e) el Instituto Nacional del Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores; f) las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores que estén habilitadas ante la Comisión Europea mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".

⁵³ OCDE (2015). "El mundo de los servicios públicos de empleo. Desafíos, capacidades y perspectivas para los servicios públicos de empleo en el nuevo mercado laboral", publicaciones del BID, AMSPE y OCDE, p. 140. "las encuestas sobre la satisfacción del cliente muestran que más del 90% de los usuarios de los SPE están satisfechos con este tipo de servicio. De hecho, el 92% de casi 1.600 encuestados declaró que "elegirían nuevamente este tipo de apoyo/ayuda".

a las mujeres que desean emprender su propio negocio⁵⁴. En definitiva, muy lejos de la actividad a la que nos tienen acostumbradas las agencias de colocación digitales, al publicar anuncios discriminatorios que vulneran la normativa internacional, las directivas europeas y el propio ordenamiento interno.

⁵⁴ <https://wagate.eu/>