

La flexibilidad y el círculo interior de las organizaciones productivas

The flexibility and inner circle of productive organisations

ELÍAS GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valladolid

Cita sugerida: GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. "La flexibilidad y el círculo interior de las organizaciones productivas". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 2 (2022): 55-78.

Resumen

La flexibilidad interna se resume en un conjunto de medidas dirigidas a proporcionar a la empresa su adecuación mediante una más adecuada gestión de la mano de obra. En cuanto al poder de dirección su concreción deriva principalmente del contrato de trabajo, o más precisamente, en el vínculo de subordinación. En la actualidad coexisten en el mercado distintas formas de organización productiva en las empresas que modifican el ejercicio tradicional del poder de dirección. La incidencia de la digitalización y los logaritmos influyen en el ejercicio de la actividad productiva, generando desajustes en la concepción tradicional de la interpretación de las normas laborales. Resulta por ello necesario establecer cuál es el estado presente de la cuestión y cuáles sus consecuencias.

Palabras clave

Poder de dirección; flexibilidad; logaritmo

Abstract

Internal flexibility can be summarised as a set of measures aimed at providing the company with its adequacy through better management of the workforce. As far as the power of management is concerned, it derives mainly from the employment contract, or more precisely, from the subordination relationship. Today, different forms of productive organisation coexist on the market in companies that modify the traditional exercise of managerial power. The impact of digitalisation and logarithms influences the exercise of productive activity, generating misalignments in the traditional conception of the interpretation of labour standards. It is therefore necessary to establish the present state of the matter and its consequences.

Keywords

Managerial prerogative; flexibility; logarithm

El entusiasmo por la próxima era de la automatización se remonta al menos a mediados del siglo XIX. Charles Babbage publicó ya sobre la economía de la maquinaria y las manufacturas en 1832. El paraíso al alcance de todos los hombres sin trabajo, fue escrito por John Adolphus Etzler y apareció en 1833. La filosofía de las manufacturas es obra de Andrew Ureen, de 1835.

1. EL PODER DE DIRECCIÓN Y SUS LÍMITES: LA NUEVA FLEXIBILIDAD

La flexibilidad interna se resume en un conjunto de medidas dirigidas a proporcionar a la empresa su adecuación mediante una más adecuada gestión de la mano de obra¹. Se trata pues de la capacidad empresarial para modificar las condiciones de empleo y la organización del trabajo en su centro de trabajo. En tal contexto vienen a hacerse uso de distintas instituciones: la movilidad funcional, el encuadramiento profesional, la movilidad geográfica, el sistema de modificación de las diferentes condiciones de trabajo, los sistemas de trabajo y rendimiento, la estructura salarial, la fijación de la cuantía de los salarios, o los complementos salariales. En fin tratase de la adaptación del trabajo a los cambios técnicos, económicos y productivos.

¹ Vid. RUESGA BENITO, S. M. (Dir.) *et al: Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012.

La flexibilidad interna se encuentra presente en distintos preceptos normativos, como por ejemplo, entre otros: en la jornada de trabajo (art. 36 ET), en el trabajo a turnos (art. 37 ET), vacaciones anuales (Art. 38 ET), movilidad funcional (art. 39 ET), traslado (art. 40 ET), modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) y descuelgue salarial (art.82 ET).

En cuanto al poder de dirección su concreción resulta más compleja, abriéndose las dos caras de Jano: como empresario o como empleador. Dos pilares de poder clásico: el control de los medios de producción y el contenido de la noción de dependencia. Estos dos fundamentos reúnen los múltiples argumentos reunidos. Por tanto, el poder de control puede basarse en ambas cualidades reconocidas al emprendedor: la cualidad empresarial y la cualidad del empleador.

De hecho, la cualidad de propietario resulta ser un argumento recurrente en apoyo del control del uso de los activos de la empresa. Pero este fundamento por sí solo parece incapaz de justificar un control de las personas, de modo que el poder ejercido por el empleador deriva principalmente del contrato de trabajo, o más precisamente en el vínculo de subordinación. Es decir el poder del dueño es sólo sobre las cosas. La propiedad no se basa en ningún poder sobre las personas.

No sirve por tanto la concepción del Código Civil sobre la propiedad que resulta inadaptada a la estructura particular que representa hoy la empresa donde coexisten distintos poderes. Disociación por tanto entre propiedad y poder de decisión, que genera el que en la empresa exista en la actualidad un predominio del poder gerencial sobre los atributos clásicos de propiedad. Por lo tanto, es principalmente la cualidad del empleador lo que sustenta el poder de gestión de las personas.

El control mediante la técnica clásica del abuso de poder parecía inadecuado en este contexto. Esta técnica primaria se centra en la evaluación de los motivos del empresario. La subjetividad del control lo hizo débil. En realidad, se trataba de un simple control de la mala fe en el ejercicio del poder. El refuerzo del control del poder del empresario, visible en el derecho laboral, no podía limitarse a un control del abuso de poder.

Así es como los tribunales pasaron de un control de los motivos, a un control de los efectos de la decisión del empresario. Tal razonamiento permitió a los jueces, no verificar si la finalidad perseguida por el titular del poder era idéntica a la atribuida por la norma, sino controlar si esta decisión tomada por el empresario, evaluada en particular en relación con los medios aplicados, permitía satisfacer objetivamente el valor, o el interés subyacente a la norma.

Se ideó así en el contexto iuscivilista el requisito de proporcionalidad, requisito que puede tener significados diferentes. En primer lugar, puede entenderse como la adecuación entre la medida adoptada y el objetivo que se pretende alcanzar. La proporcionalidad se convierte entonces en un elemento de justificación de la restricción de la libertad del trabajador. Pero este principio también puede convertirse en un fin en sí mismo cuando se utiliza para sancionar la restricción de un derecho fundamental, por sus excesivas consecuencias para el trabajador.

El control de la proporcionalidad es el resultado del aumento del poder de la función reguladora del juez. Este mecanismo refuerza la apreciación soberana del juez, que ve reforzada su capacidad de sancionar el ejercicio del poder, y se beneficia del poder de decisión del juez.

Existe una antinomia entre contrato y poder. El contrato es un acuerdo de voluntades, mientras que el poder se caracteriza por la capacidad de imponer su voluntad a los demás. Es decir, existe un apunte autónomo para el poder, y otro distinto para el del contrato.

Sin embargo, el contrato de trabajo es original en el sentido de que coloca al trabajador, por su propia naturaleza, bajo la autoridad del empresario, y limita su libertad de acción. El contrato es un modo de restricción de la libertad, y además una de las principales deficiencias consiste en la imprevisibilidad que crea el uso del principio de proporcionalidad. Ella otorga al juez un poder de

circunstancia, cuya previsión no siempre es posible ni el resultado deseable, siendo difícil determinar en qué momento debe reconocerse la desproporción y, sobre todo, a qué sanción debe someterse.

El contrato de derecho civil no es lo mismo que la relación laboral, es muy diferente, y presta la misma atención a la seguridad contractual. En el mundo civil se busca el equilibrio contractual entre el poder y la libertad, tal subrayado a nivel civil no encuentra el mismo eco en las particularidades del contrato de trabajo.

En este orden de cosas en el derecho laboral tomó forma el *ius variandi*, concebido para adaptar el contrato a las necesidades cambiantes propias de un contrato de duración continuada. El mismo ha sufrido varias transformaciones a lo largo del tiempo, con miras a la conciliación continua entre las necesidades de la empresa, en un contexto socioeconómico diferente, y tratando de garantizar los derechos del trabajador.

La redacción original por parte del legislador del *ius variandi* se hizo sobre la base del modelo organizativo taylor-fordista y, por tanto, sobre una organización del trabajo caracterizada por procesos y tiempos de trabajo preestablecidos. La ley disponía que el empleado debería ser asignado a las tareas para las que fue contratado, el llamado principio de contractualidad de los deberes, pero otorgó al empresario la posibilidad de modificación unilateral del contrato, en derogación del principio contractual de consentimiento mutuo, cuando lo justificaran las necesidades de la empresa. Hoy el art. 22 y 39 ET vienen a representarlo, igualmente, podría entenderse en este ejercicio del *ius variandi* el art. 43.2, al señalar que “en defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo”.

Se trata de medidas de flexibilidad interna, ordinarias, ligadas al poder regular de dirección del empresario, de forma que no se necesitan causas ni procedimientos de consulta o negociación para la adopción de las mismas.

En síntesis, la movilidad funcional en sus especificaciones se traduce en: cambios en el mismo grupo profesional; cambios a funciones de otro grupo profesional distinto; movilidad funcional del trabajador a un puesto superior; y movilidad funcional del trabajador a un puesto inferior.

Como es conocido en los cambios en el mismo grupo profesional, si el mismo se produce dentro de las categorías del mismo grupo profesional, se estará dentro del poder de dirección de la empresa, y no deberán justificarse los motivos de este cambio, exigiéndose respetar la dignidad del trabajador y una titulación académica o cualificación profesional para desempeñar las tareas. Cuando el cambio de funciones no es dentro del mismo grupo, la empresa tendrá que justificar la medida por razones técnicas u organizativas. En la hipótesis de que a un trabajador se le encomienda que realice unas funciones pertenecientes a un grupo superior, el encargo no podrá durar más de seis meses durante un año, u ocho meses a lo largo de los últimos dos años. Si en cambio a un trabajador se le encargan unas funciones correspondientes a un grupo profesional inferior, tendrá que ser un cambio por el tiempo imprescindible.

Tratándose de medidas de flexibilidad interna, no es necesario, al igual que en la movilidad geográfica, o en las modificaciones sustanciales, que concurra una situación económica negativa, ya que la promoción de estas medidas tiene por objeto promover una mejor productividad y una mayor competitividad, y adecuación de las empresas a las necesidades del mercado. La adaptación de las empresas a las circunstancias cambiantes del mercado constituye un bien jurídicamente protegido, que incrementa la capacidad de las empresas para competir en el mercado².

² Vid. Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2014, D. 25/2014. En ella se invoca la sentencia de 16 de mayo de 2011, R. 197/2010 del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta, de lo Social donde se dice: La razón (...)

2. LOS NUEVOS ESCENARIOS DEL PODER DIRECTIVO

En la actualidad coexisten en el mercado distintas formas de organización productiva en las empresas, pudiendo localizarse hoy modelos tradicionales, fordistas y postfordistas³. La realidad del mercado laboral del siglo XXI es compleja, de hecho, hasta cinco generaciones pueden convivir en el mercado laboral, especialmente en sectores que requieren baja especialización, y junto a ellas las nuevas organizaciones digitalizadas.

Ocurre que la empresa cambia, y en lugar de formas concentradas de negocios en edificios de oficinas o almacenes industriales, aparece una organización empresarial multifacética, más generalizada y, por tanto, invisible hacia el exterior y hacia el interior. No hay distinciones claras entre mercados, productos, clientes, trabajadores empleados y empresarios, y por tanto se vuelve invisible. La imagen de la empresa invisible es tan inquietante como realista, y si la empresa se vuelve invisible, solo queda repensar nuevas categorías, porque las existentes ya no encontrarán correspondencia con las reales. Ignorar el fenómeno por parte del legislador significa hacer lo que Beck llama política del avestruz⁴.

La realidad presente nos muestra hoy una nueva escenografía, o mejor, una nueva atmósfera. Para llegar a ella el modelo productivo nacido en la sociedad industrial, y construido con la máquina de vapor, y los sistemas de producción mecánica condujeron a finales del siglo XVIII, a cambios también en la organización del trabajo, y en las estructuras sociales. Más tarde con el comienzo de la producción en masa y el nacimiento del Estado de bienestar, al final del siglo XIX, la industrialización trajo nuevos problemas sociales y la creciente presión del nuevo trabajo organizado. Como continuación de los dos periodos indicados, el trabajo 3.0 cubrió el período en el que el Estado de bienestar y los derechos de los trabajadores, se han consolidado sobre la base de una economía de mercado, donde empleadores y trabajadores han negociado entre ellos a un mismo nivel, como socios sociales. Hoy las crecientes presiones competitivas han transformado la realidad extendiéndose la automatización, la tecnología de la información y la electrónica, junto a mercados nacionales cada vez más abiertos.

Lo dice Lelio Demichelis⁵: “con el Fordismo eran necesarias las grandes fábricas, porque el medio de conexión/totalización de las partes subdivididas del trabajo era necesariamente físico y presuponia un espacio concentrado y concentrador de cientos de trabajadores, hoy el medio de conexión es la Red, ella permite descomponer e individualizar la forma y la norma de organización, y hacerla explotar en trabajos (y en trabajadores) desconectados de un lugar físico (la fábrica), pero conectados en un lugar virtual, como es precisamente la Red. Del Fordismo concentrado de ayer hemos pasado, así pues, no al post-Fordismo sino a un Fordismo individualizado. Hoy todo trabajador, antes física y contractualmente subordinado, puede (debe) hoy convertirse en un

sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (flexibilidad externa o adaptación de la plantilla) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (flexibilidad interna o adaptación de condiciones de trabajo). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de reestructuración de la plantilla, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional.

³ El concepto básico de organización del trabajo supone la versatilidad, en sus tres dimensiones (aplicación de conocimientos, grado de especialización de tareas, y tipo de supervisión). Podemos determinar cuatro fases ligadas a los cambios en la organización de la producción (mecanización, electrificación, electrónica, y ciberistemas). Todo supone cambios en el contexto económico, las condiciones de vida y de trabajo, así como modificaciones en el contexto legislativo.

⁴ ULRICH, B.: *Power in the Global Age*, Cambridge, Polity Press, 2005.

⁵ Cfr. DEMICHELIS, L.: “Il nuovo fordismo individualizzato”, *Sbilanciamoci*, 14 de abril de 2016.

trabajador autónomo, un emprendedor de sí mismo, un “maker” que produce innovación, un trabajador individualizado, con su puesto de trabajo y sus tiempos de ejecución de la prestación, pero externos a toda fisicidad concentrada. Aparentemente (pero también contractualmente) es de veras un trabajador autónomo, es de veras un emprendedor de sí mismo; concretamente es, por el contrario, un falso emprendedor de sí mismo (así como es un falso individuo) porque está subordinado a un nuevo patrono”.

Para valorar de manera eficiente los cambios que se están produciendo conviene recordar que éstos son el precipitado de lo ocurrido con anterioridad. El modo de producción fordista puede haber sido objeto de un consenso relativo, pero no ocurre lo mismo con el modo de regulación que lo sucede. Es cierto que el cuestionamiento y la crisis del modelo fordista es ampliamente observado, pero las transformaciones en curso son relativamente diversas y pueden dar lugar a diversos escenarios de evolución. El trabajo destinado a definir el sucesor, o los sucesores, del régimen de producción fordista se ha centrado en la mayoría de los casos, primero en las transformaciones de la relación laboral, y aún más en la organización del trabajo, y la producción. Se trata de una nueva forma de organización de la producción marcada por la nueva flexibilidad.

El cuestionamiento del fordismo ha tenido como resultado múltiples cambios en la organización del trabajo y la producción, pero detrás de esta pluralidad de transformaciones, la emergencia de una mayor flexibilidad parece ser un rasgo dominante. De hecho, la impugnación del fordismo comienza con la crítica de su carácter rígido y uniforme. La demanda de flexibilidad por las empresas se refleja en tres fenómenos complementarios que modifican profundamente la organización del trabajo y la producción: el fortalecimiento del papel aparente del consumidor, el paso de una lógica de flujo productivo a una lógica del acto de venta, y finalmente un recurso más importante, la subcontratación.

La organización de la producción fordista se transformó primero al otorgar, al menos en apariencia, un lugar mayor a la figura del consumidor. Con la lógica de la personalización, la producción se dirigió en favor de una pluralidad de formas de organización del tiempo de trabajo que a veces otorgaban más flexibilidad a los empleados (horarios a la carta) pero que, en la mayoría de los casos, requerían una mayor disponibilidad de tiempo, vía la anualización del tiempo de trabajo.

El deseo de flexibilizar el sistema productivo también implicó la implementación de dispositivos del tipo “just in time”, en los que las cantidades y variedad de bienes y servicios a producir se determinaban en función de la demanda. Esto supuso la miniaturización de la empresa eliminando el desperdicio (de espacio, mercancía sin vender, máquinas) y, sobre todo reduciendo la fuerza laboral por encima de la demanda. La aparición del cliente en la organización de la producción también se basó en la afirmación de nuevos sectores como tipos ideales (servicios, edificación, etc.). El modelo de producción industrial y la industria a gran escala (especialmente la automotriz) se desvaneció a favor de sectores terciarios.

El sistema de producción también estuvo influenciado por las innovaciones tecnológicas y, en particular, la difusión de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación. El desarrollo de nuevas tecnologías favoreció y reforzó la importancia en el sistema productivo del conocimiento.

Finalmente, la búsqueda de la flexibilidad implicó nuevos métodos de gestión de recursos humanos, pero que pueden seguir caminos diversos. Así, junto a las estrategias encaminadas a ir más allá de la fragmentación se desarrollaron también métodos de producción basados en la flexibilidad externa. La búsqueda de la eliminación de las rigideces contractuales implicó, por tanto, varios cambios en el empleo que han tenido las siguientes características desde los años ochenta: en primer lugar, se trata de la precariedad de los contratos y la difusión de determinadas formas de empleo (contratos temporales, de duración determinada, a tiempo parcial); el deseo de reducir las rigideces favoreció el proceso de individualización, en particular de las remuneraciones, la jornada

laboral y las carreras, y por tanto, un crecimiento de las desigualdades salariales; finalmente, el deseo de flexibilizar la producción motivó el fenómeno de la externalización (subcontratación) de todas las funciones productivas “auxiliares”. Esta tendencia está, por tanto, en el origen de la aparición de una nueva capa de trabajadores autónomos, o empleados de pymes dependientes, directamente sujetos a las fluctuaciones de la demanda, y que ya no se benefician de la protección de las grandes empresas.

Por último, los cambios en la organización del trabajo, a menudo han requerido una mayor participación de los empleados, lo que condujo a una gestión de la subjetividad. También entonces, por ejemplo, la empresa celebraba un contrato mercantil con una empresa asociada o firmaba un contrato de servicios comerciales con un autónomo. Con la flexibilidad cuantitativa interna se varió la cantidad de horas trabajadas, es decir, una mano de obra determinada. La empresa tiene una gama bastante amplia de medios para disminuir o aumentar el volumen de horas de trabajo de los empleados. La flexibilidad cuantitativa interna se puede así lograr en su mayor parte, variando la duración efectiva del trabajo, que condujo a modular el tiempo de trabajo proporcionado

El trabajo flexible se caracteriza consecuentemente por utilizar uno de los tres principales métodos de adquisición del mismo: contrato de trabajo a tiempo parcial, contrato de trabajo a largo plazo, y contrato de servicios. Tres políticas del uso de trabajo flexible: internalización rígida, que caracteriza una baja variabilidad de la cantidad de trabajo adquirido y los altos costos de adquisición y terminación; los trabajos permanentes a tiempo completo, o internalización flexible, basada en menos horas de trabajo, y más variables; trabajos basados en el tiempo, subcontratación flexible parcial, que asocia la variabilidad en la cantidad de trabajo adquirido con promedio de contratos comerciales, corta duración de la relación contractual; y bajo costo de salida de contrato, utilizando la empresa interinos, y subcontratación.

Hoy el medio de conexión es la Red, ella permite descomponer e individualizar la forma y la norma de organización con trabajos desconectados de un lugar físico como es la fábrica, pero conectados en un lugar virtual, llegándose, como se ha dicho, a un fordismo individualizado. Nos hallamos así pues ante un trabajador subordinado que no es, pese a las apariencias, ni un trabajador autónomo, ni un emprendedor de sí mismo; concretamente es, por el contrario, un falso emprendedor de sí mismo (así como es un falso individuo) porque está subordinado a un nuevo patrono. Una masa en que cada uno está solo junto a los demás, en una multitud-masa individualizada.

El interés por la cuestión generó el Mettling Rapport⁶ que se centró en el análisis de los efectos de lo digital en las condiciones de trabajo, en su organización y gestión. La parte más importante está dedicada a los retos de la digitalización en el contrato de trabajo, la calidad de la vida laboral, y la gestión de la actividad productiva.

En el escenario descrito han ido apareciendo distintas formas de organización: empleados compartidos (employee sharing); trabajos compartidos (job sharing); gestión provisional (interim management); trabajo ocasional (casual work); trabajo móvil basado en las TIC (ICT-based mobile work); programas de vales a cambio de trabajo (voucher-based work), trabajo para diversas carteras (portfolio work); trabajo repartido entre numerosas personas (crowd employment); empleo colaborativo (collaborative employment).

Uno de los más utilizados en la actualidad es el crowdsourcing que representa la práctica mediante la cual se abre una colaboración o externalización participativa a través de bolsas de trabajo en línea, con una variedad de formas y dimensiones en la ejecución del trabajo. Por ejemplo

⁶ METTLING, M. B.: “Transformation numérique et vie au travail”, Rapport, 2015. Con el denominado informe sobre la transformación digital del trabajo, un grupo de expertos dirigido por Bruno Mettling, director general adjunto para el área de Recursos Humanos de Orange, entregó al Ministro del Trabajo francés un importante estudio sobre los efectos de la revolución digital en las relaciones de trabajo.

Amazon Mechanical Turk es un mercado que consiste en una plataforma de crowdsourcing que requiere inteligencia humana. Esta plataforma sirve para trabajos simples y de bajo precio unitario que requieren un cierto nivel de inteligencia que una máquina no puede hacer. La plataforma permite que los solicitantes ingresen al sistema unidades de trabajos (HIT, “Human Intelligence Tasks” o “Tareas de Inteligencia Humana”) y los trabajadores (“Turkers”) pueden consultar dichos trabajos y finalizarlos. Éstos, a cambio, reciben una recompensa económica impuesta por el solicitante⁷.

La evidencia es que parece que ningún trabajador y ninguna empresa pueden encerrarse en sí mismos porque el posfordismo produce y requiere una mayor flexibilidad, tanto funcional como mental, donde la productividad requiere trabajadores cuya adaptabilidad crezca más allá de la rotación y la ampliación del trabajo.

Todo ello ha llevado a lo que se denomina economía colaborativa (gig economy), es decir economía compartida o de intercambio, término general con una variedad de significados, que a menudo se usa para describir la actividad económica que involucra transacciones en línea. El concepto ha creado una cierta confusión terminológica. Las expresiones más utilizadas en el fenómeno de la digitalización de la producción son hasta el momento: “sharing economy”; “gig economy”; “1099 economy”; “participatory economy”; “peer economy”; “peer-to-peer economy”; “asset-light lifestyle”; “collaborative consumption”; “reputation economy”; “collaborative economy”; “platform economy”; “on-demand economy”; “sharing economy”.

Con tal bosque de conceptos, hoy los robots y los sistemas digitales se vinculan activamente con los trabajadores, ya sea en la producción o en la distribución.

La absorción de nuevas tecnologías en los sistemas de producción conduce inevitablemente a una nueva revisión del papel ya flexible del trabajador. Por lo tanto, las evaluaciones deben ser consideradas en términos de cuáles y qué tareas debe cubrir el trabajador 4.0. Hemos pasado de la noción de trabajo flexible a la de trabajador flexible como elemento vivo y decisivo en un contexto en que la consigna es precisamente la flexibilidad. La Industria 4.0 tendrá implicaciones importantes, tanto en términos del contenido del desempeño laboral, como en términos de profesionalismo de los mismos. Los nuevos modelos organizativos enfatizan una forma diferente de

⁷ Mechanical Turk es un marketplace fundado por Amazon en 2005 que permite a empresas y organizaciones publicar tareas que los trabajadores, conocidos como turkers, pueden completar de forma remota a cambio de una compensación prefijada por la empresa. Las tareas publicadas en Mechanical Turk se denominan Tareas de Inteligencia Humana, y suelen ser tareas repetitivas y mecánicas de un nivel de dificultad bajo que la inteligencia artificial resulta complejo y costoso que realice. Algunas de las tareas más habituales son: identificación y etiquetado de imágenes y videos; recopilación de información y realización de encuestas; transcripción de textos y audio; verificación de información y limpieza de bases de datos. Las tareas se publican las 24 horas del día y 7 días de la semana, por lo que el número de ofertas es alto y constante. Para poder solicitar tareas en Amazon Mechanical Turk se debe saber inglés, registrarse en la plataforma y realizar una serie de pruebas no remuneradas con el objetivo de validar la cualificación y rapidez, para luego poder elegir las tareas. Según un estudio de la New York University, estima que la cifra real de turkers se encuentran entre 100.000 y 200.000 usuarios, la mayoría de los cuales residen en EE.UU. y la India. Los pagos a los turkers estadounidenses se pueden recibir en dinero en sus cuentas bancarias mientras que los turkers de otros países como India, reciben normalmente los pagos en forma de tarjetas regalo de Amazon. El precio de cada tarea es fijado por la empresa ofertante, y aunque depende del tipo de tarea realizada, la mayoría de las tareas ofertadas ofrecen una remuneración de entre 0,01 y 0,10 dólares USA, con una duración media de entre una y dos horas por tarea. A pesar de que la remuneración es baja, miles de personas utilizan la plataforma para ganarse un dinero extra e incluso algunos se dedican de forma profesional a ello. La escasez de mejores oportunidades laborales y la flexibilidad de poder realizar las tareas desde casa son los principales motivos que llevan a los usuarios a unirse a la plataforma.

El pago por completar tareas depende única y directamente de la empresa ofertante, que puede negar la compensación al trabajador argumentando algún error en la ejecución de la tarea. Se han publicado casos en los que los turkers alegan no recibir compensación por su trabajo, así como ningún tipo de explicación por parte de las empresas, que habitualmente ocultan su identidad bajo un alias, dificultando así su rastreo.

Amazon se lleva una comisión como mínimo del 20% del precio pagado por cada tarea.

trabajar sin reglas en este momento. Esta situación está alcanzando niveles tales que cuestionan algunos de los pilares en el que se fundamenta el pensamiento de la legislación laboral sobre el tema del empleo subordinado, autónomo y parasubordinado. La Industria 4.0 no solo reconfigura el sistema industrial, sino que implica la transformación del trabajo.

La Industria 4.0 es el conjunto de algoritmos, máquinas inteligentes, robots y tecnologías avanzadas que operan en la empresa que produce, vende, distribuye y gestiona. El plan Industria 4.0 también pretende constituir una nueva forma de organizar el trabajo. Más allá de las máquinas inteligentes, en los procesos de negocio y los servicios, existe un sistema complejo, que se conecta en virtud del big data, que circula rápidamente, imponiendo modelos organizativos armonizados.

Hay al menos dos elementos que caracterizan los derechos del trabajador cyborg en la Industria 4.0 y, en consecuencia, las relaciones laborales individuales y colectivas: la velocidad y la ubicuidad. Esto también lo confirma el Acuerdo Marco Europeo sobre Trabajo Digital de junio de 2020⁸.

La velocidad es la razón económica que justifica el uso del algoritmo y la máquina inteligente. La rapidez es la base del valor agregado que ofrecen el algoritmo y la máquina inteligente dentro del sistema global de producción y, en consecuencia, dentro del sistema de distribución y finanzas. La velocidad crea eficiencia económica y recrea, de alguna manera, la empresa. Ciertamente decide cómo se hace el trabajo. La velocidad afecta el espacio de los flujos de información, creando formas organizativas de industria y trabajo que se desmaterializan o, más probablemente, ya no se pueden separar de la dimensión digital. Se trata de formas organizativas que a menudo se basan en intercambios e interacciones que son repetitivas, programables, y manejables por la máquina inteligente, con o sin la persona humana.

Pero también hay ubicuidad del lugar de trabajo, no solo del trabajador, que es independiente del tradicional escenario laboral: la oficina está potencialmente en todas partes, con la ayuda de prótesis digitales que aceleran toda actividad humana. El lugar y el tiempo de trabajo adquieren, al menos para la normativa laboral, una dimensión diferente a la que todavía se caracteriza por la necesaria física del lugar de trabajo. La distancia en el trabajo desaparece y se crea una ciudad industrial, que es una especie de aldea global, interconectada con otras ciudades productivas, donde el algoritmo y la máquina, entre otras cosas, gestionan el flujo de datos, coordinan el trabajo, controlan la producción, imponen la logística, desarrollan el marketing, etc. Aunque se reduzca la distancia, el espacio urbano aumenta porque atrae a todos aquellos que pretenden producir con esa velocidad. Las ciudades ya son imanes humanos e industriales en sí mismas. El escenario se concreta ya en el objeto del contrato de trabajo.

Se puede ya decir: ¿quién ostenta el poder de dirección? ¿Quién decide? ¿Quién asigna las tareas? ¿Qué tareas se establecen? Los protagonistas de la futura Industria 5.0 serán los cobots y las aplicaciones de Software Inteligente (bots)⁹. ¿La negociación colectiva empresarial tratará de regular los derechos del trabajador ciborg?

⁸ Con el Acuerdo marco sobre digitalización suscrito el 22 de junio de 2020 los interlocutores sociales europeos concluyeron un acuerdo marco sobre la digitalización, que abarca cuatro áreas específicas, en particular: las competencias digitales y la seguridad del empleo, las modalidades de conexión y desconexión, la inteligencia artificial y el mantenimiento del control humano, y el respeto de la dignidad humana y la vigilancia. Mas recientemente se dictó la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre condiciones de trabajo justas, derechos y protección social para los trabajadores de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital (2019/2186(INI)).

⁹ Los cobots, a diferencia de los robots que se utilizan actualmente en los ciclos de producción, son robots colaborativos programados para interactuar con humanos en espacios de trabajo compartidos. Los llamados trabajos 3D serían encomendados a los cobots. Los bots, en cambio, son aplicaciones de Inteligencia Artificial capaces de actuar para un usuario u otro programa en una relación recíproca de intercambio y colaboración.

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones se dispuso una agenda europea para la economía colaborativa (com/2016/0356 final)¹⁰.

La Comisión ofreció las primeras coordenadas para identificar la existencia de relaciones laborales en los servicios de plataforma. En esencia, se trataba de adoptar la noción de trabajador desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, verificando la recurrencia de: 1) la “subordinación”, es decir, el ejercicio del poder de dirección por parte de la plataforma, que determina la elección de la actividad, la remuneración y las condiciones de trabajo; 2) la “naturaleza del trabajo”, que debe consistir en una actividad “con valor económico real y efectivo” y, por tanto, no marginal y accesorio; 3) la remuneración, porque distingue al trabajador del voluntario.

Estos criterios, sin embargo, advierte la Comisión, son sólo una referencia para los jueces nacionales, que, como sabemos, utilizan sus propios principios internos en una evaluación, que debe hacerse caso por caso. Por este motivo, según la Comisión, los Estados miembros deberían, por un lado, evaluar el grado de adecuación de sus legislaciones laborales con respecto al fenómeno de las plataformas digitales y, por otro, “proporcionar orientaciones sobre la aplicabilidad de las legislaciones laborales nacionales a la luz de los modelos de trabajo en la economía colaborativa”. En respuesta a este documento, el Parlamento Europeo adoptó en junio de 2017 una Resolución específica, a través de la cual invitaba a la propia Comisión a verificar la aplicabilidad de las normas de derecho laboral europeo al trabajo digital (en particular, de la Directiva núm. 104/2008 sobre el trabajo temporal), al tiempo que pedía a los Estados miembros y a los interlocutores sociales que evaluaran la necesidad las reglas sobre trabajo temporal), solicitando a los Estados miembros y a los interlocutores sociales que evaluarán la necesidad de modernizar la legislación existente, también en el ámbito de la seguridad social y la negociación colectiva. Teniendo esto en cuenta, se solicitó a la Comisión que publicara directrices adecuadas para llenar los vacíos de la legislación laboral y de seguridad social en el contexto del trabajo digital, pero también se aclaró que era necesario garantizar los derechos fundamentales a los trabajadores en las plataformas, independientemente de su calificación, con especial atención a la dimensión colectiva, expresada en el derecho a organizarse, negociar y promover acciones colectivas¹¹.

La multiplicidad de relaciones jurídicas diferenciadas que se articulan en el contexto indicado se ha visto sometida a la lectura de la existencia de un vínculo jurídico laboral por parte de los tribunales de justicia en todos los países. El caso Uber es el ejemplo de lo anterior donde, la identificación de laboralidad se ha medido a través de la noción de subordinación o dependencia,

¹⁰ En la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada “Una agenda europea para la economía colaborativa”, leemos: El término ‘economía colaborativa’ se refiere a modelos de negocio en los que las actividades son facilitadas por plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de bienes o servicios proporcionados a menudo por personas. La economía colaborativa involucra tres categorías de sujetos: 1) proveedores de servicios que comparten bienes, recursos, tiempo y / o habilidades y pueden ser tanto individuos privados que ofrecen servicios de manera ocasional (“pares”) como proveedores de servicios en el ámbito de su capacidad profesional (“proveedores de servicios profesionales”); 2) los usuarios de estos servicios; y 3) intermediarios que se comunican.

¹¹ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, establece en su artículo 28, el derecho de negociación y de acción colectiva considerando que: Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga. Asimismo, el artículo 31 sobre Condiciones de trabajo justas y equitativas, indica que todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, y a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas. (Véase la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea).

criterio éste que a veces ha inquietado a los tribunales en distintos supuestos donde la tecnología, y el fenómeno de las plataformas digitales, difuminaban el concepto de dependencia.

En orden a lo anterior conviene recordar que hace años, no en la doctrina extranjera, sino en la española, se suscitó la polémica entre el par dependencia/ajenidad para caracterizar la existencia de un contrato de trabajo.

Como es bien sabido, la reflexión sobre el tema señalado se inauguró con dos versiones de la ajenidad debidas a los profesores Bayón Chacón y Alonso Olea, a la que siguieron las de Montoya Melgar y Albiol Montesinos, mientras que la defensa de la teoría de la dependencia vino a ser asumida prácticamente en solitario por Rodríguez-Piñero a partir de 1966¹². Montoya Melgar, en 1972, en su reflexión sobre la esencia del Derecho del Trabajo, defendió la teoría de la ajenidad en la utilidad patrimonial del trabajo¹³. Ya antes Villa Gil había subrayado la cuestión polémica¹⁴, y hoy de nuevo se suscita la controversia¹⁵.

Como quiera que sea, en el escenario descrito, trabajar para otros debe constituir el fundamento de las protecciones garantizadas por la legislación laboral, independientemente de trabajar bajo la dirección del empresario. No cabe limitarse todo al estricto ámbito de la subordinación técnico-jurídica. Es necesaria, así pues, la elaboración de una noción amplia de subordinación, extendida selectivamente a todo el mundo del trabajo a partir de la subordinación, pero más allá de la subordinación, considerando las condiciones materiales en las que se presta el trabajo en favor de otros. En conclusión, la cultura del derecho laboral debe seguir protegiendo el trabajo dependiente como antes y posiblemente más que antes, pero al mismo tiempo para ir más allá de la subordinación, ampliando las técnicas del universalismo selectivo. Nociones como dependencia económica, o relaciones personales de trabajo quedan hoy difuminadas¹⁶.

A estos efectos puede ser útil recordar que la jurisprudencia tiende a vincular la existencia de una relación laboral subordinada con el ejercicio concreto de las facultades del empresario, y con la inclusión del trabajador en la organización de la empresa de forma estructural y no meramente funcional. Además, una parte de ella tiende a reconocer la existencia de un poder de dirección incluso en la mera posibilidad de dirigir directrices a los trabajadores, al menos en determinados contextos organizativos, y en función del contenido profesional del servicio. En consecuencia, incluso cuando en una plataforma no se ejerce expresamente el poder de dirección de forma clásica, la mera existencia de una conexión con los trabajadores puede presuponer su potencial ejercicio y, en consecuencia, la subordinación¹⁷. Un argumento similar puede hacerse para las otras dos

¹² “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 71, 1966, pp. 162 y ss. Ya en su artículo “Empresa y contrato de trabajo”, *Anales de la Universidad Hispalense XX*, 1960, p. 22, donde se indicaba que la subordinación gozaba en Europa de casi unanimidad.

¹³ Últimamente, en *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 38, en una tesis muy próxima a la de la ajenidad en los frutos de Alonso Olea. Vid. Igualmente ALBIOL MONTESINOS I., “En torno a la polémica ajenidad dependencia”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de Valencia*, núm. 1, 1971, pp. 41 ss. Defiende la teoría de la ajenidad en la titularidad de la organización, ya muy próxima a la teoría de la inserción en el círculo director y organizador del empresario, de matriz personalista.

¹⁴ “La crisis de la dependencia en la delimitación de las relaciones jurídico-privadas”, *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 56, 1963.

¹⁵ Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: “El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo un debate global desde la perspectiva española”, *Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Revista Internacional de Direito do Trabalho*, núm. 1, 2021.

¹⁶ Cfr. PERULLI, A.: “Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi”, *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*. IT – 410/2020.

¹⁷ La disposición final 13 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, incorporó un nuevo artículo 20 bis, al ET, sobre los Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, con el siguiente contenido: “Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de (...)”

facultades: la de control, que se ejerce cada vez más sobre el resultado del servicio, vinculándolo a las directrices del empresario proporcionadas al principio de la ejecución, reforzándose con el uso del GPS.

Otra forma anómala de ejercer este poder, al menos potencialmente, es el sistema de calificación realizado no por el empleador sino por los clientes. En resumen, las formas de relación jerárquica dentro de la empresa se han modificado profundamente, reduciendo, por ejemplo, los espacios clásicamente cubiertos por el poder organizativo, devolviendo el poder de control a las herramientas digitales, y el poder disciplinario a los clientes, es decir, el control se ha vuelto sistémico. El repliegue de los poderes empresariales en la relación laboral es, en definitiva, sólo formal y parece en gran medida justificado por el hecho de que ya no son necesarios para el empresario en este tipo de organizaciones, caracterizadas como están por una multiplicidad de contratos (mercantiles, autónomos o por cuenta ajena pero precarios), estipulados con sujetos cuya diligencia está garantizada por la necesidad de tener un salario digno, aunque sea por periodos extremadamente cortos.

Esta situación de evidente subordinación existente tanto desde el punto de vista de la heterodirección como desde el punto de vista socio-económico, ha sido ignorada por gran parte de la jurisprudencia que se ha enfrentado a la dificultad de encuadrar estos modelos organizativos. Muchos jueces han preferido la vía del formalismo, aferrándose a las interpretaciones clásicas en materia de subordinación, llegando en ocasiones al extremo de dar peso al *nomen iuris* de un contrato firmado por las partes en condiciones de evidente desequilibrio; En definitiva, se está optando por aplicar viejas técnicas jurídicas a unas relaciones cuya subordinación se expresa de forma novedosa. Puede que las formas de ejercer el poder hayan cambiado, pero la intensidad de la subordinación no ha disminuido en absoluto.

Por estas razones, es bastante fácil criticar la jurisprudencia que ha negado el carácter subordinado de estas relaciones, así como la que ha intentado hacer equilibrios hermenéuticos para encontrar soluciones intermedias, que en cualquier caso son insatisfactorias.

Como ya se ha dicho, en el modelo con geometría variable, en el que interviene una plataforma, una empresa asociada, un trabajador y un cliente, la cuestión jurídica más relevante es la identificación del verdadero empresario/empleador; para ello, muchas veces no basta con la disciplina del derecho laboral para resolver la cuestión, sino que es imprescindible examinar los contratos que implican relaciones comerciales entre las empresas. También porque muchas veces los vínculos entre ellas son tan estrechos que hacen pensar que existe una dependencia económica de las empresas satélite respecto a la principal. Este elemento adquiere especial relevancia en las redes piramidales en las que los servicios de los trabajadores son también compartidos, formal o sustancialmente, porque el efecto de ello puede ser el ejercicio de un doble poder de control por parte de la empresa principal, caso de los grupos de empresa.

videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

El artículo 88, Ley Orgánica 3/2018, asimismo, con relación al derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, indica: “Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán 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. En particular, 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”.

Este elemento adquiere, pues, especial relevancia, como se ha dicho, en las redes piramidales en las que también se comparten, formal o sustancialmente, los servicios de los trabajadores, porque el efecto de ello puede ser el ejercicio de un doble poder de control por parte de la empresa principal, tanto sobre la empresa dependiente como sobre los trabajadores, a través del ejercicio de características típicamente patronales en la relación laboral que hacen dudar, al menos, de que la empresa de la cabeza de la pirámide mantenga relaciones jurídicamente relevantes exclusivamente con las demás empresas y no también con los trabajadores. De hecho, en muchas ocasiones el poder directivo y disciplinario lo ejerce el empresario formal, pero en nombre de las empresas afiliadas, y el poder de control se ejerce directamente en función de los resultados del rendimiento de los trabajadores.

Por otro lado, cabe recordar que con independencia del sistema jurídico, la figura del empresario utilizada por la jurisprudencia del derecho laboral no coincide siempre con los fundamentos establecidos en el derecho mercantil. Además, mirando el asunto desde otra perspectiva, la propia noción de subordinación, si se vincula exclusivamente al ejercicio del poder organizativo, corre el riesgo de confundirse fácilmente con los casos vecinos, como se ha visto para los conductores de Uber, y sobre todo, para los riders.

Ocurre a veces que relaciones de interposición prohibidas hayan sido durante mucho tiempo casi completamente superponibles a la relativa a la subordinación, dejando inalterados los rasgos de la subordinación, es decir, las características de la otra parte del contrato, y ello han facilitado prácticas abusivas, y un desdoblamiento legal de la figura del empresario, que se parecen mucho a una simple ruptura del par poder/responsabilidad. Todo ello ha contribuido a ayudar a la empresa a optar por fragmentarse legalmente y, al mismo tiempo, mantener su organización compacta y concentrada desde el punto de vista económico.

Existe una tendencia, en consonancia con una parte de la doctrina, a revisar la noción de subordinación, aceptándose un modelo diferente al tradicional de subordinación. Se trataría del modelo de continuidad de la subordinación, o de simple coordinación de las prestaciones en el espacio y el tiempo, centrándose más en la cooperación funcional que en la estructura jerárquica y, por tanto, en la inserción del servicio en la organización productiva. Esta evolución es posible precisamente por la configuración de la subordinación-obligación en clave técnico-funcional y no socioeconómica, que es capaz de que englobe las múltiples y diversificadas formas de aplicar la obligación de trabajo,

Esto es posible precisamente por la configuración de la subordinación/vinculación en clave técnico/funcional y no socio/económica, capaz de abarcar las muy diversas formas en que se implementa la obligación laboral, incluyendo las desjerarquizadas, y las cualificadas profesionalmente (subordinación-dirección) vs. (subordinación-coordinación).

El modelo del trabajador, y por tanto del contrato de trabajo, no es reducible a la figura del trabajador heterodoxo, sino que hay que referirlo a la figura más amplia del colaborador en la empresa; es por tanto el modelo de la empresa-organización con sus transformaciones, el que proyecta sus características cambiantes sobre el supuesto más típico del contrato de trabajo por cuenta ajena.

3. LAS MIL CARAS DEL ALGORITMO

Los algoritmos pueden ser definidos como conjuntos ordenados y finitos de operaciones que permiten hallar la solución de un problema. Una tecnología intelectual que supone la sustitución de juicios intuitivos por una respuesta objetivada. Y ello en la medida en que un algoritmo es una receta, un conjunto de instrucciones matemáticas, una secuencia de tareas destinada a conseguir un

cálculo o un resultado¹⁸. La inteligencia artificial es una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática.

El algoritmo, en sí mismo representa: reclutamiento algorítmico, asignación algorítmica de tareas y monitoreo algorítmico, y revisión del desempeño de la fuerza laboral. Los algoritmos brindan un grado de control y supervisión que ni siquiera los tayloristas más empedernidos podrían haber soñado¹⁹. El empleador “algorítmico” representa una hipótesis disruptiva, que merece ser considerada con atención ya que aquí se debe concentrar el centro neurálgico de la reflexión, de la que se prestan a brotar muchas cuestiones hermenéuticas: la capacidad de decisión y discernimiento del algoritmo, que está fuertemente inserto en la relación laboral entre trabajador y empresario.

El Consejo de Europa, por su parte, ha adoptado la Recomendación CM/Rec (2020) del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, el 8 de abril de 2020. A los efectos de esta recomendación, se entenderá por “sistemas algorítmicos” las aplicaciones que, a menudo mediante técnicas de optimización matemática, realizan una o más tareas como recopilación, agrupación, limpieza, ordenación, clasificación e inferencia de datos, así como selección, priorización, formulación de recomendaciones y toma de decisiones. Al apoyarse en uno o más algoritmos para cumplir sus misiones en los entornos en los que se implementan, los sistemas algorítmicos automatizan las actividades de tal manera que permiten la creación de servicios adaptables a escala y en tiempo real.

Respecto a la gestión de personal se precisa que los Estados deben asegurar que todo el personal relevante involucrado en la adquisición, desarrollo, implementación, evaluación y revisión de sistemas algorítmicos con impactos significativos en los derechos humanos de los hombres esté debidamente capacitado en las normas aplicables en esta área y en los principios de no discriminación. También deben asegurarse de que dicho personal sea consciente de su deber de garantizar no solo un control técnico cuidadoso, sino también el respeto de los derechos humanos. Las prácticas de contratación deben apuntar a una fuerza laboral diversa, asegurando una representación equitativa, a fin de mejorar la capacidad de tener en cuenta múltiples perspectivas en los procesos de revisión. Estos enfoques deben documentarse con miras a asegurar su promoción más allá del sector público.

En las plataformas digitales, se añade, la gestión algorítmica va mucho más allá de programar y dirigir el trabajo, pasando a controlar prácticamente todas las dimensiones del acto de trabajar. Para la literatura especializada, hay al menos cinco características de la gestión algorítmica que deben ser tenidas en cuenta para comprender su verdadero alcance: a) seguimiento continuo del comportamiento de los trabajadores; b) evaluación constante de su desempeño, de las evaluaciones del cliente, y de la aceptación o rechazo que estos tienen del trabajo realizado; c) implementación automática de decisiones, sin revisión humana; d) interacción de los trabajadores con un sistema que los priva de oportunidades de retroalimentación, discusión y negociación, y un último elemento de importancia central: e) la baja transparencia²⁰.

¹⁸ Vid.: “Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”, Bruselas, 19.2.2020. COM (2020) 65 final.

¹⁹ RUTKIN, A.: “Help, my boss is an algorithm”, *New scientist*, 2016.

²⁰ El Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, contiene unas escasas referencias a la protección de los asalariados ante los cambios organizativos generados en el contexto algorítmico. Es más, de forma acrítica se refiere el legislador a los métodos de cálculo matemáticos o algoritmos, considerando que se han aplicado a las relaciones de trabajo revolucionando la forma en que se prestan los servicios, optimizando recursos y resultados. Estos métodos presentan un fuerte potencial para contribuir a mejorar las condiciones de vida de las personas.

El texto modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en dos aspectos: en primer lugar, el artículo 64, relativo a los derechos de (...)

Según reflejan los estudios existentes, la poca transparencia de la gestión de los recursos humanos de las plataformas digitales se deriva de las prácticas comerciales competitivas que evitan que estas revelen cómo funcionan los algoritmos, pero también, de su propia naturaleza adaptativa, según la cual las decisiones cambian de acuerdo con la recopilación de datos.

La aplicación de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales es cada vez más significativa. Recientemente la empresa rusa de servicios de pago Xsolla despidió a 150 empleados en bloque, un tercio de su plantilla. En su carta de despido se informó a los empleados que éstos fueron despedidos por falta de productividad, en base a un análisis del big data de su empresa. En muchos casos la carta de despido se produce automáticamente por medio del sistema algorítmico, sin mediación humana. El despido no es así una resolución unilateral por el empresario del contrato de trabajo, sino una resolución mecánica e impersonal.

La cuestión no obstante se hace más compleja. La vigilancia que ejerce Amazon sobre sus trabajadores tiene una utilización plural, pues después de probarlas con sus empleados, Amazon comercializa las tecnologías por ella aplicadas, vendiéndolas a distintos empresarios públicos y privados.

En la investigación que lleva por título “The Amazon Panopticon”²¹ se detalla el control, y la presión a la que están sometidos los trabajadores de la compañía de Amazon que son sujetos involuntarios de un experimento sofisticado y completo de vigilancia digital.

En cada paso del proceso, los trabajadores son constantemente observados, y registrados midiéndose su trabajo. Los océanos de datos que Amazon recopila sobre sus trabajadores y sus índices de productividad, ubicación, hábitos de conducción y opiniones personales, entre otros, brindan a la empresa cantidades inigualables de información.

Amazon es uno de sus máximos exponentes en innovación y aplicación, pero no es la única compañía que emplea estos métodos, Google y Facebook también lo hacen, aunque tal vez sea la que más los perfeccionó en todo su entorno de trabajo. Los trabajadores son objeto de una constante vigilancia, grabación, medición del trabajo, y seguimiento de sus actividades. Tal experiencia sirve para situar en el mercado, vendiendo a otras empresas, como se ha dicho, las técnicas telemáticas experimentadas, consiguiendo con ello un alto valor añadido.

La panoplia tecnológica es amplia, sirvan algunos ejemplos:

- Se utilizan scanners para recuperar o registrar la posición de un artículo en los estantes de los depósitos que son clave para el poder y el control de Amazon sobre los trabajadores. Todos los empleados tienen que someterse a un escaneo de cuerpo entero para detectar posibles robos cuando se retiran de su lugar de trabajo, del mismo modo que las cámaras provistas de inteligencia artificial advierten de comportamientos sospechosos. La vigilancia es total: los camioneros son vigilados a través de las apps y de las cámaras con inteligencia artificial instaladas en sus vehículos.

información y consulta de la representación legal de las personas trabajadoras añadiendo un nuevo párrafo d) a su apartado 4, en el que se reconoce el derecho del comité de empresa a ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles; en segundo lugar, indicando que todo ello siempre desde el mayor respeto a los secretos industrial y comercial de las empresas conforme a la normativa, que no se ven cuestionados por esta información sobre las derivadas laborales de los algoritmos u otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial.

²¹ DELFANTI A, RADOVAC L. y WALKER T.: “The Amazon panopticon: A guide for workers, organizers & policymakers”, *Report for UNI Global Union*, 2021.

- Cada empleado está identificado para que se monitoreen las tareas asignadas, realizadas y su localización. También existe el seguimiento denominado “Time off Task”, tiempo en el que el trabajador se desconecta de su dispositivo para comer o ir al baño. Estos tiempos se traducen en puntos negativos, cuando se acumulan demasiados, entonces el trabajador recibe advertencias, y si esta situación se mantiene, corre riesgo de no renovar su contrato.
- Con la pandemia, para proteger las distancias, cada trabajador que pasaba frente a la pantalla del sistema observaba los círculos de realidad aumentada de color verde de dos metros de distancia entre sí, y de color rojo cuando no sostenía esa distancia con respecto a un compañero.
- Los conductores no solo son controlados a través de la geolocalización, también tienen una vigilancia visual: Driveri. Un sistema que utiliza cámaras equipadas con inteligencia artificial para vigilar los hábitos de conducir de los repartidores desde que encienden el motor hasta que terminan sus turnos. La cámara, instalada cerca del retrovisor, vigila tanto la ruta como el interior del vehículo, que sólo puede desactivarse cuando se apaga el motor. Entre las variables que utiliza el algoritmo no constan, por ejemplo, las averías que pudieran producirse, y que sirvan para descontar tal espacio temporal en la medición del tiempo de ejecución de la tarea asignada.

Y esto no es todo, el futuro promete ser aún más controlado. Debido a las patentes que posee Amazon para desarrollar tecnologías de vigilancia, cuenta con las siguientes: una de ellas describe un sistema de interacción mejorado entre trabajadores y supervisores. En la misma, un supervisor lleva unos auriculares de realidad aumentada, equipados con reconocimiento facial, de la ropa o de la forma de caminar. Cuando el supervisor mira a un trabajador, el sistema lo reconoce y proyecta información relevante en el campo visual natural del supervisor.

Otra patente describe una pulsera que analiza la posición de la mano del trabajador en el espacio, y le proporciona retroalimentación táctil para acelerar su labor.

Una tercera patente, titulada “Using Gestures and Expressions to Assist Users” (Uso de gestos y expresiones para ayudar a los usuarios), se dirige tanto a los centros de distribución como a la automatización de los servicios de los supermercados. Está diseñada para detectar expresiones de emociones como la frustración mientras los trabajadores realizan sus tareas cotidianas.

En suma, la enorme cantidad de datos que Amazon recopila sobre sus trabajadores, sus índices de productividad, ubicación, hábitos de conducir, opiniones y estado de salud, entre otros, proporcionan a la empresa una cantidad de información sin precedentes que utiliza para neutralizar los intentos de los trabajadores de sindicalizarse para mejorar sus condiciones de trabajo. Documentos de Amazon han mostrado que usan computadoras para advertir y despedir a los trabajadores del almacén en función de la productividad.

Frente a tal situación se ha producido una reacción política²². El gobernador de California, Gavin Newsom (demócrata), ha firmado un proyecto de ley que impediría que Amazon y otras

²² En España el 14 de julio de 2021 el Gobierno presentó la Carta de Derechos Digitales, en el texto se contienen los que afectan al ámbito laboral con el siguiente tenor:

1. Se garantizarán la dignidad y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en los entornos digitales.
2. En los entornos digitales y el teletrabajo las personas trabajadoras del sector público o privado tienen derecho con arreglo a la normativa vigente, a: a) La desconexión digital, al descanso y a la conciliación de la vida personal y familiar. b) La protección de sus derechos a la intimidad personal y familiar, el honor, la propia imagen, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones en el uso de dispositivos digitales, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia, de grabación de sonidos, así como en el caso de la utilización de herramientas de monitoreo, analítica y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales, y en particular, la analítica de redes sociales. Del uso de tales dispositivos o herramientas se informará a la (...)

empresas castiguen a los trabajadores de almacén que no cumplan con ciertas métricas, por tomar descansos o pausas para comer. El Senado de California aprobó la medida a principios de septiembre de 2021. Tal es el Proyecto de Ley de la Asamblea No. 70. Una ley para enmendar la Sección 138.7, y para agregar la Parte 8.6 (comenzando con la Sección 2100) a la División 2 del Código Laboral, relacionada con el empleo. Aprobado por el gobernador el 22 de septiembre de 2021. Presentado al Secretario de Estado el 22 de septiembre de 2021.

El proyecto de ley subraya: a) Qué el rápido crecimiento de la logística justo a tiempo y la entrega de paquetes al consumidor en el mismo día y al día siguiente, y los avances en la tecnología utilizada para rastrear la productividad de los empleados, han llevado a un aumento en el número de trabajadores de almacenes y centros de distribución que están sujetos a cuotas de trabajo cuantificadas; b) Se espera que los empleados de almacenes y centros de distribución que trabajan bajo esas cuotas completen una cantidad cuantificada de tareas dentro de períodos de tiempo específicos, a menudo medidos hasta el minuto o segundo, y se enfrenten a acciones laborales adversas, incluida la suspensión o el despido, si fallan; c) Esas cuotas generalmente no permiten que los trabajadores cumplan con las pautas de seguridad o se recuperen de una actividad extenuante durante el tiempo de trabajo productivo, dejando a los empleados del almacén y del centro de distribución que trabajan en ellas con un alto riesgo de lesiones y enfermedades; d) Las cuotas bajo las cuales los empleados de almacenes y centros de distribución trabajan regularmente también afectan a su compensación económica. California y muchas ciudades requieren que los empleadores

representación legal de las personas trabajadoras. Esta información alcanzará los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. c) La protección de los derechos de la letra anterior en la utilización de sistemas biométricos y de geolocalización. d) La garantía de sus derechos frente al uso por la entidad empleadora de procedimientos de analítica de datos, inteligencia artificial y, en particular, los previstos en la legislación respecto del empleo de decisiones automatizadas en los procesos de selección de personal. e) El uso lícito, leal, proporcionado y transparente de los controles empresariales digitales. f) Recibir de la entidad empleadora los medios tecnológicos para poder desarrollar su actividad sin que las personas trabajadoras deban aportar los medios de su propiedad a disposición de aquella con fines profesionales, así como a ser informadas sobre la política de uso tales dispositivos digitales, incluidos los criterios para una eventual utilización para fines privados. g) La protección frente al acoso por razón de sexo, por causa discriminatoria y acoso laboral utilizando medios digitales. h) La cualificación digital de las personas trabajadoras, ya se encuentren ocupadas o desempleadas, con la finalidad de la adquisición de las competencias digitales requeridas en el ámbito laboral para disponer de mayores y mejores oportunidades de empleo.

3. En los términos previstos en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, se promoverán las condiciones de acceso al trabajo a distancia y el teletrabajo. En este caso, la ordenación de la prestación laboral se desarrollará con pleno respeto a la voluntariedad y la dignidad de la persona trabajadora garantizando particularmente su derecho a la intimidad, la esfera privada del domicilio, los derechos de las personas que residen en él, el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar y la garantía de los derechos reconocidos en la legislación y los convenios colectivos.

4. En los procesos de transformación digital: a) Las personas trabajadoras tienen derecho a una formación adecuada que permita su adaptación a las nuevas condiciones laborales. b) La representación legal de las personas trabajadoras tiene derecho a ser informada con la debida antelación sobre los cambios tecnológicos que vayan a producirse.

5. La negociación colectiva podrá establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, así como vehicular la participación de las personas trabajadoras en los procesos de transformación digital y en la determinación de las consecuencias laborales que la misma pueda implicar.

6. En todo caso, el desarrollo y uso de algoritmos y cualesquiera otros procedimientos equivalentes en el ámbito laboral exigirá una evaluación de impacto relativa a la protección de datos que incluirá en su análisis los riesgos relacionados con los principios éticos y los derechos relativos a la inteligencia artificial contenidos en esta Carta y en particular la perspectiva de género y la proscripción de cualquier forma de discriminación tanto directa como indirecta, con especial atención a los derechos de conciliación.

7. Se informará y formará debidamente a las personas trabajadoras respecto de las condiciones de uso de los entornos digitales destinados a la prestación laboral con particular atención a aquellas obligaciones ordenadas a garantizar la seguridad y la resiliencia de los sistemas.

paguen a sus empleados un salario mínimo. Sin embargo, los empleados de almacenes y centros de distribución que trabajan con una cuota no reciben por completo el salario mínimo y no podrán aumentar su cuota para compensar el efecto directo o indirecto de un aumento del salario mínimo; e) Las cuotas en ocupaciones que ya son físicamente exigentes no solo aumentan los accidentes, sino que también incentivan el trabajo inseguro. La fuerza laboral en el almacén y la logística está compuesta en gran parte por personas de color que dependen de estos trabajos para mantener a sus familias y, a menudo, no ven otra alternativa que priorizar el cumplimiento de las cuotas sobre su propia seguridad. La ley permite que los trabajadores del almacén desafíen los objetivos que, según muchos, los desalientan de ir al baño u otros descansos durante la jornada laboral. El proyecto de ley se redactó en respuesta a las altas tasas de lesiones en los almacenes de Amazon, donde las cuotas de rendimiento se aplican algorítmicamente.

La ley no menciona explícitamente a Amazon en su texto, pero tanto los legisladores republicanos como los demócratas reconocen que el gigante del comercio electrónico se vería muy afectado por la promulgación de la legislación. En los últimos años, Amazon ha sido objeto de intensas críticas por sus cuotas de rendimiento, y varios medios de comunicación han informado que los trabajadores han orinado en botellas como un medio para cumplir con sus objetivos en el almacén, y mantener sus puestos de trabajo.

La ley también obligará a empresas como Amazon a hacer que estos algoritmos sean más transparentes, revelando las cuotas exigidas a los trabajadores. Los partidarios de la nueva ley la han presentado como un gran avance contra el monitoreo algorítmico de los trabajadores en general. El proyecto de ley, se dice, es el primer intento de crear transparencia y protecciones contra los sistemas de cuotas aplicados por algoritmos inseguros.

Este proyecto de ley, entre otras cosas, requiere que los empleadores proporcionen a cada empleado que trabaja en un centro de distribución de almacén, al ser contratado o dentro de los 30 días de la fecha de vigencia de estas disposiciones, una descripción por escrito de cada cuota a la que está sujeto, incluida la cantidad cuantificada de tareas a realizar, o materiales a producir o manipular, dentro del período de tiempo definido, y cualquier acción laboral adversa potencial que pudiera resultar de no cumplir con la cuota.

El proyecto dispone que no se requerirá que un empleado cumpla con una cuota que impida el cumplimiento de los períodos de comida o descanso, el uso de las instalaciones sanitarias o las leyes de salud y seguridad ocupacional, según se especifique. También se prohibiría a un empleador tomar medidas adversas contra un empleado por no cumplir con una cuota que no ha sido divulgada, o por no cumplir con una cuota que no permite que un trabajador cumpla con los períodos de comida o descanso o las leyes de salud y seguridad ocupacional.

El proyecto de ley precisa que cualquier acción tomada por un empleado para cumplir con las leyes de salud y seguridad ocupacional, se considere tiempo en la tarea, y tiempo productivo para los propósitos de cualquier sistema de cuotas o monitoreo.

Este proyecto de ley subraya que si un empleado actual o anterior cree que cumplir con una cuota causó una violación de su derecho a una comida o un período de descanso, o requirió que violara cualquier ley, o norma de salud y seguridad ocupacional, tiene derecho a solicitar, y el empleador debe proporcionar, una descripción por escrito de cada cuota a la que está sujeto el empleado, y una copia de los últimos 90 días de los datos personales de velocidad de trabajo del empleado.

El texto, como suele ser habitual en la tradición anglosajona procede a identificar una interesante serie de conceptos de interés:

- “Información de identificación individual”. Significa cualquier dato relacionado con una lesión que esté vinculado a un empleado o empleador.

- “Período de tiempo definido”. Significa cualquier unidad de medida de tiempo igual o menor que la duración del turno de un empleado, e incluye horas, minutos y segundos y cualquier fracción de los mismos.
- “Datos de velocidad de trabajo del empleado”. Significa información que un empleador recopila, almacena, analiza o interpreta en relación con el desempeño de una cuota de un empleado individual, que incluye, entre otros, cantidades de tareas realizadas, cantidades de artículos o materiales manipulados o producidos, tasas o velocidades de las tareas realizadas, medidas o métricas del desempeño de los empleados en relación con una cuota, y tiempo categorizado como realizando tareas o no realizando tareas.
- “Datos de velocidad de trabajo de los empleados”. No incluye evaluaciones de desempeño cualitativo, o registros de personal.
- “Empleador”. Significa una persona que, directa o indirectamente, o a través de un agente o cualquier otra persona, incluso a través de los servicios de un empleador externo, servicio temporal, agencia de personal o entidad similar, emplea o ejerce control sobre los salarios, horas o condiciones de trabajo de 100 o más empleados, en un solo centro de distribución de almacén, o 1.000 o más empleados, en uno o más centros de distribución de almacén en el estado.
- “Cuota”. Significa un estándar de trabajo bajo el cual se asigna o requiere que un empleado se desempeñe a una velocidad de productividad específica, o realice un número cuantificado de tareas, o manipule o produzca una cantidad cuantificada de material, dentro de un período de tiempo definido, y bajo el cual el empleado puede sufrir una sanción si no cumple con el estándar de desempeño.

En fin, no se requerirá que un empleado cumpla con una cuota que impida el cumplimiento de los períodos de comida o descanso, el uso de las instalaciones del baño, incluido el tiempo de viaje razonable hacia y desde las instalaciones del baño, o las leyes de salud y seguridad en el Código Laboral. Un empleador no deberá emprender acciones laborales adversas contra un empleado por no cumplir con una cuota que no le permita cumplir con los períodos de comida y descanso, o las leyes de salud y seguridad en la legislación.

4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA NUEVA REPRESENTATIVIDAD

Por su relación con el objeto de la cuestión tratada en páginas anteriores, sin que suponga similitud plena, pero sí una conexión funcional, cabe apreciar lo que se trata a continuación.

La digitalización de la fábrica y el trabajo, junto con la recesión y la globalización, están desmantelando no solo la negociación sino también el modelo de representación colectiva. En este contexto, es innegable que las formas tradicionales de representación se encuentran en una dificultad considerable, ya que la capacidad de agregación natural, basada en la síntesis de intereses colectivos, expresión de formaciones sociales más o menos uniformes, choca con las nuevas estructuras organizativas del trabajo. La individualización tiene un papel desestructurador para los mecanismos asociativos al incrementarse la autonomía de las empresas coordinadas, haciendo complejo el reconocimiento de los intereses colectivos de los trabajadores digitalizados²³.

En Alemania, gracias a la iniciativa del sindicato IG Metall, se creó el sitio de trabajo Faircrowd para permitir comparar experiencias laborales realizadas a través de plataformas y obtener asistencia jurídica y protección sindical. También están surgiendo formas experimentales de autoorganización de los trabajadores bajo demanda, que aparecieron en las principales ciudades

²³ *Vid.*: DI NUNZIO, D., BRUNETTI, A. y MANCINI, C.: “Le frontiere dell’azione sindacale nella frammentazione del lavoro”, *QRS*, núm. 3, 2015, p. 143 ss.

europas, para el reconocimiento del status de trabajador. En Bolonia han surgido los repartidores de las plataformas de reparto que operan en la ciudad que trataron de representar a todos los repartidores de comida a través de una aplicación. En España los mensajeros de Deliveroo crearon la plataforma Ridersxderech a través de la cual se organizaron colectivamente poniendo en marcha una serie de acciones conflictivas que llevaron a la apertura de una mesa de negociaciones para la estipulación de un Acuerdo de Interés Profesional aplicable a todos los repartidores de Deliveroo que operan en el territorio nacional. Todo ello, en el fondo, se trata de un sindicalismo de movimientos sociales, como estrategia innovadora del sindicato, para construir o fortalecer su ámbito de influencia.

Sin embargo los problemas jurídicos se mantienen. Un ejemplo emblemático de esto es el reciente laudo del Comité Central de Arbitraje de Londres de 14 de noviembre de 2017 por el cual los árbitros británicos denegaron el establecimiento de una unidad de negociación²⁴ (según lo dispuesto en la Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992) al sindicato independiente IWUGB (Sindicato de Trabajadores Independientes de Gran Bretaña) que había organizado colectivamente a los mensajeros de Deliveroo que operaban en el barrio de Candem. Si bien la medida reconoce la mayor representatividad del sindicato, en base tanto al número de trabajadores inscritos en la organización en la unidad de negociación, (19,16% muy por encima del 10% exigido por la ley) como al consentimiento mayoritario expresado por los trabajadores de la unidad de producción a favor del establecimiento de la unidad de negociación, se rechaza la solicitud de reconocimiento de la unidad de negociación por no considerar probada la condición de trabajador de los ciclistas de Deliveroo, condición indispensable que exige la ley para el acceso a la disciplina heterónoma de promoción y protección de la representación y negociación colectiva.

Con todo, los convenios colectivos de empresa deben considerar una interfaz hombre-máquina, funcional al control de las líneas de producción, que permite al operador controlar y automatizar la maquinaria y sus líneas de producción. De hecho, debiera existir un poder para que el sindicato pueda negociar un control ex ante de la movilidad, no solo geográfica, que dependerá significativamente de la negociación colectiva. Debiéndose asimismo considerar la introducción de la noción de unidad de producción “digital”. Comparación con la noción de “unidad de negociación adecuada” a la que se hace referencia en la normativa sindical estadounidense.

Como complemento a lo anterior un nuevo problema se añade: La Unión Europea. Como se sabe, según la jurisprudencia de Albany²⁵, la inmunidad concedida a la autonomía de negociación colectiva con respecto a la aplicación del art. 101 TFUE, basado en los objetivos de política social que persiguen los convenios colectivos, existe solo con la condición de que el convenio colectivo contribuya directamente a la mejora del empleo y las condiciones laborales de los trabajadores, así como de los que estén calificados como “empresas” en el sentido del art. 101, párr. 1, TFUE “ya que ofrecen sus servicios a título oneroso en un mercado específico, y desarrollan su actividad como operadores económicos independientes frente a sus clientes”. La orientación del TJCE en este punto es muy clara en la deslegitimación de la negociación colectiva sobre el trato económico y regulatorio de los trabajadores autónomos, tanto porque no existe ninguna disposición que, como la ley europea (artículos 153 y 155 TFUE, así como 1 y 4 del convenio de política social) “anima a los

²⁴ Si admitimos una terminología de origen norteamericano (appropriate bargaining unit). Ello significa el expreso reconocimiento por el ordenamiento de que una determinada colectividad - por su extensión, su composición o sus caracteres - debe ser considerada con entidad y autonomía suficiente para dar lugar a un convenio colectivo único y propio, y por tanto constituye una apropiada unidad de negociación. Si, por el contrario, se excluye esa unidad, no se admite o no se considera apropiada, esa colectividad no puede ser objeto de una normación colectiva específica y propia. Se trata de la distinción expresa, en otros ordenamientos, entre la employer unit y la plant unit. La primera hace referencia a una característica funcional y económica de la empresa; la segunda alude a un tipo de unidad técnica y, en cierto modo, geográfica. En general se admite en esos sistemas la coexistencia de ambos tipos de unidad. *Vid.*: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *Revista de Política Social*, núm. 84, 1969.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999. Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie. Asunto C-67/96.

autónomos a entablar un diálogo similar con los empresarios con los que prestan servicios en virtud de un contrato de trabajo y, por tanto, a estipular convenios colectivos con dichos empleadores para mejorar sus condiciones de empleo y trabajo “; y porque la asociación sindical que representa a los autónomos no actúa como un “partido social” sino que, en realidad, funciona como una asociación de empresas. La única forma de evitar conflictos con la ley de competencia es verificar si los trabajadores en nombre de los cuales el sindicato ha negociado no son “falsos autónomos”.

La transformación experimentada por las funciones de la negociación colectiva, con un aumento del peso de la función de organización y gestión de la situación económica y productiva de la empresa, frente a las más tradicionales de fijación de las condiciones de la prestación de trabajo, han llevado a los convenios colectivos a regular materias fuera del centro de las condiciones de trabajo y empleo.

Dados tales hechos, la cuestión que se suscita por tanto, es la compleja relación existente entre el ejercicio y regulación estatal del derecho a la negociación colectiva, y las normas que regulan la competencia y las libertades de circulación en la Unión Europea. En tal escenario el propio Parlamento Europeo, han reivindicado la no aplicación por el Tribunal de Justicia de los parámetros de protección habitual de la libre competencia y de las libertades económicas a las acciones sindicales y a los sistemas de negociación colectiva²⁶.

Sin embargo, en la actualidad puede afirmarse, que los convenios colectivos se encuentran sometidos a un doble control derivado de la protección de la competencia en el mercado y del ejercicio de las libertades económicas. Por un lado, los contenidos de los convenios colectivos no deben falsear la competencia en el mercado, dirigiéndose exclusivamente a la regulación de los objetivos propios de la negociación colectiva, sin perturbar la acción en el mercado de bienes y servicios de terceros actores económicos; por otro, la aplicación de los convenios colectivos en las empresas no debe ser un obstáculo para el ejercicio por las mismas de las libertades de circulación, en particular las de establecimiento y prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea. Las

²⁶ Resulta de interés la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (Directiva “Whistleblowing”). El objeto principal de la Directiva es evitar cualquier tipo de represalia, directa o indirecta, caso del trabajador, que denuncia cualquier tipo de incumplimiento de la legalidad vigente cometido en el seno de la empresa donde preste servicios, ya sea por otro trabajador o por cualquier miembro de la empresa.

La Directiva, con cierta ambigüedad, dice se aplicará a los denunciantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral, incluyendo, como mínimo, a: a) las personas que tengan la condición de trabajadores en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, incluidos los funcionarios; b) las personas que tengan la condición de trabajadores no asalariados, en el sentido del artículo 49 del TFUE. La protección, en primer lugar, debe aplicarse a la persona que tenga la condición de “trabajador” en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, es decir, a la persona que lleva a cabo, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo su dirección, determinadas prestaciones a cambio de una retribución.

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir todas las formas de represalias contra las personas a que se refiere el artículo 4, incluidas las amenazas de represalias y las tentativas de represalia, en particular, en forma de: a) suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes; b) degradación o denegación de ascensos; c) cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo; d) denegación de formación; e) evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales; f) imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias; g) coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo; h) discriminación, o trato desfavorable o injusto; i) no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; j) no renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal; k) daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos; l) inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector; m) terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios; n) anulación de una licencia o permiso; o) referencias médicas o psiquiátricas.

sentencias Viking Line, C-438/05 y Laval, C-341/05, han mostrado el claro ejemplo de la subordinación de los derechos sociales al mercado.

No resulta jurídicamente suficiente que en el art. 152 TFUE se diga que la Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales y facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía²⁷.

Con los asuntos Albany, Brentjen's y Drijvende Bokken, de 21 de septiembre de 1999, se planteó por primera vez la compatibilidad de un convenio colectivo con las disposiciones comunitarias de defensa de la competencia, cuestionándose si un acuerdo pactado entre empresarios y trabajadores podría ser considerado como un pacto entre empresas. En septiembre de 2000 el TJCE dictó la primera sentencia en la que aplicó directamente la doctrina Albany con respecto a la relación entre los convenios colectivos y el Derecho de la competencia. En el Asunto Van der Woude el Tribunal retomó el razonamiento jurídico anteriormente expuesto, sin proceder a su revisión o concreción.

Cabe señalar, que en el asunto C-271/08, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania de 15 de julio de 2010, el Tribunal valoró la aplicación de la jurisprudencia Albany, a un supuesto de hecho relacionado con la libertad de circulación. El Tribunal acogía en su sentencia la argumentación jurídica de la Abogada General, añadiendo que a diferencia de lo que ocurre con la protección de la competencia en el mercado, «no puede considerarse que sea inherente al propio ejercicio de la libertad de los interlocutores sociales y del derecho a la negociación colectiva la vulneración de las directivas que dan aplicación a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública. Señalando igualmente que la concreta designación de entidades y empresas para el desempeño de los objetivos de mejora del nivel de las pensiones de los trabajadores se excede de la esencia del derecho de negociación colectiva²⁸.

En España la incidencia de la doctrina Albany, podría decirse, ha llevado a la aplicación de las normas de la competencia a los convenios colectivos. Desde el año 2007, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y su sucesora, la Comisión de Defensa de la Competencia (CNC), han venido revisando la adecuación de los convenios colectivos a la Ley de Defensa de la Competencia. A partir de la Resolución de 29 enero 2007 del TDC se planteó por primera vez ante el TDC la adecuación con la defensa de la competencia con la denominada “Cláusula de fijación de precios y competencia desleal”, contenida en un convenio colectivo de sector de las empresas de ayuda a domicilio de la Comunidad Autónoma de Cantabria. El TDC, considerando que el contenido de los convenios colectivos se circunscribe a las condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios, afirmó que la cláusula impugnada tenía como pretensión regular el beneficio empresarial y de eliminar la competencia en precios en el mercado de la ayuda a domicilio.

Otros pronunciamientos similares de la CNC (16 de marzo de 2009) se centró en el Convenio contact center, y la de (17 de marzo de 2009) en el Convenio de Seguridad. En la Resolución de 24 de septiembre de 2009, sobre las Empresas estibadoras, , en la que la CNC se declaró acreditada una infracción del art. 1.1 de la LDC y del art. 81 del TCE por la firma y puesta en funcionamiento del IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales en el sector de la estiba portuaria, más tarde confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2010, (SAN. Sala de lo Contencioso Administrativo, de 4 de mayo de 2010, R. 5/2009).

²⁷ Señala M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer que el principio de competencia libre y no falseada, es elevado a base constitucional del ordenamiento jurídico comunitario, por su transversalidad, e incide mediatamente en los derechos del trabajo nacionales. *Vid.*: “Ayudas públicas para el empleo v. libre competencia”, *RL*, núm. 23, 2001.

²⁸ *Vid.* Una ampliación del tratamiento en: GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: “Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011.

La CNC, en fin, ha considerado tales convenios colectivos como acuerdos entre empresas, cuyo contenido únicamente se vería exento de la aplicación de las normas de la competencia en el caso de ceñirse a las condiciones de empleo y relaciones de los trabajadores con los empresarios.

5. EL PUESTO DE TRABAJO

Cada vez más se impone el trabajo híbrido respaldado por escritorio compartido que ayuda a equilibrar la capacidad de la empresa, garantizando que todos tengan un espacio para trabajar.

El sistema denominado hot desking (mesas calientes) por el que mediante una aplicación informática los trabajadores deben reservar sus puestos de trabajo de manera semanal, pudiendo estos estar localizados en distintos lugares de las instalaciones de la compañía. Para llevar a cabo la reserva de sus puestos de trabajo, los empleados tenían dos turnos: el primero, entre las 8 y las 14 horas; y el segundo, de 14 a 20 horas.

Sobre tal cuestión la Audiencia Nacional con fecha 27-07-2021 resolvió por la Sentencia 180/2021, número de recurso: 277/2020, la cuestión relativa a la decisión empresarial que estableció un reparto semanal de puestos de trabajo en los diferentes centros de trabajo a través de una aplicación informática, sistema denominado “hot desk”.

La controversia se centró en acreditar si la implantación del sistema de reserva de puestos de trabajo por parte de la empresa supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo. La implantación suponía el diseño de un escenario futuro de trabajo en el que, en función de las posibilidades de la actividad y el proyecto, pueda combinarse trabajo presencial y teletrabajo aplicando un sistema denominado hot desk, o puestos calientes, de forma que los empleados puedan reservar puestos de trabajo a través de una aplicación informática. El objetivo del uso 'hot desk' era maximizar la flexibilidad del uso de la oficina.

El sistema supone que una vez llegado a la oficina, se dispone de un plazo de 2 horas a partir del inicio del slot, para confirmar el uso de la reserva (Check in). Los puestos en uso, reservados y confirmados, pueden ser liberados por el usuario antes de la finalización del slot. Entonces volvería a aparecer como disponible el puesto por el resto del slot liberado. Igualmente, si no se va a necesitar un puesto reservado, se puede cancelar la reserva quedando el puesto liberado en el slot correspondiente. Todas y cada una de estas acciones, reserva, confirmación, liberación y cancelación, generan una notificación email al usuario. El propio sistema notifica al usuario cuando se acerque el vencimiento del plazo de confirmación (Check in) de la reserva, y si llega a anularse la reserva por no haberse realizado la confirmación.

En el procedimiento la demandante interesó que se declarara la nulidad y subsidiariamente la improcedencia de la actuación unilateral de la empresa denominada “hot desk”, encuadrada en el procedimiento denominado Smart Job, consistente en la adjudicación del puesto de trabajo a través de solicitud de los trabajadores mediante aplicación informática, obligando a la empresa a ubicar a los trabajadores en sus puestos de trabajo habituales. Se alega en tal sentido que los trabajadores de la plantilla dejan de tener un puesto de trabajo físico habitual, para pasar a tener el que le asigna una aplicación informática a solicitud del propio trabajador, o de su responsable.

El presente proceso se limitó únicamente al examen de la procedencia de la decisión empresarial de implantar un sistema informático de atribución de puestos de trabajo en las distintas oficinas en las que prestan servicio las personas trabajadoras.

La Sala, estimó que no existía una modificación sustancial de condiciones de trabajo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y, por ello, sujeta a los trámites de negociación previa contemplados en el citado precepto, entendiéndose por el contrario que la actuación empresarial discutida por la parte demandante se ha de encuadrar en el poder directivo del empresario regulado en el artículo 20 ET.

La Sala alegó una jurisprudencia conocida, como es el caso, de STS de 25-11-2015 (rec.229/2014), que establece: “Para delimitar el carácter de la modificación que nos ocupa hay que partir de la clásica afirmación jurisprudencial según la que “por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista “ad exemplum” del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del “iusvariandi empresarial”. Añadiendo que “ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador haya de ser calificado como sustancial o accidental”. En efecto, nuestra jurisprudencia ha insistido en “destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de “modificación sustancial”, y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador; o lo que es igual, para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones” (STS de 26 de abril de 2006, Rec. 2076/2005).”.

En definitiva, la Audiencia Nacional indicó que nos encontramos ante un nuevo criterio empresarial de organización del trabajo que no afecta a las materias contempladas en el artículo 41 ET, y que responde a razones de eficacia y eficiencia organizativa para un mejor aprovechamiento de los recursos materiales que precisa la empresa para la ejecución de su fin empresarial. Parece razonable, por ejemplo, que si en un edificio de cinco plantas acude personal de las distintas plantas pero que ocuparía en la práctica solamente dos, se utilicen efectivamente esas dos plantas con el sistema de asignación de puestos, evitándose así la utilización innecesaria de todas las plantas en cuestión con la consiguiente mejora en la gestión de algunos costes de la empresa (suministro eléctrico, mantenimiento, limpieza, etc.). Es por ello que la demanda no prosperó pues ni concurre una modificación sustancial de condiciones de trabajo ni existe falta de ocupación efectiva por parte de la empresa.

6. LA DISCRIMINACIÓN OCULTA

El efecto discriminatorio puede surgir de una evaluación negativa del servicio prestado en base a elementos que no conciernen al rendimiento en sí mismo, pero están dictados por los prejuicios del usuario hacia el trabajador (por ejemplo puede ser el prejuicio racial). Así, los sistemas de reputación de la satisfacción del cliente pueden caracterizarse como herramientas potencialmente posibles para canalizar la actitud discriminatoria del usuario dentro de la relación laboral, siendo por tanto, un tercer sujeto inmerso en la relación de trabajo, gracias a las técnicas de evaluación de la satisfacción puestas en marcha por la empresa.

Igualmente es posible la discriminación cuando el algoritmo perfilado a los ciclistas adoptado por la plataforma Deliveroo, se basa en los dos parámetros de fiabilidad y participación, sin ninguna precisión, tratando de la misma forma a los que no participan en la sesión reservada por motivos no reconocidos jurídicamente, de los que sí lo son, como participar en una huelga, estar enfermo, discapacidad, ayuda a una persona discapacitada, o un menor enfermo. Ello en la práctica discrimina posiblemente, marginándolo, y reduciendo así significativamente sus futuras oportunidades de acceso al trabajo.

La Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia de 31 de diciembre de 2020 resolvió una demanda presentada por varios sindicatos (Federazione Italiana Lavoratori Trasporti – Filt Cgil di Bologna, Filcams Cgil di Bologna y Nidil Cgil Bologna) contra Deliveroo Italia SRL por discriminación en las condiciones de acceso a la reserva de las franjas horarias de trabajo en la

plataforma. La Corte acreditó la calificación del caso en el contexto de la colaboración heteroorganizada. Según el órgano judicial, se precisa la supuesta neutralidad del algoritmo, que al sancionar al corredor por no cancelar la reserva dentro de los tiempos señalados, no toma en cuenta las razones de esta conducta, ya que los corredores, que hubieran decidido participar en una acción colectiva como la huelga, podrían haber visto penalizadas sus estadísticas, y por tanto sus oportunidades laborales, integrándose con ello una hipótesis de discriminación indirecta.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS I.: “En torno a la polémica ajenidad dependencia”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de Valencia*, núm. 1, 1971.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo un debate global desde la perspectiva española”, *Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Revista Internacional de Direito do Trabalho*, núm. 1, 2021.
- DE LA VILLA GIL, L. E.: “La crisis de la dependencia en la delimitación de las relaciones jurídico-privadas”, *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 56, 1963.
- DELFANTI A, RADOVAC L. y WALKER T.: “The Amazon panopticon: A guide for workers, organizers & policymakers”, *Report for UNI Global Union*, 2021.
- DEMICHELI, L.: “Il nuovo fordismo individualizzato”, *Sbilanciamoci*, 14 de abril de 2016.
- DI NUNZIO, D., BRUNETTI, A. y MANCINI, C.: “Le frontiere dell’azione sindacale nella frammentazione del lavoro”, *QRS*, núm. 3, 2015.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: “Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011.
- METTLING, M. B.: “Transformation numérique et vie au travail”, *Rapport*, 2015.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2005.
- PERULLI, A.: “Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi”, *WP CSDLE “Massimo D’Antona”. IT – 410/2020*.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Ayudas públicas para el empleo v. libre competencia”, *RL*, núm. 23, 2001.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 71, 1966.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Empresa y contrato de trabajo”, *Anales de la Universidad Hispalense XX*, 1960.
- RUESGA BENITO, S. M. (Dir.) et al: *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012.
- RUTKIN, A.: “Help, my boss is an algorithm”, *New scientist*, 2016.
- ÚLRICH, B.: *Power in the Global Age*, Cambridge, Polity Press, 2005.