

EL DERECHO A LA TRANSPARENCIA EN EL SENO DE LAS RELACIONES LABORALES

Fernando Fita Ortega*

Profesor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia.

Índice:

1. La información y la transparencia: anverso y reverso de una misma moneda.
2. La información y la transparencia en el derecho del trabajo.
3. El fortalecimiento de la exigencia de transparencia en el ordenamiento laboral.
 - 3.1 El derecho a la transparencia en el ingreso a la empresa.
 - 3.2 El derecho de transparencia respecto de las condiciones de trabajo aplicables al contrato.
 - 3.3 El derecho a la transparencia en materia de gestión algorítmica y despido.
 - 3.3.1 Transparencia y gestión algorítmica.
 - 3.3.2 Transparencia y despido.
4. Conclusiones.

1 LA INFORMACIÓN Y LA TRANSPARENCIA: ANVERSO Y REVERSO DE UNA MISMA MONEDA

La información es un elemento esencial para garantizar la transparencia, de modo que no puede asegurarse esta última si no se ofrece toda la información relevante. Por otra parte, la transparencia acerca de cómo se obtiene la información, y qué uso se hace de la misma, resulta esencial para la salvaguarda de los derechos fundamentales¹. Así, si bien desde un planteamiento distinto, BYUNG-CHUL, destaca que la transparencia no es sino la política de hacer visible el régimen de la información².

Esta interrelación entre información y transparencia se ha

Texto elaborado dentro
del Proyecto PID2021-
124045NB-C33 financiado
por MCIN/AEI
/10.13039/501100011033/ y por
FEDER *Una manera de hacer
Europa*.

Recebido: 09/08/2023
Aprovado: 24/08/2023

 **JUSTIÇA DO TRABALHO**
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR)



- 1 En este sentido, SERRA CRISTÓBAL, R., “De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública”, **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 47, 2021, pp. 230 y 231.
- 2 En efecto, este filósofo realiza un estudio acerca de cómo el exceso de información facilitada por los ciudadanos a través de las redes sociales y los procesos de digitalización los convierte en transparentes y, por consiguiente, más fácilmente vigilables, constituyendo la información una fuente inadvertida de control. BYUNG-CHUL, **Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia**. Ed. Taurus. Madrid, 2022, p. 13 y ss.

evidenciado más, si cabe, como consecuencia de la revolución tecnológica acaecida con la digitalización, y la profunda transformación de nuestra sociedad que ésta ha supuesto. En efecto, muchas son las consecuencias de esta nueva revolución, pero una de las más significativas ha sido, seguramente, la revalorización de la información. Esta circunstancia puede observarse en diferentes ámbitos, tanto políticos, como sociales, económicos o productivos. Esta sociedad de la información digital ha provocado revueltas ciudadanas, impulsado movimientos y causas sociales, pero también ha favorecido, paradójicamente, la desinformación a través de la difusión de bulos por medio de las redes sociales o medios de comunicación tradicionales -que a veces se nutren de “noticias” surgidas de aquellas- y que cuentan con el respaldo de los actores políticos o grupos de presión con objeto de favorecer sus intereses³.

Así pues, en la sociedad de la información, ésta ha adquirido mayores cotas de poder y, como contrapartida, también la desinformación, la contaminación de la realidad, lo ha hecho. Esta circunstancia exige que la información sea comprobada, verificada, con objeto de evitar un uso torticero de la misma. Acusaciones de injerencias en procesos electorales en países occidentales a través de campañas de desinformación y manipulación, han provocado la necesidad de reaccionar. Se ha debatido acerca de la posibilidad de generar instancias dirigidas a controlar la veracidad de las noticias; los medios de comunicación vienen dedicando, cada vez con mayor frecuencia, espacios para desmentir bulos, rumores... las *fake news* que tan habituales se han convertido ya en el mundo globalizado. Las propias redes sociales han reaccionado ante estos y otros fenómenos similares, bloqueando contenidos o expulsando, temporal o definitivamente a sus usuarios, lo que plantea debates de carácter ético en torno a la censura. En todo caso, es necesario garantizar un escenario de transparencia y de honestidad democrática que evite, en la medida de lo posible, el uso de desinformación dirigido a socavar los fundamentos y principios básicos de nuestro Estado⁴.

La información, por otra parte, se ha convertido en un verdadero negocio. Siempre fue considerada como fuente de poder. Hoy, además, es una importantísima fuente de riqueza. Son muchas las empresas que se lucran traficando con datos, lo que se ve favorecido por la falta de conciencia de buena parte de los ciudadanos acerca del valor económico de sus datos y del alcance de los perfiles que pueden ser creados mediante su análisis a través de inteligencia artificial, y la incidencia que ello puede acarrear en actividades cotidianas o, cuando menos, no inusuales, de la vida⁵, e, igualmente, como consecuencia de la tela de araña que suponen las redes sociales y las aplicaciones (*apps*), con constantes actualizaciones que siempre esconden recovecos en los que atrapar nuestros datos, pues así lo consentimos sin leer los farragosos términos y condiciones que se nos muestran, y cuando en la mayoría de las ocasiones parece que la única alternativa es no emplear la herramienta en cuestión, siendo, pues,

- 3 Paradigmático es el caso de la *Office of Strategic Influence* creada en 2021 por el Departamento de Defensa de Estados Unidos con objeto de manipular a la opinión pública mediante la difusión de mentiras y medias verdades. Sobre el particular: Gup, Ted. "The short distance between secrets and lies. (Control Of Information)" **Columbia Journalism Review**, vol. 41, n. 1, mayo-junio 2002, pp. 74 y ss. link.gale.com/apps/doc/A87205735/AONE?u=univ&sid=googleScholar&xid=ac9a820c. Acceso 8 agosto 2022.
- 4 SERRA CRISTÓBAL, R., “De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública”, **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 47, 2021, pp. 234.
- 5 Cabe recordar, en este sentido, las medidas implementadas por la administración Trump en Estados Unidos relativas a la obligación de proporcionar los perfiles en las redes sociales de los solicitantes de visado de entrada en dicho país, y que motivaron la negativa a su concesión en diversas ocasiones, incluso por comentarios efectuados por terceros en dichas redes, aunque posteriormente la presión hizo que se revocase la negativa (<https://time.com/5663283/harvard-student-visa-ismail-ajjawi-lebanon/> Acceso agosto 2023)

una forma más de los conocidos como contratos de adhesión⁶.

No es de extrañar, pues, el favorecimiento de herramientas dirigidas a paliar estas situaciones. De una parte, la lucha contra las *fake news* ha provocado, como se apuntaba, la necesidad de exigir transparencia: qué, quién, cómo, cuándo y por qué, las cinco cuestiones claves del periodismo, demandan que se realice un esfuerzo de verificación que, en muchas ocasiones, la inmediatez de las nuevas tecnologías de la comunicación, y la rápida propagación de los contenidos vertidos en ellas, no favorece. Por otra parte, la necesaria protección de los datos de los ciudadanos ha provocado un fuerte desarrollo mundial de las normativas legales acerca de esta cuestión. Normativas que se asientan en el principio de la transparencia, sobre los datos que se van a obtener y la finalidad a la que van a ser destinados.

Así pues, la transparencia se ha puesto en valor, incluso -con mayor o menor éxito- como herramienta para legitimar a las instituciones del Estado, en la lucha contra la corrupción y el ejercicio desviado del poder político.

2 LA INFORMACIÓN Y LA TRANSPARENCIA EN EL DERECHO DEL TRABAJO

La transparencia en el ámbito de las relaciones laborales ha ido acompañando históricamente, en mayor o menor intensidad, a su regulación, exigiéndose, por ejemplo, la identificación de las causas por las que el empresario procede a un despido disciplinario o la presencia de representantes de los trabajadores a la hora de efectuar registros en los enseres personales del trabajador o, cuando así lo solicite el trabajador, en el momento de la firma del finiquito. Sin embargo, en los últimos tiempos cabe detectar un redoblado esfuerzo por hacer de la transparencia el eje sobre el que gira la normativa laboral, pues ésta constituye un factor esencial para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las empresas.

En efecto, si la revolución tecnológica ha modificado profundamente nuestra sociedad, las relaciones laborales no han quedado, obviamente, al margen de su impacto. El torrente de información que se puede obtener a través de la tecnología digital es abrumador, y los empresarios han venido haciendo uso -abuso más bien- de las nuevas posibilidades ofrecidas por las herramientas tecnológicas en la gestión diaria de las relaciones laborales, tanto en el control de la actividad productiva, y la correspondiente sanción en caso de observancia de incumplimientos contractuales, como en los procesos de selección de nuevos empleados.

De este modo, Pese a que el Grupo de Trabajo del Artículo 29, en su Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, ha señalado que estas prácticas son contrarias a la normativa europea sobre protección de datos, y que el acceso a perfiles abiertos de los candidatos solamente puede realizarse cuando exista un interés que lo justifique, los informes que circulan sobre el uso de la información presente en redes en los procesos de selección evidencian su uso en ese contexto. En efecto, según el informe Redes Sociales y Marca Personal del portal Infojobs, el 65% de las compañías con menos de 10 empleados consultan la denominada huella digital⁷, esto es los datos y los contenidos sobre un usuario que están presentes en Internet⁸. Por otra parte, en el informe *2021 Recruiter Nation Report* de Jobvite,

6 Esto es, aquellos en los que uno de los contratantes somete la autonomía de la voluntad del otro a su querer y le impone unilateralmente el contenido de las cláusulas que integran esa norma jurídica individualizada y tiene por finalidad la adquisición de un producto o un servicio (Diccionario prehispánico de español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/contrato-de-adhesi%C3%B3n> Acceso agosto 2023)

7 Porcentaje que desciende al 52% en el caso de las de 50 o más trabajadores.

8 Nota de prensa de 28 de junio de 2022, disponible en <https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/casi-6-de-cada-10->

se señala que, en Estados Unidos, la red social más utilizada en los procesos de selección fue Facebook (68%) seguridad de LinkedIn (65%), posiciones que se invierten cuando se trata de procesos de selección de trabajadores para puestos de mayor cualificación (53% LinkedIn y 33% Facebook). Por detrás de estas redes se encuentran Twitter, Instagram, Youtube, destacándose el incremento de la plataforma Snapchat y TikTok para estos menesteres⁹. En ocasiones, el acceso a tales fuentes de información no ha sido resultado de la difusión en abierto de sus contenidos, sino como consecuencia de haberse solicitado expresamente las claves de acceso a alguna cuenta en algún momento durante el proceso de selección¹⁰, o bien habiendo remitido solicitud de “amistad” al candidato, prácticas completamente rechazadas por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en el referido dictamen 02/2017¹¹.

Por otra parte, el empleo de la inteligencia artificial (I.A.) se está extendiendo enormemente en estos procesos de selección, campo éste en el que la aparición del metaverso puede implicar un poderoso impulso al uso de la I.A. en los procesos de selección. Los riesgos de la inteligencia artificial en la selección del personal derivan, de una parte, en el contrastado fenómeno de la discriminación algorítmica que está suponiendo, ya sea por una decisión deliberada o por un algoritmo de selección establecido involuntariamente mediante parámetros discriminatorios, en una suerte de prejuicio inconsciente provocado por la I.A.¹²; y, de otra, en el uso de esta tecnología para elaborar perfiles psicológicos, o incluso biológicos, de los candidatos. En efecto, la I.A. permite valorar aspectos que pasarían en muchas ocasiones inadvertidos en las tradicionales entrevistas de trabajo cara a cara, ya que permiten evaluar aspectos que pueden escapar a nuestros cerebros en un proceso personal de evaluación que podrían configurar, como se anticipaba, tanto un perfil psicológico (mediante el análisis del tono de la voz con la que se responde, de los gestos, movimiento de los ojos, gesticulación,...) e incluso biológico (analizando el color de los ojos o de la piel, por ejemplo, se podría valorar si un candidato sufre de ictericia y las potenciales enfermedades que ello puede reflejar)

En cuanto al uso de las tecnologías con objeto de verificar el control de la actividad laboral de los trabajadores, y sancionarlos en caso de incumplimientos laborales, son de sobra conocido los excesos que se han verificado en el mundo de las relaciones laborales. El establecimiento de instrumentos de control en el ámbito empresarial (videovigilancia, grabaciones de sonido, sistemas de geolocalización, monitorización de equipos informáticos, uso de datos biométricos -huellas digitales o iris de los ojos-, etc.) con o sin conocimiento de los trabajadores afectados, ha suscitado grandes controversias jurídicas, con pronunciamientos contradictorios por parte de los diversos tribunales, cargados de matices, que ponen de manifiesto las dificultades de conciliación entre las prerrogativas de gestión empresarial y los

.....
empresas-consultan-las-redes-sociales-de-una-persona-antes-de-contratarla-10-puntos-porcentuales-mas-que-en-2021 (acceso agosto 2023)

9 Este informe se encuentra disponible en: <https://www.jobvite.com/lp/2021-recruiter-nation-report/thank-you/?submissionGuid=af28c74e-3f33-4f47-81d6-304f40c1fbec> (acceso agosto de 2023)

10 Como consta que así se ha hecho en alguna ocasión: https://www.businessinsider.com/employers-ask-for-facebook-password-2012-3?utm_source=inpost&utm_medium=seealso&utm_term=&utm_content=1&utm_campaign=recirc (acceso 11 agosto 2022)

11 Disponible en http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45631 (acceso agosto 2023)

12 Himani Oberai y Ila Mehrotra Anan, definen este prejuicio inconsciente (unconscious bias) como learned stereotypes that are natural, automatic, unintentional, and so deeply engrained that they can easily influence one's behavior (estereotipos adquiridos que son naturales, automáticos, involuntarios, y tan profundamente arraigados que pueden influir fácilmente en el comportamiento de una persona). Human Resource Management International Digest. Vol. 26 N°. 6 2018, p. 14.

derechos fundamentales de los trabajadores¹³. Y lo mismo ha ocurrido en el ámbito disciplinario, cuando se ha sancionado a los trabajadores por lo publicado en el entorno de sus redes sociales, planteándose la cuestión de los límites entre el poder de dirección empresarial y el derecho a la intimidad de los trabajadores¹⁴.

En realidad, cuanto se ha destacado hasta aquí evidencia que la relación de los empresarios con la información, y las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías, muestra una doble vertiente: de un lado, ha favorecido el control de los trabajadores a través de la información obtenida mediante aquellas; de otro, las nuevas tecnologías han propiciado el ocultamiento de información que debería ponerse a disposición de los trabajadores y sus representantes. En este sentido, la *caja negra algorítmica*¹⁵ plantea enormes retos a los que debe hacerse frente si se pretende tutelar eficazmente los derechos, incluso fundamentales, de los trabajadores. No basta con la creación de disposiciones legales generadoras de derechos, sino que las mismas deben ir acompañadas de herramientas que posibiliten la protección de los derechos laborales. En este espacio entra en juego la transparencia como herramienta imprescindible para salvaguardar los derechos fundamentales de los trabajadores.

3 EL FORTALECIMIENTO DE LA EXIGENCIA DE TRANSPARENCIA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL

Procede, pues, analizar las medidas puestas a disposición por los legisladores para hacer efectivo el derecho de la transparencia, para lo que se va a proceder a analizar la normativa atendiendo a las diversas materias en las que se ha subrayado la obligación empresarial de transparencia, teniendo en cuenta que los destinatarios de la misma son las personas trabajadoras, ya sea directamente, o a través de sus representantes.

3.1 El derecho a la transparencia en el ingreso a la empresa

La normativa laboral no contempla, de momento, un derecho expreso a la transparencia en el momento previo a la contratación, esto es, en los procesos de selección. Hasta la fecha ese derecho se regula, en dicho instante, a través de las disposiciones relativas a la protección de datos, a la protección de la intimidad y dignidad, y a la prohibición de discriminación, como señaló el Gobierno español

13 Así, en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son paradigmáticas, en este sentido, sus sentencias dictadas sobre videovigilancia en el asunto López Ribalda y otros contra España en instancia (2017) y en el recurso a la misma, dictado por su Gran Sala en 2019, en la que se falla en sentido contrario, conteniendo ambas sentencias votos discrepantes. En el caso de motorización de los equipos informáticos, caso Bărbulescu contra Rumanía, en los que la sentencia de la Gran Sala de 2017 falla en sentido contrario a la sentencia de instancia del mismo órgano de 2016, ambas con votos disidentes.

14 Son ya múltiples las sentencias que reconocen la procedencia del despido por imágenes o comentarios efectuados en las redes sociales. Así, por todas, STSJ de Madrid de 28 de junio de 2021, Recurso de Suplicación nº. 355/2021, en la que se despidió a la trabajadora en situación de incapacidad temporal por riesgo ante el Covid, al acreditarse, a través de fotos publicadas en Facebook, que asistía a eventos sociales sin guardar las medidas de seguridad mínimas exigibles a una persona de riesgo. También la STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de noviembre de 2011 (recurso de suplicación nº 2333/2011) en la que se declara procedente el despido de una trabajadora al publicar una foto en su cuenta de Facebook una serie de fotografías en las que aparece con el uniforme de la empresa en las oficinas al lado de la caja fuerte abierta y con un fajo de billetes, así como otras imágenes con botellas de licor en la mano, entendiéndose que con ello se compromete no solamente la imagen de la empresa al aparecer logotipos que la identifican, sino su propia seguridad.

15 BYUNG-CHUL, *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia. cit.*, p. 17.

de 2011¹⁶ a la pregunta formulada en septiembre de 2010 por el Diputado del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), Don Carles Campuzano i Canadés, acerca de si el Gobierno de entonces consideraba necesario promover un marco legal que garantizase a las personas y las proteja ante el riesgo que las informaciones contenidas en las redes sociales, tipo Facebook, no sean usadas por los empleadores a la hora de contratar o despedir¹⁷.

Más allá de dicha normativa, no existe previsión legal alguna relativa al empleo de la información obtenida a través de redes sociales o de la inteligencia artificial en el proceso de contratación. La legislación española solamente contempla expresamente la prohibición de recabar, en los procesos de selección, datos de carácter personal, como la salud¹⁸, o cuando estos datos solicitados constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 16.1.c de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social – en adelante, LISOS-)¹⁹.

La técnica legislativa empleada para establecer estas limitaciones ha sido muy deficiente. En primer término, porque, salvo con la excepción de la salud, donde como se ha señalado, expresamente se establece la prohibición de preguntar sobre la misma en los procesos de selección -pero sin que se prevean sanciones en caso de su incumplimiento-, la normativa sancionadora se refiere, como se ha señalado, a la solicitud de datos “*que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo*”. Sin embargo, la mera solicitud de estos datos no constituye por sí sola una discriminación, ya que únicamente se producirá ésta si los datos solicitados se constituyen en condición indispensable para el acceso al empleo, siempre que los criterios empleados para un trato diferenciado no sean razonables y objetivos, no se persiga lograr un propósito legítimo o no venga autorizado por norma con rango de ley²⁰.

La deficiencia en la técnica legislativa se constata, en segundo lugar, por cuanto el artículo que contempla la tipificación de estas conductas como incumplimientos empresariales en el orden social en materia de acceso al empleo (art. 16 de la LISOS) tiene una doble redacción, fruto de las modificaciones que dos leyes distintas, publicadas el mismo día en el Boletín Oficial del Estado (1 de marzo de 2023): Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo²¹, y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI²².

16 BOCG de 14 de enero de 2011. Serie D. Núm. 508, p. 107.

17 BOCG de 8 de octubre de 2010. Serie D. Núm. 456 (184/090219)

18 El artículo 9.5 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, dispone expresamente que el *empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto*.

19 Art. 16.1.c de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En realidad, como consecuencia de una mala técnica legislativa, este precepto tiene dos redacciones efectuadas por dos leyes distintas publicadas el mismo día en el Boletín Oficial del Estado (Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI)

20 Art. 2.2 Ley 15/2022, de 12 de julio.

21 En la que se da redacción al art. 16.1.c LISOS (constituyen infracciones muy graves en materia de empleo): *Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado*.

22 Según la cual, el precepto debe rezar de la siguiente manera: *Solicitar datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación o colocación o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio,*

Desde mi punto de vista, debería haberse previsto un régimen sancionador para el caso de recabar indebidamente datos personales, puesto que la discriminación por estos -o similares- motivos ya está contemplada como infracción muy grave de los empresarios en el art. 8.12 de la LISOS. Por tanto, lo que debería sancionarse no es la discriminación, sino la simple solicitud de tales datos y, en caso de producirse una discriminación, aplicarse las respectivas sanciones y consecuencias²³. Es más, con la actual normativa sucede que una misma conducta discriminatoria se encuentra tipificada como infracción en dos preceptos distintos, como infracciones en materia de relaciones laborales individuales y colectivas (art. 8.1 LISOS²⁴) y como infracciones en materia de empleo (art. 16.1 c LISOS) estableciéndose en ambos casos unas mismas sanciones en el artículo 40 de la LISOS²⁵.

Igualmente, y en contra de lo manifestado por el Gobierno español en 2011, sería necesario recoger expresamente como sanción el acceso mediante abuso o engaño a datos existentes en redes sociales, como son las mencionadas en el apartado segundo de este texto, consistentes en exigir el acceso a las cuentas en redes sociales de los candidatos o solicitar amistad bajo perfiles falsos (o reales, propios o de terceras personas) con objeto de indagar en la información presente en las mismas, lo que como ya ha quedado dicho constituyen prácticas rechazadas por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su dictamen 02/2017.

3.2 El derecho de transparencia respecto de las condiciones de trabajo aplicables al contrato

El artículo 1261 del Código Civil español dispone que, junto al consentimiento de los contratantes y la causa de la obligación que se establezca, el tercer elemento indispensable para la existencia de un contrato está constituido por el objeto cierto que sea materia del contrato, señalando, el artículo 1273 de este mismo cuerpo legal que el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. Más allá de esta genérica previsión, propia del derecho común y dirigida a que

.....
que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

- 23 La redacción del precepto no invita a pensar que se haya pretendido establecer una situación de discriminación objetiva, derivada de la mera solicitud de ciertos datos, pues no se dice que ésta *constituirá* discriminación, en todo caso, sino que se sanciona la solicitud *que constituya* discriminación.
- 24 Este precepto tipifica como infracción muy grave *las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.*
- 25 Multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros. Téngase en cuenta, sobre esta cuestión, que el simple anuncio de la negativa contratar a personas de ciertos colectivos ha sido considerado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como discriminación, a pesar de que la medida no perjudique directamente a ninguna persona en particular (denunciante identificable). STJUE de 10 julio 2008 (asunto C-54/07, *Feryn*) o de 23 abril 2020 (asunto C-507/18, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*) donde la primera versa sobre unas declaraciones públicas de un empresario señalando que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, y la segunda sobre declaraciones efectuadas por un abogado durante una emisión audiovisual según las cuales su empresa nunca contrataría ni recurriría a los servicios de personas con una determinada orientación sexual.

en el contrato se establezca la identificación de lo que constituya su objeto, hasta la transposición en la normativa española de la ya derogada Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, no existía en la legislación laboral española una obligación de transparencia respecto de las condiciones de trabajo aplicables a la relación laboral. El objetivo de esta Directiva no era otro que el de establecer la obligación de precisar los elementos esenciales del contrato de trabajo para proteger a los trabajadores *contra una posible falta de reconocimiento de sus derechos y garantizar una mayor transparencia del mercado de trabajo* (segundo considerando). Esto es, el objetivo de la Directiva, si bien se encontraba encaminado a facilitar la prueba de los derechos laborales de los trabajadores, también se encontraba mediatizado por la necesidad de proteger el mercado de trabajo, para evitar falseamientos de la competencia, mediante la fijación de medidas dirigidas a favorecer una mayor transparencia del mercado de trabajo²⁶.

La transposición del mandato recogido en la referida Directiva se llevó a cabo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo de una forma muy lacónica²⁷, remitiendo a un ulterior desarrollo reglamentario (que no se publicó en el Boletín Oficial del Estado sino hasta 1998²⁸) los términos y plazos en los que trasladar dicha información. Por otra parte, el incumplimiento de esta obligación se encuentra tipificado como infracción leve, sancionada con multas, en su grado mínimo, de 70 a 150 euros; en su grado medio, de 151 a 370 euros; y en su grado máximo, de 371 a 750 euros. Sanciones que no parecen ser efectivamente disuasorias.

Mayor rigor, sin embargo, puede apreciarse en la exigencia de transparencia incorporada al contrato a tiempo parcial en virtud del Real Decreto-ley 15/1998, de 28 de noviembre, exigiéndose que en el contrato figurase el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador deberá prestar servicios, presumiéndose celebrado a jornada completa de no observarse estas exigencias, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los

26 La Directiva contemplaba la obligación del empresario de informar a los trabajadores sobre los elementos esenciales del contrato, debiendo incluir, por lo menos, los siguientes extremos: a) *la identidad de las partes*; b) *el lugar de trabajo*; a *falta de lugar fijo o predominante de trabajo, el principio de que el trabajador efectúe su trabajo en diferentes lugares, así como la sede o, en su caso, el domicilio del empresario*; c) i) *la denominación, el grado, la calidad o la categoría del puesto de trabajo que desempeña el trabajador*; o ii) *la caracterización o la descripción resumidas del trabajo*; d) *la fecha de comienzo del contrato o de la relación laboral*; e) *en caso de que se trate de un contrato o de una relación laboral temporal: la duración previsible del contrato o de la relación laboral*; f) *la duración de las vacaciones pagadas a las que el trabajador tenga derecho, o si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones*; g) *la duración de los plazos de preaviso que deban respetar el empresario y el trabajador en caso de terminación del contrato o de la relación laboral, o si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso*; h) *la retribución de base inicial, los demás elementos constitutivos, así como la periodicidad de pago, a que tenga derecho el trabajador*; i) *la duración de la jornada o semana laboral normal del trabajador*; j) *en su caso: i) la mención de los convenios colectivos y/o acuerdos colectivos que regulen las condiciones laborales del trabajador*; o ii) *si se trata de convenios colectivos celebrados fuera de la empresa por órganos o instituciones paritarias particulares, la mención del órgano competente o de la institución paritaria competente en cuyo seno se hayan celebrado dichos convenios*.

27 El apartado quinto del artículo octavo del Estatuto de los Trabajadores dispone, en una redacción que no ha sido modificada, que *cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito*.

28 Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio.

servicios y el número y distribución de las horas contratadas en los términos previstos en el párrafo anterior.

Pese a la pérdida de intensidad respecto del nivel de transparencia exigida en la normativa española respecto del contrato de trabajo a tiempo parcial²⁹, cabe apreciar una tendencia opuesta, fortaleciendo el requisito de transparencia y asegurando la previsibilidad de las condiciones de trabajo aplicables a los contratos. Cabe referirse, en este sentido, a 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, cuya aprobación se enmarca en el Plan de Acción del pilar europeo de derechos sociales que establece medidas concretas para hacer realidad los veinte principios que se engloban en este pilar, entre los cuales, en el número séptimo, se encuentra la información sobre las condiciones de trabajo.

Esta Directiva persigue adaptar los derechos de información (transparencia y previsibilidad) a la nueva realidad productiva, y nuevas formas de empleo que la acompañan, surgidas de los procesos de descentralización, internacionalización y digitalización de los sectores económicos, por lo que *algunas formas nuevas de empleo pueden divergir significativamente, por lo que respecta a su previsibilidad, de las relaciones laborales tradicionales, lo que genera incertidumbre respecto de los derechos y la protección social aplicables para los trabajadores afectados* (considerando 4 de la Directiva). De este modo, los derechos de información que se reconoce a los trabajadores se refieren, entre otros, a las normas aplicables, en caso de no tener asignado un lugar de trabajo fijo o principal, para viajar entre los lugares de trabajo; al derecho a la formación que proporcione el empleador -precisando el número de días de formación al año a los que el trabajador tiene derecho, en su caso, e información acerca de la política general de formación del empleador-; a los sistemas de seguridad social aplicables, incluyendo, en su caso la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales en relación con las prestaciones por enfermedad, de maternidad, de paternidad y de permiso parental, las prestaciones por accidentes laborales y enfermedades profesionales, las prestaciones de vejez, de invalidez, de supervivencia, de desempleo, de jubilación anticipada y las prestaciones familiares; a los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral. Además, la Directiva contempla disposiciones específicas respecto de trabajadores enviados al extranjero, así como información sobre tiempo de trabajo, retribución y procedimiento de despido, que a continuación se analizan.

3.2.1 Derecho de transparencia en materia salarial

Respecto de las condiciones retributivas, la transparencia que están demandando las normas revisten una doble finalidad. Por una parte, y siguiendo el hilo argumentativo expresado en el punto inmediatamente anterior, facilitar la transparencia y previsibilidad de las condiciones de trabajo aplicables. De otra, luchar contra la brecha salarial por razón de género.

Por lo que se refiere a la primera de las perspectivas señaladas, esto es, la garantía de unas condiciones de trabajo previsibles y transparentes, la Directiva (UE) 2019/1152 recoge la previsión

29 Hoy día, en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la regulación de este contrato solamente exige que figure en el mismo el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo, manteniéndose la presunción *iuris tantum* de que el contrato se celebró a jornada completa en caso de inobservancia de estas exigencias, si bien en la actualidad solamente se exige que se acredite el carácter a tiempo parcial del contrato.

de que la información a proporcionar sobre la remuneración comprenda todos los componentes de la remuneración indicados de forma separada, incluidas, si procede, las retribuciones en metálico o en especie, el pago de horas extraordinarias, las primas y otros derechos, recibidos directa o indirectamente por el trabajador en razón de su trabajo. En todo caso, en su vigésimo considerando, se reconoce la libertad para los empleadores de proporcionar elementos de remuneración adicionales. Además de indicar los conceptos y cuantías de las retribuciones, se exige información sobre la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador (art. 4.2.k).

En esta misma línea dirigida a garantizar la transparencia y previsibilidad en materia salarial, la Directiva 2022/2041, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, recuerda, en sus considerandos, que el principio n.º 6 del pilar europeo de derechos sociales proclama que todos los salarios deben fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales, debiendo posibilitarse que los trabajadores tengan acceso a información exhaustiva sobre los salarios mínimos legales, así como sobre la protección del salario mínimo establecida en los convenios colectivos universalmente aplicables, a fin de garantizar la transparencia y la previsibilidad en lo que respecta a sus condiciones de trabajo (considerandos 5 y 34).

Respecto de la necesidad de transparencia para combatir la brecha de género en materia retributiva, fue primero una Recomendación³⁰ y posteriormente una Directiva³¹ las que han incidido en este aspecto, lo que subraya la intención de establecer obligaciones de transparencia en esta materia que impulsen la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres³², dándose desarrollo, de este modo, al segundo principio contenido en el pilar europeo de derechos sociales, e implementando el quinto objetivo de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que se refiere a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, así como el derecho a la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor.

Esta Directiva responde a la constatación de que las previsiones contenidas en la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, se ven obstaculizadas *por la falta de transparencia de los sistemas retributivos, la falta de seguridad jurídica en torno al concepto de «trabajo de igual valor» y los obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las víctimas de discriminación* dado que los trabajadores carecen de la información necesaria para interponer reclamaciones de igualdad retributiva que prosperen y, en particular, de los datos sobre los niveles retributivos de las categorías profesionales que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor (considerando 11). Sobre la cuestión de la transparencia como herramienta para luchar contra la brecha salarial también se ha pronunciado la OIT, en 2022, en su documento *Legislación sobre transparencia salarial: Implicaciones para las organizaciones de empleadores y trabajadores*³³. En él se señala que las legislaciones sobre transparencia salarial pueden considerarse un desarrollo más reciente e innovador para acelerar el

30 Recomendación de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia (D.O.U.E. de 8 de marzo de 2014, L 69/112)

31 Directiva (UE) 2023/970, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento (D.O.U.E. 15 de mayo 2023, L 132/2)

32 Tal y como ya anunció la Comisión en su Comunicación *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*. COM(2020) 152 final.

33 Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_854276.pdf (acceso agosto 2023)

progreso hacia la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, dando respuesta a la cuestión de cómo conseguir este reto, una vez superada la concienciación acerca de la imperiosa necesidad de hacer frente a la brecha salarial de género.

En este mismo sentido, el informe de la Comisión relativo a la aplicación del Plan de Acción de la UE 2017-2019 «*Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres*»³⁴ se constató que una mayor transparencia permitiría poner de relieve sesgos y discriminaciones de género en las estructuras retributivas de las empresas y, además, permitiría a los trabajadores, los empleadores y los interlocutores sociales adoptar las medidas adecuadas para garantizar la aplicación del derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. En definitiva, la transparencia serviría para efectuar un análisis de la situación, detectando situaciones de desigualdad retributiva con un componente de género en su base; permitiría valorar las medidas a implementar para superar la brecha de género y, por último, proporcionaría instrumentos de defensa para efectuar reclamaciones sobre discriminación por razón de género, puesto que *determinar que se ha producido discriminación con el respaldo de datos sigue constituyendo un reto*³⁵. Ideas que se reiteran en la Comunicación de la Comisión *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*³⁶ en el que se señala que cuando se dispone de información sobre los niveles salariales es más fácil detectar las brechas y la discriminación y, además, se hace hincapié en que, debido a la falta de transparencia, muchas mujeres no saben, o no pueden demostrar, que están peor retribuidas.

Las medidas de transparencia propuestas por la Directiva (UE) 2023/970³⁷, algunas de las cuales fueron anticipadas por ciertos países, como Francia³⁸ o España³⁹, en respuesta a la Recomendación de 2014, se dirigen a:

1) Garantizar que en el proceso de contratación exista una negociación informada y transparente en materia retributiva, para lo que se establece el derecho de los solicitantes de empleo a recibir del empleador información sobre la retribución inicial, basadas en criterios objetivos y neutros con respecto al género, correspondientes al puesto al que aspiran, y, en su caso, las disposiciones pertinentes del convenio colectivo aplicado por el empleador con respecto al puesto (*derecho a obtener información*) así como la prohibición de que el empleador realice a los solicitantes preguntas sobre su historial retributivo en sus relaciones laborales actuales o anteriores (*derecho a no facilitar información*)

2) Facilitar el conocimiento de los criterios empleados para determinar la retribución de los trabajadores, los niveles retributivos y la progresión retributiva.

3) Posibilitar que los trabajadores conozcan su nivel retributivo individual, así como los niveles

34 COM(2020) 101 final.

35 Página 8 del informe.

36 COM(2020) 152 final.

37 Más allá de otras, como la dirigida a aclarar ciertos conceptos esenciales, como «retribución» y «trabajo de igual valor», o la que persigue proporcionar, en las situaciones en las que no exista ningún referente real, un referente de comparación hipotético para que los trabajadores puedan demostrar que no han recibido el mismo trato que ese referente hipotético de otro sexo. debe permitirse la utilización de un referente de comparación hipotético para que los trabajadores puedan demostrar que no han recibido el mismo trato que ese referente hipotético de otro sexo

38 A través del Décret n° 2019-15 de 8 enero 2019 portant application des dispositions visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et relatives à la lutte contre les violences sexuelles et les agissements sexistes au travail.

39 A partir del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo.

retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo, imponiendo a los empresarios la obligación de informar anualmente a los trabajadores sobre estos derechos. Con objeto de garantizar el flujo de información sobre retribuciones, se prohíbe que los empresarios impidan a los trabajadores revelar su retribución a efectos del cumplimiento del principio de igualdad de retribución.

4) Fiscalizar la brecha retributiva por razón de género existentes en las empresas, obligando a que éstas analicen la estructura salarial aplicable a su empresa con perspectiva de género de modo que se pueda conocer la brecha retributiva de género existente, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables.

5) Imponer una evaluación retributiva conjunta (empresario junto con los representantes de los trabajadores) cuando de la información recopilada se obtengan indicios de la existencia de diferencias retributivas por razón de género, con objeto de detectar, subsanar y evitar diferencias de retribución entre las trabajadoras y los trabajadores que no estén justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género.

3.2.2 Derecho de transparencia en materia de tiempo de trabajo

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, también se refiere al tiempo de trabajo, como no podía ser de otra manera al tratarse de una de las condiciones esenciales del contrato de trabajo, abordada en la normativa europea desde la perspectiva de la salud laboral⁴⁰. En ella se señala que la información relativa al tiempo de trabajo debe incluir información sobre las pausas, períodos de descanso diario y semanal y la duración de las vacaciones remuneradas, de modo que se garantice la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, mostrando una especial preocupación por aquellos contratos en los que no es posible indicar un calendario de trabajo fijo debido a la naturaleza del empleo (contratos a demanda, contratos *zero hours*). En esos casos se exige que el empleador comunique a los trabajadores cómo se determinará su tiempo de trabajo, incluidas las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje, así como el período de tiempo mínimo en el que deben recibir el preaviso antes del comienzo de la tarea (art. 4.2.m) La finalidad no es otra que la de dotar de un mínimo de previsibilidad a quienes prestan sus servicios con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible. En otro caso, de tratarse de prestarse servicios mediante un patrón de trabajo total o mayoritariamente previsible, debe informarse de la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno (art. 4.2.l)

Ahora bien, la normativa sobre transparencia en materia de tiempo de trabajo adolece de un expreso mecanismo de transparencia que posibilite el control del cumplimiento de esta normativa, a diferencia de lo que ocurre en materia retributiva para combatir la brecha salarial por razón de género. Sobre esta cuestión resulta de interés detenerse en lo acontecido en el contexto del ordenamiento

40 La normativa comunitaria en materia de ordenación de tiempo de trabajo (actualmente contenida en la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, que deroga la Directiva 1993/104/CE de 23 de noviembre de 1993) se adoptó sobre la base del artículo 118 A del Tratado CE, con arreglo al cual *los Estados miembros procurarán promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la armonización, dentro del progreso, de las condiciones existentes en ese ámbito*. Así lo recordaba ya el TJUE en su sentencia de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94)

laboral español, donde las previsiones que disciplinaban la materia de tiempo de trabajo no preveían mecanismo alguno de registro, más allá del registro de las horas extraordinarias⁴¹. En este contexto normativo, la Inspección de Trabajo, dada la constatación a través de los datos estadísticos de la superación de los límites legales previstos en la materia, puso su atención en la necesidad de llevar, por parte de las empresas, un registro de jornada⁴². Las representaciones legales de los trabajadores en las dos entidades financieras a que se refieren las sentencias de la Audiencia Nacional promovieron un proceso de conflicto colectivo, solicitando el establecimiento de este registro horario, oponiéndose las entidades, considerando, entre otros motivos, que las múltiples denuncias a la Inspección de Trabajo concluyeron sin levantamiento de actas de infracción. Inicialmente la Audiencia Nacional desestimó los recursos de las entidades sancionadas, considerando que el registro debe hacerse en todos los casos -y no solamente cuando se realicen horas extraordinarias- porque, en caso contrario, resulta imposible saber si se han hecho o no horas extra⁴³. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en el recurso interpuesto contra las sentencias de la Audiencia Nacional, admitió los recursos, anulando las sentencias recurridas⁴⁴ partiendo de una interpretación literal de la norma, que solamente exigía el registro en el caso de realización de horas extraordinarias.

Ante esta situación, cuando se le volvió a suscitar el tema a la Audiencia Nacional, ésta decidió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que este órgano valorase si la normativa española, tal y como fue interpretada por el Tribunal Supremo, respetaba lo dispuesto en la Directiva sobre ordenación de tiempo de trabajo⁴⁵. En su resolución, el TJUE interpretando la Directiva 2003/88 teniendo en cuenta la importancia del derecho fundamental de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal fijados en la Directiva con objeto de garantizar una protección eficaz de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y una mejor protección de su seguridad y de su salud, concluyó que para asegurar la plena efectividad de la Directiva 2003/88, es necesario que los Estados miembros garanticen el respeto de esos períodos mínimos de descanso e impidan que se sobrepase la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, y que si bien la Directiva 2003/88 no determina los criterios concretos con arreglo a los cuales los Estados miembros deben garantizar la aplicación de los derechos en ella contemplados, se encomienda a los Estados miembros la tarea de definir esos criterios adoptando las «medidas necesarias» a tal efecto. De este modo, concluye, *si bien los Estados miembros disponen de este modo de un margen de apreciación a este efecto, el hecho es que, habida cuenta del objetivo esencial que persigue la Directiva 2003/88, que consiste, los Estados miembros también deben velar por que el efecto útil de esos derechos quede completamente asegurado, haciendo que los trabajadores se beneficien efectivamente de los períodos mínimos de descanso diario y semanal y del límite máximo de la duración media del tiempo de trabajo semanal establecidos en esta Directiva*. Por todo ello, la sentencia concluye que la interpretación dada por el Tribunal Supremo a la normativa española no

41 Según el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”.

42 Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias.

43 Sentencias de 4 de diciembre de 2015 (rec. n.º. 301/2015) y 19 de febrero de 2016 (rec. n.º. 383/2015)

44 SSTs de 23 de marzo de 2017 (rec. n.º. 81/2016) y de 20 de abril de 2017 (rec. n.º. 116/2016)

45 Auto n.º 372018, de 19 de enero de 2018 (rec. n.º. 252/2017)

respetaba la legislación comunitaria, pues sin un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, *no es posible determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo efectuadas por el trabajador ni su distribución en el tiempo, como tampoco el número de horas realizadas por encima de la jornada ordinaria de trabajo que puedan considerarse horas extraordinarias*, circunstancias en las que resulta extremadamente difícil que los trabajadores logren que se respeten los derechos que les confieren las disposiciones comunitarias sobre tiempo de trabajo.

Esta situación motivó que en 2019⁴⁶ se introdujese un apartado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a jornada de trabajo, obligando a la empresa a realizar el registro diario de jornada, en el que se debe incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora.

En definitiva, tras todo este proceso se facilitó una herramienta de transparencia que permite velar por el cumplimiento de la normativa laboral en materia de tiempo de trabajo.

3.3 El derecho a la transparencia en materia de gestión algorítmica y despido

Las exigencias de transparencia se extienden, además de los vistos, a otros extremos de la relación laboral. De entre ellos cabe referirse, para concluir, a la gestión algorítmica y al despido.

3.3.1 Transparencia y gestión algorítmica

La aparición de la inteligencia artificial en el mundo laboral ha generado notables preocupaciones acerca de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores. Tales preocupaciones no son infundadas pues, como se ha puesto de manifiesto en el primer apartado de este texto, las posibilidades de discriminación directa o indirecta a través de la gestión algorítmica de las relaciones laborales son muy reales. Bates recordar, en este sentido, la sentencia del Tribunale Ordinario de Bologna, de 31 de diciembre de 2020 (n. r.g. 2949/2019) en la que se condenaba a la empresa Deliveroo Italia, dedicada a la entrega de comida a domicilio, por discriminar a los trabajadores que habían secundado un huelga, al relegarlos (de forma inconsciente y ciega, alegaba la compañía, al ser fruto de la aplicación algorítmica) a unas franjas horarias de menor actividad como consecuencia de su falta de disponibilidad durante el tiempo en que ejercieron el derecho de huelga.

Por este motivo, se han comenzado a producir intervenciones legislativas al respecto. En el caso español, en virtud de la denominada *ley rider*⁴⁷, una disposición y dos artículos en las que se producen sendas modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores y una de las cuales va dirigida, precisamente, a favorecer la transparencia de la gestión algorítmica⁴⁸. De este modo, la norma introduce un nuevo

46 Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

47 Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la 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.

48 En todo caso, de lo expuesto en su preámbulo, se infiere que el objeto de dicha transparencia se dirige, fundamentalmente, a facilitar la correcta calificación jurídica del vínculo contractual. Así se desprende de la vinculación de la transparencia introducida por la norma a la eficacia de la presunción de laboralidad que la misma introduce, puesto que ésta, *va a depender en gran medida de la información verificable que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de*

apartado en el artículo que regula los derechos de información de los representantes de los trabajadores (art. 64.4 ET) en el que se introduce su derecho a ser informados 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 esta misma dirección se mueve la propuesta de Reglamento, de 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión⁴⁹. En ella se indica que deben considerarse de alto riesgo (a los que la norma aplica unos mecanismos reforzados de protección) los sistemas de Inteligencia Artificial que se utilizan en el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, *sobre todo para la contratación y la selección de personal; para la toma de decisiones relativas a la promoción y la rescisión de contratos; y para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral, dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales y los medios de subsistencia de dichas personas*. Además, se subraya el riesgo de que estos sistemas, además de poder afectar a los derechos de protección de datos personales e intimidad, perpetúen patrones históricos de discriminación por diversos motivos (género, edad, discapacidad orígenes raciales o étnicos, orientación sexual, etc.) durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, la promoción o la retención de personas en relaciones contractuales de índole laboral (considerando 36).

Los artículos 11 a 13 de la propuesta de Reglamento se dedican a la transparencia, obligando a que la documentación técnica de un sistema de IA de alto riesgo -que deberá prepararse antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio, y deberá mantenerse actualizada- se redacte *de modo que demuestre que el sistema de IA de alto riesgo cumple los requisitos establecidos ... y proporcionará a las autoridades nacionales competentes y los organismos notificados toda la información que necesiten para evaluar si el sistema de IA de que se trate cumple dichos requisitos* (art. 11). En estos preceptos se exige, además, que los sistemas de IA de alto riesgo se diseñen y desarrollen *con capacidades que permitan registrar automáticamente eventos («archivos de registro»)* mientras están en funcionamiento, de modo que se garantice un nivel de trazabilidad del funcionamiento del sistema de IA durante su ciclo de vida que resulte adecuado para la finalidad prevista del sistema (art. 12). Finalmente, se establece la obligación de que los sistemas de IA de alto riesgo se diseñen y desarrollen de un modo que garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los usuarios interpreten y usen correctamente su información de salida.

El problema que surge es el del control relativo a que estas especificaciones se cumplan realmente no se caiga en un mero lavado de imagen de las empresas, como ha ocurrido respecto de otros derechos laborales o medioambientales. No hace mucho, el 17 de octubre de 2022, la Asociación Española de la Economía Digital (Adigital) anunciaba el lanzamiento del primer certificado de transparencia algorítmica

.....
plataformas, que debe permitir discernir si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita por dicha disposición, 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.

49 COM(2021) 206 final.

para empresas. La propuesta de Reglamento también se ocupa, en su capítulo quinto, de establecer los requisitos que deben cumplirse para que tales certificados se entiendan verdaderamente respetuosos con las disposiciones en él contenidas.

3.3.2 Transparencia y despido

Por lo que se refiere al despido, la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, también se ocupa de esta institución, exigiendo que se informe sobre el procedimiento (incluyendo los requisitos formales y, en su caso, los plazos de preaviso) que deben seguir el empleador y el trabajador en caso de que se ponga fin a la relación laboral, debiendo poder incluir el vencimiento del plazo de presentación de un recurso contra el despido.

La exigencia de transparencia en el omento de la extinción de la relación laboral venía ya recogida en el principio séptimo del pilar europeo de derechos sociales, que dispone que los trabajadores tienen derecho a ser informados, antes de proceder a un despido, de las causas del mismo, así como que se les conceda un plazo razonable de preaviso; de que tienen derecho a acceder a una resolución de litigios efectiva e imparcial y que, en caso de despido injustificado, tienen derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada. Estas obligaciones ya venían recogidas en la normativa española al exigir la expresión de la causa en la carta de despido, determinando la declaración de improcedencia del despido en caso de su incumplimiento⁵⁰. Además, la normativa laboral contempla otros mecanismos de transparencia con relación a la extinción del contrato, como la posibilidad de solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo del finiquito, o al establecer la obligación de entregar copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores, cuando se proceda a despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción regulados en el art. 52.c del ET.

Por otra parte, siendo la transparencia la base sobre la que se asienta la participación de los trabajadores en la gestión empresarial, lo que no es sino consecuencia del principio de buena fe que debe regir en todos los procesos de negociación y participación de los trabajadores en la empresa⁵¹, ésta ha sido exigida por el Tribunal Supremo en todos los momentos en los que la normativa impone un deber de negociación o consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa⁵², como en el caso de los despidos por causas económicas. En estos casos, la exigencia de transparencia conlleva la necesidad de dar toda la información relevante⁵³, así como la necesidad de facilitarla con tiempo suficiente para poder ser analizada, lo que guarda relación con el principio finalista que preside la obligación de facilitar información a los representantes, esto es, propiciar la participación⁵⁴. Por este motivo, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de los despidos promovidos por el empresario alegando

50 Procediendo la declaración de nulidad, no de improcedencia, en caso de que el despido afecte a ciertas categorías de trabajadores a los que la legislación dota de una protección reforzada con objeto de proteger sus derechos fundamentales.

51 STS de 20 de julio de 2016 (rec. nº. 323/2014)

52 Deber de buena fe que impone el buen uso de las informaciones obtenidas, lo que guarda relación con el deber de confidencialidad.

53 Esto es, lo exigible consiste en facilitar sólo aquella información *que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada* (STS de 27 de mayo de 2013, rec. nº. 78/2012)

54 STS de 20 de diciembre de 2016 (rec. nº. 128/2016)

causas económicas cuando, llevando la empresa una contabilidad paralela -en B-⁵⁵ no se informa a la representación de los trabajadores de la verdadera situación contable de la empresa, por lo que no se respetan las reglas de la buena fe en el proceso negociador⁵⁶.

4 CONCLUSIONES

Al igual que sucediera con las primeras normas laborales, respecto de las que se señalaba la importancia de la labor de su divulgación -encomendada, entre otros agentes, a la Inspección de Trabajo- para evitar que las mismas se convirtieran en *letra muerta*⁵⁷, la necesidad de potenciar la transparencia sigue siendo primordial para garantizar la eficacia de la norma laboral. En todo caso, conviene tener presente que la transparencia, favorecida a través de la difusión de información, tiene una doble vertiente: de una parte, se requiere la transparencia en la aplicación de la norma; de otra, es necesario proteger al trabajador de una injerencia en ciertas informaciones que pongan en riesgo derechos fundamentales de la persona trabajadora. Del mismo modo que existe una normativa dirigida a velar por los derechos de información reservada de la empresa⁵⁸ se hace imprescindible regular, en una disposición expresa, el derecho reservar cierta información de los trabajadores cuando ésta sea irrelevante a efectos del cumplimiento de las obligaciones laborales.

Esa normativa, que daría respuesta a la necesidad de hacer más visibles los límites tanto a las posibilidades empresariales de recabar y conservar información, como a las de transmitir esa información sin consentimiento del interesado, debería, además, agrupar los derechos de transparencia que aparecen dispersos en diversas normas y preceptos legales, lo que, paradójicamente, puede incidir en la falta de eficacia -por desconocimiento- de las disposiciones relativas a la los flujos de información que deben suministrarse en el desarrollo de una relación laboral. Además, debería ir acompañada de unas sanciones efectivas y disuasorias en caso de incumplimiento, de modo que resultase fortalecido el derecho a la transparencia, esencial en el desarrollo de relaciones jurídicas creadas en contextos democráticos, tendentes a favorecer la participación de todos los sujetos implicados en la adopción de decisiones que les afecten. No debe olvidarse que, si bien el contrato de trabajo aparece caracterizado por la subordinación, ello no supone la privación del derecho de participación de los trabajadores en las empresas ni, por tanto, el reconocimiento de un poder empresarial absoluto.

55 Lo que no supone *per se* la nulidad del despido.

56 En este sentido, STS de 18 de febrero de 2014 (rec. n. 42/2013) aunque esta falta de información no podrá motivar la declaración de nulidad del despido por causas económicas cuando exista una innegable causa económica cuya entidad sea tal que no quede ensombrecida por deficiencias documentales, de modo que las anomalías (los datos económicos ocultos) no posean suficiente trascendencia (STS de 31 de marzo de 2016 (rec. nº. 272/2015)

57 MONTOLYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873–1978)*. Madrid. 1992, p. 70.

58 Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, transpuesta en España mediante la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.