

LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y DISCRIMINACIÓN EN LA BÚSQUEDA DIGITAL DE EMPLEO

WORKER'S FREEDOM FOR MOVEMENT AND DISCRIMINATION IN DIGITAL JOB SEEKING*

Antonio Fernández García**
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

SUMARIO: 1. El principio de libre circulación de trabajadores por todo el territorio de la Unión Europea. –2. El derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo. –3. La búsqueda de empleo en la Unión Europea. –4. Las prácticas de descarte por nacionalidad y origen geográfico; 4.1. Discriminación directa; 4.2. Discriminación indirecta; 4.3. Discriminación múltiple. –5. Conclusiones. –6. Bibliografía citada.

RESUMEN

El principio de libre circulación de trabajadores en la Unión Europea supone el derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo de cualquier Estado miembro, así como la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros. Se analizan en este trabajo las prácticas empresariales que consisten en excluir a aspirantes de otros países o que residan fuera de la localidad o provincia donde se oferta la vacante. Estas prácticas agravan su impacto por el aumento del uso de Internet en la búsqueda de empleo y el recurso a intermediarios laborales digitales que ofrecen herramientas que facilitan la discriminación (directa, indirecta o múltiple) por nacionalidad y origen geográfico.

* Recibido el 5 de abril de 2021. Aprobado el 12 de julio de 2021.

Este trabajo pone por escrito, actualiza y extiende el contenido de la ponencia del mismo título presentada en las II Jornadas de la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social dedicadas a «Migraciones e igualdad: dimensiones y desafíos en el ámbito laboral y protección social» y celebradas de forma virtual el 17 de octubre de 2020. Las diapositivas de la ponencia pueden verse en <http://hdl.handle.net/10609/124306>.

ORCID ID: 0000-0003-1382-4407. Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades «Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar» (Ref. RTI2018-097947-B-I00), IPs: Ana María Romero Burillo y Josep Moreno Gené. Asimismo, el autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya «Fiscalidad, relaciones laborales y empresa» (Ref. 2017 SGR 258).

** Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ABSTRACT

The European Union's workers freedom for movement principle entails the right to apply to effective job offers from any Member State as well as the abolition of any discrimination on ground of nationality among workers of Member States. This paper discusses business practices that exclude applicants from other countries or who reside outside the locality or province where the vacancy is offered. These practices have seen how their impact grew due to an increasing use of Internet to scan the labour market and/or digital labour intermediaries who offer tools that, intrinsically, enhance several types of discrimination –namely direct, indirect or multiple– on ground of nationality and geographical origin.

Palabras clave: discriminación, empleo, libre circulación de trabajadores, intermediación laboral digital, Unión Europea.

Key words: discrimination, employment, freedom of movement for workers, digital labour intermediation, European Union.

1. EL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES POR TODO EL TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA

Existe un derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE) en virtud de los art. 20.2 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). En el mismo sentido se expresa el art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, CDFUE) y, por su parte, el art. 15.2 CDFUE establece la «libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro».

Diferente normativa comunitaria regula esta materia de la libre circulación, por ejemplo, el Reglamento (UE) 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (en adelante, Reglamento 492/2011); la Directiva 2014/54/UE, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (en adelante, Directiva 2014/54); y la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹ (en adelante, Directiva 2004/38).

Este principio de libre circulación supone el derecho (art. 45.3 TFUE):

- a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;
- b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;
- c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;
- d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.

¹ Por la que se modifica el Reglamento (CEE) 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

Por otro lado, según el art. 45.2 TFUE el principio de la libre circulación también implica la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. En el mismo sentido se expresan los art. 18 TFUE y el art. 21.2 CDFUE. Así, toda elusión de la norma antidiscriminatoria debe combatirse venga de la autoridad pública o de los empleadores privados (Considerando 11 de la Directiva 2014/54).

Nótese que la discriminación por nacionalidad no aparece citada en el art. 19.1 TFUE al enumerarse la posibilidad de adopción de acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por «motivos protegidos» como el sexo, el origen racial o étnico, la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual. Estos factores de discriminación tienen su regulación propia mediante tres Directivas² y contienen preceptos relativos a la discriminación directa e indirecta, acoso, excepciones a la igualdad de trato, acciones positivas, etc. lo que permite una mayor precisión a la hora de tutelar las vulneraciones de ese derecho.

Se ha subrayado la importancia del principio de libre circulación al indicarse que «nos encontramos ante un derecho fundamental puesto que la movilidad de la mano de obra en la UE debe ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo, y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a satisfacer las necesidades de la economía de los Estados Miembros» (Considerando 4 del Reglamento 492/2011).

Por su parte, el Considerando 2 de la Directiva 2014/54 afirma que la libre circulación de trabajadores es «un elemento clave para el desarrollo de un verdadero mercado de trabajo de la UE, ya que permite que los trabajadores se desplacen a zonas con carencia de mano de obra o en la que hay mayores oportunidades de empleo, ayuda a más personas a encontrar un empleo que se adapte mejor a sus aptitudes y contribuye a superar los estrangulamientos del mercado de trabajo».

Este principio de libre circulación se refuerza al establecerse un sistema para garantizar el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros (art. 48.2 TFUE). Por ejemplo, el desempleado que se desplace por la UE para buscar empleo conservará el derecho a percibir su prestación por desempleo durante 3 meses³. Asimismo, «el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo (...) y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo» (art. 7.1 Reglamento UE 492/2011).

Por lo tanto, este derecho a la libre circulación solo puede ser limitado en escasos y concretos supuestos.

En primer lugar, para los empleos de las administraciones públicas (art. 45.4 TFUE).

En segundo lugar, por razones de orden público, seguridad y salud públicas (art. 45.3 TFUE). El ejemplo más reciente lo constituye la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo «COVID-19: Restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE», de 16 de marzo de 2020.

² Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual); Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

³ Art. 64.1 c) del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social.

En tercer lugar, relacionado con la diferencia de trato por razón de nacionalidad, solo podría justificarse dicha diferencia de trato si se basara en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (SSTJUE de 23 de mayo de 1996, C-237/94, asunto O'Flynn, de 23 de marzo de 2004, C-138/02, asunto Collins y de 9 de noviembre de 2006, C-346/05, asunto Chateignier).

En este trabajo nos vamos a centrar en una dimensión concreta del derecho a la libre circulación como es el derecho de «responder a ofertas efectivas de trabajo». Veremos cómo puede vulnerarse este importante principio comunitario por el recurso a determinadas tecnologías en los procesos de intermediación laboral y de búsqueda digital de empleo.

2. EL DERECHO DE RESPONDER A OFERTAS EFECTIVAS DE TRABAJO

La condición de demandante de empleo permite la aplicación del art. 45 TFUE (STJUE de 9 de noviembre de 2006, C-346/05, asunto Chateignier) por lo que una persona que busca empleo tiene derecho a desplazarse por la UE y a residir en un Estado miembro para esa finalidad (STJUE de 8 de abril de 1976, C-48/75, asunto Royer). De hecho, no puede expulsarse de un Estado miembro a ciudadanos de la UE que puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados (art. 14.4 Directiva 2004/38).

En ese sentido, los Estados miembros tienen la obligación de conceder un «plazo razonable» de seis meses a los solicitantes de empleo procedentes de otro Estado miembro, con objeto de que esas personas puedan llegar a conocer, en el Estado miembro de acogida, las ofertas de empleo que, por su cualificación profesional, puedan convenirles y tomar las medidas necesarias para ser contratadas. No obstante, si una vez transcurrido dicho plazo, el interesado prueba que continúa buscando empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado, no podrá ser obligado a abandonar el territorio del Estado miembro de acogida (SSTJUE de 26 de febrero de 1991, C 292/89, asunto Antonissen y de 20 de febrero de 1997, C-344/05, asunto Comisión contra Bélgica). Ese plazo de 6 meses empieza a contar una vez la persona se ha inscrito como solicitante de empleo en el Estado miembro de acogida y, una vez superado dicho plazo, deberá demostrar que sigue buscando empleo y que tiene posibilidades reales de ser contratada, por ejemplo, inscribiéndose en el organismo nacional que se ocupa de los solicitantes de empleo, dirigiéndose periódicamente a potenciales empleadores mediante cartas de candidatura o acudiendo a entrevistas de trabajo (STJUE de 17 de diciembre de 2020, C-710/19, asunto GMA).

De este modo se cumple con el derecho a responder ofertas efectivas de trabajo que es el paso previo al acceso a un empleo. De hecho, la concreta redacción o expresión de las ofertas de trabajo puede producir un efecto restrictivo en el acceso al empleo (STJUE de 21 de mayo de 1985, C-248/83, asunto Comisión contra República Federal de Alemania) por lo que se ha considerado que se atenta contra la igualdad de trato si se difunden ofertas de empleo discriminatorias por razón de sexo (STJUE de 22 de abril de 1997, C-180/95, asunto Draehmpaehl) y si se declara públicamente que no se contrata a homosexuales (SSTJUE de 23 de abril de 2020, C-507/18, asunto Rete Lenford y de 25 de abril de 2013, C-81/12, asunto Asociația Accept) o a extranjeros o personas de determinado origen étnico (STJUE de 10 de julio de 2008, C-54/07, asunto Feryn). Debe recordarse también que el principio de libre circulación protege frente a la discriminación por razón de la nacionalidad en relación con el acceso al empleo (Considerando 3 de la Directiva 2014/54).

Respecto a momentos más avanzados de la fase de acceso al empleo, se ha establecido que «el reclutamiento y la contratación de un nacional de un Estado miembro para un empleo en otro Estado miembro, no podrá depender de criterios médicos, profesionales u otros discriminatorios en razón de la nacionalidad, con respecto a los aplicados a los nacionales de otro Estado miembro que deseen ejercer la misma actividad» (art. 6.1 Reglamento UE 492/20011).

Ahora bien, desde la proliferación de los portales de empleo virtuales, las aplicaciones móviles para buscar empleo y las redes sociales profesionales, un ciudadano de la UE ya no necesita desplazarse físicamente a otro Estado miembro para ejercer el derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo, como veremos a continuación.

3. LA BÚSQUEDA DE EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA

En la UE se ha establecido un marco de cooperación para facilitar el ejercicio de la libre circulación de trabajadores mediante el Reglamento (UE) 2016/589, de 13 de abril de 2016, relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo⁴ (en adelante, Reglamento 2016/589).

Esta red EURES lleva a cabo diferentes acciones, destacándose la puesta en común de ofertas y demandas de empleo de toda la UE mediante un portal de Internet⁵. Asimismo, dispone de consejeros de apoyo al demandante de empleo, ha creado un modelo de *curriculum vitae* normalizado, facilita información sobre las condiciones de vida y de trabajo en los Estados miembros y lanza programas de apoyo a grupos específicos (trabajadores transfronterizos, jóvenes, mayores de 35 años, etc.).

En lo que respecta a las ofertas de empleo, los Estados miembros podrán excluir las que, debido a su naturaleza o a las normas nacionales, solo estén disponibles para los ciudadanos de un país determinado. Del mismo modo, podrán excluir las ofertas de empleo o de prácticas como parte de las políticas activas del mercado de trabajo del Estado miembro (art. 17.2 Reglamento 2016/589).

Por otro lado, no resulta obligatorio el recurso a esta red para que las empresas publiquen ofertas de trabajo ni para que las personas busquen empleo. Desde la STJUE de 23 de abril de 1991, C-41/90, asunto Macrotron, no puede prohibirse en la UE la actividad de colocación cuando el organismo público para el empleo no está manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda que presenta el mercado para este tipo de actividades⁶. Por lo tanto, se puede utilizar la red EURES o bien cualquier otro servicio de intermediación laboral público o privado para buscar empleo.

Esa parece ser la tendencia en los últimos años provocada por la digitalización de las empresas y de los intermediarios laborales. Los datos ofrecidos por Eurostat⁷ correspondientes al cuarto trimestre de 2019 indican que, en el conjunto de la UE, el 59,7 % de las personas desempleadas ha estudiado ofertas de empleo y el 41,9 % se ha anunciado o ha respondido a ofertas de empleo. En estas acciones se incluyen las realizadas mediante Internet. Además, el envío directo de una candidatura a un empleador (marcada por un 55,8 % de personas desempleadas) ya se realiza casi exclusivamente mediante correo electrónico, redes sociales profesionales, portales virtuales de empleo o webs corporativas. Finalmente, un 21,3 % se ha puesto en contacto con una oficina privada de empleo (empresa de trabajo temporal, empresa especializada en contratación, etc.) que actualmente obligan al usuario a insertar su *curriculum vitae* a través de sus páginas web. Por lo tanto, esta última posibilidad contiene también una forma de búsqueda de empleo relacionada con el uso de Internet.

⁴ Por el que se modifican los Reglamentos 492/2011 y 1296/2013.

⁵ <https://ec.europa.eu/eures/public/es/homepage>.

⁶ En el mismo sentido las SSTJUE de 11 de diciembre de 1997, C-55/96, asunto Job Centre y de 8 de junio de 2000, C-258/98, asunto Giovanni Carra y otros.

⁷ <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/bookmark/923739ce-c344-43ee-928f-64b9302e8f3b?lang=en>.

Respecto a las empresas y la búsqueda digital de trabajadores, Eurostat indica que en la UE el 61 % de las grandes empresas usaron en 2019 las redes sociales para reclutar empleados, porcentaje que se reduce al 28 % en caso de pymes. Este recurso a las redes sociales ha ido aumentando progresivamente desde el año 2013⁸.

4. LAS PRÁCTICAS DE DESCARTE POR NACIONALIDAD Y ORIGEN GEOGRÁFICO

El último Eurobarómetro sobre la discriminación en la Unión Europea⁹ ofrece interesantes datos relativos a la discriminación a la hora de acceder a un puesto de trabajo. Un 12 % de los encuestados de la UE cree que la «dirección», entendida como el lugar de residencia concreto, es un criterio que puede poner en situación de desventaja a una persona frente a otra a la hora de ser contratada por una empresa pese a tener ambas las mismas habilidades y cualificaciones. Entre los encuestados españoles el porcentaje se sitúa en el 6 %. Estas cifras se mantienen similares respecto a la anterior edición del Eurobarómetro, donde dicho criterio implicaba desventaja para un idéntico porcentaje de los encuestados de la UE y para un 8 % de los encuestados españoles¹⁰.

En España, además, este tipo de prácticas empresariales se ve reflejada en los estudios que desde 2011 publica anualmente el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SEPE) con el título *Los perfiles de la oferta de empleo*. Se trata de estudios que contienen un análisis de la información relacionada con los requisitos que exigen las empresas a los que aspiran a cubrir un puesto de trabajo, dividiéndose cada edición en varios perfiles que suponen un elevado peso en la contratación. Entre esos requisitos se encuentra el de «residir en la zona», aunque en diferente proporción. Hemos realizado un análisis de las últimas 4 ediciones del estudio para determinar la importancia que tiene ese requisito a la hora de contratar personal.

En la edición de 2017 se recabaron datos de 2.111 ofertas de empleo y podemos determinar que 267 (el 12,6 %) contienen dicho requisito por lo que se entiende que los aspirantes no serán contratados por ese exclusivo motivo. Los perfiles de «Operadores de máquinas de lavandería y tintorería» y de «Profesionales de apoyo de servicios jurídicos y servicios similares» son los que en sus ofertas exigen dicho requisito en un mayor porcentaje (el 40 % y el 39 %, respectivamente)¹¹.

En la edición de 2018 se obtuvieron datos de 2.199 ofertas de empleo y 236 (el 10,73 %) contienen el requisito de «residir en la zona». Los perfiles de «Repartidores a domicilio a pie o en vehículo no motorizados» y «Arquitectos técnicos y técnicos urbanistas» son los que en sus ofertas exigen dicho requisito en un mayor porcentaje (el 40 % y el 37 %, respectivamente)¹².

En la edición de 2019 se recabaron datos de 2.144 ofertas de empleo y 175 (el 8,2 %) contienen el requisito de «residir en la zona». Los perfiles de «Arquitectos» y «Vendedor a domicilio y Operadores de telemarketing» son los que en sus ofertas exigen dicho requisito en un mayor porcentaje (el 30 % y el 21 %, respectivamente)¹³.

Finalmente, la edición de 2020 muestra datos de 2.286 ofertas de empleo y 282 (el 12,33 %) contienen el mencionado requisito. Los perfiles de «Mediadores y Agentes de Seguros» y «Supervisores de la construcción» son los que en sus ofertas exigen dicho requisito en un mayor porcentaje (el 30 % y el 26 %, respectivamente)¹⁴.

⁸ <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/bookmark/a23d1069-86c8-4425-b7f3-1abda7f89db0?lang=en>.

⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Eurobarómetro La discriminación en la UE en 2019. Resultados en España*, 2019.

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Eurobarómetro La discriminación en la UE en 2015. Resultados en España*, 2015.

¹¹ OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES DEL SEPE, *Los perfiles de la oferta de empleo 2017*, SEPE, Madrid, 2017.

¹² OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES DEL SEPE, *Los perfiles de la oferta de empleo 2018*, SEPE, Madrid, 2018.

¹³ OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES DEL SEPE, *Los perfiles de la oferta de empleo 2019*, SEPE, Madrid, 2019.

¹⁴ OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES DEL SEPE, *Los perfiles de la oferta de empleo 2020*, SEPE, Madrid, 2020.

Como puede verse, la exigencia empresarial afecta a ocupaciones de todo tipo, más o menos cualificadas, de diferentes sectores, etc. y se mantiene en unos porcentajes que rondan entre el 8 y el 12 %. Los empresarios que actúan de este modo interpretan que esos trabajadores acabarán extinguiendo la relación laboral en el momento en que encuentren otro empleo más cercano a su zona de origen. El empresario busca con esta exigencia evitar una futura rotación de personal¹⁵ provocada por la distancia o las dificultades para el traslado o permanencia del trabajador recién incorporado (colegio de los hijos, empleo del cónyuge, etc.)¹⁶.

Debe destacarse que todas estas ofertas se han extraído de Internet, es decir, de portales de empleo públicos (SEPE, autonómicos y, desde 2019, también la red EURES), de portales de empleo privados de carácter generalista y especializado (incluyendo prensa en línea, portales de selección y recursos humanos, agencias de colocación), de páginas web corporativas de las empresas (en sus apartados del tipo «trabaja con nosotros») y, desde la edición de 2018, también de las webs de Colegios oficiales profesionales y asociaciones empresariales. Precisamente los más importantes intermediarios laborales digitales disponen de herramientas para favorecer el filtrado y descarte de aspirantes residentes en una provincia o país distinta a la del lugar donde se oferta el puesto de trabajo.

En primer lugar, el portal de empleo Infojobs dispone de un sistema o filtro que permite al empresario o seleccionador de personal descartar automáticamente a un candidato por residir fuera de la localidad donde se oferta la vacante. En el momento de inscribirse en la oferta (se cruzan los datos de la oferta con la residencia que informó el candidato al inscribirse en el portal de empleo) se envía un mensaje de descarte a la persona¹⁷.

En segundo lugar, la red social profesional LinkedIn permite excluir de una oferta a candidatos de otros países mediante la función «Out of Country Auto Archive». Además, se les envía un mensaje de rechazo informando de esta decisión¹⁸.

Finalmente, en las aplicaciones móviles para buscar empleo el descarte automático a candidatos según su origen geográfico (o que se priorice la visualización de la oferta a los que residan cerca) se lleva a cabo mediante un sistema de geolocalización (GPS). Así, la aplicación Worktoday indica que «solo verás aquellas adecuadas a ti dependiendo de tu experiencia y ubicación»¹⁹.

¹⁵ ORTIZ, D., GIBERT, F. y LOPE, A., «De la regulación local de las nuevas formas de empleo al centro de trabajo: una experiencia limitada en Catalunya», *Lan harremanak*, n.º 5, 2001, p. 58.

¹⁶ Un ejemplo puede ser el contenido en la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 7 de abril de 2014 (rec. N.º 923/2012): en el transcurso de una entrevista de trabajo los seleccionadores formularon preguntas a una candidata (desplazada al efecto desde Valladolid hasta Tenerife) relacionadas con su situación personal (marido, hijos) y le comentaron las dificultades que tendría para encontrar colegio para sus hijas y para que su marido consiguiera trabajo en la zona además de advertirle que «no querían a alguien que se cogiera una baja por maternidad».

¹⁷ «La empresa ha evaluado tu CV y no te ha preseleccionado porque busca candidatos en la provincia de Barcelona», FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Recopilación gráfica de herramientas digitales discriminatorias», *Blog AFLabor*, 2020, disponible en: <https://aflabor.wordpress.com/2020/06/30/recopilacion-grafica-de-herramientas-digitales-discriminatorias/>.

¹⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Recopilación gráfica de herramientas...», *op. cit.*

¹⁹ <http://blog.worktodayapp.com/preguntas-frecuentes/>. Por su parte, la aplicación Cornerjob indicaba en su web en 2017 que el sistema de geolocalización de candidatos y ofertas permitía descartar a los que residieran lejos ya que «siempre está bien saber que la persona que contratas vive cerca de su lugar de trabajo. Las cosas son así más fáciles, pues los trabajadores están más a gusto y son más productivos», FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Aplicaciones móviles para buscar empleo: aspectos jurídico-laborales», en TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (coord.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 476. Estamos ante un fenómeno similar al *geoblocking*, definido como una «barrera al comercio transfronterizo articulada sobre mecanismos de software específicos que permiten discriminar a los consumidores basándose en su residencia (o nacionalidad), compartimentando, en consecuencia, los mercados nacionales», y que se ha considerado una amenaza al mercado único de la UE, MARTÍ MOYA, V., *Geobloqueo y comercio electrónico. Entre la libre circulación y el derecho de la competencia*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 25-26.

De esta serie de datos y prácticas podemos extraer tres conclusiones: la primera es que existe una práctica empresarial consistente en descartar a candidatos a un puesto de trabajo por el mero hecho de que se resida fuera de la provincia, zona o localidad de la empresa. Únicamente se empieza a abrir el abanico hacia otras localidades o provincias en el caso de que no haya candidatos adecuados en las cercanías. Por lo tanto, la residencia próxima al centro de trabajo se establece como un primer filtro.

La segunda conclusión es que estas prácticas se están favoreciendo porque, al aumentar también el recurso a Internet tanto para publicar ofertas como para buscar empleo, los intermediarios laborales digitales han desarrollado funciones para filtrar y descartar aspirantes en función de su país o lugar de residencia.

La tercera conclusión es que estas prácticas vulneran el principio comunitario de libre circulación de trabajadores y suponen una discriminación por razón de nacionalidad. En los siguientes apartados expondremos más en detalle esta conclusión y demostraremos que podemos encontrarnos ante discriminaciones directas, indirectas y múltiples.

4.1. Discriminación directa

Queda claro que la citada herramienta «Out of Country Auto Archive» que ofrece la red LinkedIn constituye una discriminación por nacionalidad y vulnera el principio comunitario de libre circulación de trabajadores porque se puede impedir el derecho a «responder a ofertas efectivas de trabajo» si se activa el descarte de aspirantes de otros Estados miembros.

Se trata de un ejemplo excelente de discriminación directa por razón de nacionalidad pues estamos ante una situación en la que una persona es tratada de manera menos favorable de lo que haya sido o vaya a ser tratada otra persona en situación comparable debido a una característica concreta incluida entre los motivos protegidos²⁰, en este caso la nacionalidad.

Sin embargo, el caso del filtro del portal de empleo Infojobs para descartar a aspirantes según la provincia que han informado como su residencia nos suscita algunas cuestiones. Por ejemplo, si una empresa oferta un puesto de trabajo en Barcelona, ¿se está tratando de forma desfavorable a un nacional español respecto a un ciudadano de otro Estado miembro? En principio, no. Por otro lado, ¿a un ciudadano de otro Estado miembro que reside en Barcelona se le descartaría del proceso? Tampoco, según el funcionamiento del filtro. En cambio ¿un nacional español residente en otro Estado miembro sería descartado de esa oferta solo por ese motivo? Sí, al igual que sería descartado un ciudadano de otro Estado miembro que reside en su Estado miembro y estuviera buscando empleo a través de Infojobs. Estamos ante situaciones en las que se podría excluir del proceso de selección a un nacional en las mismas circunstancias que a un ciudadano de otro Estado miembro excepto si se reside en Barcelona. Por lo tanto, el motivo de descarte es la residencia²¹ (o el origen geográfico) más que la nacionalidad.

Es posible que el motivo de descarte sea independiente del factor nacionalidad, pero seguimos estando ante una práctica que va en contra del principio de libre circulación en su dimensión «de responder a ofertas efectivas de trabajo». La proliferación de esta práctica puede «disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar el empleo y por tanto dificultar su acceso al mercado de trabajo» (STJUE de 10 de julio de 2008, C-54/07, asunto Feryn). Así, se desincen-

²⁰ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Manual de legislación europea contra la discriminación: Edición de 2018*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019, p. 47.

²¹ Sobre la cuestión de la residencia puede verse la STJUE de 20 de junio de 2013, C-20/12, asunto Giersch, y el comentario a la misma en MIRANDA BOTO, J. M., «La jurisprudencia reciente (2010-2015) del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 122, 2016, p. 195.

tiva el inscribirse en la oferta porque se exige desplazamiento y residencia en una zona concreta simplemente para ser admitido en el proceso, sin entrar a valorar otros aspectos de la persona que demanda empleo (formación, disponibilidad, etc.)²².

La libre circulación de trabajadores solo puede limitarse por unos determinados motivos que hemos citado al principio de este trabajo y no parece que el diseño de esta herramienta informática quepa en ninguno de ellos. En ese sentido, se puede preguntar la «disponibilidad inmediata o para desplazarse» del candidato con una simple pregunta de filtrado o *killer question*, ya que Infojobs dispone también de esta posibilidad. Las *killer questions* son formularios específicos de obligada cumplimentación si un candidato desea inscribirse a una oferta publicada en un portal de empleo. Las preguntas incorporadas en él adoptan muchas veces la forma de test de respuesta múltiple. Suelen estar relacionadas directamente con los requisitos más esenciales del perfil demandado por lo que determinadas respuestas «no deseadas» eliminan al candidato del proceso o lo sitúan en los puestos más bajos de una lista jerarquizada en atención a una puntuación establecida²³.

4.2. Discriminación indirecta

Por discriminación indirecta entendemos la situación en la que una disposición, criterio o práctica neutros afecta de modo sustancialmente más perjudicial a un grupo definido por un motivo protegido, en este caso la nacionalidad, en comparación con otras personas en situación similar²⁴.

La doctrina de la discriminación indirecta se incorporó a la normativa comunitaria en la Directiva 76/207/CEE y ha sido aplicada en numerosas ocasiones por el TJUE, en especial en casos de discriminación por razón de género y referidos a múltiples materias: acceso al empleo (STJUE de 18 de octubre de 2017, asunto C-409/16, Kalliri), salario (STJUE de 13 de julio de 1989, C-171/88, asunto Rinner-Khün), despido (STJUE de 30 de noviembre de 1993, C-189/91, asunto Kirsammer-Hack), condiciones de trabajo (STJUE de 2 de octubre de 1997, C-1/95, asunto Gester) o prestaciones sociales (STJUE de 13 de julio de 1995, C-116/94, asunto Meyers).

Consideramos que las prácticas de descarte descritas pueden constituir también una discriminación indirecta. La jurisprudencia comunitaria refuerza nuestro argumentario de dos formas.

En primer lugar, la STJCE de 23 del mayo de 1996, C-237/94, asunto O'Flynn, afirma que la prohibición de discriminación incluye «no sólo las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado». Asimismo, «deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos de Derecho nacional que, aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes o incluso aquellos requisitos que puedan perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes». Todo ello «salvo que el requisito esté justificado por consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de los trabajadores afectados, y sea proporcionado al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional».

²² «El hecho de someter a una candidata a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar, sea cual sea el lugar de prestación de los servicios (pues ya había manifestado su disponibilidad a desplazarse), supone una conducta discriminatoria, puesto que la trabajadora se ha visto obligada revelar sus planes familiares y datos médicos pertenecientes a su más estricta intimidad, innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado», STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 7 de abril de 2014 (rec. N.º 923/2012). La cursiva es mía.

²³ FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Recopilación gráfica de herramientas...», *op. cit.*

²⁴ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Manual de legislación europea...*, *op. cit.*, p. 59.

En nuestra opinión, las prácticas de descarte por origen geográfico perjudican a los trabajadores de otros Estados miembros pues suelen ser una minoría los que residen fuera de su Estado miembro²⁵. De facto, se estaría eliminando su posibilidad de buscar empleo en otro Estado miembro a través de Internet, que ya hemos visto que es la vía más utilizada tanto por empresas como por aspirantes.

En segundo lugar, si aplicamos la doctrina de la STJUE de 16 de julio de 2015, C-83/14, asunto CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD, podemos llegar a la conclusión de que tomar decisiones sobre selección y contratación de trabajadores teniendo en cuenta criterios geográficos puede llevar a cometer discriminación indirecta por razones étnicas si la mayoría de residentes de las «zonas desestimadas» pertenecen a una minoría étnica e incluso cuando algunos afectados por la decisión no pertenezcan a dicha minoría.

4.3. Discriminación múltiple

La discriminación múltiple suele hacer referencia a la discriminación que tiene lugar por diversos motivos que intervienen por separado, pero también contempla casos en los que esos motivos interactúan entre sí de manera simultánea, de modo que resultan indisociables y generan tipos específicos de discriminación²⁶. Este segundo enfoque, la modalidad interseccional de la discriminación múltiple, es el que resulta más adecuado para evitar tanto un enfoque aislado de cada causa como un enfoque de la suma de las causas implicadas, sin tener en cuenta la interacción de esas diversas causas²⁷.

Por ejemplo, se ha demostrado que el factor sexo y la situación familiar considerados en su conjunto disminuyen las posibilidades de una mujer de ser contratada. Es decir, se contrata a hombres con o sin hijos al mismo nivel que a mujeres. Las únicas aspirantes que se ven perjudicadas en la contratación son las mujeres con hijos²⁸. Si tuviéramos en cuenta únicamente el factor sexo y el empresario ha contratado a otras mujeres, no se podría demostrar un trato discriminatorio por razón de sexo. Por otro lado, si tuviéramos en cuenta el factor familiar y el empresario ha contratado a hombres con hijos, tampoco se podría demostrar el trato discriminatorio por dicha circunstancia. Por lo tanto, la única forma de demostrar la discriminación sería mediante la figura de la discriminación múltiple, en concreto, en su modalidad interseccional.

En nuestra opinión, las prácticas de descarte por origen geográfico pueden provocar este tipo de discriminación. Podría producirse en caso de que un empresario descartase durante las entrevistas de selección o mediante *killer questions* a mujeres con hijos que procedan de otra provincia no actuando así en el caso de hombres (procedentes o no de otras provincias, con hijos o no), mujeres con residencia en la provincia (con hijos o no) o mujeres procedentes de otra provincia, pero sin hijos. Sigue patente la idea en algunos entornos empresariales de que una mujer debe ser la encargada principal de atender a sus hijos por lo que asumen que un hombre con hijos no plantea problemas (absentismo, rotación) de desplazamiento relacionados con el trabajo, pero sí los plantea una mujer, especialmente si se traslada lejos de su zona de origen para optar a un empleo dejando a su familia atrás, al menos temporalmente²⁹.

²⁵ Nótese la similitud con las SSTJUE de 6 de junio de 2000, C 281/98, asunto Angonese y de 5 de febrero de 2015, C-317/14, asunto Comisión contra Bélgica: en ellas se dictaminó que se produce una discriminación indirecta por razón de nacionalidad si en un proceso de selección de personal se exige la acreditación de unos conocimientos lingüísticos exclusivamente mediante un único título, expedido en una sola provincia o ciudad de un Estado miembro. Esta exigencia favorecía a los candidatos residentes en Bélgica y suponía por eso una discriminación por razón de nacionalidad.

²⁶ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Manual de legislación europea...*, op. cit., p. 67.

²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Discriminación múltiple», *Diario La Ley*, n.º 8571, 2015, p. 4.

²⁸ GONZÁLEZ, M. J., CORTINA, C. y RODRÍGUEZ, J., «The Role of Gender Stereotypes in Hiring: A Field Experiment», *European Sociological Review*, Vol. 35, n.º 2, 2019, pp. 187-204.

²⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «La discriminación directa en el acceso al empleo por razón de origen geográfico», *Revista de Derecho Social*, n.º 85, 2019, p. 90.

5. CONCLUSIONES

El principio de libre circulación de trabajadores es fundamental para el desarrollo personal de los ciudadanos y el desarrollo económico de la UE. Este principio implica el derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo de cualquier Estado miembro, vía la red EURES o cualquier otro método, incluyendo la intermediación laboral privada.

Se ha demostrado la existencia de prácticas empresariales que consisten en excluir a candidatos de otros países o que residan fuera de la localidad o provincia donde se oferta la vacante. Estas prácticas agravan su impacto por el aumento del uso de Internet en la búsqueda de empleo y el recurso de las empresas a intermediarios laborales digitales que ofrecen herramientas que facilitan dichas prácticas.

Las prácticas descritas suponen una violación del derecho a la libre circulación y una discriminación directa por razón de nacionalidad, que también puede considerarse como indirecta según las circunstancias y que no encuentran una fácil justificación.

Finalmente, estas prácticas de exclusión o descarte pueden provocar discriminaciones indirectas por razón de nacionalidad o por origen étnico, así como discriminaciones múltiples por sexo, situación familiar y origen geográfico.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Manual de legislación europea contra la discriminación: Edición de 2018*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019.
- COMISIÓN EUROPEA, *Eurobarómetro La discriminación en la UE en 2019. Resultados en España*, 2019.
- COMISIÓN EUROPEA, *Eurobarómetro La discriminación en la UE en 2015. Resultados en España*, 2015.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Recopilación gráfica de herramientas digitales discriminatorias», *Blog AFLabor*, 2020, disponible en: <https://aflabor.wordpress.com/2020/06/30/recopilacion-grafica-de-herramientas-digitales-discriminatorias/>.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «La discriminación directa en el acceso al empleo por razón de origen geográfico», *Revista de Derecho Social*, n.º 85, 2019, pp. 75-96.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Aplicaciones móviles para buscar empleo: aspectos jurídico-laborales», en TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (coord.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 459-480.
- GONZÁLEZ, M. J., CORTINA, C. y RODRÍGUEZ, J., «The Role of Gender Stereotypes in Hiring: A Field Experiment», *European Sociological Review*, Vol. 35, n.º 2, 2019, pp. 187-204.
- MARTÍ MOYA, V., *Geobloqueo y comercio electrónico. Entre la libre circulación y el derecho de la competencia*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- MIRANDA BOTO, J. M., «La jurisprudencia reciente (2010-2015) del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 122, 2016, pp. 185-202.
- OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES DEL SEPE, *Los perfiles de la oferta de empleo 2020*, SEPE, Madrid, 2020.
- OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES DEL SEPE, *Los perfiles de la oferta de empleo 2019*, SEPE, Madrid, 2019.
- OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES DEL SEPE, *Los perfiles de la oferta de empleo 2018*, SEPE, Madrid, 2018.

- OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES DEL SEPE, *Los perfiles de la oferta de empleo 2017*, SEPE, Madrid, 2017.
- ORTIZ, D., GIBERT, F. y LOPE, A., «De la regulación local de las nuevas formas de empleo al centro de trabajo: una experiencia limitada en Catalunya», *Lan harremanak*, n.º 5, 2001, pp. 13-67.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Discriminación múltiple», *Diario La Ley*, n.º 8571, 2015, pp. 1-5.