

# Libre circulación de trabajadores y discriminación en la búsqueda digital de empleo



II Jornada de la Comisión de Igualdad de la Asociación Española  
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS)

**"Migraciones e igualdad: dimensiones y desafíos en el ámbito  
laboral y la protección social"**

**27 de octubre de 2020**



**Dr. Antonio Fernández García**  
Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
UOC

í  
n  
d  
i  
c  
e

1. El principio de libre circulación de trabajadores
2. Derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo
3. Búsqueda de empleo en la UE
4. Prácticas de descarte por nacionalidad/origen geográfico
5. Discriminación directa
6. Discriminación indirecta
7. Discriminación múltiple
8. Conclusiones

# 1. El principio de libre circulación de trabajadores

Existe un derecho de **circular y residir** libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 20.2 y 21 TFUE; art. 45 CDFUE).

Esto 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. El principio de libre circulación de trabajadores

También supone (art. 45.2 TFUE):

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.

Art. 21.2 CDFUE y art. 18 TFUE: «se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad».



Esta discriminación por nacionalidad no se ha regulado igual que la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 19 TFUE). Estos factores de discriminación tienen una **regulación mediante varias Directivas** y contienen preceptos relativos a la discriminación directa e indirecta, acoso, excepciones a la igualdad de trato, acciones positivas, etc.

# 1. El principio de libre circulación de trabajadores

## Limitaciones:

- Sólo las justificadas por razones de **orden público, seguridad y salud públicas**.  
Ej: 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.
- Empleos de las **Administraciones Públicas**.

La diferencia de trato sólo puede justificarse si se basa 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).



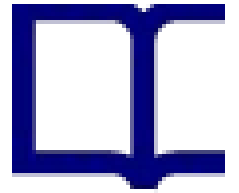
# 1. El principio de libre circulación de trabajadores

## Regulación:

Reglamento (UE) 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

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.

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 miembros, 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.



# 1. El principio de libre circulación de trabajadores

## ¿Por qué es importante la libre circulación de trabajadores?

«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).

«Se considera también a la libre circulación de trabajadores 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**» (Considerando 2 de la Directiva 2014/54).

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). En ese sentido, el desempleado que se desplace por la UE para buscar empleo **conservará el derecho a percibir su prestación por desempleo durante 3 meses** [art. 64.1 c) del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social].

«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 del Reglamento 492/2011).

## 2. Derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo

Nos centraremos en esta dimensión del derecho a la libre circulación de trabajadores.

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).

La condición de **demandante de empleo** permite la aplicación del art. 45 TFUE (STJCE de 9 de noviembre de 2006, C-346/05, asunto Chateignier).

Las **ofertas de empleo** constituyen el paso previo al acceso al empleo y pueden producir un efecto restrictivo en este acceso (STJUE de 21 de mayo de 1985, C-248/83, asunto Comisión contra República Federal de Alemania).

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).

- 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).

- si se **declara públicamente que no se contrata a extranjeros o personas de determinado origen étnico** (STJUE de 10 de julio de 2008, C-54/07, asunto Feryn).



## 3. Búsqueda de empleo en la UE

### Red Eures (Reglamento UE 2016/589)

Marco de cooperación para **facilitar el ejercicio de la libre circulación de trabajadores**. Acciones:

- Puesta en común de ofertas y demandas de empleo de toda la UE. **Portal de Internet**.
- Consejeros de apoyo al demandante de empleo.
- Modelo de CV normalizado.
- Información sobre las condiciones de vida y de trabajo en los Estados miembros de la UE.
- Apoyo a grupos específicos: trabajadores transfronterizos, jóvenes, mayores de 35 años, etc.



Los Estados miembros **podrán excluir** (art. 17.2 Reglamento UE 2016/589):

- ofertas de empleo que, debido a su naturaleza o a las normas nacionales, **solo estén disponibles para los ciudadanos de un país determinado**.
- ofertas de empleo o de prácticas como parte de las **políticas activas** del mercado de trabajo del Estado miembro.

**No es obligatorio su uso**



### 3. Búsqueda de empleo en la UE

Métodos de búsqueda de empleo (Eurostat). Internet tiene protagonismo en los mercados en azul.

2019-Q4					
GEO (Labels)	European Uni	Spain	Germany	France	Denmark
SWMETHOD (Labels)					
Contact public employment office	43,5	25,2	69,7	57	49,4
Contact private employment office	21,3	28,3	12,3	33,5	5
Apply to employers directly	55,8	65,5	18,8	52,9	75,2
Ask friends, relatives, trade unions	66,5	76	37,4	64,2	66,2
Publish or answer advertisements	41,9	38,9	54	49,9	68
Study advertisements	59,7	66,5	49,7	30,5	85,3
Took test, interview, examination	16,7	12,1	13,9	17,1	19,8
Look for land, premises, equipment	1,2	0,8	0,4	1,1	0,5
Look for permits, licenses, financial	1,2	0,8	0,7	1,4	0,6
Other method	6,9	:	25,4	5,6	11,9

## 4. Prácticas de descarte por nacionalidad/origen geográfico

El requisito de «residir en la zona» en las ofertas de empleo (datos SEPE):

Año 2016: lo contienen 267 ofertas de las 2.111 estudiadas (el 12,6%).

Año 2018: lo contienen 175 ofertas de las 2.144 estudiadas (el 8,2%).



Cuando una empresa quiere contratar a alguien y puede elegir entre dos candidatos con las mismas habilidades y cualificaciones ¿cuáles de los siguientes criterios pueden, en su opinión, poner al candidato en desventaja?

	2015		2012	
	ES	UE	ES	UE
Edad superior a 55 años	67%	56%	66%	54%
Aspecto del candidato (manera de vestir o presentarse)	59%	52%	51%	45%
Aspecto físico general (altura, peso, cara, etc.)	49%	45%	45%	37%
Una discapacidad	47%	46%	38%	40%
Color de piel u origen étnico	45%	46%	40%	39%
Identidad de género (transgénero/transexual)	44%	34%	28%	19%
Orientación sexual (gay/lesbiana/bisexual)	31%	28%	23%	19%
Género (hombre/mujer)	29%	27%	26%	22%
Expresión de creencia religiosa	27%	33%	18%	23%
Forma de hablar/acento	23%	36%	23%	30%
Edad inferior a 30 años	21%	16%	15%	13%
Dirección	8%	12%	6%	8%
Nombre	8%	19%	5%	14%

Fuente: elaboración propia a partir del Eurobarómetro La discriminación en la UE (2012 y 2015). aflabor.wordpress.com





## 4. Prácticas de descarte por nacionalidad/origen geográfico.

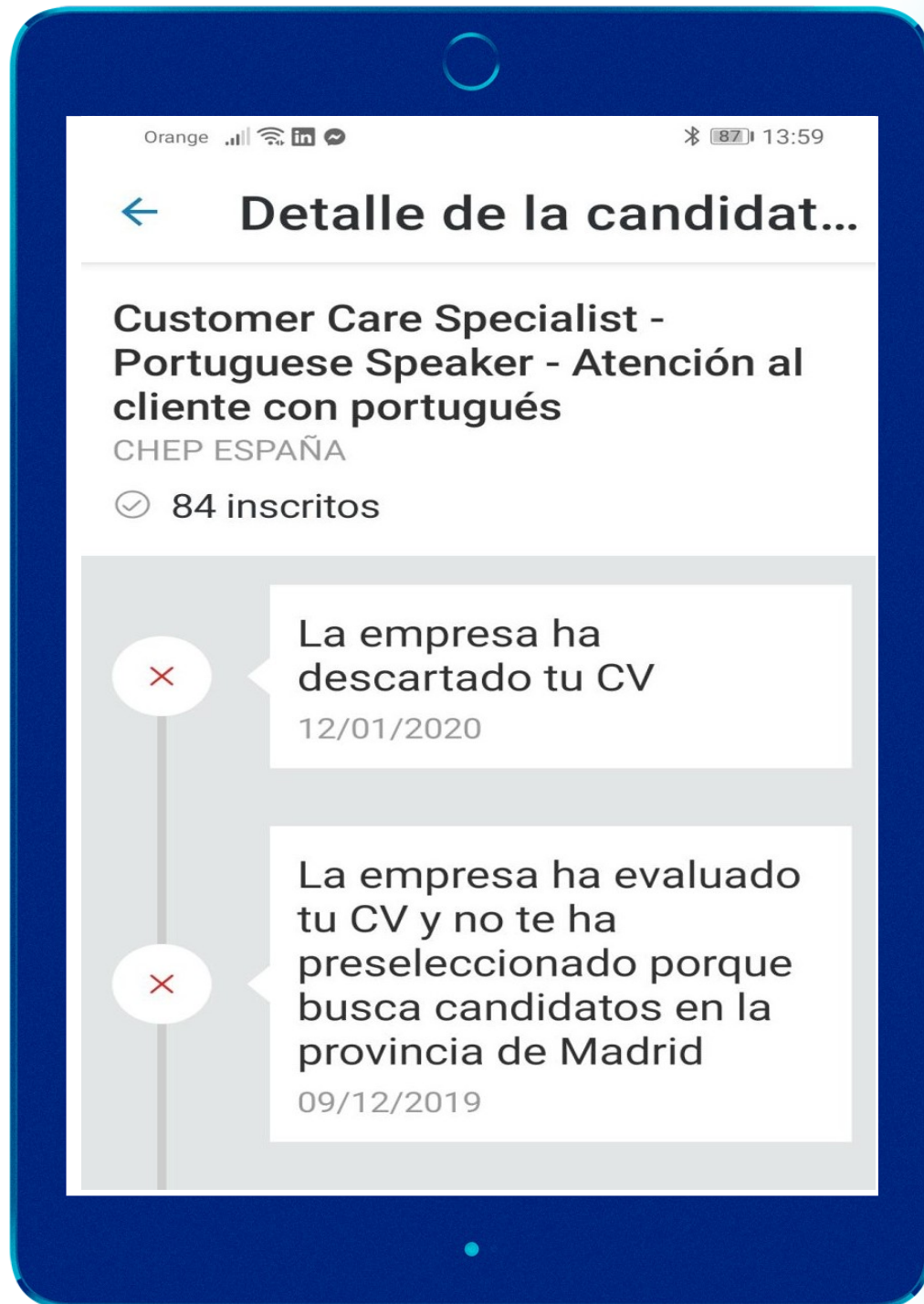
### ¿Por qué se producen?

El empresario **cre**e que evitan la rotación del personal (Ortiz, Gibert y Lope, 2001).

El empresario **cre**e en la existencia de dificultades para el traslado o permanencia del trabajador recién incorporado: colegio hijos, trabajo cónyuge, etc. (STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 7 de abril de 2014, rec. nº 923/2012).



«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» (CornerJob, 2017).





Ayuda

LinkedIn ▾

## Out of Country Auto Archive - Visión general

**Importante:** Esta función se está implementando gradualmente y es posible que no esté disponible en este momento.

La funcionalidad Out of Country Auto Archive (OOCAA) le permite archivar y enviar mensajes de rechazo simultáneamente a solicitantes fuera del país que aplican a sus puestos de trabajo.

Una vez que publique un trabajo, verá la ventana emergente Configuración de **archivado** automático. Para archivar fuera de los

**solicitantes del país**, cambie el interruptor a Activado . Esto archivará automáticamente todos los solicitantes fuera del país para el que está contratando.

Para **enviar mensajes de rechazo a solicitantes fuera del país**, cambie la opción A Activado . Esto enviará automáticamente un mensaje de rechazo a los solicitantes fuera del país 7 días después de que se postulen a su puesto de trabajo. Dentro de esos 7 días, usted tiene la opción de mover a un solicitante fuera del grupo de candidatos archivados.

- **Nota: Los mensajes de rechazo** no se pueden editar y no contendrán tu nombre ni tu información de contacto.

## 4. Prácticas de descarte por nacionalidad/origen geográfico.

Opción de **LinkedIn** para excluir a candidatos de otros países: contraria al derecho a la libre circulación de trabajadores/discriminación por nacionalidad.

Opción de **Infojobs** de descarte de candidatos residentes en provincia diferente a la de la vacante, por ejemplo, Barcelona:

- ¿Se está tratando de forma diferente a un nacional que a un ciudadano de otro Estado miembro? No
- ¿Si el ciudadano de otro Estado miembro reside en Barcelona se le descarta del proceso? No
- ¿Un español que reside en otro Estado miembro sería descartado de esa oferta solo por ese motivo? Sí
- ¿Un ciudadano de otro Estado miembro que reside en su Estado miembro sería descartado de esa oferta solo por ese motivo? Sí



**Conclusión:** se excluye a un nacional en las mismas circunstancias que a un ciudadano de otro Estado miembro excepto si se reside en Barcelona.

**El motivo de descarte es la residencia más que la nacionalidad**

## 5. Discriminación directa

El motivo de descarte parece ser independiente de la nacionalidad pero **la práctica excluyente 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).

Se desincentiva el inscribirse en la oferta porque 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.).

Se puede preguntar la «disponibilidad inmediata» del candidato con una simple **pregunta de filtrado** (*killer question*).

**Excepción:** el requisito debe justificarse sobre la base de consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas interesadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional.



## 6. Discriminación indirecta

### STJCE de 23 del mayo de 1996, C-237/94, asunto O'Flynn

La prohibición afecta «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**».

«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**.

«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».

### STJUE de 16 de julio de 2015, C-83/14, asunto CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD

Si aplicamos los argumentos **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 aún cuando algunos afectados por la decisión no pertenezcan a dicha minoría.





## 7. Discriminación múltiple

El factor sexo y la situación familiar **consideradas en su conjunto** disminuyen las posibilidades de una mujer de ser contratada (González, Cortina y Rodríguez, 2019).



### Ejemplo de discriminación múltiple donde interviene el origen geográfico

Empresa que toma decisiones de contratación teniendo en cuenta:

- Hombres procedentes o no de otras provincias, con hijos o sin hijos: Aceptados. 
- Mujeres con residencia en la provincia, con hijos o sin hijos: Aceptadas. 
- Mujeres procedentes de otra provincia pero sin hijos: Aceptadas. 
- Mujeres procedentes de otra provincia pero con hijos: **Descartadas.** 

## 8. Conclusiones

- Derecho a la libre circulación de trabajadores es **fundamental** para el desarrollo personal de los ciudadanos y el desarrollo económico de la UE.
- Implica el derecho de **responder a ofertas efectivas de trabajo** de cualquier Estado miembro, vía Eures o cualquier otro método.
- 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**.
- Estas prácticas 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 pueden justificarse fácilmente.
- Estas prácticas pueden provocar **discriminaciones indirectas** por razón de nacionalidad o por origen étnico así como **discriminaciones múltiples** por sexo, situación familiar y origen geográfico.

## Bibliografía

- Fernández García, A. (2019). «La discriminación directa en el acceso al empleo por razón de origen geográfico». *Revista de Derecho Social*, núm. 85.
- González, M.J., Cortina, C. y Rodríguez, J. (2019). «The Role of Gender Stereotypes in Hiring: A Field Experiment». *European Sociological Review*, Vol. 35, núm. 2.
- Ortiz, D., Gibert, F. y Lope, A. (2001). «De la regulación local de las nuevas formas de empleo al centro de trabajo: una experiencia limitada en Catalunya». *Lan harremanak*, núm. 5.
- SEPE (2019). *Los perfiles de la oferta de empleo en España 2019*. Madrid: Servicio Público de Empleo Estatal.
- SEPE (2017). *Los perfiles de la oferta de empleo en España 2017*. Madrid: Servicio Público de Empleo Estatal.

# Para saber más...

<https://aflabor.wordpress.com/>

[http://tecnologiaytrabajo.com /](http://tecnologiaytrabajo.com/)

## AFLabor

*Blog sobre Derecho Laboral, Recursos Humanos y Empleo*



[Inicio](#) [Sobre el autor](#) [Mis libros](#) [Bibliografía](#) [Contacto](#)

← «La desconexión digital: su calificación como derecho y su instrumentación» Colaboración de David Gutiérrez Colominas

«El factor digital en el Convenio 190 OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo» (acceso abierto) →

### Recopilación gráfica de herramientas digitales discriminatorias

Publicado el [30 junio, 2020](#)

En esta entrada voy a **recopilar imágenes de herramientas digitales usadas en reclutamiento y selección de personal que pueden ser discriminatorias o ilícitas**. Al igual que en la «[Recopilación de ofertas de empleo discriminatorias](#)», el objetivo es que cualquier profesor que quiera usarlas como ejemplo o ejercicio en sus clases las tenga localizadas y **las pueda descargar o enlazar fácilmente**. También sirven para ilustrar conductas discriminatorias en alguna publicación académica enlazando esta entrada como **nota a pie de página o cita bibliográfica** (esto resuelve el problema de las enlaces incrustados). Las imágenes las he obtenido en algunos medios...

- [RSS - Entradas](#)
- [RSS - Comentarios](#)

#### Sigue el blog por Email

Haz clic para seguir este blog y recibir notificaciones de nuevos mensajes por correo electrónico.

Seguir



#### Lo más visitado

- [La Constitución Española y su contenido laboral](#)



## Proyecto de investigación «Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar» (Ref. RTI2018-097947-B-I00)





Universitat Oberta  
de Catalunya

uoc.edu



# ¡Muchas gracias!

