

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2022 / 2023

**GESTIÓN ALGORÍTMICA EMPRESARIAL Y NEGOCIACIÓN
COLECTIVA**

**BUSINESS ALGORITHMIC MANAGEMENT AND COLLECTIVE
BARGAINING**

AUTORA: Andrea Díaz Guerra

DIRECTORA: María Lourdes López Cumbre

RESUMEN

La instauración de sistemas de gestión algorítmica en la empresa ha traído consigo un desmesurado aumento del poder empresarial y la consiguiente precarización de los derechos de las personas trabajadoras. La insuficiencia legislativa existente hasta el momento en este ámbito provoca que el papel de la negociación colectiva cobre una mayor importancia, al convertirse en la mejor opción para equilibrar la balanza entre prerrogativas empresariales y derechos laborales. A pesar de ello, el legislador se centra en la tutela individual de los derechos de los trabajadores y, en consecuencia, la normativa que pretende instaurarse no aborda las competencias que la negociación colectiva tendría que poder ejercer en la materia, lo cual supone un obstáculo más a la hora de poner soluciones para que la balanza de la que hablamos vuelva a equilibrarse.

El presente trabajo comienza analizando la situación que genera la aparición de la gestión algorítmica empresarial, y el impacto que ésta tiene en los derechos de las personas trabajadoras. A continuación, se trata la ausencia de un marco jurídico específico que contrarreste el aumento del poder empresarial y proteja los derechos de los trabajadores, lo que hace que la negociación colectiva se convierta en el mecanismo idóneo para garantizar la protección de los derechos laborales en los nuevos entornos digitales. Es por ello que, finalmente, se examinan las dificultades con las que se encuentra este mecanismo de diálogo social a la hora de llevar a cabo su cometido, al mismo tiempo que se proponen una serie de medidas que solventen dicha cuestión.

Palabras clave: gestión algorítmica; prerrogativas empresariales; derechos laborales; negociación colectiva.

ABSTRACT

The implementation of algorithmic management systems in companies has led to an excessive increase in corporate power and the consequent precariousness of worker's rights. The lack of legislative in this area causes the role of collective

bargaining to become more important, as it becomes the best option to balance the scale between corporate prerogatives and labor rights. Still, the legislator focuses on the individual protection of worker's rights and, consequently, the legislation that intend to be established doesn't address the competencies that collective bargaining should be able to exercise in this matter, which represents one more obstacle when it comes to finding solutions to restore the balance we are talking about.

This project begins by analyzing the situation generated by the emergence of algorithmic management in companies and the impact it has on worker's rights. Next, it discusses the absence of a specific legal framework that counters the increase in corporate power and protects worker's rights, which makes collective bargaining the ideal mechanism to ensure the protection of labor rights in the new digital fields. It is for that reason that, finally, examines the difficulties faced by mechanism of social dialogue when it comes to its task, while proposing a series of measures to solve this issue.

Key words: *algorithmic management; business privileges; labor rights; collective bargaining.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
1. INTRODUCCIÓN	5
2. LA GESTIÓN ALGORÍTMICA EMPRESARIAL	10
2.1. RIESGOS	10
2.2. BENEFICIOS	15
2.3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE CAJA NEGRA	17
3. MARCO JURÍDICO	20
3.1. ÁMBITO EUROPEO	20
3.2. ÁMBITO NACIONAL	24
4. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	28
4.1. LA REPRESENTACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS DIGITALES	28
4.2. EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN LOS ENTORNOS DIGITALES	31
5. UNA VISIÓN DE FUTURO: DESAFÍOS EN EL ACTUAL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL	38
6. CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	45
ANEXO DE LEGISLACIÓN	48
ANEXO DE JURISPRUDENCIA	50

ABREVIATURAS

A.E.P.D.: Agencia Española de Protección de Datos.

A.L.E.H. V: V Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el sector de Hostelería.

Art.: Artículo.

C.D.D.: Carta de Derechos Digitales.

C.E.: Constitución Española.

CC.OO.: Comisiones Obreras.

C.V.: *Currículum Vitae*.

E.N.I.A.: Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial.

E.T.U.C.: *European Trade Union Confederation*.

I.A.: Inteligencia Artificial.

L.E.T.: Ley del Estatuto de los Trabajadores.

L.E.T.A.: Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo.

L.I.I.N.D.: Ley Integral para la Igualdad de trato y No Discriminación.

L.O.L.S.: Ley Orgánica de Libertad Sindical.

L.O.P.D.: Ley Orgánica de Protección de Datos.

R.A.E.: Real Academia Española.

R.G.P.D.: Reglamento General de Protección de Datos.

TR.A.D.E.: Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente.

U.G.T.: Unión General de Trabajadores.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia se han llevado a cabo tres revoluciones industriales; actualmente, estamos viviendo la cuarta, conocida como “Industria 4.0” y marcada fundamentalmente por la aparición de la I.A., que puede entenderse como “la habilidad de una máquina de presentar las mismas capacidades que los seres humanos.”¹ Sin embargo, no podemos afirmar que estas “máquinas inteligentes” tengan verdadera inteligencia, puesto que toda la I.A. que manejamos hoy en día es “débil” o “estrecha”², esto es, disponemos de sistemas que únicamente simulan tener inteligencia, hallándose muy lejos de mostrar cualquier síntoma revelador de estados cognitivos (es decir, no son capaces de entender, pensar o razonar, entre otras cosas). De esta forma, si bien es cierto que estos sistemas de I.A. son mucho más rápidos y eficaces que cualquier ser humano, solamente lo son en la elaboración de una tarea determinada, para la que han sido singularmente programados. Por ejemplo, cuando el sistema *Deep Blue* logró vencer al considerado mejor jugador de la historia del ajedrez, Garry Kasparov, solamente sabía hacer eso, jugar al ajedrez, pues se le había programado específicamente para ello.

“(…) los algoritmos no son empáticos: no descifran, ni comprenderán a corto plazo, los conceptos de humanidad o probidad. No olvidan, no perdonan, no poseen conciencia de su propia fiabilidad. No poseen escala de valores, ni distinguen las diferencias culturales o sociales intrínsecas de los mismos. No presentan sentido común (...) no se autocorrijen bajo criterios de comprensión, equilibrio, justicia, ética, moralidad u otredad. Hoy por hoy, la comprensión humana sigue, y seguirá siéndolo a largo plazo, imprescindible para tomar decisiones bajo criterios justos y equitativos.”³

Normalmente, cuando en este trabajo hablemos de I.A., nos vamos a referir a sistemas inteligentes programados para realizar de manera automática y sin supervisión humana una serie de tareas concretas. Este tipo de técnicas recibe el nombre de *machine learning* o “aprendizaje automático”, y se basa en

¹ Parlamento Europeo. “¿Qué es la inteligencia artificial y cómo se utiliza?” 2020. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa> (consultado por última vez el 29 de julio de 2022).

² Por contraposición, la I.A. “fuerte” o “general” implicaría la construcción de una réplica perfecta del cerebro humano, lo cual actualmente está muy lejos de conseguirse.

³ U.G.T. “Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales”. *Servicio de Estudios de la Confederación*, núm. 20, 2021, pág. 3.

algoritmos capaces de identificar patrones de comportamiento a partir del análisis de lo que se conoce como *big data*⁴ para, así, realizar sus propias predicciones o tomar sus propias decisiones. Y, dentro de ellas, nos interesa destacar la conocida como *deep learning* o “aprendizaje profundo”, que “se asemeja o se fundamenta en el funcionamiento del sistema neurológico humano”⁵, por lo que puede entenderse como una red neuronal artificial donde “existen capas de unidades de proceso o grupos de neuronas artificiales especializadas en la identificación de características específicas o determinadas en los datos.”⁶

En definitiva, se trata de sistemas que, tomando como base los ejemplos que se le proporcionan, aprenden por sí mismos a realizar la tarea para la que han sido programados. Así, en el año 2016, el programa informático de I.A. *AlphaGo* fue capaz de derrotar al campeón mundial de *Go*, Lee Sedol. En este caso, al sistema ni siquiera se le enseñó a jugar, sino que su sofisticado algoritmo de *deep learning* lo dedujo por sí mismo, tomando como base los ejemplos que se le habían proporcionado de partidas jugadas anteriormente por seres humanos.

“El genio de *Deep Blue* era ser capaz de calcular un millón de posiciones por segundo en un juego que consiste en tomar decisiones basadas en el cálculo de posición. *AlphaGo* usó redes neuronales para aprender de miles de millones de partidas y un ingenioso sistema de incentivos para aprender jugando contra sí mismo.”⁷

Como ya se ha mencionado anteriormente, cuando hablamos de I.A., lo normal es que nos refiramos al *machine learning*; y es por ello que, a lo largo del presente trabajo, se van a utilizar estos términos como sinónimos, con el objetivo de evitar reiteraciones innecesarias y de lograr una mejor comprensión del tema central del mismo. No obstante, me gustaría destacar la importancia de que se conozca esta terminología en la esfera del Derecho, pues “cualquier jurista, antes de elaborar un argumento o responder correctamente a una cuestión legal, debe

⁴ El término *big data* hace referencia a los datos masivos, datos a gran escala o macrodatos.

⁵ UNIR. “*Deep learning*: en qué consiste, ejemplos y aplicaciones.” 2021. Disponible en: <https://www.unir.net/ingenieria/revista/deep-learning/> (Consultado por última vez el 29 de julio de 2022).

⁶ *Ídem*.

⁷ Peirano, M. “Inteligencia compartida”, *Muy Interesante*, núm. 492, Madrid, 2022, pág. 13.

conocer con gran precisión toda la información relevante en relación con el caso. Por ello, el acceso a información de diferente tipología (...) es crucial.”⁸

En lo que a nosotros nos concierne, los diferentes sistemas de I.A. de los que venimos hablando irrumpen en el trabajo y en la relación laboral de diferentes formas. En este sentido, cada vez es más habitual que las empresas utilicen este tipo de herramientas para tomar decisiones de forma automatizada que afectan a las personas trabajadoras en diversos aspectos, tales como la contratación, el despido, la evaluación de rendimiento, el control de la productividad, etc.⁹, con el fin de agilizar el trabajo de los equipos de recursos humanos. Sin embargo, aunque a simple vista parezca que esta gestión algorítmica es, de alguna manera, más fiable porque basa sus decisiones en datos objetivos, dicha presunción de objetividad invisibiliza los posibles sesgos que puedan existir. Además, entre los peligros que trae consigo el uso de este tipo de herramientas se encuentran aquellos que alcanzan la privacidad y la salud laboral de los empleados, como resultado del control excesivo que ejerce la empresa con el fin de cerciorarse de que sus trabajadores están dando su cien por cien, lo que puede llegar a provocar en ellos situaciones de estrés, además de atentar contra su propia intimidad.

Los trabajos desarrollados a través de plataformas digitales son los que se ven más afectados por esta dificultad como resultado de la dependencia tecnológica, la automatización de las tareas y la falta de protección laboral en este sector. Concretamente, la mayor controversia se está dando con los trabajadores de plataformas digitales en el ámbito del reparto: primero, por la controversia existente en relación con la calificación de la relación laboral; después, porque probablemente sea el sector que más depende de la tecnología, pues los trabajadores reciben los pedidos según la puntuación que les dé el algoritmo (cuanto mayor sea la puntuación, más cantidad de pedidos recibirán).

Ahora bien, esto no quiere decir que las nuevas tecnologías no tengan efectos beneficiosos para las personas trabajadoras; de hecho, la instauración de este tipo de herramientas las aparta de “tareas monótonas, repetitivas y/o

⁸ Escolá Pérez, M. C. “Aplicaciones del «machine learning» en el sector legal y nuevas profesiones jurídico-tecnológicas”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 55/2021, pág. 7.

⁹ Este tipo de técnica se conoce como “gestión algorítmica” o “gestión por algoritmos”.

peligrosas”¹⁰, además de minimizar “las desigualdades económicas, sociales y de género”¹¹, una vez se logre acabar con la problemática de los sesgos. Y, de otro lado, para las empresas supone, fundamentalmente, grandes beneficios en términos de eficiencia y ahorro de costes.

Sin embargo, la implantación de la gestión algorítmica empresarial ha traído consigo un fuerte aumento del poder empresarial y, al mismo tiempo, una disminución de los derechos y libertades de las personas trabajadoras, como resultado de la inexistencia de un marco normativo que limite de alguna manera la utilización de estos sistemas de I.A., con el propósito de que las empresas utilicen estas herramientas de manera responsable y ética, respetando los derechos de los trabajadores.

En este contexto, el papel de la negociación colectiva se hace todavía más necesario, al tener que desarrollarse en un contexto de insuficiencia legislativa y reforzamiento del poder empresarial. En cambio, el legislador parece haberse olvidado de este mecanismo fundamental del diálogo social, que constituye un derecho fundamental de las personas trabajadoras y un elemento muy relevante en la implementación de una I.A. fiable en el lugar de trabajo, al constituirse como la herramienta más acertada para establecer medidas de protección de los derechos laborales, así como de transparencia y responsabilidad de tales sistemas, y para garantizar la participación y la formación de los trabajadores en este ámbito.

En definitiva, la implantación de la I.A. en las empresas no necesariamente tiene que suponer una disminución de los derechos laborales, pero es importante que estas entidades utilicen la I.A. de manera responsable y ética, respetando los derechos y libertades de las personas trabajadoras. Para ello, es necesario un marco normativo que controle la utilización de este tipo de herramientas y, al mismo tiempo, que la negociación colectiva intervenga en la forma en que se implementen las mismas en el lugar de trabajo, de tal forma que su utilización no provoque un impacto negativo en el empleo y los derechos laborales. Es por ello

¹⁰ Garrigues Giménez, A. “La respuesta negocial al uso de algoritmos en la relación de trabajo: bases, previsiones, presencias y ausencias”. *Grandes Tratados*. Ed. Aranzadi, 2022, pág. 3.

¹¹ Sáez Lara, C. “Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Ediciones Complutense, 2022, pág. 284.

que, actualmente, teniendo en cuenta la escasa regulación existente tanto a nivel nacional como comunitario, el papel de la negociación colectiva se hace todavía más importante, al tener que desarrollarse en un contexto de insuficiencia legislativa y reforzamiento del poder empresarial.

2. LA GESTIÓN ALGORÍTMICA EMPRESARIAL

Frente a los primeros “sistemas expertos” creados en la década de los ochenta del siglo pasado, actualmente contamos con sofisticados sistemas de I.A. que han superado con creces las limitaciones y las dificultades que traía consigo la utilización del sistema tradicional. Concretamente, vamos a centrarnos en aquellos sistemas de I.A. que se han introducido en el ámbito de la gestión de recursos humanos con el fin de automatizar gran parte de las tareas llevadas a cabo en este sector, lo cual se conoce como “gestión algorítmica”. Mediante esta técnica, el sistema se encargará, entre otras cosas, de la asignación de tareas, del control y evaluación, de la selección y contratación, así como de los posibles despidos, de la promoción y, en general, de la toma de decisiones sobre las personas trabajadoras.

Como resultado, si bien es cierto que el uso de este tipo de herramientas trae consigo aumentos potenciales de la productividad, también presenta un costo enorme “en términos de aumento de vigilancia, menoscabo de la privacidad personal, pérdida de autonomía, disminución de las relaciones en el lugar de trabajo y la consiguiente deshumanización del trabajo”¹², además del grave problema que genera el hecho de que “algunas herramientas de gestión algorítmica puedan ser propensas a graves prejuicios y discriminación.”¹³

2.1. RIESGOS.

Las herramientas de I.A. de las que venimos hablando han facilitado:

- Por un lado, la creación de perfiles.
- Por otro, la automatización de las decisiones empresariales.

En primer lugar, los algoritmos encargados de la creación de perfiles utilizan los datos personales previamente recopilados para realizar una evaluación sobre determinados aspectos de la persona afectada con el fin de predecir su comportamiento y de tomar decisiones al respecto.

¹² UNI Global Union. *Gestión algorítmica – Guía destinada a los sindicatos*. Disponible en: <https://www.ccoo-servicios.es/html/49414.html> (Consultado por última vez el 23 de agosto de 2022).

¹³ *Ídem*.

Por ejemplo, el algoritmo de la plataforma *Glovo* clasifica a los *riders* en una especie de *ranking*, teniendo en cuenta tres factores¹⁴:

- La valoración del cliente.
- La eficiencia del trabajador en la realización de los pedidos.
- La realización de los servicios en las horas de mayor demanda.

Según los datos recopilados en base a estos tres factores, el trabajador se encontraría en un puesto más alto o más bajo del *ranking*. De esta manera, podría entenderse que, en principio, los trabajadores menos productivos para la empresa ocuparían los últimos puestos, si bien habría que considerar que el sistema inteligente no tiene en cuenta las circunstancias que han llevado a esas personas a ocupar tal posición. Además, siempre vamos a encontrar trabajadores en los últimos puestos del *ranking*, aun cuando realmente sean productivos para la empresa, como consecuencia de la propia existencia del mismo, que conlleva la enumeración y clasificación de toda la plantilla.

Por otro lado, se automatizan las decisiones empresariales porque los sistemas de *machine learning* comienzan a tomar decisiones que anteriormente correspondían a los altos cargos de la empresa. Así, la I.A. podría concluir que los trabajadores que se encuentran en los últimos puestos del *ranking* no son útiles para la entidad y, en consecuencia, tomar la decisión de despedirlos.

En este sentido funciona, por ejemplo, el algoritmo de *Amazon*. Stephen Normandin trabajó durante cuatro años como repartidor del gigante del comercio electrónico, hasta que un día recibió un *e-mail* automático en el que se le comunicaba su despido. El Sr. Normandin fue despedido por un sistema de I.A. que, tomando como base los datos proporcionados por un algoritmo que clasificaba a los empleados en función de los paquetes que habían sido entregados, así como en el tiempo y estado en que habían llegado a su destino, decidió prescindir de él por considerar que no era suficiente productivo para la empresa. La tecnología de I.A. llegó a tal conclusión teniendo en cuenta solamente que los paquetes no habían sido entregados, sin importar el motivo, cuando el trabajador afectado explica que esta decisión se basó en entregas

¹⁴ STS 2924/2020, de 25 de septiembre (Rec. 4746/2019).

fallidas por causas ajenas a él; por ejemplo, por no poder acceder a complejos de apartamentos por estar cerrados.¹⁵

❖ Seguridad y salud laboral.

La constante obsesión por lograr mejores niveles de productividad en la empresa ha provocado la introducción de una serie de medidas que no solamente resultan intrusivas en términos de privacidad e intimidad en la vida de los trabajadores, sino que, además, les ha despojado de autonomía y ha instaurado una desconfianza generalizada hacia ellos, al intentar constantemente que sean las máquinas las que decidan, entre otras cosas, qué itinerario deben escoger, qué movimientos han de realizar o de qué manera deben llevar a cabo su trabajo para efectuarlo de la manera más eficiente y más eficaz posible. Esta situación, basada únicamente en considerar a la persona trabajadora como si de una máquina se tratase, ha provocado la aparición de altos niveles de estrés en la plantilla de trabajadores. Además, la falta de autonomía derivada de la asignación de determinadas decisiones, que anteriormente les correspondía tomar a ellos, a los sistemas de I.A. ha provocado que las personas trabajadoras hayan perdido el afán por innovar o la preocupación por esforzarse en realizar su trabajo de la mejor manera posible, limitándose ahora a seguir ciegamente las instrucciones que reciben de los sistemas inteligentes.

Así, en los almacenes de logística de *Amazon*, la presión es tal que cada vez más trabajadores evitan incluso los descansos y las pausas para ir al baño, pues el algoritmo que controla la productividad de cada uno de ellos mide el tiempo que están sin hacer sus labores y, en caso de que se excedan demasiado en sus descansos o pausas, corren el riesgo de ser despedidos. De esta manera, este tipo de sistemas premia a los trabajadores más rápidos, lo cual tiene como resultado que las empresas que los utilizan, como es el caso de *Amazon*, tengan un elevado índice de lesiones, pues los empleados se ven obligados a aumentar

¹⁵ Soper, S. "Fired by bot at Amazon: «it's you against the machine»", *Bloomberg*, 2021. Disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/features/2021-06-28/fired-by-bot-amazon-turns-to-machine-managers-and-workers-are-losing-out> (consultado por última vez el 19 de junio de 2022).

su ritmo de trabajo para almacenar más artículos o llegar más rápido de un lado a otro del almacén con el único propósito de que el algoritmo no les penalice.¹⁶

❖ Sesgos y discriminación.

El principal riesgo que supone la utilización de estas tecnologías es que, de la misma manera que pueden servir como instrumento para eliminar los sesgos sociales, pueden también plasmarlos en sus resultados. En estos casos, el riesgo radica en la base en que se apoya el sistema de *machine learning* para tomar la decisión, esto es, en el *big data*. Así, de la calidad que presenten los datos previamente recopilados y proporcionados a la herramienta de I.A. para que tome una decisión, dependerá la calidad de los resultados que arroje la misma. De esta forma, si tales datos se encuentran sesgados, el sistema se encargará de reproducir, e incluso de incrementar, sus efectos de segregación. Éstos pueden originarse:

- Por la propia herramienta de I.A., a través del aprendizaje autónomo que experimenta la misma.
- Por la intervención del ser humano en las acciones previas de configuración de los sistemas inteligentes.
- Por la incorporación de una muestra de datos insuficiente o no representativa.

En el ámbito de la contratación, la práctica más problemática es la consistente en la selección automática de C.V. En estos casos, la utilización de herramientas de *machine learning* puede ser realmente útil cuando el volumen de solicitudes es muy elevado, con el fin de hacer un primer filtrado que reduzca notablemente el número de solicitudes que vayan a ser revisadas por seres humanos. Sin embargo, en tanto no se supere la problemática de los sesgos, ese primer filtrado puede llegar a producir resultados discriminatorios.

Por ejemplo, en el año 2014, *Amazon* puso en marcha un sistema inteligente que se encargaba de contratar personal de manera autónoma con el fin de ahorrar tiempo y mano de obra en los procesos de selección de personal. Esta tecnología

¹⁶ UNI Global Union. *Panóptico de Amazon*, 2021, pág. 6. Disponible en: <https://uniglobalunion.org/es/report/the-amazon-panopticon/> (Consultado por última vez el 7 de septiembre de 2022).

utilizaba los datos que la empresa había ido almacenando años atrás, de tal forma que, al haber tenido más empleados masculinos ocupando el puesto de trabajo que se ofertaba, de desarrollador de *software*, el algoritmo concluyó que éstos eran preferibles, penalizando aquellos C.V. que incluían las palabras “mujer” o “femenino”.¹⁷ Ahora bien, esto no quiere decir que el algoritmo fuera sexista, sino que los datos de los que se nutrió estaban sesgados y, en consecuencia, arrojó resultados discriminatorios.

A pesar de ello, se ha dado un paso más allá y se ha comenzado a introducir este tipo de sistemas en la última fase de los procesos de selección de personal: la entrevista. Algunas empresas han comenzado a llevar a cabo entrevistas automatizadas basadas en la evaluación por algoritmos de las expresiones faciales o de voz de los candidatos, deshumanizando por completo los procesos de selección e introduciendo una de las prácticas más intrusivas que pueden considerarse.

Por otro lado, en el ámbito de las plataformas digitales de reparto es muy común que la evaluación del rendimiento de los trabajadores se base fundamentalmente en la valoración que el cliente realiza sobre la calidad del servicio a través de la plataforma, lo cual puede conllevar la plasmación de los prejuicios de los propios clientes en los resultados que arroje el algoritmo.

❖ Privacidad e intimidad.

A lo largo de la historia, siempre han existido diferentes maneras de vigilar y controlar al trabajador en sus labores, lo cual ha llegado a atentar, en gran cantidad de ocasiones, contra su privacidad y/o intimidad. En estos últimos años, sobre todo a raíz de la pandemia causada por la COVID-19, las herramientas utilizadas para controlar a las personas trabajadoras han superado con creces cualquier tipo de supervisión humana anterior.

En este sentido, *Amazon* llegó a instalar un sistema que vigilaba si los empleados mantenían la distancia social exigida en sus almacenes, lo cual llevaba consigo

¹⁷ Dastin, J. “Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women”, *Reuters*, 2018. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scrap-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G> (consultado por última vez el 23 de junio de 2022).

que pudiera inspeccionar en todo momento los movimientos que éstos hacían a lo largo de su jornada. De esta manera, a la empresa le resultaba aún más fácil controlar el ritmo de trabajo que seguían sus trabajadores, entre otras cosas.¹⁸

Además, en muchas empresas se ha llegado a instalar una serie de dispositivos que vigilan las conversaciones telefónicas que realizan los empleados en el lugar de trabajo, e incluso aquellas que mantienen entre ellos. Se comenzó realizando un simple seguimiento del registro de llamadas y se culminó con el análisis del contenido de las mismas mediante el reconocimiento de voz.

De otra parte, durante los primeros meses de la pandemia se extendió el uso del teletrabajo ante la imposibilidad de acudir al lugar de trabajo por riesgo al contagio, por lo que también se difundió la utilización de herramientas de control y vigilancia de los ordenadores personales de las personas trabajadoras con el fin de poder comprobar que éstas cumplían con sus obligaciones desde casa. Por ejemplo, mantener la cámara *web* encendida para comprobar que el empleado se encuentra en el puesto de trabajo o compartir la pantalla del ordenador para demostrar que efectivamente está realizando sus labores, utilizando para ello sistemas de I.A. capaces de realizar un reconocimiento facial o de analizar las actividades que le corresponden a cada empleado.

Sin embargo, este tipo de situaciones ha dado lugar a una gran cantidad de conflictos relacionados con la intrusión en la vida personal de los trabajadores, hasta llegar, incluso, al extremo de no lograr diferenciar entre tiempo de trabajo y vida privada.

2.2. BENEFICIOS.

Si bien es cierto que, como acabamos de ver, la gestión algorítmica empresarial conlleva la asunción de una serie de riesgos, no significa que solamente presente inconvenientes para las personas trabajadoras. Así, gracias a este tipo de herramientas, además de apartar a tales personas de la realización de tareas monótonas y repetitivas, también se las podría dotar de una mayor autonomía y flexibilidad, además de reducir los prejuicios y la discriminación, una vez superado el problema de los sesgos.

¹⁸ UNI Global Union. “Panóptico de Amazon ...”. *cit.*, pág. 8.

Por una parte, los sistemas de *machine learning* también se utilizan en las empresas a la hora de programar los turnos o los días de vacaciones de la plantilla, entre otras cosas. En este sentido, si bien es importante tener en consideración que, en la gran parte de las ocasiones, la asignación de turnos por parte del algoritmo depende de los niveles de productividad que alcance cada trabajador en particular y, por consiguiente, se correrían riesgos similares a los comentados en el apartado anterior como consecuencia del excesivo control que se ejerce sobre el trabajador, también podría utilizarse para dar libertad a los empleados a la hora de, por ejemplo, intercambiarse turnos entre sí. De esta manera, se eliminaría de la ecuación al superior jerárquico que tiene que autorizar el cambio, agilizando este tipo de trámites administrativos que, en ocasiones, pueden resultar ociosos. Además, de este modo se solucionaría el problema de que las herramientas de I.A. no tengan en cuenta las circunstancias personales de cada trabajador, funcionando más bien como un indicador. Así, en principio, los turnos serían los asignados por el sistema, teniendo los trabajadores autonomía para intercambiarse los turnos entre ellos, según las particularidades de cada uno y siempre y cuando se pusieran de acuerdo entre sí; y todo ello, sin perjuicio de que existiera la posibilidad de poder recurrir la decisión inicial de la I.A. ante un superior jerárquico humano.

Además, la mecanización de tareas físicas, repetitivas, molestas y/o peligrosas puede ayudar a proteger la salud y seguridad de las personas trabajadoras, reduciendo los riesgos de lesiones físicas y de problemas ergonómicos y psicológicos. En esta línea, una herramienta de I.A. es capaz de realizar el trabajo que tradicionalmente viene realizando un ser humano sin necesidad de contar con periodos de descanso, con una jornada laboral de 8 horas diarias y sin caer enfermo, entre otras circunstancias. Por ello, “es previsible que en términos empresariales resulte más rentable invertir en tecnología que en recursos personales”¹⁹, al menos, actualmente (en un contexto de ausencia de un marco normativo específico y de mecanismos de diálogo social que establezcan límites a la libre utilización de sistemas de I.A.).

¹⁹ Pérez Gázquez, I. M. “El impacto de la Industria 4.0 en el empleo. Especial referencia a las políticas activas de empleo y la formación digital como elementos de inclusión sociolaboral”, en Plaza Penadés, J.; González Hernández, I.; Vázquez de Castro, E. (Direcc.). *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 60, 2022, pág. 28.

De otro lado, es importante destacar que la existencia de sesgos no es un riesgo exclusivo de los sistemas de I.A., puesto que también podemos encontrarlos en la toma de decisiones humanas; el problema radica en la facilidad con la que tales sistemas los perpetúan y reproducen, así como en la presunción de objetividad de la que gozan los mismos como resultado de su caracterización tecnológica. En este sentido, la I.A. no es consciente de que está tomando decisiones discriminatorias, mientras que el ser humano sí lo es; y es por ello que no debemos olvidar el carácter accesorio, y no sustitutorio, que han de tener estos sistemas.

En definitiva, como consecuencia de la insuficiencia legislativa y de la falta de mecanismos de tutela colectiva, la gestión algorítmica empresarial otorga pocos beneficios para los trabajadores, si lo comparamos con los riesgos que les supone. De esta manera, si hiciéramos balance, deduciríamos que de poco sirve que la instauración de este tipo de herramientas facilite y haga más cómodo el trabajo a los empleados si, al mismo tiempo, supone una notable disminución de los derechos y libertades fundamentales de los mismos.

Por consiguiente, “no se trata tanto de prohibir el uso de los sistemas de I.A. como de minimizar sus efectos perjudiciales sobre los derechos del trabajador.”²⁰

2.3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE CAJA NEGRA.

La mayoría de los sistemas de I.A. utilizados en el ámbito de la gestión algorítmica empresarial son los denominados “de caja negra” o *blackbox*, esto es, opacos: permiten saber los datos que recogen y los resultados que arrojan, pero no cómo funcionan internamente; ni siquiera los propios diseñadores son capaces de explicar los resultados que arroja el sistema. En consecuencia, se han establecido determinadas medidas en aras de lograr una I.A. fiable, esto es, transparente y explicable.

- Por un lado, la transparencia implica poder conocer el algoritmo.
- Por otro, la explicabilidad conlleva que el algoritmo sea comprensible para el ser humano.

²⁰ Rodríguez Cardo, I.A. “Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral: ¿hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades?” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 253, 2022, pág.11.

De esta forma, si el algoritmo es transparente, pero inexplicable (y viceversa), genera inseguridad y es posible que atente contra los derechos y las libertades fundamentales de las personas. Por consiguiente, si la I.A. de caja negra es, por definición, inexplicable, por muy eficiente que sea, debe prohibirse, de manera que se anteponga el respeto a los derechos y libertades fundamentales de las personas a los beneficios empresariales.

Volviendo al ejemplo anteriormente expuesto sobre Stephen Normandin, que fue despedido de manera automática por un sistema de I.A. que llegó a la conclusión de que el trabajador no alcanzaba los niveles de productividad exigidos por la empresa y, por tanto, debía ser despedido. En el supuesto de que este hecho hubiera tenido lugar en España y el Sr. Normandin quisiera impugnar el despido, si le resulta imposible conocer cómo ha llegado el algoritmo a tomar esa decisión ¿en qué basaría su pretensión? Como podemos comprobar, se produce una situación de indefensión y, con ello, una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, recogido en el art. 24 de la C.E.

En el siguiente capítulo, va a poder comprobarse que la posición estratégica que ha adquirido la U.E. en este ámbito es convertirse en un referente en el desarrollo de una I.A. que sea respetuosa con los valores europeos, para lo cual es necesario poder garantizar la fiabilidad de tales sistemas. Sin embargo, si las medidas establecidas hasta el momento en relación con la problemática existente con los algoritmos *blackbox* están encaminadas a abrir esa caja negra de la que venimos hablando ¿podemos considerar que realmente se está anteponiendo la tutela de los derechos y libertades de las personas a las prerrogativas empresariales? En mi opinión, la primera medida que debería haberse tomado para poder responder de manera afirmativa a esta cuestión, teniendo en cuenta que los algoritmos de caja negra son, por definición, inexplicables, sería la prohibición de los mismos; o incluso como una medida de prevención, de tal forma que, hasta poder asegurar (si es que es posible) que estos algoritmos que no permiten conocer su funcionamiento interno no atentan contra los valores europeos, no se permita su utilización.

Para culminar con este apartado, me gustaría hacer un breve inciso para comentar la dificultad que se plantea en torno al secreto empresarial. Algunos autores opinan que establecer determinadas obligaciones de transparencia a la

hora de utilizar algoritmos en la toma de decisiones choca con el secreto empresarial. Sin embargo, en este tipo de casos, el *quid* de la cuestión está en el tipo de parámetros que queremos desvelar; no se trata de desenmascarar la estructura interna del algoritmo, sino de las variables que éste tiene en consideración a la hora de tomar una decisión.

En este sentido, de la misma manera que el empleador tiene que justificar las razones que le han llevado a, por ejemplo, despedir a uno de sus trabajadores, es lógico que la I.A. que llegue a la misma conclusión tenga que ser capaz de hacer lo mismo. En caso contrario, además de la indefensión que le produce a la persona trabajadora, sería una vía de escape para el empleador que pretenda saltarse la Ley a su antojo: le bastaría con implantar en su empresa sistemas inteligentes opacos e inexplicables que tomen las decisiones que a este no le interese fundamentar para que las mismas fueran admitidas, como consecuencia de la presunción de objetividad que se produce alrededor de este tipo de decisiones.

3. MARCO JURÍDICO

3.1. ÁMBITO EUROPEO

Hasta la fecha, a nivel europeo no existe un marco jurídico en materia de I.A. que sea vinculante para los Estados miembros, aunque sí que se han elaborado gran cantidad de documentos sobre el desarrollo, el despliegue y la utilización de la I.A. en el ámbito de la U.E. En este sentido, mientras China y EE.UU. compiten por ver quién se coloca como primera potencia mundial del desarrollo de la I.A., sin preocuparse por el impacto que la utilización de estos sistemas pueda tener en la sociedad, la U.E. busca convertirse en un referente en el desarrollo de una I.A. que sea respetuosa con los derechos y las libertades fundamentales de los individuos.

En este sentido se elaboraron, entre otros, los siguientes documentos:

- Estrategia Europea en materia de I.A. (2018).
- Plan Coordinado para fomentar el desarrollo y la utilización de la I.A. en Europa (2018).
- Directrices éticas para una I.A. fiable (2019).
- Resolución del Parlamento Europeo sobre una política industrial global europea en materia de I.A. y robótica (2019).
- Libro Blanco sobre I.A. (2020).

Todos ellos insisten en la idea de que los sistemas de I.A. que se utilicen sean respetuosos con los valores europeos, para lo cual es necesario el establecimiento de una serie de medidas que tengan que ver con la transparencia, la explicabilidad y la responsabilidad de tales sistemas y de sus resultados.

A tal efecto, el Libro Blanco sobre I.A. estableció como uno de los objetivos principales abordar los riesgos vinculados a la utilización de las herramientas basadas en I.A., para lo que será necesario “desarrollar un ecosistema de confianza mediante la proposición de un marco jurídico destinado a lograr que la I.A. sea fiable.”²¹ En esta línea, en el año 2021 se lanzó una Propuesta de

²¹ Comisión Europea. *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial, un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. Bruselas, 2020.

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de I.A. (futura Ley de I.A.), con el fin de cumplir el ya mencionado objetivo establecido en el Libro Blanco sobre I.A. Sin embargo, a pesar de la positiva intención que tiene la U.E. de promover el uso de una I.A. segura, fiable y respetuosa con los derechos de las personas, contamos con simples directrices, consejos o propuestas, que no tienen carácter vinculante para los Estados miembros, lo cual supone un verdadero problema a la hora de intentar abordar los riesgos que genera la utilización de estos sistemas inteligentes, cuyo uso se incrementa en cada vez más ámbitos que afectan a la vida de las personas; y, como contrapartida, ni contamos con un marco normativo que nos proteja de tal situación, ni se espera tener la primera norma vinculante a nivel europeo hasta, al menos, finales del año 2023.

En caso de aprobarse la mencionada Propuesta de Reglamento europeo, los sistemas de I.A. se clasificarían en función de los riesgos que pudiera conllevar su utilización:

- a) Riesgo inadmisibile.
- b) Alto riesgo.
- c) Riesgo bajo o mínimo.

Al no mencionarse la posibilidad de que no exista riesgo, puede entenderse que siempre existirá y, en consecuencia, resulta imprescindible la imposición de mecanismos de transparencia, explicabilidad y responsabilidad algorítmica.

El primer nivel de riesgo abarca aquellos usos de la I.A. que se encuentran directamente prohibidos, por contravenir los valores de la U.E.; y, como contrapartida, el último de tales niveles lo conforman aquellos sistemas inteligentes que puedan utilizarse libremente. En lo que a nosotros respecta, los sistemas de I.A. clasificados como “de alto riesgo”, aunque la Propuesta de Reglamento los permite, se encuentran sujetos al cumplimiento de una serie de requisitos legales, definidos en el Capítulo 2 de la misma y relacionados con “los datos y su gobernanza, la documentación y el registro, la transparencia y la

comunicación de información a los usuarios, la vigilancia humana, la solidez, la precisión y la seguridad.”²²

Los sistemas clasificados en este segundo nivel de riesgo se encuentran definidos en el Anexo III de la mencionada Propuesta de Reglamento y, entre ellos, se incluyen aquellos que afectan al ámbito del empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo.

Por todo lo establecido anteriormente, la introducción de la gestión algorítmica en la empresa podría clasificarse dentro del segundo nivel de riesgo que establece la futura norma europea, debido al impacto que puede tener en la salud, seguridad y derechos fundamentales de las personas. Así, para que este tipo de herramientas pudiera utilizarse en el ámbito de la U.E.:

- Deberá llevarse a cabo, durante todo el ciclo de vida de la herramienta de I.A., un sistema de gestión de riesgos.
- Deberán someterse a determinadas prácticas de gobernanza y gestión de datos.
- Deberá redactarse la documentación técnica que permita comprobar que la herramienta inteligente cumple con los requisitos mencionados.
- Deberán realizarse diferentes tipos de registro con el fin de controlar el buen funcionamiento de los sistemas.
- Deberán disponer de un nivel mínimo de transparencia y de supervisión humana, así como de precisión, solidez y ciberseguridad.

En relación con la transparencia y la supervisión humana, el art. 22 del R.G.P.D. establece un derecho individual de información que, como regla general, garantiza una intervención humana en las decisiones tomadas automáticamente por sistemas inteligentes, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos o afecten de manera significativa al interesado, señalando a continuación tres supuestos excepcionales:

- Por un lado, en caso de que la decisión fuera necesaria para la celebración o ejecución de un contrato.

²² Comisión Europea. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*. Bruselas, 2021, pág. 15.

- En segundo lugar, si la decisión estuviera autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.
- Finalmente, en supuestos de decisiones basadas en el consentimiento expreso del interesado.

Además, según lo dispuesto en el art. 35 del R.G.P.D., una de las consecuencias de utilizar sistemas de I.A. considerados de alto riesgo genera la obligación empresarial de evaluar el impacto, con carácter previo al tratamiento de los datos, de manera que, cuando de dicha evaluación se concluya que existe riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de la persona, el diseño del algoritmo deberá ser modificado o, de lo contrario, no podrá utilizarse. Sin embargo, como norma general, no existe la obligación de llevar a cabo una auditoría algorítmica.

Según la A.E.P.D., la evaluación del impacto en el ámbito de la protección de datos personales “es una herramienta que permite evaluar de manera anticipada cuáles son los potenciales riesgos a los que están expuestos los datos personales en función de las actividades de tratamiento que se llevan a cabo con los mismos”²³; mientras, la auditoría algorítmica permite “la comprobación de los algoritmos utilizados y desarrollados por los sistemas de aprendizaje automático para demostrar que funcionan según lo previsto, y que no producen resultados discriminatorios, erróneos o injustificados.”²⁴ En este sentido, en tanto la evaluación del impacto constituye un control previo y la auditoría algorítmica uno posterior, ambas deberían ser obligatorias, pues se complementan; y, de esta manera, se lograría apaciguar el poder desproporcionado que otorga al empresario la utilización de sistemas de I.A., reforzando la protección de los derechos y libertades de las personas trabajadoras.

²³ Disponible en: <https://www.aepd.es/es/preguntas-frecuentes/2-rgpd/10-evaluacion-de-impacto/FAQ-0225-que-es-una-evaluacion-de-impacto-de-la-proteccion-de-datos> (Consultado por última vez el 13 de diciembre de 2022).

²⁴ Asensi Merás, A. “Los riesgos asociados a las plataformas digitales de financiación participativa derivados de la privacidad y la protección de datos personales en el mercado”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 1, 2022, pág. 26.

Así, “en la medida que el empleo de algoritmos pueda afectar a la seguridad y salud de las personas trabajadoras, dicha tecnología podría formar parte de la auditoria en materia de riesgos laborales.”²⁵

Como se ha podido comprobar, los textos anteriormente mencionados adolecen de un defecto común: todos ellos protegen a la persona afectada de manera individual, dejando a un lado la vertiente colectiva, siendo este planteamiento “insuficiente, cuando se trate de personas trabajadoras, pues (...) la protección de los derechos laborales se articula a través de la autonomía colectiva, de la organización y acción colectiva y sindical.”²⁶ En este sentido, como veremos en el epígrafe siguiente, cobra gran importancia la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, coloquialmente conocida como *Ley rider*, por la que se modifica el Texto Refundido de la L.E.T. para incluir, en su art. 64.4, un nuevo apartado donde se recoge un derecho de información colectivo.

3.2. ÁMBITO NACIONAL

En España, ya en la E.N.I.A., elaborada en el año 2020, se incluía el objetivo de establecer “un marco ético y normativo que refuerce la protección de los derechos individuales y colectivos, a efectos de garantizar la inclusión y el bienestar social.”²⁷ Y, en el mismo sentido, un año más tarde se realizó la C.D.D., en la que se reconocían derechos de información a la representación legal de las personas trabajadoras en el contexto de la nueva realidad digital. Sin embargo, al igual que ocurre a nivel europeo, se trata de documentos no vinculantes, que marcan el camino a seguir, pero que no generan obligaciones; por lo que, sirviendo estos textos de guía y tras reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo (entre otras, la S.T.S. 2924/2020, de 25 de septiembre), se aprueba en nuestro país, en el verano de 2021, la ya mencionada *Ley rider*, a través de la cual se introduce un derecho de información en favor de los comités

²⁵ García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J.R. “Nuevos instrumentos de soft law en lo laboral: guías y herramientas sobre valoración de puestos con perspectiva de género e información sobre el uso de algoritmos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 256, 2022, pág. 6.

²⁶ Sáez Lara, C., *op. cit.*, pág. 295.

²⁷ Desarrollado en el eje estratégico 6, pág. 13.

de empresa sobre los “parámetros, reglas e instrucciones”²⁸ en que se basan los sistemas de I.A. utilizados por la empresa en el ámbito de la gestión algorítmica.

A tal efecto, España puede considerarse pionera en esta materia, puesto que la Ley *rider* es la primera norma, tanto a nivel nacional como comunitario, que establece un derecho de información colectivo.

No obstante, esta Ley es objeto de diversas críticas:

- De un lado, por la presunción de laboralidad que establece en relación con los *rider*s, la cual resulta obvia tras la interpretación dada por el Tribunal Supremo en la Sentencia 2924/2020, de 25 de septiembre (Rec. 4746/2019) y tomando como base lo establecido en el art. 8 de la L.E.T.

En palabras de Rodrigo Tascón López, “no puede sino merecer la más severa crítica, habida cuenta de que no aporta nada nuevo (...) y no ayudará en exceso a combatir la precarización y el fraude que rige en este sector, sino que es posible que incluso provoque o acreciente otros efectos indeseados, como la fuga de empresas, la eliminación de puestos (sobre todo los más precarios) y el recurso a la economía sumergida.”²⁹

- De otro, porque solamente hace mención al comité de empresa.

Si bien trataremos este tema en profundidad más adelante, simplemente anticipar que va a ser la representación sindical la que se presente como mejor alternativa para la protección colectiva de los trabajadores de plataformas digitales, como consecuencia de la habitual inexistencia de representación legal en los entornos digitales.

No obstante, si bien es cierto que la Ley *rider* puede considerarse una norma muy insuficiente, también es necesario destacar y valorar de manera positiva la nueva letra d) del art. 64.4 de la L.E.T., puesto que “refuerza el papel de los

²⁸ Según la guía elaborada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social del Gobierno de España, esta referencia “debe entenderse referida a la lógica, a las características de funcionamiento del algoritmo y a sus consecuencias.” Disponible en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Guia_Algoritmos_ES.pdf (Consultado por última vez el 3 de octubre de 2022).

²⁹ Tascón López, R. “Prestación de servicios a través de plataformas digitales tras los últimos cambios legales y jurisprudenciales” en Fernández Fernández, R. y Fernández Domínguez, J. J. (Coord.), *Seminario Internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2021, pág. 138.

representantes de los trabajadores como vigilantes del cumplimiento de la legalidad en la empresa y defensores de los derechos básicos de la plantilla.”³⁰

Anteriormente, la única referencia que existía en relación con los sistemas inteligentes de toma de decisiones se hallaba en el ya mencionado art. 22 del R.G.P.D., que establece que los trabajadores que resulten afectados por las decisiones tomadas por herramientas de I.A. en el entorno de la gestión empresarial tendrán la posibilidad de impugnar, en su caso, tales decisiones y requerir una intervención humana; sin embargo, no establece ningún derecho a conocer los criterios que haya tenido en cuenta el sistema para llegar a tal conclusión. Por tanto, esta garantía relativa a la posibilidad de recurrir y solicitar que una persona intervenga para dotar de “humanidad” al proceso, no tiene mucho sentido si la persona afectada no va a poder conocer los criterios que ha tenido en cuenta la I.A. para alcanzar dicha consideración. A tal efecto, sacaríamos a colación, de nuevo, las notas de explicabilidad y transparencia de las que se debiera dotar a todo sistema de I.A., esta vez, para resaltar que de poco sirve intentar acabar con la deshumanización que se produce en este tipo de procesos con la irrupción de las N.T.I.C., si se permite la utilización de herramientas inteligentes opacas y/o inexplicables.

Finalmente, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación, cabe destacar la L.I.I.N.D., que entró en vigor en el año 2022 con el objetivo de prevenir, atender y reparar “cualquier situación discriminatoria en cualquier ámbito”³¹. Si bien es cierto que nuestra C.E. ya prohíbe cualquier situación discriminatoria (art. 14), contar con una Ley que aborde concretamente esta problemática complementa dicha prohibición constitucional, desarrollando y garantizando de manera efectiva los principios de igualdad y no discriminación en ámbitos específicos. En lo que a nosotros respecta, el art. 23 de la L.I.I.N.D. lo hace en el entorno digital. Sin embargo, a pesar de tratarse de un precepto con carácter normativo, parece establecer simples directrices, pues no contiene

³⁰ Fernández Villazón, L.A. “Nuevas facultades de representación para nuevos entornos laborales” en Fernández Fernández, R. y Fernández Domínguez, J. J. (Coord.), *Seminario Internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2021, pág. 368.

³¹ Vicente Palacio, A. “La Inteligencia Artificial en la Ley integral para la igualdad y no discriminación”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023, p. 127.

verdaderos mandatos (utiliza términos como favorecer, priorizar o promover). En cambio, los arts. 9 y 10 de la L.I.I.N.D., rubricados “Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena” y “Negociación colectiva”, respectivamente, sí que establecen obligaciones (“no podrán”, “deberán”, “se podrá exigir”), pero sin hacer mención expresa a la I.A. y a los mecanismos de toma de decisión automatizados. No obstante, si bien dicha mención hubiera servido para resaltar y reforzar las precauciones a la hora de utilizar tales sistemas, es cierto que tal ausencia no excluye a los mismos del ámbito de la prohibición de discriminación.

4. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como se ha podido ver en el apartado anterior, a nivel europeo no existe todavía un marco jurídico vinculante para los Estados miembros en materia de I.A., ya que, a pesar de haberse publicado en el año 2021 una Propuesta de Reglamento europeo, que será la futura Ley de I.A., la previsión es que dicha Ley no se apruebe hasta, al menos, finales de 2023.

De otro lado, tampoco en el ámbito nacional contamos con un marco normativo vinculante en materia de I.A., si bien resulta interesante destacar la aprobación de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, que modificó el art. 64.4 de la L.E.T. para introducir en él un derecho colectivo de información.

En este contexto de insuficiencia legislativa, la tutela colectiva cobra una mayor importancia; y, sin embargo, el legislador ha optado por dejarla de lado y centrar su atención en el plano individual de la tutela de los derechos de las personas trabajadoras, cuando “se hace difícil y complejo que un trabajador de forma individual se pueda oponer a que sus datos personales sean automatizados o a que se tomen decisiones automatizadas que le perjudiquen.”³²

Para comenzar a tratar la problemática existente en este ámbito, se hace necesario abordar, además de cuestiones relacionadas con el convenio colectivo, otras relacionadas con la representación colectiva de las personas trabajadoras de plataformas digitales.

4.1. LA REPRESENTACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS DIGITALES

En primer lugar, si bien es cierto que la Ley *rider* se refiere específicamente a “las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales”, hay que entender que el nuevo apartado d) del art. 64.4 de la L.E.T. tiene alcance general, reconocido “en favor de la representación legal de los trabajadores de

³² Bernal Santamaría, F. “*Big data*: gestión de recursos humanos y el derecho de información de los representantes de los trabajadores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 12 Núm. 2, 2020, pág. 148.

todas aquellas empresas que se sirvan de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial para la adopción de decisiones en el ámbito laboral”³³.

La razón por la cual la Ley *rider* se refiere a los trabajadores que realizan servicios de reparto y distribución de bienes y alimentos a través de plataformas digitales (como *Deliveroo* o *Glovo*, entre otras) es porque son los que más han experimentado una situación de precariedad laboral, en la que se les negó la condición de trabajadores por cuenta ajena (hasta la S.T.S. 2924/2020, de 25 de septiembre), lo cual les impedía disfrutar de los derechos y protecciones que realmente les correspondían. Es por ello que la mencionada Ley establece medidas para garantizar la protección laboral de las personas trabajadoras que prestan servicios para estas plataformas, sin perjuicio de que el derecho colectivo de información que introduce en la L.E.T. se reconozca, de manera general, en favor de la representación legal de los trabajadores, como resultado de introducirse en el art. 64.4 de dicho texto legal, que hace referencia expresamente a los comités de empresa.

Pese a la literalidad del mencionado precepto y en base a lo establecido en el art. 62.2 de la L.E.T., ha de entenderse que tal derecho se le reconoce a la representación unitaria, y no concretamente a los comités de empresa, puesto que los delegados de personal tienen atribuidas “las mismas competencias establecidas para los comités de empresa”³⁴. Además, en virtud del art. 10.3.1º de la L.O.L.S., esta competencia se extiende también a la representación sindical.

Por consiguiente, el problema que se plantea en relación con la representación colectiva de las personas trabajadoras tiene que ver, más bien, con las reglas contenidas en dicho texto legal en materia de representación unitaria, que resultan insuficientes a la hora de aplicarlas en el ámbito de las plataformas digitales.

³³ López Cumbre, L. (Dir.); Revuelta García, M. (Coord.). “La llamada «Ley rider»”, *Efectos laborales, sindicales y de Seguridad Social de la digitalización*. Ed. Aranzadi, 2022, pág. 66.

³⁴ Art. 62.2 L.E.T.

En primer lugar, este tipo de representación se articula en torno al concepto de centro de trabajo, definido en el art. 1.5 de la L.E.T.³⁵ y formulado tradicionalmente en un espacio en el que siempre existía un centro de trabajo físico. Con el tiempo, se dotó a este concepto de un carácter abierto, “siendo subsumible en él una variedad notable de posibles configuraciones”³⁶, lo que permitió extender su aplicación al ámbito digital.

A tal efecto, siendo posible identificar como centro de trabajo una *App*, “también sería factible la delimitación de los trabajadores adscritos a cada centro de trabajo digitalizado mediante las opciones de acceso a la aplicación.”³⁷

En este sentido, una vez resuelto el problema de la delimitación del centro de trabajo y de los correspondientes trabajadores adscritos al mismo, todavía sería necesario resolver la dificultad que plantea la cuantificación del personal a efectos de poder instaurar órganos de representación unitaria en dicho escenario. Sin embargo, los requisitos exigidos por la L.E.T. para poder contar con este tipo de representación centran su atención en la antigüedad del trabajador, cuando lo realmente importante en el ámbito de las plataformas digitales es el tiempo efectivo de prestación de servicios.³⁸

Por lo expuesto anteriormente, puede afirmarse que la actual regulación sobre representación unitaria no resulta adecuada a la hora de aplicarse en entornos digitales, en tanto la representación sindical parece adaptarse mucho mejor a tal situación. A tal efecto, mientras el comité de empresa tiene como referencia el centro de trabajo, las secciones sindicales, según establece el art. 10.1 de la L.O.L.S., tienen como principal referencia la empresa y, solo en su caso, el centro de trabajo. En un primer momento, el problema se produjo sobre límite mínimo que en dicha disposición se establece, de 250 trabajadores. En tal sentido, nuestro Tribunal Constitucional ya dejó claro que el único límite que dispone tal precepto es que “el delegado sindical solo ostentará determinados derechos

³⁵ “Se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral.”

³⁶ STSJ de Castilla y León 1583/2009, de 14 de enero (Rec. 1583/2008), FJ 4.

³⁷ Martín Muñoz, M. R. “El ejercicio de los derechos colectivos en el entorno empresarial digital: representación y negociación colectiva de los trabajadores de plataformas digitales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 232, 2020, pág. 15.

³⁸ *Idem*.

frente a la empresa -los previstos en el art. 10.3 L.O.L.S.- cuando concurren ciertos requisitos referidos tanto a las características de la unidad productiva como a la implantación de la organización sindical en la misma.”³⁹ Por lo tanto, podrán constituirse secciones sindicales en cualquier empresa o centro de trabajo, pero en el supuesto de que las mismas decidan nombrar delegados sindicales en empresas o centros de trabajo de menos de 250 trabajadores, éstos carecerán de los derechos y de las garantías que la L.O.L.S. les otorga a aquellos nombrados en empresas o centros de trabajo que superen dicha cifra.

En definitiva, la normativa actual no consigue adaptarse correctamente a los nuevos entornos digitales, puesto que, a pesar de ser la representación sindical la más indicada para garantizar los derechos laborales de las personas trabajadoras de este sector, presenta dificultades a la hora de establecerse en aquellas empresas que no alcancen los 250 trabajadores, donde la figura del delegado sindical no posee los mismos derechos y garantías que le otorga la Ley en aquellas entidades que cuenten con más de 250 personas empleadas.

Como resultado, resulta evidente la necesidad de reformar la normativa en materia de representación colectiva para adaptarla a los nuevos entornos digitales.

4.2. EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN LOS NUEVOS ENTORNOS DIGITALES

En el supuesto de poder calificar como laboral la prestación de servicios llevada a cabo por las personas trabajadoras de plataformas digitales, ésta tendrá encaje en el ámbito del convenio colectivo. Sin embargo, teniendo en cuenta la diversidad de actividades que abarca este sector, la cuestión que ahora se suscita es la relativa a cuál es el convenio que resulta de aplicación:

- De un lado, podría recurrirse al convenio colectivo de empresa.

En este supuesto, el problema radica en que, a pesar de la presunción de laboralidad que establece la Ley *rider*, sigue existiendo un rechazo generalizado a la hora de calificar la prestación de servicios vía plataformas digitales como laboral. Por poner el ejemplo más mediático, desde la aprobación de dicha Ley,

³⁹ STC 173/1992, de 29 de octubre, FJ. 6.

la empresa *Glovo* ha sido sancionada en múltiples ocasiones por contar con falsos autónomos en su plantilla, acumulando más de 205 millones de euros en tal concepto, haciendo caso omiso de las mismas⁴⁰.

A tal efecto, la Ley *rider* debería haber modificado la L.E.T. estableciendo una “declaración” de laboralidad, y no una “presunción” sobre la misma.⁴¹

- De otro lado, disponemos del convenio colectivo de sector.

En este caso, resulta muy complicado realizar un convenio colectivo que abarque la totalidad del trabajo desarrollado a través de plataformas digitales, como resultado de la heterogeneidad que caracteriza a las actividades llevadas a cabo en este entorno.

No obstante, en palabras de López Cumbre, “ya sea a nivel de sector o de empresa, el Convenio Colectivo servirá para materializar las distintas necesidades que cada uno observe en su entorno en materia de digitalización laboral.”⁴²

La primera medida que tomaron los Juzgados y Tribunales en este ámbito fue intentar encuadrar alguna de las actividades llevadas a cabo vía plataformas digitales en algún convenio colectivo de sector que estuviera vigente. Por ejemplo, en la S.T.S.J. de Madrid 942/2020, de 3 de febrero, se aplica el Convenio Colectivo de Logística, Paquetería y Actividades Anexas al Transporte de la Comunidad de Madrid para resolver la controversia entre *Glovo* y un *rider*, enmarcando a este último en la categoría profesional de mozo. Sin embargo, parece necesaria la realización de un convenio colectivo que se refiera concretamente al sector del reparto vía plataformas digitales como resultado de las particularidades que caracterizan a este tipo de actividades. En este sentido, Marín Malo establece lo siguiente:

⁴⁰ Entre otras muchas, “Nueva multa a Glovo por falsos autónomos y «riders» sin papeles: 57 millones de euros en Madrid”. Disponible en: https://www.eldiario.es/economia/nueva-multa-glovo-falsos-autonomos-riders-papeles-57-millones-euros-madrid_1_9890630.html (Consultado por última vez el 17 de marzo de 2023)

⁴¹ López Cumbre, L. “El trabajo autónomo en las plataformas digitales”, *Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo*, 2022, pág. 2.

⁴² López Cumbre, L. “Derechos laborales digitales y su negociación”, *Revista Otrosí*, núm. monográfico sobre “La abogacía en la era digital”, Colegio de Abogados de Madrid, 2019, pág. 56.

“Si bien es cierto que la regulación específica del sector del transporte podría servir de punto de partida, es necesario revisarla con el fin de elaborar una regulación del tiempo de trabajo que se adecue a las especiales características de esta nueva forma de organización productiva, reconociendo el tiempo de disponibilidad y de presencia en la misma y estableciendo criterios para su consideración y contraprestación adecuada.”⁴³

De la misma manera, a los prestadores de servicios de reparto de comida se les incluyó también en el Convenio Colectivo para el sector de Hostelería, según resulta del V A.L.E.H., tras su modificación del año 2019⁴⁴. Y, en este sentido, resolvió el T.S.J. de Asturias en Sentencia núm. 2093/2020, de 24 de noviembre, en la que se debatió sobre si la actividad realizada por la empresa *Glovo* consistía en la explotación de aplicaciones informáticas o en restauración. Finalmente, el Tribunal declaró que la explotación de aplicación informáticas cumplía una función instrumental, de tal manera que la actividad realizada por *Glovo* podía encuadrarse dentro del Convenio Colectivo de Hostelería.

Sin embargo, como ya comentamos anteriormente, no es suficiente con intentar incluir a los nuevos *riders* en algún convenio colectivo ya existente para otro sector, sino de llevar a cabo uno específico para el sector del reparto de comida a domicilio a través de plataformas digitales, en el que se tenga muy presente el papel esencial que juega la tecnología en este ámbito. Y, en este sentido, la empresa *Just Eat* firmó con U.G.T. y CC.OO. el primer convenio colectivo, esta vez a nivel de empresa, para dicho sector.

Antes de analizar el mencionado acuerdo, me gustaría hacer un inciso para resaltar el importante papel que jugó el XXIV Convenio Colectivo del sector de la Banca al ser el primero en regular, en el año 2021, el derecho ante la I.A.⁴⁵

En un primer momento, se cuestionó la capacidad real de la negociación colectiva para abordar el gran reto de la gestión algorítmica; ahora, el art. 80 del mencionado Convenio Colectivo de la Banca recoge una serie de derechos

⁴³ Marín Malo, M. “El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales”, *Temas Laborales*, núm. 148, 2019, pág. 184.

⁴⁴ Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los acuerdos de modificación y prórroga del V Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el sector de Hostelería, *BOE* núm. 76, de 29 de marzo de 2019, pág. 32704.

⁴⁵ Resolución de 17 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXIV Convenio Colectivo del Sector de la Banca, *BOE* núm. 76, de 30 de marzo de 2021, art. 80.5.

digitales que la plantilla tiene en el ámbito laboral, entre ellos, el llamado “Derecho ante la I.A.” del apartado 5, que plasma, de un lado, el derecho establecido por el art. 22 del R.G.P.D. relativo a la posibilidad de que en este tipo de procesos exista una mínima intervención humana, de tal manera que la persona afectada tenga derecho “a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos previstos por la Ley”⁴⁶; y, de otro lado, el derecho a la no discriminación cuando las decisiones y procesos estén basados únicamente en algoritmos, con el fin de equilibrar la balanza de prerrogativas empresariales y derechos de las personas trabajadoras, como resultado de la presunción de objetividad de la que gozan los sistemas de I.A., que también pueden incurrir en la toma de decisiones discriminatorias debido a que existe la posibilidad de que los datos en los que se basan estén sesgados. No obstante, este último derecho, por sí solo, podría resultar superfluo, pues cualquier persona en cualquier ámbito tiene derecho a no ser discriminado; lo que ocurre en este caso, es que el precepto incorpora la posibilidad de apelar la decisión algorítmica ante un ser humano.

Finalmente, en el segundo párrafo del art. 80.5 del mencionado Convenio, se establece la obligación empresarial de informar a la representación legal de la plantilla “sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen, exclusivamente, en modelos digitales sin intervención humana”, así como el contenido mínimo del que se compone tal obligación:

- Los datos que nutren los algoritmos.
- La lógica del funcionamiento.
- La evaluación de los resultados.

La especificación del contenido mínimo de información que debe proporcionarse resulta muy interesante, porque la poca normativa con la que actualmente contamos no lo especifica. En este sentido, el Ministerio de Trabajo y Economía Social elaboró la ya comentada Guía de Información Algorítmica, con el fin de concretar el contenido de la obligación empresarial de informar sobre el uso de

⁴⁶ *Ídem*.

algoritmos en el ámbito laboral; pero, insisto, se trata de un documento no vinculante, por lo que sería necesario plasmar todos estos aspectos en una Ley.

Volviendo al Convenio Colectivo firmado por *Jus Eat* y los sindicatos, en su Capítulo XIII se regulan los aspectos relacionados con el entorno digital; y, concretamente, su art. 68.e) desarrolla:

- De un lado, el contenido del art. 64.4.d) de la L.E.T.

La empresa tendrá la obligación de informar a la representación legal de la plantilla sobre las siguientes materias:

- Recursos humanos y relaciones laborales, siempre y cuando las decisiones tomadas en este ámbito puedan incidir tanto en las condiciones de trabajo como en el acceso y mantenimiento de empleo de las personas trabajadoras, incluida la elaboración de perfiles.
 - Organización de la actividad realizada por el personal de reparto (tipo de contrato, número de horas contractuales, preferencias horarias de las personas trabajadoras, libranzas previas).
- Y, de otro, el incluido en el art. 22 del R.G.P.D., junto con el derecho a la no discriminación.

A tal efecto, se dispone un mínimo grado de supervisión humana en las decisiones tomadas por los sistemas de I.A. automatizados, así como el derecho a la no discriminación en tales casos, que se ha de tener muy presente como resultado de la presunción de objetividad que caracteriza a este tipo de herramientas.

Además, como novedad y con el fin de canalizar el derecho de información descrito anteriormente, se establece la creación de una comisión paritaria denominada “Comisión Algoritmo”, una medida verdaderamente importante en este ámbito donde la participación y el diálogo entre representantes de empleados y de empleadores presenta numerosas dificultades a la hora de llevarse a cabo.

Finalmente, resulta de especial interés el Capítulo XIV del Convenio Colectivo que se viene comentando, dedicado a los derechos sindicales y de

representación colectiva, como consecuencia de la dificultad existente a la hora de articular fórmulas de representación de las personas trabajadoras en los nuevos entornos digitales. En esta línea, en el art. 69.4 del mencionado Convenio se dispone que la representación legal de la plantilla estará formada tanto por los comités de empresa y los delegados de personal como por los delegados sindicales. De esta manera, se complementa el contenido del art. 64.4.d) de la L.E.T., que solamente hace referencia a los comités de empresa, siendo este tipo de representación el que más dificultades plantea en el entorno de las plataformas digitales, como ya se comentó anteriormente.

En definitiva, la solución que se tomó en un principio para afrontar la dificultad planteada con los trabajadores de los nuevos entornos digitales consistió en intentar encuadrarlos dentro de algún convenio colectivo ya existente a nivel estatal (Convenio Colectivo de Hostelería y Convenio Colectivo para las Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera y Actividades Anexas al Transporte de la Logística). Sin embargo, si bien es cierto que el hecho de poder incluirles en algún convenio colectivo ya existente supondría una mejora de sus condiciones laborales (como pueden ser la garantía de disponer de un salario mínimo o de un derecho de seguro de accidentes laborales, entre otras), las medidas que en ellos se establecen no abordan de manera específica cuestiones relacionadas con los derechos que las personas trabajadoras tienen ante la I.A., que es la verdadera dificultad que plantean los nuevos entornos digitales.

Actualmente, la negociación colectiva ha introducido en algunos convenios colectivos ya existentes, que nada tienen que ver con el sector en que desarrollan su trabajo los *riders*, determinadas disposiciones que incluyen derechos relacionados con la I.A., si bien es cierto que no todos los abordan de manera explícita. Entre ellos, destaca el XXIV Convenio Colectivo del Sector de la Banca (art. 80); siendo interesante también el Convenio Colectivo del Sector de Grandes Almacenes⁴⁷, al establecer, su Disposición transitoria undécima, una serie de “compromisos para el gobierno de la transición digital y organizativa del sector”. En dicho precepto se prevé la creación de un Observatorio sectorial, entendido como un espacio de diálogo y concertación colectiva en el que abordar

⁴⁷ Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del Sector de Grandes Almacenes. *BOE* núm. 139, de 11 de junio de 2021.

temas de interés común y mejorar la situación del sector, el cual podrá sugerir la creación de protocolos que permitan a las empresas adaptarse a los cambios digitales y organizativos, así como promover nuevas formas de diálogo social.

En síntesis, resulta verdaderamente importante la elaboración de un convenio colectivo específico que aborde de manera exhaustiva los derechos relacionados con la I.A. en el entorno de las plataformas digitales, si bien llevarlo a cabo es realmente complicado, por varias razones:

- 1º. La I.A. es una tecnología emergente y en constante evolución, lo cual, junto con la problemática de la insuficiencia legislativa existente en este ámbito, dificulta realmente la labor de la negociación colectiva a la hora de anticipar cómo la I.A. puede afectar al trabajo y qué derechos laborales específicos pueden ser necesarios para proteger a los trabajadores.
- 2º. La variedad de impactos que la I.A. puede tener en los diversos sectores tiene como resultado que los derechos y las medidas específicas necesarias para proteger a las personas trabajadoras no siempre sean los mismos.
- 3º. La I.A. puede ser utilizada tanto por empleadores como por trabajadores y, por ello, es importante tener en cuenta las perspectivas de ambas partes a la hora de elaborar acuerdos que aborden los derechos relacionados con la I.A.

5. UNA VISIÓN DE FUTURO: DEASAFÍOS EN EL ACTUAL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL

La implementación de los sistemas de I.A. en el entorno empresarial sin la existencia de un marco normativo específico que controle los posibles efectos adversos y ante la débil intervención de mecanismos de diálogo social y, más concretamente, de negociación colectiva, tiene un efecto directo en la tasa de empleo: si no se establecen medidas encaminadas a incentivar la conservación y contratación de personas trabajadoras, la balanza tiende a inclinarse por la introducción de sistemas de I.A. que sustituyan a la plantilla de trabajadores, como resultado de la capacidad que poseen estos sistemas para “realizar con una mayor productividad las tareas que tradicionalmente vienen siendo realizadas por los humanos, con un rápido retorno de la rentabilidad y amortización de los costes de implementación”⁴⁸.

No obstante, he de añadir que no creo que sea posible (al menos, actualmente) la sustitución completa de la plantilla de trabajadores de una empresa, ni tampoco la creación de una empresa que solamente cuente con sistemas de I.A.; todavía es imprescindible contar con seres humanos que aporten capacidades cognitivas, si bien es difícil asegurar que esta situación se mantenga de manera permanente en el tiempo. Por ello, es necesario valorar los efectos que puede tener este hecho en los diferentes aspectos, empezando por el impacto en la tasa de empleo.

Una consecuencia directa de la introducción de los sistemas inteligentes en la empresa, que tienden a sustituir a las personas trabajadoras, es la destrucción del empleo de baja o media cualificación y la creación de nuevos puestos de trabajo con habilidades técnicas y profesionales avanzadas.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que no es posible rescindir un contrato de una persona trabajadora mediante la figura del despido objetivo, alegando causas económicas, técnicas, organizativas y/o productivas, con el fin de sustituirla por un programa informático; tal despido sería considerado improcedente, pues “la automatización mediante *bots* o *robots* con la única

⁴⁸ Pérez Gázquez, I.M., *op. cit.*

excusa de reducir costes (...) viene a significar lo mismo que reducir el Derecho al Trabajo para aumentar la Libertad de Empresa”⁴⁹.

Ahora bien, la protección contra el despido de los trabajadores puede no resultar suficiente a largo plazo y, por ello, es necesario analizar el impacto indirecto que puede tener la automatización de las tareas en nuestro sistema de Seguridad Social, cuya principal fuente de financiación es la cotización de los trabajadores y de los empresarios. En este sentido, si el nuevo escenario digital no es capaz de crear un volumen suficiente de puestos de trabajo, la tasa de paro aumentará al mismo tiempo que se reducirán las cotizaciones a la Seguridad Social, lo que tendrá como resultado la imposibilidad de satisfacer las diferentes prestaciones con las que cuenta nuestro sistema para mantener a trabajadores en desempleo o jubilados, entre otras situaciones.

En consecuencia, deberían idearse nuevas fórmulas de cotizaciones sociales o de impuestos, además de establecer una serie de incentivos para conservar personas trabajadoras en la empresa, de tal manera que el coste que supone mantener una persona empleada se equipare al de implantar sistemas de I.A. en el lugar de trabajo. En este sentido, es obvio que la implementación tecnológica no necesita incentivos, pues ya supone grandes ventajas para el empresario (sobre todo, en términos de productividad y ahorro de costes), pero tampoco es cuestión de poner grandes obstáculos a la hora de utilizar este tipo de sistemas. Simplemente, se trata de equilibrar el gasto que genera el mantenimiento de personal y el de herramientas de I.A., pues está claro que, en términos de productividad, la tecnología va a ser la opción preferida del empresario; si bien, en cuestión de capacidades cognitivas, la balanza se inclinará en favor de la intervención humana.

A tal efecto, podría resultar interesante la creación de un impuesto que gravase la introducción de sistemas de I.A. en la empresa, además de la posible cotización de los *robots*, pues “si la robótica contribuirá a aumentar la brecha de bienestar en determinados colectivos, parece justo y proporcional que también

⁴⁹ SJS de Las Palmas de Gran Canaria 4141/2019, de 23 de septiembre (Rec. 470/2019).

colabore en su solución de acuerdo con el pacto que genere sobre los trabajadores y el gasto social”⁵⁰.

Esta última situación resulta la más controvertida, ya que muchos autores consideran que “la máquina no produce riesgos o contingencias y, por ende, no genera la necesidad de protección en la que se basa cualquier sistema de Seguridad Social. Por eso sugieren como alternativa la creación de una renta básica que garantice el mínimo de subsistencia a toda la población, protegiéndola así del avance tecnológico.”⁵¹

En relación con la primera opción, que parece la más viable (al menos, en mi opinión), podría tratarse de un impuesto de naturaleza progresiva, en el sentido de que, cuanta más riqueza genere la I.A., mayor será su tributación; o podría tributar de manera directamente proporcional al número de puestos de trabajo desplazados, de tal forma que, cuanta más I.A. tenga el empresario supliendo tareas anteriormente realizadas por trabajadores, más tributará, pudiendo aplicarse deducciones en caso de que tales sistemas complementasen (y no sustituyeran) la labor de la persona empleada. Y, en caso de empresas de nueva o reciente creación, podrían establecerse facilidades tanto a la hora de utilizar herramientas de I.A. como de contratar personal, pero siempre con la condición de que mantenga un equilibrio entre el número de trabajadores contratados y los sistemas de I.A. implementados.⁵²

De esta manera, podría mitigarse el impacto de la irrupción tecnológica en el lugar de trabajo al tiempo que se incentivaría la utilización de estas nuevas herramientas inteligentes para mejorar las condiciones de las personas trabajadoras, apartándolas de tareas monótonas y repetitivas y reduciendo los problemas ergonómicos, entre otras circunstancias; y, en el mismo sentido, se estaría combatiendo el fenómeno de la deshumanización.

⁵⁰ Pérez Gázquez, I.M., *op. cit.*, pág. 37.

⁵¹ López Cumbre, L. “Start-ups y capitalismo de plataforma: renovación o adaptación de los presupuestos laborales”, en López Cumbre, L. (Dir.); Revuelta García, M. (Coord.). *Start-ups, emprendimiento, economía social y colaborativa. Un nuevo modelo de relaciones laborales*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pág. 101.

⁵² López Cumbre, L. “Financiación por cotización y alternativas complementarias para financiar la Seguridad Social”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extraordinario 2, 2015, págs. 13-15.

6. CONCLUSIONES

Al igual que ocurrió con las anteriores revoluciones industriales, la Industria 4.0 también ha provocado un temor generalizado a la pérdida de empleo masivo; sin embargo, hasta ahora nunca se ha materializado. No obstante, existen razones para pensar que esta vez puede ser diferente, principalmente, porque la I.A. está compitiendo con el ser humano en aspectos relacionados con capacidades cognitivas, si bien no podemos afirmar aún que este tipo de herramientas tenga verdadera inteligencia.

Sea como fuere, es obvio que la introducción de los sistemas de I.A. en el lugar de trabajo causará un impacto directo en la tasa de empleo, pues la rápida amortización de los costes de inversión en herramientas de I.A. y el consiguiente aumento de la productividad, junto con el elevado gasto que supone para el empresario el mantenimiento de una plantilla de personas trabajadoras, tienen como resultado que, desde una perspectiva empresarial, resulte más ventajoso invertir en tecnología que en recursos humanos; más aún, en un contexto de insuficiencia legislativa y de escasa intervención de mecanismos de diálogo social que establezcan medidas de control dirigidas a evitar que el poder empresarial aumente de manera desmesurada.

Precisamente, esta carencia de un marco normativo que regule específicamente la introducción de sistemas de I.A. en la empresa provoca que el papel de la negociación colectiva devenga más importante aún; y, al mismo tiempo, dicha situación de insuficiencia legislativa dificulta la labor que lleva a cabo la negociación colectiva de prevenir y anticipar los desafíos que genera la utilización de dichas herramientas inteligentes con el fin de determinar qué tipos de medidas deben tomarse para proteger los derechos de los trabajadores. Algunas de esas medidas podrían consistir en:

1. Garantizar el uso de una I.A. fiable, esto es, transparente y explicable, de tal manera que pueda conocerse el algoritmo y, además, que sea comprensible para el ojo humano.

En este escenario, la I.A. de caja negra no tiene cabida, puesto que, por definición, es inexplicable; y, por ello, debe prohibirse. Si uno de los objetivos principales consiste en instaurar una I.A. que sea respetuosa con los valores

Europeos, no puede permitirse la utilización de una herramienta inteligente que se caracterice por el desconocimiento de su funcionamiento interno, de tal forma que no sean explicables las decisiones que ésta tome. En caso de permitirse, se estarían poniendo en riesgo los derechos fundamentales de las personas, en particular, la no discriminación y la tutela judicial efectiva.

2. Establecer los derechos de información y consulta desde el inicio del proceso, durante y una vez terminado el mismo.

De esta manera, puede negociarse qué tipo de algoritmo va a utilizarse, cuáles son los datos que van a tratarse y con qué fin; además de llevar a cabo una serie de controles que aseguren que se cumple con lo acordado durante el transcurso del proceso, informando de los resultados obtenidos, y una vez terminado, de manera periódica, con el fin de evaluar el impacto de los mismos.

Para hacer efectivo este derecho, es preciso establecer una delimitación temporal del mismo, de tal forma que la empresa esté obligada a facilitar a los representantes de las personas trabajadoras toda la información necesaria con la debida antelación. En caso contrario, el derecho de información quedaría vacío de contenido, pues formalmente se estaría reconociendo tal derecho, pero no se estarían estableciendo las garantías necesarias para poder llevarlo a la práctica.

3. Fijar las obligaciones de negociar el algoritmo y de llevar a cabo una auditoría algorítmica.

A tal efecto, no es suficiente con informar y evaluar el impacto de sus resultados, sino que es preciso llevar un control más estricto para evitar que el poder empresarial aumente a un nivel tal que termine precarizando las condiciones de sus trabajadores. De esta manera, al estar obligado a negociar el algoritmo, la representación de la plantilla sería la encargada de establecer los límites y las obligaciones con las que tuviera que cumplir el empresario para poder instaurar dichos sistemas; y, de otro lado, la auditoría permitiría comprobar que la tecnología que se pretende utilizar se ajusta a lo establecido por ley.

4. Concretar y clarificar los derechos de información y consulta.

En este sentido, si bien es posible extraer un contenido común de determinadas disposiciones establecidas en las Secciones 1 y 2 del Capítulo III del R.G.P.D. y

del art. 64.4.d) de la L.E.T., sería conveniente reunir en una única norma el contenido que conforma tal derecho.

5. Creación de un órgano de información y consulta mutua entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras.

Este órgano debería encargarse de la realización de reuniones periódicas; y, también, debería contar con personas específicamente formadas en este ámbito encargadas del asesoramiento de ambas partes, con el objetivo de que exista un espacio permanente de diálogo y confrontación.

Sin embargo, los documentos (no vinculantes) de los que disponemos hoy en día que marcan el camino a seguir a la hora de regular lo que podemos llamar “el derecho ante la I.A.” ponen su atención en la tutela individual de los derechos de las personas trabajadoras, dejando de lado la negociación colectiva; en algunas ocasiones se la menciona, pero no es suficiente: el legislador debe encargarse de desarrollar las competencias que han de asumir los representantes de los trabajadores.

En la misma línea, también es necesario reformar el marco normativo del que disponemos actualmente en materia de representación colectiva, con el fin de adaptarlo a los nuevos espacios digitales, pues la interpretación realizada por los tribunales españoles no ha sido suficiente para dotar a los trabajadores de plataformas digitales de los mismos derechos y garantías que poseen aquellos de centros de trabajo físicos, ya que las reglas contenidas en la L.E.T. y la L.O.L.S. están diseñadas para aplicarse en espacios físicos.

En síntesis, existen tres puntos clave de los que debería partirse para abordar la problemática de la irrupción de la I.A. en el lugar de trabajo:

1. Elaborar un marco normativo específico que garantice los derechos de los trabajadores frente a la utilización de los sistemas de I.A. en el lugar de trabajo, así como reformar la actual legislación laboral para adaptarla a los nuevos entornos digitales (tanto la L.E.T. como la L.O.L.S. están pensadas para el desarrollo de los trabajos en espacios físicos).

2. Mencionar expresamente la negociación colectiva en esta nueva normativa, con el fin de reconocer y resaltar su importancia en el contexto de la transformación digital.
3. Establecer medidas de prevención para mitigar el impacto que la irrupción de la I.A. va a tener sobre la tasa de empleo.

A tal efecto, la rápida evolución de la I.A. provoca desafíos significativos a la hora de elaborar una normativa específica y actualizada; y, precisamente por ello, es tan importante el papel de la negociación colectiva, porque permite a los trabajadores y empleadores desarrollar acuerdos específicos que aborden las dificultades que se van produciendo en cada momento. Así, la negociación colectiva sería capaz de proteger y garantizar los derechos laborales ante la rápida evolución de los sistemas de I.A., complementando la normativa que se elabore en dicho ámbito.

Para terminar, me gustaría insistir en la necesidad de establecer medidas que aborasen la problemática de la destrucción del empleo; pues, así como es un hecho que no logramos avanzar a la misma velocidad con la que lo hace la tecnología basada en I.A. y, en consecuencia, es comprensible que aún no contemos con una legislación específica y actualizada que proteja y garantice los derechos de las personas trabajadoras en este aspecto, parece que el impacto en la tasa de empleo sí que podemos abordarlo con antelación, ya que contamos con mecanismos suficientes para lograr que, al menos a corto plazo, no sea posible la completa sustitución de personas trabajadoras por máquinas, algo que no puede garantizarse a largo plazo. Por ello, aprovechando que podemos contener el impacto, de momento, deberíamos empezar a plantearnos la creación de un nuevo impuesto a la I.A. que haga que los costes en recursos humanos se equiparen a aquellos invertidos en tecnología, además de establecer incentivos a la contratación de personas trabajadoras y al mantenimiento de una plantilla mixta, en la que la labor llevada a cabo por la I.A. complemente el trabajo humano.

BIBLIOGRAFÍA

Asensi Merás, A. “Los riesgos asociados a las plataformas digitales de financiación participativa derivados de la privacidad y la protección de datos personales en el mercado”. *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 1, 2022.

Comisión Europea. *Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable*. Bruselas, 2019.

Comisión Europea. *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial, un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. Bruselas, 2020.

Dastin, J. “Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women”, *Reuters*, 2018.

Fernández Fernández, R.; Fernández Domínguez, J. J. (Coord.) *Seminario Internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2021.

García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J.R. “Nuevos instrumentos de soft law en lo laboral: guías y herramientas sobre valoración de puestos con perspectiva de género e información sobre el uso de algoritmos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 256, 2022.

Garrigues Giménez, A. “La respuesta negocial al uso de algoritmos en la relación de trabajo: bases, previsiones, presencias y ausencias”. *Grandes Tratados*. Ed. Aranzadi, 2022.

Gobierno de España. *Carta de Derechos Digitales*. Madrid, 2021.

López Cumbre, L. “Derechos laborales digitales y su negociación”, *Revista Otrosí*, núm. monográfico sobre “La abogacía en la era digital”, Colegio de Abogados de Madrid, 2019, págs. 56-57.

López Cumbre, L. (Dir.); Revuelta García, M. (Coord.). *Efectos laborales, sindicales y de Seguridad Social de la digitalización*. Ed. Aranzadi, 2022.

López Cumbre, L. “El trabajo autónomo en las plataformas digitales”, *Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo*, 2022.

López Cumbre, L. “Financiación por cotización y alternativas complementarias para financiar la Seguridad Social”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extraordinario 2, 2015.

López Cumbre, L. “Start-ups y capitalismo de plataforma: renovación o adaptación de los presupuestos laborales”, en López Cumbre, L. (Dir.); Revuelta García M. (Coord.), *Start-ups, emprendimiento, economía social y colaborativa. Un nuevo modelo de relaciones laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, págs. 43-108.

Martín Muñoz, M. R. “El ejercicio de los derechos colectivos en el entorno empresarial digital: representación y negociación colectiva de los trabajadores de plataformas digitales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 232, 2020.

Ministerio de Trabajo y Economía Social. *Información algorítmica en el ámbito laboral*. Gobierno de España, 2022.

Marín Malo, M. “El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales”, *Temas Laborales*, núm. 148, 2019, págs. 161-187.

Peirano, M. “Inteligencia Compartida”, *Muy Interesante*, núm. 492. Madrid, 2022, pág. 13.

Plaza Penadés, J.; González Hernández, I.; Vázquez de Castro, E. (Direcc.). *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 60, 2022.

Rodríguez Cardo, I.A. “Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral: ¿hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades?” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 253, 2022.

Sáez Lara, C. “Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Ediciones Complutense, 2022, págs. 283-300.

Soper, S. “Fired by bot at Amazon: «it’s you against the machine»”, *Bloomberg*, 2021.

U.G.T. “Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales”. *Servicio de Estudios de la Confederación*, núm. 20, 2021.

Vicente Palacio, A. “La Inteligencia Artificial en la Ley integral para la igualdad y no discriminación”. *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 64, 2023, págs. 126-150.

ANEXO DE LEGISLACIÓN

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.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre las normas de Derecho civil sobre robótica [2015/2103 (INL)].

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. *BOE* núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, págs. 119788-119857.

Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los acuerdos de modificación y prórroga del V Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el sector de Hostelería, *BOE* núm. 76, de 29 de marzo, págs. 32702-32712.

Resolución de 17 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXIV Convenio Colectivo del Sector de la Banca, *BOE* núm. 76, de 30 de marzo de 2021, págs. 36296-36357.

Comisión Europea. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*. Bruselas, 21 de abril de 2021.

Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del Sector de Grandes Almacenes, *BOE* núm. 139, de 11 de junio de 2021, págs. 71598-71653.

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. *BOE* núm. 233, de 29 de septiembre de 2021, págs. 119341-119344.

Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales*. Bruselas, 9 de diciembre de 2021.

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *BOE* núm. 167, de 13 de julio de 2022.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/1992, de 29 de octubre (B.O.E. núm. 288, de 1 de diciembre de 1992).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 1319/2009, de 14 de enero (Rec. 1583/2008).

Sentencia del Juzgado de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria 4141/2019, de 23 de septiembre (Rec. 470/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2924/2020, de 25 de septiembre (Rec. 4746/2019).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 942/2020, de 3 de febrero (Rec. 749/2019).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 2093/2020, de 24 de noviembre (Rec. 1110/2020).