

Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales

Carmen Sáez Lara¹

Recibido: 3 de diciembre de 2021 / Aceptado: 4 de mayo de 2022

Resumen. Aunque los efectos de la IA sobre el trabajo son aún inciertos, en la gestión empresarial algorítmica (desde la contratación al despido) se han descrito ya efectos sobre la intimidad, protección de datos, igualdad y salud laboral. Resolver el binomio IA y prohibición de discriminación obligará a la adaptación de la normativa antidiscriminatoria, introduciendo regulaciones que impongan la transparencia, ‘explicabilidad’ y responsabilidad algorítmica. El análisis de los diversos documentos y normas, tanto en la Unión Europea como en nuestro país, relativos a la tutela de los derechos de las personas trabajadoras en el contexto de la gestión empresarial algorítmica, será el objeto de este trabajo. Y se comprobará su principal laguna, el enfoque exclusivamente individual, la ausencia de instrumentos de tutela sindical de los derechos laborales. Por ello, se analizarán las competencias de los representantes sindicales sobre el control de la IA y se formularán propuestas de reforma normativa. **Palabras clave:** Inteligencia artificial; gestión empresarial algorítmica; derechos fundamentales y trabajo. Representantes sindicales

[en] Algorithmic management and collective protection of labour rights

Abstract. Although the effects of AI on work are still uncertain, effects on privacy, data protection, equality and occupational health have already been described in algorithmic management (from hiring to firing). Solving the AI/discrimination ban binomial will require the adaptation of anti-discrimination legislation, introducing regulations that impose algorithmic transparency, explainability and accountability. The analysis of the various documents and regulations, both in the European Union and in our country, relating to the protection of the rights of workers in the context of algorithmic management, will be the subject of this work. And its main shortcoming will be verified: its exclusively individual approach and the absence of instruments for trade union protection of labour rights. For this reason, the competences of trade union representatives in the control of AI will be analysed and proposals for regulatory reform will be formulated.

Keywords: Artificial intelligence; algorithmic management; fundamental rights and labour. Trade Union representatives

Sumario. 1. Gestión empresarial algorítmica y derechos de las personas trabajadoras. 2. Impacto discriminatorio y colectivos de personas trabajadoras vulnerables. 2.1. El algoritmo Frank, discriminatorio por diversos motivos 2.2. La necesaria actualización de la tutela antidiscriminatoria. 3. Tutela de derechos y gestión empresarial algorítmica. 3.1. El Reglamento General de Protección de Datos. 3.2 Estrategia Europea en Inteligencia Artificial. 3.3. Propuesta de Reglamento Europeo sobre IA: Alto riesgo de la gestión empresarial automatizada. 3.4. Regulación en España sobre IA en la gestión empresarial. 4. Tutela de los derechos laborales: Déficit de mecanismos de tutela colectiva. 5. La necesaria tutela colectiva frente a la gestión empresarial algorítmica. 6. Propuestas de instrumentos de tutela colectiva de los derechos laborales. 7. Bibliografía

¹ Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba.
Correo electrónico dtlsalac@uco.es

Cómo citar: Sáez Lara, C. (2022). Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 283-300

1. Gestión empresarial algorítmica y derechos de las personas trabajadoras

Los efectos que la inteligencia artificial (IA) tendrá en las empresas y en el trabajo son aún inciertos. La IA puede producir beneficios para las personas trabajadoras, como el aumento de las capacidades humanas, la mejora de la creatividad, la promoción de la inclusión, la reducción de las desigualdades económicas, sociales y de género, pero también puede implicar peligros, al aumentar las actitudes autoritarias y, sobre todo, porque sus efectos resultan impredecibles (Aloisi y Gramano, 2019:126).

El siglo XXI ha dado paso a la introducción de sistemas de IA, en el ámbito de la gestión empresarial, donde se utilizan herramientas de *machine learning* o de aprendizaje automático para la adopción de decisiones automatizadas de recursos humanos, relativas a la selección y contratación, promoción, retribución, control y sanción de las personas trabajadoras. Estos sistemas de IA posibilitan la adopción de decisiones autónomas y predictivas, al margen o en colaboración con las personas responsables en la gestión de las empresas y con importantes efectos para las personas trabajadoras (Agencia Española de Protección de Datos, 2020:2). Los progresos tecnológicos y las posibilidades de análisis de macrodatos, la inteligencia artificial y el aprendizaje automático han facilitado, en definitiva, la creación de perfiles y han automatizado las decisiones empresariales.

Ya en 2016, conocidas empresas y plataformas (Goldman Sachs, Amazon) informaban de la utilización de un modelo algorítmico de gestión automática del personal, incluyendo decisiones de contratación e incluso de despido. Herramientas de IA y algoritmos son utilizados para la gestión de las plantillas, procesando datos derivados del seguimiento de las personas trabajadoras, la supervisión digitalizada y la evaluación de su rendimiento. En materia de contratación, se utilizan datos personales a través de la información disponible en redes sociales y además del escaneo facial en entrevistas, es frecuente el escaneo automatizado de *currícula*². Las herramientas de IA analizan también el rendimiento laboral, a través de teléfonos y aplicaciones que rastrean la velocidad y registran movimientos, ritmos de trabajo y tiempos de descanso, en las plataformas digitales, donde se utilizan algoritmos que, determinando cómo se combinan la oferta y la demanda, fijan los niveles de pago y las consecuencias derivadas de calificaciones positivas o negativas³. El uso de algoritmos en gestión empresarial se asocia al ofrecimiento de trabajo, según la demanda empresarial previamente establecida y el sistema de calificaciones del trabajo de las plataformas se extiende a sectores, como el de la restauración.

Pues bien, la gestión algorítmica puede determinar intrusiones en la vida privada de las personas trabajadoras, al basarse en datos obtenidos de herramientas como las insignias inteligentes o la neurovigilancia y anular la distinción entre vida privada y tiempo de trabajo. En el control que ejercen las nuevas herramientas, la vigilancia va

² En Estados Unidos existen regulaciones estatales en 18 estados que prohíben a los empleadores solicitar a los candidatos que revelen su historia en redes sociales: Bodie *et al.* (2017).

³ STS 805/2020, de 25 de septiembre (Rec. 4746/2019).

más allá del tiempo y lugar de trabajo (así la información obtenida de redes sociales o registros de patrones de sueño). En consecuencia, no puede ignorarse el nivel de estrés, derivado del control continuo sobre las personas, y los consiguientes riesgos psicosociales generados por estas prácticas. Además, el comportamiento digital puede ser objeto de vigilancia; en los programas de bienestar empresarial, se ofrecen dispositivos a los trabajadores que rastrean su nivel de estrés, estados emocionales, o el acceso a plataformas de seguimiento del sueño y los escaneos faciales predicen emociones frente a diversas situaciones. En definitiva, la gestión empresarial algorítmica exige recopilar datos de diversas fuentes (emails, redes sociales o credenciales inteligentes) lo que determina que todas las actividades de los trabajadores pueden ser objeto de control y seguimiento y que los datos sean procesados para medir su productividad y su compromiso empresarial. Es decir, implementada la gestión algorítmica, el buen funcionamiento del algoritmo exige *big data*; los algoritmos necesitan para un adecuado funcionamiento de una gran cantidad de datos sobre las personas trabajadoras.

Pues bien, en el debate académico relativo al binomio IA y trabajo, se contraponen las ventajas para las empresas y los riesgos para los derechos de las personas trabajadoras. Su utilidad para las organizaciones, al ofrecer respuestas con eficiencia y ahorro de costes, no debe ocultar sus riesgos para los derechos de las personas afectadas. También destacando esta dualidad entre ventajas y riesgos, el Acuerdo Marco de 22/6/2020⁴, sobre la digitalización, señala, en relación con estos últimos, la posibilidad de atentar contra la dignidad del ser humano, de degradar las condiciones de trabajo y dificultar la delimitación entre la frontera entre vida profesional y vida personal. Es difícil prever, en efecto, cómo el seguimiento, la localización, la puntuación, la incentivación a través de “*nudges*” y penalizaciones, las clasificaciones y todas las métricas resultantes, generadas por las herramientas tecnológicas, pueden ser manipuladas y reutilizadas para inferir características no especificadas o para predecir comportamientos desconocidos.

Centrando estos efectos, desde la perspectiva jurídica, hemos afirmado ya que la introducción de sistemas de IA en la gestión empresarial está determinando importantes efectos sobre los derechos a la intimidad, a la protección de datos, a la igualdad y a la salud laboral. Se destacan así los riesgos de una vigilancia laboral invasiva, las prácticas discriminatorias derivadas de la gestión algorítmica y el uso intensivo de datos de los trabajadores. Además, no pueden desconocerse los efectos de la IA sobre los riesgos profesionales y la tutela de la salud laboral, que habrá de adaptarse a la evolución derivada de la digitalización del trabajo (Lerouge, 2020: 3). Veamos a continuación el eventual impacto discriminatorio de la gestión empresarial basada en sistemas de IA, para después abordar, ya en términos más amplios, los mecanismos de tutela de los derechos laborales.

2. Impacto discriminatorio y colectivos de personas trabajadoras vulnerables

Uno de los temas más estudiados, en el ámbito iuslaboralista, ha sido el del eventual impacto discriminatorio de las decisiones de gestión empresarial algorítmica por la

⁴ Suscritos por los interlocutores sociales europeos: Business Europe, SM Eunitied, CEEP y la CES (y el comité de enlace EUROCADRES/ CEC).

posible existencia de “*bias*” o sesgos, que serían desviaciones inadecuadas en su proceso de inferencia. Los sesgos son particularmente graves si derivan en discriminaciones de un grupo en favor de otro y, aunque la existencia de sesgos no es un problema exclusivo de los sistemas de IA, sino común de las decisiones humanas, si es alarmante que la elaboración de perfiles pueda perpetuar o cronificar los estereotipos existentes y ampliar sus efectos de segregación. Igualmente, debe cuestionarse aceptar, sin espíritu crítico, los resultados de la IA como ciertos, objetivos e inamovibles, presumiéndoles una autoridad, que no haya sido contrastada.

Son conocidos desde hace años, los ejemplos de impacto discriminatorio de la IA en la contratación o en materia salarial, en las plataformas. El sistema de contratación algorítmica de Amazon desfavorecía a las mujeres, al mostrar una preferencia hacia los candidatos hombres, al mismo tiempo que se denunciaba que la Agencia Estatal de Empleo en Austria (AMS) clasificaba a las mujeres desempleadas en un grupo inferior, incluso cuando experiencia y cualificaciones de hombres y mujeres eran coincidentes (Allhutter et al. 2020: 7). La discriminación salarial de las trabajadoras de plataforma, que usan algoritmos para fijar los niveles de pago, se evidencia en diversos trabajos (Kullmann, 2018:20), así como las discriminaciones por razón de edad (Ajunwa, 2019:28). La empresa *HireVue*, que ofrece entrevistas virtuales con solicitantes de empleo, utiliza una herramienta que identifica la expresión facial, indicaciones de voz, elección de palabras, pero el sistema de análisis facial utilizado tiene problemas para leer las caras de mujeres de piel oscura⁵.

En definitiva, la introducción de sistemas algorítmicos de contratación o de aplicaciones para medir la productividad de las personas, en el lugar de trabajo, si reproducen y amplían los sesgos y prejuicios discriminatorios existentes, podría vulnerar la prohibición de discriminación establecida por la normativa europea y española. Antes de analizar la eficacia de la tutela antidiscriminatoria en España, frente a eventuales supuestos de discriminaciones algorítmicas, nos referimos a la declaración judicial italiana, sobre el carácter discriminatorio del algoritmo *FranK*.

2.1. El algoritmo *FranK*, discriminatorio por diversos motivos

Hace apenas un año conocimos una declaración judicial sobre la naturaleza discriminatoria y antisindical de la aplicación del algoritmo *FranK*, por la plataforma Deliveroo, para la organización de las reservas de trabajo de los transportistas o *riders*. Este algoritmo privilegia el acceso a la prestación de trabajo, en función de un ranking reputacional, que ignora el ejercicio del derecho a la salud, a la conciliación, a la huelga o a la acción sindical. En concreto, el modelo organizativo de la plataforma, basado en la reputación digital, privilegia o prefiere al *riders* totalmente disponible, sin tener en cuenta si la imposibilidad de prestar servicios obedece a motivos de salud, de asistencia o cuidado de familiares o a la participación en una huelga, por ejemplo. La decisión judicial declara que el algoritmo no es neutral a la hora de tomar decisiones, sino que, conscientemente, podría discriminar, pues reproduce al infinito la lógica de sus programadores⁶.

⁵ Un trabajo clásico, con abundantes supuestos de hecho de algoritmos con efectos discriminatorios es el de O’neil (2016)

⁶ Sentencia del Tribunal de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre. Un comentario sobre la misma: Fernández Sánchez (2021)

La relevancia de la sentencia radica en que la reputación digital que condiciona las posibilidades de trabajar constituye, generalmente, una forma de organización del trabajo, de los sistemas que proporcionan servicios a través de plataformas. Pues bien, este algoritmo, que privilegia a la persona disponible todo el tiempo puede tener un impacto adverso sobre otros colectivos, por ejemplo, sobre las mujeres, dada su mayor carga de trabajo de cuidados, que es, como se sabe, una de las causas de la brecha laboral de género. Recuérdese además que criterio de la flexibilidad, que también remite a la mayor disponibilidad, ya había sido un criterio enjuiciado por la jurisprudencia europea dado su impacto adverso sobre la igualdad salarial de las mujeres⁷.

2.2. La necesaria actualización de la tutela antidiscriminatoria

A través de los ejemplos antes citados se ha comprobado la posibilidad de que los sistemas de gestión empresarial algorítmica vulneren la prohibición de discriminación, establecida por la normativa europea y española, y que prohíbe tanto las discriminaciones directas como las indirectas. ¿Esta nuestro sistema de tutela antidiscriminatorio adaptado para proteger a las personas trabajadoras frente a las formas de discriminación algorítmica?

Sobre este tema ya hemos analizado las dificultades de aplicación de los controles, o tests de la discriminación directa e indirecta, atendiendo a los rasgos de la discriminación algorítmica y hemos propuesto la conveniencia de reflexionar sobre la adaptación de la tutela antidiscriminatoria (Sáez, 2020:120). Efectivamente, aunque una primera aproximación pudiera llevarnos a considerar que las eventuales discriminaciones algorítmicas pueden ser sancionables bajo la prueba de la discriminación indirecta, en muchas ocasiones, ello no parece posible.

Debemos recordar que el concepto de discriminación indirecta significó la ampliación de la tutela antidiscriminatoria desde la discriminación intencional a la discriminación por su efecto, no justificada en la necesidad de la empresa, y que la prohibición de la discriminación indirecta está dirigido a evitar el uso de criterios neutros, pero con efectos discriminatorios, siempre que no estén justificados por su fin legítimo y no superen un escrutinio de adecuación y proporcionalidad. Por ello, habría que cuestionar una fácil equiparación de la discriminación algorítmica a un eventual supuesto de discriminación indirecta, pues cuando nos enfrentamos a una decisión automatizada discriminatoria, el problema supera o desborda el supuesto de hecho que llevaría a la ampliación de la prohibición de discriminación desde las discriminaciones directas a las indirectas o por su impacto adverso.

La aplicación mecánica de la doctrina del *disparate impact* falla, en efecto, para abordar los riesgos particulares de estos sistemas algorítmicos, pues esta doctrina evalúa el uso de *test* o criterios, que miden habilidades de los trabajadores y se centra en la validez de tales medidas y su relevancia para un trabajo concreto. Por el contrario, los sistemas algorítmicos extraen los datos disponibles, buscando correlaciones estadísticas, que conectan variables aparentemente no relacionadas, como los patrones de comportamiento de las redes sociales, con el desempeño laboral (Kim, 2017:907). Los modelos algorítmicos no presentan, en definitiva, los caracteres necesarios para una aplicación correcta de la doctrina del *adverse impact*, ya que, en

⁷ SSTJCE de 17/10/1989, Danfoss, C-109/88, de 11/05/1999, AWG, C-309/97 y de 30/03/2000, JämO, C-236/98.

lugar de proporcionar criterios de selección o de evaluación específicos que están justificados por su relevancia para el trabajo, los modelos de datos involucran procesos de decisión opacos, que descansan en correlaciones inexplicables, y carecen de justificaciones empresariales claramente articuladas. Ahora nos enfrentamos a algo mucho más complejo, a un componente aplicativo de inteligencia artificial para adoptar decisiones parciales o finales automatizadas.

Por ello, he afirmado que el actual marco normativo no es adecuado para hacer frente a las decisiones automatizadas discriminatorias, atendiendo a sus rasgos (invisibilidad, intensidad y complejidad técnica) y que es necesario avanzar en el debate sobre su adaptación, atendiendo a los nuevos riesgos derivados de esos rasgos diferenciales de la discriminación algorítmica. Es necesaria la coordinación entre el enfoque técnico y jurídico, y el estudio sobre qué deberá hacerse transparente para que las decisiones automatizadas puedan ser revisables, a los efectos de garantizar también frente a ellas la prohibición de discriminación.

Los sistemas algorítmicos no sólo se basan en una correlación o unión de datos, sino que la interpretación está en el centro del análisis de estos datos. Pueden derivar sesgos de la forma de recopilar datos, o de escribir el algoritmo, de la forma en que éste trabaja y de su facultad de predicción o ser consecuencia de los sesgos presentes en la sociedad. En primer lugar, resulta relevante valorar la calidad de los datos utilizados en el desarrollo de los algoritmos, pues cualquier sistema basado en datos incompletos y sesgados puede conducir a resultados que afecten a los derechos fundamentales y que discriminen a las personas. Ahora bien, en relación con los datos recopilados, la posibilidad de excluir los relativos a sexo, raza, origen nacional, o cualquier otro criterio delimitador de colectivos protegidos, ha sido cuestionada. En efecto, no parece acertado que, para proteger la privacidad de las personas y prevenir la discriminación, se eliminen datos relativos a categorías sociales, como sexo y raza, pues debe tenerse en cuenta que dicha censura puede exacerbar la discriminación, al generar sesgos más difíciles de detectar (Williams et al. 2018: 99). Algunas tesis incluso apuntan que el impacto discriminatorio no tiene su origen ni en los datos de entrada, ni en un algoritmo particular, ni en metodología algorítmica per se, sino en la naturaleza de la predicción misma, afirmando que la evaluación del riesgo algorítmico ha revelado la desigualdad inherente a toda predicción, obligándonos a enfrentar un problema mucho más grande que los desafíos de una nueva tecnología, pues los algoritmos, en resumen, arrojan nueva luz sobre un viejo problema (Mayson, 2019:2281).

Como ya he señalado, es necesaria la actualización del marco normativo a través de fórmulas de tutela preventiva que impongan obligaciones empresariales de transparencia, explicabilidad y rendición de cuentas o auditoría. Estas exigencias están presentes en la normativa europea sobre protección de datos y en los diversos documentos, a nivel europeo y estatal, para la tutela de los derechos fundamentales ante los sistemas de IA y a ellas no referiremos en los próximos epígrafes. A mi juicio, el objetivo debe ser la introducción en la gestión empresarial de procesos automatizados justos y equitativos, contruidos para promover la diversidad en las organizaciones, y que signifique un avance de la igualdad en la empresa. Si el proceso de la IA es imparable, es preciso regularlo desde la protección de la igualdad y la promoción de la diversidad como valor, también dentro de nuestras empresas, para que no se utilice

como forma de “blanquear” decisiones humanas discriminatorias o, simplemente, de perpetuar estereotipos y prejuicios pasados y presentes, en el mundo del trabajo⁸.

3. Tutela de derechos y gestión empresarial algorítmica

Como hemos venido ya destacando, las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles pueden afectar de forma significativa a los derechos de las personas trabajadoras, unos derechos que deben seguir siendo garantizados frente a decisiones automatizadas con virtualidad para lesionarlos. El riesgo concreto es que los marcos normativos y criterios judiciales, que se han aplicado hasta ahora, podrían enfrentarse a serios obstáculos frente a las tecnologías de IA, que están lejos de ser comprendidas por la mayoría de los trabajadores y que dependen en gran medida de los aparatos digitales. En definitiva, en lugar de facilitar un nuevo entorno emancipador, el riesgo es que la tecnología intrusiva incremente la jerarquía y el control en las relaciones de trabajo.

Será preciso, por tanto, adaptar la normativa sobre tutela de los derechos fundamentales a los riesgos que derivan de la introducción de sistema de IA en la empresa (tal y como hemos propuesto, en particular, para la prohibición de discriminación en el anterior epígrafe). La regulación sobre el derecho a la protección de datos ha sido pionera en esta adaptación o actualización normativa. Es manifiesto que para dotar a la IA de esa capacidad decisional autónoma y predictiva se va a requerir una acumulación crecientemente extensa de datos relativos a las personas trabajadoras, por lo que resulta relevante que el derecho a la protección de datos haya sido el primero en tener un marco normativo de tutela frente a las decisiones automatizadas. El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)⁹ protege este derecho, en el caso de decisiones automatizadas (también las de gestión de personal) en su art. 22, prohibiendo las decisiones exclusivamente automatizadas y rodeando los casos excepcionales en los que las admite de un conjunto de garantías para las personas afectadas. Esta regulación se está extendiendo para la tutela de los demás derechos fundamentales afectados por los procesos de decisiones automatizadas, alumbrados por los sistemas de inteligencia artificial.

Analizaremos a continuación, en diversos textos normativos y documentos, tanto a nivel de la UE como de España, los instrumentos para garantizar la tutela de los derechos de las personas trabajadoras ante la gestión empresarial algorítmica; sus luces y sus sombras.

3.1. El Reglamento General de Protección de Datos

El RGPD asegura una intervención humana en las decisiones basadas en procesos automatizados (incluida la elaboración de perfiles) que determinen consecuencias o efectos jurídicos sobre las personas. Así, de partida, establece como regla una prohibición general de que tales decisiones sean “únicamente” automatizadas (art. 22)

⁸ El proyecto a nivel europeo FA*IR se basa en la aplicación de un algoritmo para frenar la discriminación en los procesos de búsqueda de empleo.

⁹ Reglamento 619/2016, 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 (RGPD).

salvo concurrencia de algunos de los tres supuestos excepcionales en los que serían admisibles; si son necesarias para la celebración o la ejecución de un contrato; están autorizadas por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros; existe consentimiento explícito del interesado. Finalmente, frente a estas decisiones exclusivamente automatizadas, el Reglamento establece garantías y derechos de la persona interesada, que están dirigidos a conocer la lógica del proceso decisional y sus efectos. En concreto, establece un “derecho de explicación” y la evaluación de impacto de la IA sobre la protección de datos, que son dos instrumentos relevantes para garantizar los derechos fundamentales (arts. 13,14 y 15).

Trasladando esta regulación a la empresa estarían autorizadas las decisiones “únicamente” automatizadas (incluida la elaboración de perfiles) con efectos jurídicos o similares en el ámbito laboral, que sean necesarias para la celebración y la ejecución del contrato, cuando el volumen de datos y de personal afectado haga necesario el uso de aplicaciones de IA. En otro caso, estas decisiones automatizadas solo podrán actuar como colaboradores de los responsables empresariales, que analizarán la información procesada y podrán, en ciertos casos, modificar la decisión automatizada.

Este Reglamento aborda el impacto (individual) de la IA sobre el derecho fundamental a la protección de datos y su regulación está dirigida a garantizar este derecho individual, a través de establecer obligaciones de transparencia, explicación y evaluación del impacto de protección de datos sobre las decisiones automatizadas; sin embargo, sus previsiones tienen una potencialidad aplicativa o una eficacia más amplia. En primer lugar, porque la transparencia y explicabilidad de las decisiones algorítmicas son herramientas funcionales para conocer el impacto de estas sobre otros derechos fundamentales y por tanto para garantizar y, por tanto, para estos derechos. En segundo lugar, porque este modelo de garantía del derecho a la protección de datos es el que diversos documentos europeos se proponen generalizar para la protección de los derechos fundamentales. Y, en tercer lugar, porque la gestión del riesgo que las aplicaciones de IA comportan sobre los derechos fundamentales es una actividad prevista en el propio RGPD (art. 24), aunque no se encuentre regulada directamente. En definitiva, el RGPD ha establecido un nuevo estándar global, que refleja los valores europeos y es un importante elemento para garantizar la confianza en la IA. Como se comprobará este modelo ha sido adoptado por la Estrategia Europea en materia de IA, como un estándar para el resto de los derechos fundamentales.

3.2. Estrategia Europea en Inteligencia Artificial

La Estrategia Europea en IA de 25/4/2018¹⁰, el Plan Coordinado de 7/12/2018, las Directrices éticas sobre IA fiable de abril de 2019, la Resolución Parlamento Europeo de 12/2/2019, el Libro Blanco sobre IA de 19/02/2020 son un buen ejemplo de que la IA se abordará a nivel europeo desde la perspectiva del respeto a los valores y derechos fundamentales de las personas, es decir, desde un enfoque de la IA centrada en el ser humano.

Para hacer realidad una IA fiable, centrada en la persona y en el respeto de los derechos fundamentales, será necesario establecer exigencias de transparencia, ex-

¹⁰ Comunicación de la Comisión Europea de 25/4/2018, sobre la Inteligencia artificial para Europa COM (2018) 237 final; Comunicación de la Comisión Europea de 7/12/2018 sobre un Plan coordinado sobre la inteligencia artificial COM (2018) 795 final.

plicabilidad y rendición de cuentas o “responsabilidad algorítmica”. Gracias a la transparencia y explicabilidad deberán identificarse y podrán eliminarse, por ejemplo, los sesgos discriminatorios, en la fase de recopilación de la información o en los propios métodos de desarrollo del sistema de IA (por ejemplo, la programación del algoritmo). Pero será necesario complementar los requisitos anteriores con la rendición de cuentas, que exige establecer mecanismos que garanticen la responsabilidad de los sistemas de IA y de sus resultados. A estos efectos, sería necesaria la fijación de auditorías independientes, que evalúen los algoritmos (los datos y los procesos de diseño).

La Estrategia Europea sobre IA se encuentra directamente inspirada por la regulación del RGPD. Por su parte, la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales ha elaborado propuestas de protección de los derechos fundamentales en el desarrollo y uso de algoritmos, en las que se apela, en primer lugar, a la exigencia de transparencia sobre el proceso de elaboración de los algoritmos, para desarrollar estas herramientas y permitir detectar y, por tanto, rectificar cualquier error en su aplicación. En segundo lugar, se aboga por la realización de una evaluación del impacto sobre los derechos fundamentales, para identificar posibles sesgos y abusos en la aplicación y en los resultados obtenidos por los algoritmos¹¹. Transparencia y evaluación deben verificarse tanto sobre la calidad de los datos, como sobre la forma en que funcionan los algoritmos (caja negra) y las facultades predictivas de los mismos

3.3. Propuesta de Reglamento Europeo sobre IA: Alto riesgo de la gestión empresarial automatizada

La Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial de 21/04/2021¹² constituye un paso importante en la estrategia europea sobre IA y responde a diversos llamamientos para la adopción de medidas legislativas que garanticen el correcto funcionamiento de los sistemas de IA y en las que los beneficios y los riesgos de la IA se aborden adecuadamente a nivel de la Unión. Más concretamente, el Consejo, en sus conclusiones del 21/10/2020, pedía abordar la opacidad, la complejidad, el sesgo, un cierto grado de imprevisibilidad y el comportamiento parcialmente autónomo de ciertos sistemas de inteligencia artificial, para garantizar su compatibilidad con los derechos fundamentales y facilitar la aplicación de las normas legales. Además, según sea aplicable en determinados ámbitos, la propuesta afectará positivamente a los derechos de una serie de grupos especiales, como los derechos de los trabajadores a unas condiciones de trabajo equitativas (artículo 31).

Para lograr el objetivo general de la propuesta, la regulación sigue un enfoque basado en el riesgo, que diferencia entre los usos de la IA que crean un riesgo inaceptable (listado de IA prohibidas en el Título II), un riesgo alto y un riesgo bajo o mínimo. El Título III contiene reglas específicas para los sistemas de IA que crean un alto riesgo para la salud y seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas. La opción ha sido establecer un marco regulatorio solo para sistemas de IA de alto riesgo, con la posibilidad de que todos los proveedores de sistemas de IA que no sean

¹¹ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). (2018). *BigData: Discrimination in data-supported decision making*.

¹² Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain Union legislative acts, Brussels, 21.4.2021 COM (2021) 206 final 2021/0106 (COD).

de alto riesgo sigan un código de conducta. De acuerdo con un enfoque basado en el riesgo, esos sistemas de IA de alto riesgo están permitidos en el mercado europeo, si bien, sujetos al cumplimiento de ciertos requisitos obligatorios y una evaluación de conformidad *ex ante*. El Capítulo 2 establece los requisitos legales para los sistemas de IA de alto riesgo, en relación con los datos y su gobernanza, el mantenimiento de la documentación y los registros, la transparencia y el suministro de información a los usuarios, la supervisión humana, la solidez, la precisión y la seguridad.

Pues bien, en la Propuesta de Reglamento, en las áreas del empleo, gestión de trabajadores y acceso al autoempleo, concreta como de alto riesgo los sistemas de inteligencia artificial destinados a ser utilizados para la contratación o selección de personas físicas, en particular para publicitar vacantes, seleccionar o filtrar solicitudes, evaluar candidatos en el curso de entrevistas o pruebas y la IA destinada a ser utilizada para tomar decisiones sobre la promoción y terminación de relaciones contractuales relacionadas con el trabajo, para la asignación de tareas y para monitorear y evaluar el desempeño y el comportamiento de las personas en tales relaciones (art. 6.2 y anexo III y considerando 36).

En definitiva, la propuesta califica la gestión empresarial algorítmica como sistema de alto riesgo. Su régimen se encuentra sometido a un sistema de gestión de daños (art. 9); a prácticas adecuadas de gestión y gobernanza de datos (art.10); a exigencias de documentación técnica (art. 11) y de registro (art. 12) de transparencia y suministro de información a los usuarios (art. 13); supervisión humana (art. 14) y precisión, robustez y ciberseguridad (art. 15). Para los sistemas de IA de alto riesgo, los requisitos de datos de alta calidad, documentación y trazabilidad, transparencia, supervisión humana, precisión y solidez, son estrictamente necesarios para mitigar los riesgos a los derechos fundamentales y la seguridad que plantea la IA y que no están cubiertos por otros marcos legales existentes. La gestión de riesgos y la supervisión humana también facilitarán el respeto de otros derechos fundamentales, al minimizar el riesgo de decisiones erróneas o sesgadas asistidas por IA, en áreas críticas como el empleo. En caso de que se sigan produciendo infracciones de los derechos fundamentales, se posibilitará una reparación eficaz para las personas afectadas, garantizando la transparencia y la trazabilidad de los sistemas de inteligencia artificial junto con fuertes controles *ex post*.

Para concluir, es preciso valorar positivamente que esta Propuesta de Reglamento de abril de 2021, en su considerando 36, incluya a los trabajadores de las plataformas, donde habitualmente se utilizan algoritmos para fijar los niveles de pago de los prestadores de servicios. En esta propuesta las exigencias de transparencia, explicación y auditoría, establecidas por el RGPD y extendidas por la Estrategia Europea sobre IA, para garantizar los derechos fundamentales frente a los sistemas de IA, se refuerzan con un cuadro de requisitos de documentación, supervisión humana y de gestión de daños para aquellos sistemas que califica de alto riesgo. Por ello, incluida expresamente en la citada propuesta la gestión empresarial algorítmica como un sistema de IA de alto riesgo, el empresario estaría vinculado por el conjunto de obligaciones preventivas y reparadoras allí descritas.

3.4. Regulación en España sobre IA en la gestión empresarial

En España, hasta la fecha, la tutela de los derechos fundamentales frente a los sistemas de inteligencia artificial en la empresa, con independencia de la aplicación de la

regulación reglamentaria europea relativa al derecho a la protección de datos (art. 22 RGPD), no ha determinado la introducción, en términos generales, de las exigencias de transparencia, explicabilidad, control humano y evaluación de impacto o gestión de riesgos. Estos principios constituyen, como hemos visto, un estándar general para la protección de los derechos de las personas afectadas por las decisiones automatizadas, que ha regulado además la propuesta de Reglamento de 2021.

La regulación española ha optado por instrumentos de tutela colectiva, en favor de los representantes de los trabajadores, si bien en un grado o nivel básico, al reconocerles derechos de información sobre las reglas en las que se basan los sistemas de IA, usados para la gestión del personal en la empresa. De forma novedosa, la publicación del RDL 9/2021 de 11 de mayo, (por el que se modificaba la LET para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales)¹³ reconoció, entre nosotros, específicamente el derecho del comité de empresa a ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles (art. 64.2 d) LET). Con anterioridad a esta norma, los derechos de información y consulta de los representantes sindicales en la empresa en este tema se limitaban al reconocimiento de un genérico derecho de los representantes a ser informados y consultados sobre todas las decisiones de la empresa, que pudieran provocar cambios relevantes en la organización del trabajo y en los contratos de trabajo (art. 64.5 LET) (así como los derechos de información de los representantes sobre los sistemas de vigilancia, de conformidad con el art. 89 LOPD)¹⁴.

Los algoritmos merecen nuestra atención y análisis, señala el preámbulo de la norma de reforma, por los cambios que están introduciendo en la gestión de los servicios y actividades empresariales, en todos los aspectos de las condiciones de trabajo y, sobre todo, porque dichas alteraciones se están dando de manera ajena al esquema tradicional de participación de las personas trabajadoras en la empresa. Y efectivamente, la gestión algorítmica ha tenido un campo de experimentación en las plataformas digitales, pero, paradójicamente, la reforma del art. 64 LET sobre derechos del comité de empresa es una modificación que, siendo importante en términos generales, tendrá consecuencias limitadas en relación con las plataformas, donde no actúan los comités de empresas. Aunque la finalidad del RDL 9/2021, actual Ley 12/2021, sea la protección de los trabajadores de las plataformas, la aplicación de esta competencia de participación de los representantes en el control de la gestión empresarial algorítmica, en las plataformas, queda desvirtuada pues las mismas son ajenas al esquema normativo de participación de los representantes de los trabajadores.

Centrándonos ya en el contenido de este nuevo derecho del comité de empresa, la información se extiende a los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan

¹³ Hoy vigente Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica la LET para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

¹⁴ Por ello, es preciso destacar la STS de 8/02/2021 (Rec. 84/2019), que confirma la nulidad del Proyecto Tracker de una conocida cadena de reparto de pizza a domicilio (en el que se establecían las condiciones y alcance de la obligación de los repartidores de estar geolocalizados durante el reparto por medio de una aplicación informática de la empresa, que debía instalarse en su teléfono móvil personal), entre otras causas, porque la implantación del Proyecto ha incumplido los requisitos de información y consulta previa establecidos en el art. 64.5 LET.

los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, que afectan a la toma de decisiones, que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. De esta forma, la regulación española adoptaría una solución próxima a la exigencia de explicabilidad, establecida por el art. 22 RGPD, para las decisiones únicamente automatizadas con significativos efectos sobre los interesados. El Reglamento configura un derecho de explicación a la persona interesada sobre la existencia de estas decisiones automatizadas, que comprende, información significativa sobre la lógica aplicada.

Pues bien, en favor de la efectividad de este derecho de explicación, se ha propuesto una interpretación finalista dirigida a garantizar el ejercicio de los derechos por la persona afectada (Selbst y Powles, 2017:239). En esta misma línea, el GT29 afirmarí­a que son necesarias formas sencillas de informar acerca de la lógica subyacente o los criterios utilizados para llegar a la decisión; la información facilitada debe ser, además, suficientemente exhaustiva para que se entiendan los motivos de la decisión¹⁵. En definitiva, ofrecer una referencia técnica a la implementación del algoritmo podría ser opaco, confuso, e incluso conducir a la fatiga informativa, por lo que debe facilitarse información que permita entender el comportamiento del tratamiento (AEPD, 2020:24).

Aplicando estos criterios interpretativos a la regulación española podríamos concluir que el empresario debe suministrar a los representantes de los trabajadores una información exhaustiva y comprensible para el receptor, a los efectos de cumplir la finalidad de control sindical que orienta la norma. Aunque es aún pronto para valorar la efectividad de esta norma, la misma constituye un primer paso, en el necesario avance de los derechos de participación sindical en la gestión empresarial algorítmica, que se analizará en los epígrafes siguientes.

Finalmente, hemos de hacer referencia en España a la Carta de Derechos Digitales de 2021 que garantiza, en su Capítulo XIX, los derechos de las personas trabajadoras en el ámbito laboral y empresarial, frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos; de la utilización de herramientas de monitoreo, en particular, en la analítica de redes sociales y en la utilización de sistemas biométricos y de geolocalización. La Carta instituye la garantía de los derechos de las personas trabajadoras frente al uso por la entidad empleadora de procedimientos de analítica de datos, inteligencia artificial y, en particular, de decisiones automatizadas en los procesos de selección de personal y establece que el desarrollo y uso de algoritmos y cualesquiera otros procedimientos equivalentes, en el ámbito laboral, exigirá una evaluación de impacto, que incluirá en su análisis los riesgos relacionados con los principios éticos y los derechos relativos a la inteligencia artificial.

4. Tutela de los derechos laborales: Déficit de mecanismos de tutela colectiva

Atendiendo a los textos analizados podemos concluir que la tutela de los derechos fundamentales frente a los sistemas de inteligencia artificial en la empresa estaría también conectada a las exigencias de transparencia, explicabilidad, control humano y evaluación de impacto. Estos principios constituyen, como hemos visto, un estándar

¹⁵ Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29 (2018). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, p. 28.

dar general para la protección de los derechos de las personas afectadas por las decisiones automatizadas. Las exigencias de transparencia, explicabilidad y evaluación o auditoría algorítmica, sobre las que se insiste desde todos los documentos indicados, son ciertamente adecuadas para la tutela de los derechos de las personas afectadas. Sólo a través de la transparencia y explicabilidad podrá evaluarse si el impacto que sobre los derechos derivan de la (falta de) calidad de los datos, de la forma en que trabajan (la llamada caja negra) o/y de los poderes de predicción de los algoritmos. Sólo así será posible una evaluación holística que mitigue o rectifique el referido impacto.

Ahora bien, los textos analizados adolecen también de un defecto común, pues todos se sitúan en la perspectiva de protección individual de la persona afectada. Este planteamiento es insuficiente, cuando se trate de personas trabajadoras, pues, como se sabe, la protección de los derechos laborales se articula a través de la autonomía colectiva, de la organización y acción colectiva y sindical.

Aunque ya, en 2017, la Resolución de la Confederación Europea de Sindicatos (CES) sobre cómo abordar los nuevos retos digitales para el mundo del trabajo, aprobó un mandato para los interlocutores sociales, en el que proponía iniciar una negociación sobre digitalización con las organizaciones europeas de empleadores, en la normativa y documentos de la UE, la defensa de los derechos fundamentales ha estado centrado en la tutela individual, como claramente expresa el art. 22 del RGPD, al prohibir las decisiones exclusivamente automatizadas y establecer un derecho de explicación de la persona afectada y, entre nosotros, el art. 11 LOPD¹⁶ sobre transparencia e información. En efecto, en la Estrategia Europea en IA, al igual que en el RGPD, la tutela de derechos se incardina en un plano individual. Incluso el Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo, de 22/6/2020, en lo relativo a la gestión empresarial algorítmica, solo asume un enfoque individual, al indicar que es necesario salvaguardar la transparencia mediante el suministro de información, pudiendo el trabajador afectado solicitar intervención humana y/o impugnar la decisión junto con la prueba de los resultados de la IA.

Igualmente, en la citada Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial de 2021, la calificación de la gestión empresarial algorítmica como sistema de IA de alto riesgo no ha determinado ninguna garantía o derecho de información y consulta de los representantes sindicales. Sin embargo, los derechos de participación sindical han constituido una seña de identidad de la regulación de la Unión Europea, por lo que resulta llamativo que la referida propuesta de Reglamento, en ningún momento, apele a fórmula alguna de diálogo social. En definitiva, como venimos insistiendo, la vertiente colectiva ha sido totalmente excluida de la regulación europea sobre IA. El futuro Reglamento podría ser finalmente más un suelo que un techo, para muchas regulaciones estatales (De Stefano y Taes, 2021:10).

En este contexto, resulta novedosa la regulación española por establecer derechos de información de los representantes sindicales sobre las reglas en las que se basan los sistemas de IA, usados para la gestión del personal en la empresa. Y aunque la normativa de reforma del art. 64 LET, dictada para garantizar los derechos laborales de las personas, dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, debe de ser valorada positivamente, hemos de realizar algunas observaciones. En primer lugar, es preciso seguir insistiendo en la insuficiencia del marco legal español sobre

¹⁶ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, sin atribución específica de estas competencias sobre la introducción de nuevas tecnologías y, por tanto, sobre la introducción de sistemas de IA. Y, en segundo lugar, hemos de recordar que, atendiendo a la configuración organizativa de los representantes unitarios, centrada en los centros de trabajo y la creciente importancia de la empresa como ámbito de desarrollo de competencias de participación de estos representantes, el modelo estatutario de los comités y delegados no es el adecuado para desarrollar eficazmente las competencias de participación en los procesos de digitalización.

Finalmente, por lo que respecta a la Carta de Derechos Digitales, se reconocen, limitadamente, derechos de información a la representación legal de las personas trabajadoras sobre el uso de dispositivos de videovigilancia, de grabación de sonidos, de la utilización de herramientas de monitoreo, analítica y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales (y en particular, la analítica de redes sociales) y de la utilización de sistemas biométricos y de geolocalización. En cuanto al contenido de la información, establece que se informará de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos, reiterando lo ya regulado por el art. 64.4 d) LET, tras la reforma de 2021. En definitiva, hemos de concluir nuevamente la escasa atención a la tutela colectiva de los derechos digitales en la empresa y en el trabajo, en un planteamiento acusadamente individual, que incluso remite a la participación de las personas trabajadoras, y que ignora el modelo constitucional de relaciones laborales, que articula la tutela de las personas trabajadoras a través de sus representantes sindicales.

5. La necesaria tutela colectiva frente a la gestión empresarial algorítmica

En la empresa, la tutela de los derechos de los trabajadores se ha realizado tradicionalmente, a través de instrumentos de representación y acción colectiva y así se ha consagrado en nuestro modelo constitucional de relaciones laborales. Por ello, al abordar la tutela de las personas trabajadoras y la digitalización empresarial la vertiente colectiva no puede ser olvidada. La protección de los derechos de los trabajadores frente a las decisiones empresariales basadas en sistemas de IA exige reflexionar sobre los necesarios mecanismos de tutela colectiva, es decir, sobre las competencias de los representantes sindicales, dirigidas al control de la gestión empresarial.

Además, la gestión empresarial algorítmica puede implicar el reforzamiento del poder empresarial, por lo que la tutela colectiva deviene aún más importante al deber desarrollarse en un contexto de reforzamiento del poder empresarial. Sería, en efecto, necesario plantear la cuestión relativa a los efectos de la introducción de la IA sobre el equilibrio de poder en la empresa, es decir, si la introducción de la IA también afecta al equilibrio entre el poder empresarial y el poder sindical en la empresa. El control omnipresente que ejercen las nuevas herramientas implica un salto en la subordinación de los trabajadores, sin que deba olvidarse que el uso de algoritmos en la gestión empresarial se asocia a la precarización laboral, tal y como acontece en el trabajo de las personas prestadoras de servicios en el ámbito plataformas digitales. En definitiva, las respuestas adecuadas deben considerar la gama de riesgos y las prerrogativas empresariales magnificadas con las herramientas tecnológicas (De Stefano y Taes, 2021:13).

Frente a ello, la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y la participación de los representantes sindicales son los dos ejes que deben orientar este proceso. Centrando este debate en el modelo español de relaciones laborales, el poder de gestión empresarial encuentra su contrapeso en las competencias de participación de los representantes sindicales. Si la contratación es básicamente una competencia empresarial unilateral¹⁷, otras decisiones de gestión empresarial como las relativas a la promoción profesional se encuentran fuertemente intervenidas en la Ley del Estatuto de los Trabajadores. De otra parte, las decisiones empresariales relativas a la movilidad y modificación de condiciones de trabajo, así como las de despido devienen en decisiones participadas, sólo si afectan a un número significativo de trabajadores, en función de la plantilla de la empresa. En definitiva, competencias colectivas y derechos individuales de los trabajadores se interseccionan en una entramado legal y convencional dirigido a adjuar la arbitrariedad en la empresa y dotar de seguridad jurídica a los trabajadores. En este contexto normativo, el proceso de automatización en curso estaría determinando, a mi juicio, un reforzamiento del poder empresarial, que se ve autenticado o avalado por el valor objetivo y técnico que le aporta el auxilio algorítmico. La IA aparece como una herramienta para el desarrollo de las prerrogativas empresariales.

En definitiva, es preciso un control colectivo de la gestión empresarial algorítmica. La introducción de la inteligencia artificial y el uso de *big data* deben ser gobernados, no solo para proteger a los trabajadores frente a intromisiones en sus derechos fundamentales sino también para evitar que estos sistemas aumenten desproporcionadamente el poder empresarial. En este ámbito se sitúan diversas propuestas, desde fórmulas de responsabilidad corporativa hasta propuestas normativas a favor de la negociación colectiva (VV.AA., 2018; 2020a y 2020b). Desde la perspectiva de la responsabilidad social corporativa (RSC), se ha afirmado que la empresa deberá asegurarse la transmisión efectiva a los sistemas de IA de los principios, valores y deberes legales.; el código ético y de RSC habrán de ser interiorizados por la IA y la empresa debe establecer un procedimiento permanente de supervisión para que la IA no se desvíe, en su proceso decisorio, de aquellos principios, valores y deberes (Del Rey 2021:190).

6. Propuestas de instrumentos de tutela colectiva de los derechos laborales

Ante la situación descrita resultan muy oportunas las propuestas de control sindical y de promoción de la negociación colectiva como instrumentos para garantizar los derechos de los trabajadores ante los procesos de decisiones automatizadas y, más concretamente, considero necesaria la regulación normativa de los sistemas de IA y la promoción de la negociación colectiva.

A favor de la negociación colectiva se ha afirmado que es el instrumento más eficaz ante la rápida evolución tecnológica de los algoritmos de gestión, al ofrecer soluciones flexibles para los intereses de trabajadores y empresarios. La negociación

¹⁷ Pero que, si es sesgada o discriminatoria, a juicio de la persona afectada, estaría sometida al principio de transparencia: Sentencia Meister del TJUE, de 19 de abril de 2012 (asunto C-415/10), sobre el derecho de la persona trabajadora a conocer la información necesaria para fundar su reclamación cuando se considere discriminado en acceso al empleo o en la promoción profesional.

colectiva puede desempeñar un papel primordial, tanto a nivel sectorial como en el lugar de trabajo, y abordar el uso de la tecnología digital, la recopilación de datos y los algoritmos que dirigen y disciplinan a la mano de obra, garantizando la transparencia, la sostenibilidad social y el cumplimiento por estas prácticas de la regulación (De Stefano, 2019: 32). Así, el convenio colectivo puede fijar límites específicos a la vigilancia de los trabajadores; fijar criterios para mejorar la transparencia de los procesos de toma de decisiones automatizadas y la comprensión de sus resultados y establecer garantías frente al tratamiento de datos con fines de gestión: por ejemplo, exigir al empresario información sobre el uso de datos personales de los trabajadores, sobre cómo se procesan estos datos por la IA o prohibir las aplicaciones más invasivas, como la neurovigilancia. Es preciso, en suma, la participación ex ante de los Sindicatos en las decisiones sobre la definición y aplicación de los algoritmos (De Stefano, 2020: 442)

A este respecto, debemos también recordar preceptos, como el art. 88 RGPD y art. 91 LOPD, que, aunque referidos fundamental al derecho a la protección de datos, constituyen llamamientos a la negociación colectiva para la intervención en los procesos de digitalización empresarial.

Pues bien, en una primera aproximación al binomio negociación colectiva e IA contrastan las virtudes que se le adjudican y las consiguientes llamadas doctrinales para su actuación (Álvarez, 2020:99) con las dificultades para el desarrollo de esta. En primer lugar, el proceso de automatización en curso está determinando un reforzamiento del poder empresarial, que se ve autenticado o avalado por el valor objetivo y técnico que le aporta el auxilio algorítmico. La IA aparece como una herramienta para el desarrollo de las prerrogativas empresariales. En segundo lugar, como también ya se ha destacado, desde el plano normativo ha primado un enfoque individual de la tutela de los derechos frente a los procesos automatizados, como consecuencia de la importante regulación sobre el tema del art. 22 RGPD. En tercer lugar, otro obstáculo para la negociación del proceso de digitalización también procede de la ausencia de representación y acción colectiva de los trabajadores en las nuevas formas de empleo, como las encuadradas en la *gig economy* o en el marco de las plataformas. En las formas de trabajo de las plataformas, el uso de algoritmos en la gestión de recursos humanos puede producir consecuencias en los derechos fundamentales, que quedan al margen de la autotutela colectiva (Johnston y Land, 2019:31).

En este contexto adverso, la negociación colectiva habrá de asumir el reto de controlar el proceso de gestión empresarial algorítmica, un tema prácticamente ausente de los vigentes acuerdos y convenios colectivos¹⁸. Así se ha afirmado apropiado, *de lege ferenda*, contar con una legislación básica que obligue a negociar estos extremos, permitiendo que la negociación colectiva especifique las salvaguardias y los límites necesarios para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores (Todolí, 2018: 87).

¹⁸ Un ejemplo positivo destacado ha sido el XXIV Convenio colectivo sector de la banca, cuyo art. 80.5 obliga a las empresas a informar a los representantes de los trabajadores 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. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados.

A mi juicio, la regulación legal debe asumir el desarrollo de las competencias de participación de los representantes sindicales sobre las decisiones algorítmicas de gestión del trabajo, pues al Estado compete garantizar los derechos fundamentales, también en la empresa. De una parte, nuestro modelo legal de tutela colectiva se articula en torno al reconocimiento de derechos no sólo de información sino también de consulta, con vistas a alcanzar un acuerdo, de los representantes sindicales, en las decisiones empresariales, que determinan efectos relevantes sobre las personas trabajadoras. De otra parte, las exigencias de control, auditoría algorítmica o gestión de riesgos, establecidas a nivel europeo para los sistemas de IA que afectan a los derechos fundamentales en el ámbito empresarial, nos conducen a fórmulas de control sindical, como garantía de la efectividad de estas. Por lo que, en definitiva, es preciso avanzar hacia el reconocimiento de estos derechos o competencias de los sujetos colectivos, en el marco de una necesaria reforma global de nuestro modelo de representación sindical en la empresa.

7. Bibliografía

- Agencia Española de Protección de Datos (2020). Adecuación al Reglamento General de Protección de Datos de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial, Una introducción.
- Aloisi, A., Gramano, E. (2019). “Artificial Intelligence is watching you at work: Digital surveillance, employment monitoring, and regulatory issues in the EU context”. *Comparative Labor Law & Policy, Automatización, inteligencia artificial y protección laboral.* (41)1: 95-121.
- Allhutter, D., Cech, F., Fischer, F. Grill, G, Mager, A. (2020). “Algorithmic Profiling of Job Seekers in Austria: How Austerity Politics Are Made Effective”, *Frontiers Big Data.* <https://doi.org/10.3389/fdata.2020.00005> (Consulta 27 de noviembre de 2021)
- Álvarez Cuesta, H. (2020). *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo desafíos y propuestas.* Pamplona: Aranzadi.
- Bodie M.T., Cherry M.A., McCormick M.L., Tang J. (2017). “The law and policy of people analytics”. *University of Colorado Law Review.* 88:961-964.
- Del Rey Guanter, S. (2021). “Inteligencia artificial y relaciones laborales: algunas implicaciones jurídicas”. En C. Sáez Lara et al. (ed.) *Los desafíos del Derecho del Trabajo ante el cambio social y económico* (pp.187-2003). Madrid: Iustel.
- De Stefano V. (2019). ‘Negotiating the algorithm’: automation, artificial intelligence, and labor protection. *Comparative Labor Law & Policy Journal.* 41 (1):1-32.
- De Stefano V., (2020). “Masters and servers’: collective labour rights and private government in the contemporary world of work”. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations.* 36 (4): 425-444.
- De Stefano V., Taes, S. (2021). *Algorithmic management and collective bargaining.* ETUI. <https://www.etui.org> > publications (consulta 27 de noviembre de 2021)
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) (2018). *BigData: Discrimination in data-supported decision making.* <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/bigdata-discrimination-data-supported-decision-making> (consulta 27 de noviembre de 2021)
- Fernández Sánchez, S. (2021). “Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre”. *Estudios financieros.*

- Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos.* 457:179-193
- Johnston, H., Land-Kazlauskas C. (2019). *Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy.* Conditions of Work and Employment Series N. 94. Geneva: ILO.
- Kim, P. T. (2017). “Data-Driven Discrimination at Work”. *William & Mary Law Review.* 58: 860-936.
- Kullmann, M. (2018). “Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law”. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations.* 34: 1-21
- Lerouge, L. (2020). *El Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo: ¿una regulación para la protección de la salud laboral?*. <https://www.transformaw.com> › blog › el-acuerdo-marco... (consulta el 27 de noviembre de 2021)
- Mayson, S. G. (2019). “Bias In, Bias Out”. *Yale Law Journal.* 128:2218-2298.
- O’neil, C. (2016). *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy.* New York: Crown.
- Sáez Lara, C. (2020). “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”. *Revista Española de Derecho del Trabajo.* 232: 83-126.
- Selbst A., Powles, J. (2017). “Meaningful Information and the Right to Explanation”. *International Data Privacy Law.* 7:233-242.
- Todolí Signes, A. (2018). “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales “big data”, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”. *Revista de Derecho Social.* 84: 69-88.
- Williams, A., Brooks, C.F., Shmargad, Y. (2018). “How Algorithms Discriminate Based on Data They Lack: Challenges, Solutions, and Policy Implications”. *Journal of Information Policy.* 8: 98-101.
- VV.AA. (2018). *Inteligencia Artificial y su Impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales.* Cuatrecasas Instituto de Estrategia Legal en Recursos Humanos. Madrid: Wolters Kluwer.
- VV.AA. (2020a). *Documentos sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la gestión de las personas y en las relaciones laborales.* Cuatrecasas Instituto de Estrategia Legal en Recursos Humanos. Madrid: Wolters Kluwer.
- VV.AA. (2020b). *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail.* Paris: Dalloz.