

Hacia una regulación laboral de la gestión algorítmica



Julio 2023

¿Hablamos?

María Eugenia Guzmán

Socia de Derecho Laboral en
PwC Tax & Legal
eugenia.guzman.lopez@pwc.com

Miguel Rodríguez-Piñero

Senior Counselor de Derecho Laboral
en PwC Tax & Legal
miguel.rodriguez_pinero.royo@pwc.com

Concepción Espinas

Directora de Derecho Laboral en
PwC Tax & Legal
concepcion.espinas@pwc.com

La utilización de los algoritmos en la gestión de los recursos humanos es una realidad, lo que ha generado un debate en el que se consideran tanto sus ventajas como sus riesgos. Lo que parece claro es que es necesaria una regulación actualizada de estos nuevos instrumentos, para hacer posible las primeras y controlar los segundos. De ahí que se venga hablando desde hace tiempo de la necesidad de un “Derecho Algorítmico”, y más concretamente de un “Derecho Algorítmico del Trabajo”.

Así lo ha expresado el legislador laboral, en la Exposición de Motivos de la Ley 12/2021, cuando afirmaba que *“los algoritmos merecen nuestra atención y análisis, 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”*.

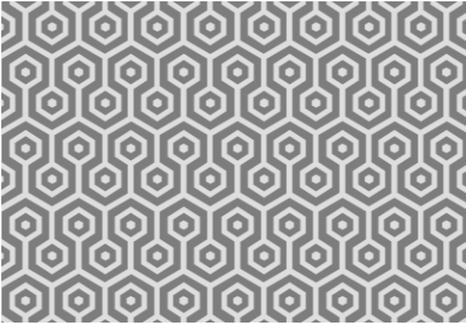
La Declaración Europea de Derechos Digitales y Principios para la Década Digital (COM(2022) 28 final) recoge una serie de derechos para las personas en relación con estos mecanismos: garantizar la transparencia sobre el uso

de algoritmos e inteligencia artificial, y que las personas estén empoderadas e informadas cuando interactúen con ellos; garantizar que los sistemas algorítmicos se basen en conjuntos de datos adecuados para evitar la discriminación ilegal y permitir la supervisión humana de los resultados que afectan a las personas; garantizar que las tecnologías, como los algoritmos y la inteligencia artificial, no se utilicen para predeterminar las decisiones de las personas, entre otros, en materia de empleo; establecer salvaguardias para garantizar que la inteligencia artificial y los sistemas digitales sean seguros y se utilicen respetando plenamente los derechos fundamentales de las personas.

En nuestro país la Carta de Derechos Digitales de la Ciudadanía ha establecido que *“en los entornos digitales y el teletrabajo las personas trabajadoras del sector público o privado tienen derecho con arreglo a la normativa vigente, a (...) la garantía de sus derechos frente al uso por la entidad empleadora de procedimientos de analítica de datos, inteligencia artificial y, en particular, los previstos en la legislación respecto del empleo de decisiones automatizadas en los procesos de selección de personal”*.



España ha sido un país pionero en la construcción de esta nueva rama de la legislación laboral. Y lo hizo con una norma específica sobre estos instrumentos, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre”.



España ha sido un país pionero en la construcción de esta nueva rama de la legislación laboral. Y lo hizo con una norma específica sobre estos instrumentos, la 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. Una de las razones que llevó a su aprobación es que *“no podemos ignorar la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral y la necesidad de que la legislación laboral tenga en cuenta esta repercusión tanto en los derechos colectivos e individuales de las personas trabajadoras como en la competencia entre las empresas”*.

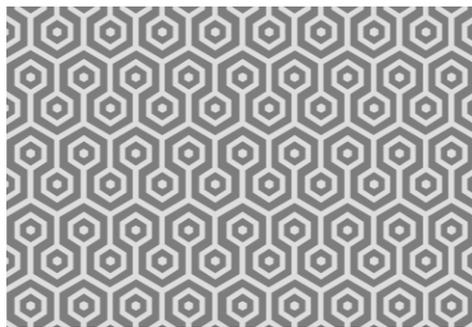
Esta ley ha sido generalmente recibida como una normativa reguladora de los servicios prestados a las plataformas de *delivery*, siendo conocida universalmente como la “Ley Rider”, en referencia al colectivo de repartidores de las empresas de este sector. Sin embargo, el artículo único de esta norma contiene una modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que introduce una nueva letra d) en el artículo 64.4. Este precepto, como es sabido, recoge los derechos de información y consulta de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Pues bien, este nuevo apartado incluye una nueva competencia para estos sujetos, que a partir de la entrada en vigor de la norma tienen también derecho 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”*.

Esta previsión fue la primera manifestación en el Derecho español de una regulación de los algoritmos. Por esto hay quien conoce a esta norma

como la “Ley Algoritmo”; aunque quizás lo más correcto sea afirmar que hay dos leyes en un único texto legal, una Ley Rider y una Ley Algoritmo.

Su introducción no resultó sencilla, encontrándose durante la fase de diálogo social con importantes resistencias de algunos sectores empresariales, que llevaron incluso a una cierta fractura entre sus representantes en la mesa de negociación. Este derecho de información se vincula en la ley con los derechos de los trabajadores de plataformas, de tal modo que en la exposición de motivos se afirma que *“la eficacia de la nueva disposición adicional vigesimotercera, basada, como se ha expuesto, en la valoración de la naturaleza real del vínculo, va a depender en gran medida de la información verificable que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de plataformas, que debe permitir discernir si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita por dicha disposición, siempre desde el mayor respeto a los secretos industrial y comercial de las empresas conforme a la normativa, que no se ven cuestionados por esta información sobre las derivadas laborales de los algoritmos u otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial”*.

La realidad es otra: el deber empresarial de informar no se limita a las empresas de plataforma, ni tampoco en aquellos aspectos que tienen que ver con la calificación de los servicios que las personas les prestan. Es, por el contrario, un deber general, que no afecta a todas las empresas, pero sí a todas las que tienen constituidos órganos de representación legal de sus plantillas de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores. Que aplica tanto en el sector público como en el privado (aunque no se ha reformado de manera paralela el Estatuto Básico del Empleado Público). Y que alcanza a todos los algoritmos incluidos en su definición.



Hablamos, evidentemente, de información, lo que implica un tráfico unilateral de datos de la empresa a los representantes, sin que éstos deban emitir informe u opinión alguna. Ésta debe alcanzar a los principales elementos de los sistemas de gestión algorítmica, pues se incluyen los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial.

Estos instrumentos serán todos aquellos que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en los aspectos más relevantes de las relaciones laborales, que son las condiciones de trabajo y el acceso y mantenimiento del empleo. De manera expresa se señala una de las utilidades más comunes de los instrumentos de gestión algorítmica, la elaboración de perfiles.

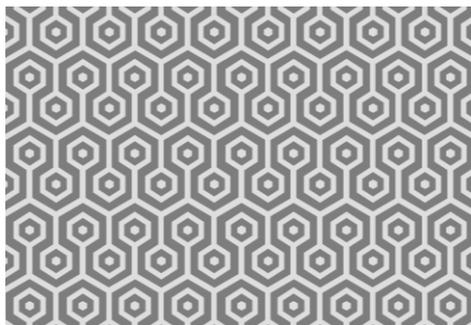
Éste es un deber de “información colectiva”, que es ejercitable como se ha dicho sólo en aquellos centros de trabajo en los que se han elegido delegados de personal o comités de empresa. No se han buscado soluciones alternativas para aquellos centros en los que no están presentes, como si se ha hecho en otros casos, como la negociación de los planes de igualdad o los procedimientos de consulta en las decisiones empresariales de efectos colectivos.

El deber de información colectivo se ve acompañado de uno de carácter individual, que afecta a decisiones individuales y del que son titulares los trabajadores afectados por éstas. Así lo establece el artículo 15 del Reglamento General de Protección de Datos, según el actual el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales, lo que incluirá la información sobre la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. En estos casos este derecho incluye el de obtener información significativa sobre la lógica aplicada, así

como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado. Ello, claro es, cuando se trate de supuestos en los que resulte admisible la utilización de estos instrumentos, pues la regla general, contenida en el artículo 22 RGPD, es que *“todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”*.

La gestión algorítmica resultaría admisible toda vez que uno de los supuestos exonerados de esta prohibición general es precisamente que la decisión sea necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento. En este caso el Reglamento exige que el responsable del tratamiento adopte las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, lo que como mínimo incluirá el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo da un paso más en la construcción de una regulación del uso de los algoritmos en las relaciones laborales. Se trata del artículo 17, que se ocupa de la toma de decisiones fundamentada en el análisis de datos, las evidencias estadísticas y el análisis del mercado de trabajo. En éste se prevé la utilización de la información contenida en el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo para el diseño de herramientas de apoyo a las decisiones fundamentadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas. Estas herramientas se desarrollarán en el seno del Sistema Nacional de Empleo, con la colaboración de las Comunidades Autónomas, se pondrán a disposición de las personas responsables de la tutorización y seguimiento individualizado de las



personas demandantes de los servicios de empleo o de las personas responsables de la prestación de servicios a personas, empresas o entidades empleadoras usuarias, para facilitar su toma de decisiones y las recomendaciones que elaboren y emitan en el ejercicio de sus funciones. Se prevé un desarrollo reglamentario del conjunto de instrucciones que compondrán el algoritmo subyacente a las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas. Estas herramientas no podrán utilizar datos personales pertenecientes a las categorías especiales que regula el artículo 9.1 del Reglamento General de Protección de Datos.

De la misma manera, se prevé que las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos y en las evidencias estadísticas siempre podrán ser revisadas o modificadas por el personal responsable de la tutorización y seguimiento individualizado de cada persona demandante de servicios. También se garantiza el acceso de los distintos usuarios al contenido íntegro de estas decisiones y recomendaciones.

Siguiendo la terminología anteriormente utilizada, estaríamos ante un derecho de información individual, del que sería titular el demandante de ocupación que interactúa con el servicio público de empleo.

Hasta ahora hemos visto normas vigentes en España. Otras aún no aprobadas apuntan en la misma dirección de regular la gestión algorítmica. Tenemos, así, un Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión

Europea. Se trata de una norma unioneuropea de la mayor importancia, cuyo plazo de transposición ha sido ya incumplido por España, por lo que su aprobación es urgente.

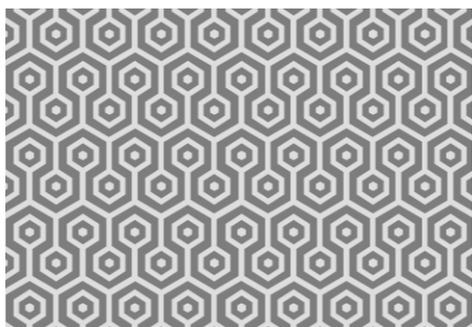
Este Anteproyecto contempla la introducción de un nuevo artículo 8 bis en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, que recogería una obligación para los empleadores de entregar información adicional a la ya prevista en el artículo 8, en aquellos casos en los que se produzca la utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones, de seguimiento o de vigilancia.

Se introduce un nuevo artículo 8 bis, que recoge la obligación de entregar información adicional en los supuestos de utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones, de seguimiento o de vigilancia. Según este nuevo precepto, la empresa está obligada a informar a las personas trabajadoras de la utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones, o de seguimiento o vigilancia destinados a proporcionar información relevante a efectos del ejercicio de sus facultades de dirección, gestión y control.

Sólo se proporcionan dos informaciones sobre la forma en que se cumplirá esta obligación:

- La primera, que se determinará reglamentariamente la información adicional que deberá suministrarse.
- La segunda, que esta información deberá trasladarse de forma transparente, en un formato estructurado y de uso común.

Esta medida se justifica por el legislador como una “*garantía específica de la previsibilidad en aquellos supuestos concretos en que las nuevas realidades presentes en el ámbito de las relaciones laborales se concretan en el uso de dichos sistemas, los cuales inciden directamente en las condiciones de trabajo*”.



Se trata de un derecho de información individual sobre el uso de algoritmos, que se sumaría a los preexistentes, al de carácter colectivo introducido en el artículo 64 del Estatuto por la Ley *Rider* y al individual contemplado por el RGPD. No es el único proyecto normativo que puede suponer un avance en esta materia, pues estamos en una fase avanzada de aprobación de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial, conocida como "Ley De Inteligencia Artificial". Según la Comisión Europea, el objetivo de esta norma es garantizar el "desarrollo ético" de la Inteligencia Artificial (IA).

El Reglamento identifica unos sistemas de IA que considera "de alto riesgo", y entre éstos se encuentran los utilizados en el empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo que incluyen los destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas; y la IA destinada a utilizarse para tomar decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones.

La calificación de un sistema de IA como de alto riesgo conlleva una serie de obligaciones para las empresas: la exigencia de una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio; un sistema de gestión de riesgos; prácticas adecuadas de gobernanza y gestión de datos, elaboración de documentación

técnica; capacidades de registro; transparencia y comunicación de información a los usuarios; vigilancia humana; y obligaciones de precisión, solidez y ciberseguridad.

También la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales contiene un capítulo monográfico sobre gestión algorítmica, que impone medidas de transparencia en la utilización de los sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones; impone la supervisión humana de los sistemas automatizados; impone la revisión humana de decisiones importantes; y establece derechos de información y consulta a los representantes de los trabajadores de plataformas.

Este último deber genera derechos de información colectivos, como hace la Ley *Rider*, pero en la norma unioneuropea se prevé que en caso de que no tengan tales representantes, se informará directamente a los trabajadores de plataformas afectados, convirtiéndolo en un derecho de información individual. Ambas normas, Reglamento y Directiva, parece que están cerca de su aprobación, por lo que es previsible que tengamos en poco tiempo nueva legislación española en esta materia, aprobada para implementarla.

Esta revisión del Derecho vigente y proyectado nos pone de manifiesto cómo el Derecho Algorítmico del Trabajo es en gran medida ya una realidad, que las empresas deben conocer y aplicar. Queda todavía mucho por hacer, mucho por aprender, mucho por implementar. Estamos en un momento de innovación, y esto afecta también a los gestores empresariales y a los operadores jurídicos.