

GESTIÓN LABORAL ALGORÍTMICA Y PODER DE DIRECCIÓN: ¿HACIA UNA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES MÁS INTENSA?*

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La transparencia como cautela principal frente a los algoritmos. 3. Titularidad de derechos y obligaciones e imputación de responsabilidades en la gestión laboral algorítmica. 4. Transparencia de la gestión laboral algorítmica vs. opacidad de la gestión laboral humana. 5. Impacto de las obligaciones de transparencia sobre el contenido y alcance del poder de dirección: ¿hacia un nuevo modelo de participación de los trabajadores? 6. A modo de conclusión: la eficacia de las herramientas tradicionales para combatir la discriminación algorítmica.

RESUMEN: La utilización de algoritmos en el ámbito de la relación laboral influye en aspectos nucleares como la selección de trabajadores, la asignación de tareas, la valoración del rendimiento o las decisiones sobre extinción contractual. Los criterios en los que se basa el algoritmo no siempre son conocidos, y por ello las normas han comenzado a exigir transparencia en el diseño para evitar resultados no deseados y consecuencias intolerables, como la discriminación. El presente estudio tiene por objeto, en primer lugar, identificar el contenido y alcance de esos remedios y analizar su efectividad como herramientas para combatir la discriminación. En segundo lugar, analizar si la introducción de cautelas reforzadas frente a la discriminación algorítmica está justificada por un mayor riesgo de discriminación, o una menor posibilidad de detección, en comparación con la discriminación que deriva de la gestión laboral humana. Y, en tercer lugar, determinar el impacto de estas nuevas garantías sobre el poder de dirección empresarial y las facultades de participación de los trabajadores en la empresa.

PALABRAS CLAVE: Algoritmos, discriminación, poder de dirección, participación de los trabajadores, gestión laboral algorítmica.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i que lleva por título “El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por María Antonia Castro Argüelles e Iván Rodríguez Cardo (referencia: PID2020-118499GB-C32)

1 Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo.

ABSTRACT: Algorithms have made a huge impact in the field of the employment relationship concerning core aspects such as the selection of workers, task allocation, the assessment of worker's performance or the decision on termination of the contract. The criteria on which the algorithm is based are not always known, and regulations have started to require transparency in the design to avoid undesirable outcomes and intolerable consequences, such as discrimination. This paper aims, first, to identify the content and scope of these remedies and to assess their effectiveness as tools to fight against discrimination. Secondly, to analyse whether the introduction of these enhanced safeguards is justified by a higher risk of discrimination, or a lower chance of detection, compared to discrimination stemming from human labour management. And thirdly, to determine their impact both on employer's powers and in the right and ways of employees' involvement in decision-making.

KEYWORDS: Algorithms, discrimination, employer's powers, employee participation, algorithmic labour management.

1. INTRODUCCIÓN

Los algoritmos son producto de la matemática, y de ahí que ya fueran utilizados por civilizaciones como la sumeria o la babilónica (con aplicaciones diversas, como el cálculo de la superficie de los terrenos o predicciones sobre la crecida de los ríos). La combinación de los progresos en la matemática, la informática y la tecnología ha dado lugar a una nueva realidad, de modo que los algoritmos no se limitan a automatizar operaciones simples para facilitar un resultado más o menos predecible que ahorre tiempo al evitar cálculos manuales/mentales complejos, como una calculadora tradicional, sino que ofrecen posibilidades que hace pocos años aparecían en la literatura y filmografía catalogada como ciencia-ficción.

Los algoritmos pueden resultar tan complejos que no siempre es posible encontrar una razón clara que explique el resultado. La inteligencia artificial, en sentido amplio –y más concretamente sus vertientes conocidas como *machine learning* y *deep learning*–, ha superado ampliamente las limitaciones iniciales de los algoritmos, que proporcionaban una respuesta a partir de parámetros dados. La inteligencia artificial no sólo ofrece predicciones mediante la identificación de patrones a partir del análisis de datos, sino que incluso las máquinas aprenden por sí mismas. Inteligencias artificiales como AlphaZero han demostrado que en unas cuatro horas deducen por sí mismas las reglas del ajedrez, y de otros juegos, las dominan y pueden batir a campeones del mundo, incluso sin acceso a bases de datos específicas durante el proceso de aprendizaje².

2 Vid. EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, *Statement on Artificial Intelligence Robotics and 'Autonomous' Systems*, 2018, p. 6, en

Todo ello genera incertidumbres evidentes, desde luego éticas y morales, pero también jurídicas³. La inteligencia artificial permite obtener respuestas óptimas, o de gran eficiencia, y por ello cada vez es más habitual confiar las decisiones al algoritmo. La automatización de decisiones está en el origen de expresiones como “algorocracia” (del inglés *algocracy*)⁴, que alertan del protagonismo de estos sistemas automatizados sin control humano. No sorprenden, así pues, las crecientes invocaciones a la ética en el diseño de los algoritmos⁵ y la exigencia de medidas que disminuyan el impacto sobre los derechos de las personas⁶.

En el ámbito de la empresa, los algoritmos facilitan la estrategia y organización, optimizando los recursos, los procesos y la toma de decisiones en aspectos como la contratación, la promoción, la organización de la actividad o la extinción de contratos, priorizando a unos trabajadores sobre otros en atención al análisis y procesamiento de información muy diversa. El empresario se vería, en cierto modo, sustituido por un algoritmo en facetas nucleares del poder de dirección. El Derecho del Trabajo no puede permanecer al margen, al menos si aspira a cumplir su finalidad de proporcionar equilibrio entre las legítimas aspiraciones empresariales y los derechos de los trabajadores, y por ello se reclaman con insistencia avances en lo que se ha dado en llamar «gobernanza algorítmica», amén de la necesidad de elaborar reglas específicas de responsabilidad (*accountability*) para responder de los daños causados por estas tecnologías⁷.

<<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/dfebe62e-4ce9-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-78120382>>.

- 3 Vid. J. GARCÍA MURCIA, “Cambio tecnológico, futuro del trabajo y adaptación del marco regulatorio”, en E. MONREAL BRINGSVAERD, X. THIBAUT ARANDA y Á. JURADO SEGOVIA, *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 27 y ss.
- 4 Vid. A. ANEESH, *Technologically coded authority: The post-industrial decline in bureaucratic hierarchies*, 2002, en <<https://web.stanford.edu/class/sts175/NewFiles/Algocratic%20Governance.pdf>>.
- 5 Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan coordinado sobre la inteligencia artificial (COM/2018/795 final).
- 6 Por todos, vid. C. SANDVIG, K. HAMILTON, K. KARAHALIOS y C. LANGBORT, “When the algorithm itself is a racist: Diagnosing ethical harm in the basic components of software”, *International Journal of Communication*, 10 (2016); P.V. MOORE, “The mirror for (artificial) intelligence: in whose reflection?”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 41 (2019), 1, pp. 65 y ss.; L. COTINO HUESO, “Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo* (iustel), 50 (2019).
- 7 Vid. P. RIVAS VALLEJO, *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 163 y ss.; A. ALOISI y E. GRAMANO, “Artificial intelligence is watching you at work: Digital surveillance, employee monitoring, and regulatory issues in the EU context”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 41 (2019), 1, pp. 95 y ss.

No obstante, el propósito en este momento no consiste en detectar supuestos de vulneración de derechos fundamentales, y en concreto de discriminación, ni proponer eventuales remedios. Partiendo de la premisa de que el riesgo es real, el objetivo consiste en determinar si esas limitaciones a la utilización de algoritmos pueden provocar un cambio de modelo en la participación de los trabajadores en la empresa y una afectación potencial notable al contenido del poder de dirección, que darían lugar a una asimetría de derechos, facultades y obligaciones –con resultados inciertos- en función de si la empresa recurre o no a la gestión laboral algorítmica.

2. LA TRANSPARENCIA COMO CAUTELA PRINCIPAL FRENTE A LOS ALGORITMOS

El creciente temor a los procesos automatizados de toma de decisiones ha provocado que desde diversas instancias se requiera la presencia de una «persona al mando» de esta tecnología (*human-in-command*). Las razones son variadas, y principalmente se sustentan en la desconfianza hacia la inteligencia artificial, por diseño intencionadamente lesivo, o bien por sesgos derivados del tipo de información utilizada, aunque también los celos se han vinculado a la dignidad, en conexión implícita con la salud mental, pues los procedimientos automatizados suelen considerarse fríos o inhumanos⁸. En general, se achaca al algoritmo la producción de resultados incompatibles con determinados valores o principios, pues la búsqueda de la eficiencia no siempre tiene en cuenta la proporcionalidad o la razonabilidad. Además, se insiste en la opacidad, pues se conoce el resultado, pero a menudo no las razones que llevan a él⁹. De ahí que en los últimos años se hayan intensificado los esfuerzos por incrementar la transparencia del algoritmo¹⁰.

Como se sabe, el art. 22 del Reglamento (UE) 2016/679, de Protección de Datos, limita las decisiones totalmente automatizadas, y podría actuar como límite o barrera en algunos casos, si bien su aplicación plena o sin modulación a las relaciones de trabajo suscita dudas legítimas¹¹, amén de que el derecho a

8 Vid. F. HENDRICKX, “Privacy 4.0 at work: regulating employment, technology, and automation”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 41 (2019), 1, pp. 166 y ss.

9 Vid. C. O’NEIL, *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, Crown Publishers, Nueva York, 2016, pp. 42 y ss.

10 Vid. F. PASQUALE, *The black box society*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2015, pp. 19 y ss.; W. ARELLANO TOLEDO, “El derecho a la transparencia algorítmica en Big Data e inteligencia artificial”, *Revista General de Derecho Administrativo (iustel)*, 50 (2019).

11 Vid. J. ADAMS-PRASSL, “What if your boss was an algorithm? The rise of artificial intelligence at work”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 1 (2019), pp. 140 y ss.; A. SORIANO ARNANZ, “Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 3 (2021), pp. 107 y ss.; F. BERNAL SANTAMARÍA, “Big data: gestión de recursos humanos y el derecho de información de los representantes de los trabajadores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2

la protección de datos no alcanza a todas las facetas de la gestión laboral algorítmica. Con un carácter más general, la UE elaboró unas “Directrices éticas para una Inteligencia Artificial fiable”, advirtiendo que la inteligencia artificial debe ser lícita, en el sentido de ajustarse a la legalidad; ha de respetar los principios y valores éticos; y debe ser robusta, con el fin de evitar daños, incluso accidentales¹². Esos principios se han incorporado al Acuerdo Marco de los interlocutores sociales europeos sobre digitalización de diciembre de 2020¹³.

El propósito, cada vez más claro, consiste en diseñar el marco jurídico en el que debe desenvolverse la gobernanza de los sistemas de inteligencia artificial¹⁴, como demuestra la 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)¹⁵ -y que vino precedida de un Libro Blanco en la materia¹⁶-, cuyo Anexo III incluye entre los sistemas de inteligencia artificial de «alto riesgo» los destinados a la gestión laboral, e introduce cautelas vinculadas con la vigilancia humana y la evaluación periódica para afrontar disfunciones y eliminar los riesgos. En el plano más específicamente laboral, la Propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales¹⁷ incorpora reglas sobre “gestión algorítmica”, con una apuesta decidida por la transparencia a través de un derecho de información, medidas de «supervisión humana de los sistemas automatizados» (art. 7) y una «revisión humana de decisiones importantes» (art. 8).

En el ámbito interno, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, introdujo una nueva letra d) en el art. 64.4 ET, atribuyendo al comité de empresa (y a los delegados de personal por la vía del art. 62.2 ET), «con la periodicidad que proceda en cada caso», el derecho a «ser informado por la empresa de los pa-

(2020), pp. 136 y ss.; A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, “La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, *Derechos y Libertades*, 38 (2018), pp. 107 y ss.

- 12 Vid. GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *Directrices éticas para una IA fiable*, Comisión Europea, 2019, disponible en <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>>.
- 13 Vid. J. BAZ RODRÍGUEZ, “El Acuerdo Marco europeo sobre digitalización: un instrumento esencial para el desarrollo de los derechos digitales laborales en Europa”, en J. BAZ RODRÍGUEZ (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Wolters Kluwer, Valencia, 2021, pp. 437 y ss.
- 14 Vid. S.J. SHACKELFORD y R. DOCKERY, “Governing AI”, *Cornell Journal of Law and Policy*, 30 (2020), 2, pp. 280 y ss.
- 15 COM/2021/206 final <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>>.
- 16 *Libro blanco sobre la inteligencia artificial — un enfoque europeo para la excelencia y la confianza*, COM (2020), disponible en <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf>.
- 17 COM(2021) 762 final, en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0762&from=EN>>.

rámetros, 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». Es una regla que se ubica en un precepto de alcance general, y no se limita al trabajo en plataformas¹⁸.

El contenido concreto de ese deber de información no es del todo claro, pues podría alcanzar incluso al código del algoritmo, o podría limitarse a la lógica de funcionamiento, o incluso a aspectos mucho más funcionales y no tan ligados a la informática, pero en último término, y para ser eficaz, la información debería permitir a los representantes conocer cuáles son los aspectos que la empresa, a través del algoritmo, toma en consideración para adoptar una determinada decisión¹⁹. Por consiguiente, el empleador que se decante por modos de gestión laboral más sofisticados estará sometido a obligaciones de información, y quizá de verdadera negociación, de las que en apariencia se verá exento quien apueste por procedimientos más clásicos o tradicionales. La gestión algorítmica del trabajo podría abocar, así pues, a un cambio sustancial de los procedimientos de participación de los trabajadores en la empresa, llegando incluso a fórmulas de gobernanza colectiva cercanas a la cogestión.

3. TITULARIDAD DE DERECHOS Y OBLIGACIONES E IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA GESTIÓN LABORAL ALGORÍTMICA

Los grandes avances tecnológicos en poco espacio de tiempo parecen haber provocado cierta fascinación, e incrementado la percepción del riesgo. Por lo pronto, en el contexto de la gestión laboral cabe afirmar que los sistemas automatizados de toma de decisiones no tienen cabida, o, más claramente, que el Derecho no admite que una máquina o programa tome una decisión con efectos jurídicos. Por supuesto, la empresa puede utilizar algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, es una posibilidad lícita; pero desde una óptica jurídico-laboral, e incluso del Derecho en general, una decisión con efectos jurídicos no puede ser adoptada por un sistema de inteligencia artificial. Simplemente no es admisible, pues el algoritmo o la inteligencia artificial carecen de personalidad jurídica y no son sujetos de derechos ni obligaciones.

18 Vid. A. TODOLÍ SIGNES, “Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos”, *Iuslabor*, 2 (2021), pp. 43 y ss.

19 Vid. R. GÓMEZ GORDILLO, “Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras”, *Temas laborales*, 158 (2021), p. 178; A. GINÈS I FABRELLAS, “El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1 (2021), p. 38.

En este sentido, la utilización de herramientas más o menos sofisticadas no supone una traslación de personalidad jurídica desde la empresa al algoritmo en tanto las normas no lo contemplen así. La empresa no puede esconderse detrás del algoritmo y, es más, su responsabilidad no nace exclusivamente cuando el empleador es consciente de que el algoritmo ofrece resultados no admitidos por el Derecho y evita poner en marcha medidas correctoras. La empresa no es un mero pasajero o acompañante del sistema de inteligencia artificial, por más que no pueda controlar ni predecir el resultado, ni el algoritmo puede considerarse como un elemento ajeno o externo del que se pueda desentender, sino que es un instrumento que sirve para conformar la voluntad empresarial, una herramienta, en definitiva, que se incardina entre los medios de los que el empleador puede valerse en el marco de su poder de dirección y organización.

El Derecho del Trabajo no puede validar «decisiones automatizadas», tomadas directamente por una máquina. No cabe dotar de efectos jurídicos a esas decisiones, que estrictamente no son decisiones, porque una auténtica decisión empresarial debe materializarse en un acto de la empresa. Desde una perspectiva jurídica, la expresión «decisión automatizada» constituye una imprecisión técnica –o una simplificación– que alude a un proceso de toma de decisiones en el que el empleador renuncia a discutir, valorar o modular la conclusión que alcanza el algoritmo, y acata el resultado y lo formaliza a través del cauce oportuno. Pero no es el algoritmo el que toma la decisión de no contratar o despedir (o cualesquiera otras), sino la propia empresa, aunque haga suyos el contenido y la explicación –mayor o menor– que proporciona el algoritmo.

Por consiguiente, la responsabilidad jurídica de la decisión de gestión laboral siempre recae en la empresa, y, bien mirado, la valoración sobre el fondo de la decisión puede prescindir del uso o no de un algoritmo. Si no es admisible que un empleador base su decisión en la probabilidad futura de un acontecimiento incierto que afecta a un trabajador (*v.gr.*, embarazo o enfermedad), el hecho de que ese resultado derive de la valoración efectuada por un ser humano (de su instinto o experiencia) o del procesamiento de información realizado por un algoritmo no es decisivo para la calificación. Cuando el empleador acepta acríticamente la valoración de un sistema de inteligencia artificial será responsable del resultado, del mismo modo que lo sería si se limita a aceptar la de un directivo, la del personal de recursos humanos o la de una empresa de selección o en la que se haya externalizado cualquier servicio. Todos ellos forman parte de un engranaje en el que la responsabilidad última corresponde al empleador. Es más, aun aceptando que el algoritmo pudiera tomar directamente la decisión, la empresa seguiría siendo plenamente responsable, como sucedería si la decisión fuera adoptada por un alto directivo sin conocimiento y/o ratificación del empresario o del órgano de administración.

El hecho de que el sistema de inteligencia artificial proporcione –o no– información sobre los motivos de la decisión concreta es relevante para la calificación jurídica, porque no será suficiente, por ejemplo, aducir en la carta de despido que esa es la conclusión del algoritmo, sin mayor precisión, como

tampoco lo sería indicar que esa es la voluntad de un determinado directivo u órgano de la empresa. En verdad, la información que proporciona el algoritmo puede suponer una ventaja a efectos procesales, pues facilita la prueba de las razones que han conducido al resultado, prueba más difícil de obtener cuando debe inferirse de la conducta de un ser humano. Es posible diseñar el algoritmo de forma que ofrezca una explicación, pero no siempre es factible obtener las razones reales de una decisión humana.

De algún modo, se considera que el sistema de inteligencia artificial, por carecer de sensibilidad y emociones, será más proclive a decisiones discriminatorias, y de ahí el énfasis en la supervisión humana. Pero el hecho de que la gestión laboral descansa en algoritmos o en personas no ha de cambiar necesariamente los parámetros de valoración jurídica, ni evitar que el empleador deba afrontar las pertinentes consecuencias por la vulneración de derechos del trabajador. La gestión laboral algorítmica no escapa, así pues, al Derecho del Trabajo, ni permite al empleador eludir sus responsabilidades.

4. TRANSPARENCIA DE LA GESTIÓN LABORAL ALGORÍTMICA VS. OPACIDAD DE LA GESTIÓN LABORAL HUMANA

Tradicionalmente, el Derecho del Trabajo no ha exigido del empleador total transparencia respecto de los criterios que motivan las decisiones de gestión laboral, sino únicamente que tales decisiones se acomoden a las exigencias legales. La transparencia se requiere cuando la licitud se condiciona a la concurrencia de un motivo determinado (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, incumplimiento del trabajador, etc.), pero es una motivación que acompaña a la decisión que en su caso se adopta, de modo que la transparencia, cuando se exige, es una transparencia casuística, apegada a la decisión, y no una transparencia general y anticipada, o preventiva, a modo de código de conducta o buenas prácticas.

De este modo, el empleador nunca ha necesitado informar sobre los parámetros, reglas o instrucciones que motivarán un eventual y futuro desistimiento durante el período de prueba. Tampoco es sencillo deducir esa obligación de transparencia en relación con los procesos de selección, que, como es sabido, concluyen a menudo sin proporcionar información alguna a los candidatos, ni cuando el currículum simplemente es descartado en una primera fase, ni cuando tiene lugar una entrevista, que puede concluir con expresiones genéricas y poco comprometedoras (*v.gr.*, “ya le llamaremos”). Esa transparencia, hacia el candidato o hacia la representación de los trabajadores, no existe en la práctica, ni es claro que resulte plenamente exigible jurídicamente.

En cambio, del art. 64.4.d) ET, del art. 22 del RGDP, y en un futuro de las normas europeas sobre inteligencia artificial y trabajo en plataformas, se deriva que esa transparencia será imprescindible, y el empleador deberá informar a los trabajadores y/o a sus representantes sobre los parámetros, reglas o

instrucciones que sustentan las decisiones basadas en el uso de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial. Una política empresarial previa clara es deseable, pero el ordenamiento español no exige al empleador que sus decisiones estén basadas escrupulosamente en la razonabilidad o en la eficacia. Es más, el empleador privado puede adoptar decisiones discrecionales, e incluso con cierto componente de arbitrariedad, siempre que no vulneren la ley. La legislación laboral no prohíbe a un empleador tomar una decisión basada en el mero azar (lanzando una moneda al aire, por ejemplo), ni priorizar a un trabajador o a otro por motivos de mera afinidad personal, y son criterios que el empleador no siempre está obligado a explicitar, ni con carácter general, ni en el marco de una decisión concreta.

Sin embargo, la gestión algorítmica va a provocar un cambio de paradigma, máxime si los trabajadores deben participar en el diseño del algoritmo con el fin de prevenir resultados no deseados. Es un propósito loable, pero habría que explicar por qué se renuncia a introducir fórmulas similares cuando la decisión corresponde a una persona. Si la participación de los trabajadores en el proceso de configuración de los criterios que llevan a la toma de decisiones –no sólo como receptores de información, sino como sujetos activos– se entiende positiva y permite prevenir la discriminación, habría que incorporar similares cautelas en la gestión laboral algorítmica y en la humana. Y lo mismo sucede con los trámites conectados a la adopción de decisiones concretas, pues la intervención humana en el control de las «decisiones automatizadas» derivará en la práctica en trámites de audiencia previos a la adopción formal de decisiones cuando se utilicen algoritmos o sistemas de inteligencia artificial. Sin embargo, esos procesos internos de revisión de decisiones algorítmicas no alcanzarán a las decisiones adoptadas por personas.

En verdad, no se alcanza a comprender por qué esa exigencia de transparencia empresarial y esa mayor participación de los trabajadores se constriñen a los escenarios de gestión algorítmica. La gestión laboral totalmente humana puede desarrollarse en la práctica con un notable grado de opacidad y sin mayores explicaciones a los trabajadores y sus representantes. En cambio, la gestión algorítmica se concibe como una amenaza que debe estar sujeta a férreos controles. No es cuestión de permitir una gestión laboral algorítmica sin control alguno, sino de tener presente que, por un lado, el poder de dirección y organización del empresario no desaparece ni se ve suplantado por un sistema de inteligencia artificial, y, por otro, que los límites a esos poderes empresariales, y las responsabilidades que derivarían de un uso desviado, pueden, y seguramente deben, ser configurados sobre las mismas premisas con independencia de que se opte por procedimientos más sofisticados o más rudimentarios, para evitar que se generen espacios de impunidad en contextos más tradicionales por la sobre-reacción que provocan los nuevos fenómenos. La discriminación es siempre antijurídica y debe ser erradicada, con independencia de que su origen se encuentre en una decisión adoptada por medios humanos o por medios automatizados. Y, en la generalidad de los casos, la calificación jurídica de la

decisión empresarial ni siquiera requeriría conocer si se ha utilizado un sistema de inteligencia artificial.

Piénsese, por ejemplo, en la emblemática STJUE Meister²⁰, en la que una trabajadora de origen ruso, y de más de 45 años, se interesó en varias ocasiones por una oferta de empleo en Alemania (donde residía) para la que estaba sobradamente cualificada, amén de contar con amplia experiencia, pero nunca recibió contestación ni fue convocada a entrevista alguna. El TJUE reconoce el derecho a recibir información para averiguar si la empresa contrató a otra persona y, en tal caso, conocer los méritos del candidato elegido, para poder sustentar una demanda por discriminación. En apariencia, la trabajadora fue excluida del proceso de selección, y el panorama discriminatorio podría llegar a construirse tomando como base circunstancias diversas (sexo, nacionalidad y/o edad), sin que resulte relevante para la calificación final si esa exclusión fue realizada por una persona física o por un algoritmo, aspecto que la sentencia ni siquiera se plantea, ni a efectos de discriminación, ni a efectos del derecho a la información, porque no impide apreciar la discriminación ni imputar responsabilidades.

En último término, la intervención humana para corregir eventuales disfunciones del algoritmo podría conducir a resultados no deseados, pues la respuesta del sistema de inteligencia artificial, aun siendo adecuada desde una perspectiva netamente profesional (basada en mérito y capacidad) y no discriminatoria, quizá no resulte del agrado del empleador, que en ocasiones prefiere adoptar una decisión de corte más discrecional, o incluso arbitraria. La intervención humana, en definitiva, no es de por sí neutra ni tampoco siempre más fundada o preferible a la respuesta automatizada, máxime cuando la discriminación es una creación humana. Es más, en alguna ocasión la representación de los trabajadores ha sustentado su alegación de discriminación en el hecho de que la selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo se había realizado ignorando el algoritmo y priorizando la decisión humana, con el fin de perjudicar a afiliados sindicales²¹.

La gestión laboral humana, no conviene olvidarlo, proporciona ejemplos muy poco edificantes. Uno de los más significados en medios de comunicación españoles aconteció al descubrirse currículums de aspirantes a un empleo en bolsas de basura, currículums que contenían comentarios despectivos de los encargados de realizar el proceso de selección²². Sin perjuicio de la pertinente sanción administrativa que fue impuesta por vulneración del derecho a la protección de datos²³, este tipo de prácticas refleja que el notable esfuerzo por prevenir desde el origen la discriminación algorítmica no viene acompañado de una preocupación de la misma intensidad por prevenir la discriminación en la

20 De 19-4-2012, asunto C-415/10.

21 Vid. STS de 25-9-2018 (recurso 43/2018).

22 <https://elpais.com/elpais/2002/07/04/actualidad/1025770622_850215.html>.

23 <http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/resoluciones/procedimientos_sancionadores/ps_2003/common/pdfs/PS-00099-2002_Resolucion-de-fecha-24-01-2003.pdf>.

gestión laboral humana. Si es imprescindible que el empleador informe sobre la lógica de funcionamiento del algoritmo en la toma de decisiones que afecten al personal, no hay razón por la que esa misma transparencia no deba requerirse cuando la decisión se adopta por cauces humanos.

En cierta forma, parece que se ha renunciado a desentrañar la lógica que mueve las decisiones del ser humano, que por otra parte no siempre ofrecerá respuestas totalmente veraces sobre sus intenciones, mientras que se entiende que es más sencillo controlar el algoritmo desde su origen interviniendo en su programación. Sin embargo, a medida en que la inteligencia artificial se va sofisticando, y replicando patrones de funcionamiento del cerebro humano, la eficacia de las medidas de prevención disminuirá y será más necesario poner el acento en las medidas de control *a posteriori*, pues es probable que las discriminaciones generadas por el algoritmo resulten más sutiles o menos gruesas que las provocadas por el ser humano.

En este sentido, y en el ámbito de procesos de selección gestionados por personas, resulta cada vez más habitual prescindir de la fotografía en el currículum, para evitar prejuicios, y la apariencia estética del candidato (*v.gr.*, *pier-cings*, tatuajes, indumentaria en general) puede también influir, aunque esas circunstancias carezcan de importancia en la concreta prestación laboral demandada. Un sistema de inteligencia artificial también podría llegar a tomar en consideración tales circunstancias –procesando datos captados por reconocimiento facial–, y excluir a determinadas personas reproduciendo esos patrones humanos –el riesgo de discriminación no sería mayor que en la gestión laboral humana–, pero es probable que esos sistemas se centren en factores y variables que conecten con el rendimiento –presente o futuro– del trabajador y con los resultados esperados para la empresa. Se trata de criterios vinculados a la eficiencia económica que, aplicados sin las debidas cautelas, pueden conducir a la discriminación.

Ese no es, en absoluto, un contexto desconocido en la gestión laboral humana. La adopción de decisiones por razones estrictas de productividad o de eficiencia económica no ha excluido la aplicación de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo cuando se perjudicaba a la mujer al no tener en cuenta ausencias o circunstancias vinculadas con el embarazo o la conciliación, ni tampoco por razón de discapacidad cuando las ausencias conectaban con determinadas dolencias. El hecho de que una opción sea la más eficiente para la empresa no permite eludir la discriminación, porque la optimización de los recursos empresariales no valida cualesquiera decisiones. Y, como se ha insistido, no es jurídicamente relevante ni para la calificación jurídica ni para la imputación de responsabilidades que esa valoración de la eficiencia sea efectuada por un ser humano o por un algoritmo.

El sistema de inteligencia artificial es, así pues, una herramienta y, aun cuando su lógica de funcionamiento no sea completamente conocida, sus resultados no escapan a la aplicación de las normas laborales. La vulneración de los derechos del trabajador, y en particular de los derechos fundamentales, hace

ya tiempo que no exige una voluntad consciente y deliberada del empresario, sino que es suficiente la producción del resultado lesivo. Un ejemplo evidente es la nulidad del despido de la trabajadora embarazada aun cuando el empleador desconozca su estado²⁴; que la decisión sea adoptada por un ser humano o derive de la aplicación de un algoritmo no es relevante para declarar la nulidad.

Por consiguiente, y ante la creciente dificultad técnica para prevenir la discriminación –o toda discriminación– en el diseño, los esfuerzos no deberían dirigirse en exclusiva hacia la transparencia, que debido al avance de la técnica resultará cada vez más ardua de conseguir, salvo que el propósito consista en establecer cauces de negociación para determinar criterios o parámetros objetivos que el sistema de inteligencia artificial deberá tener en cuenta, pero ello aboca a un tipo de relación entre empresario y trabajadores distinto, en términos de participación, y a una diferencia notable –y sin una justificación clara– con los procedimientos de toma de decisiones en empresas que no utilicen sistemas de inteligencia artificial, donde los representantes no disfrutarían de esas vías de participación en tanto no se habiliten legalmente.

5. IMPACTO DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA SOBRE EL CONTENIDO Y ALCANCE DEL PODER DE DIRECCIÓN: ¿HACIA UN NUEVO MODELO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES?

Las obligaciones de transparencia aparejadas a la gestión laboral algorítmica, que se concretan en la información *a priori* sobre la lógica de funcionamiento del algoritmo y en el control humano de los resultados, plantean dudas sobre el modelo de relaciones laborales y el contenido del poder de dirección. Como ya se dijo, el derecho de información sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basa el algoritmo afecta al núcleo duro del poder de dirección, y más si se convierte en auténtica negociación. Por su parte, el control humano *a posteriori* podría provocar un impacto quizá mayor, aunque resulta imprescindible dilucidar, en primer término, si una decisión de gestión laboral basada en un sistema automatizado sin control humano es lícita.

Cabría sustentar la respuesta negativa en el art. 22 RGPD, pero no es claro, a tenor de su apartado 2.a), que ese precepto pueda aplicarse sin modulación a la relación laboral, amén de que la intervención humana parece exigible sólo previa solicitud del interesado²⁵ y podría consistir en una explicación de la decisión, y no en una revisión de la misma. Las propuestas de gobernanza algorítmica insisten sobre todo en la evaluación de riesgos o resultados, evaluación que consiste en un análisis de decisiones ya tomadas para valorar la lógica de

24 Vid. STC 92/2008 y STS de 28-11-2017 (recurso 3657/2015).

25 Vid. AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales*, 2021, p. 24, disponible en <<https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>>.

funcionamiento del algoritmo, detectar disfunciones e implementar mejoras, pero no siempre requieren la revisión de decisiones individuales. Es decir, se trataría de una «evaluación de impacto» en el sentido del art. 35 del RGPD, pero no limitada al tratamiento de datos personales, sino que se extendería a los efectos sobre los derechos de los trabajadores²⁶.

Obviamente, la revisión humana de las decisiones algorítmicas implicaría una limitación de las facultades del empleador en orden a la organización del proceso de toma de decisiones, toda vez que las empresas con un sistema de gestión laboral humana no se ven compelidas a establecer mecanismos similares de explicación, ratificación o verificación, ni siquiera cuando el empleador y los trabajadores desconocen los criterios concretos utilizados para la toma de la decisión. Piénsese en un proceso de selección externalizado en el que el empresario acepte al candidato elegido por la empresa de selección. Los riesgos para la vulneración de derechos no parecen menores que los derivados del uso de algoritmos (directamente por la empresa empleadora o por la de selección).

Más allá de esas diferencias, la eventual implementación de un cauce adicional de revisión de la decisión algorítmica obligará a definir cómo se articula esa fórmula. Esa revisión podría ser efectuada por la persona designada por la empresa, y la norma requerirá, a buen seguro, una valoración sustantiva, y no la mera aceptación acrítica del resultado ofrecido por el algoritmo. No obstante, ese modelo no resolvería ciertos problemas de fondo, pues los recelos a la gestión algorítmica no vienen motivados únicamente por el recurso a esa herramienta, sino que se asientan en la sospecha de ocultación de sesgos discriminatorios en la programación del algoritmo. Si ello es así, y la desconfianza no se predica tanto de la herramienta como del propio empleador, el control del algoritmo exclusivamente por parte del empresario no parece una opción satisfactoria.

De ahí que, para garantizar la objetividad e imparcialidad del sistema, el control de esas decisiones se asignará previsiblemente a algún órgano mixto, quizá una comisión paritaria compuesta por representantes de los trabajadores y del empresario, lo que contribuirá a disminuir las resistencias a la utilización de sistemas de inteligencia artificial, y parece una buena forma de proceder para reducir la conflictividad. Sin embargo, este filtro previo supone, desde una perspectiva jurídica, condicionar la decisión empresarial a una valoración (o conformidad) de los trabajadores. Sería un derecho que, dependiendo de su configuración, excedería de la consulta, pues si la decisión basada en un algoritmo requiere de la validación de esa comisión paritaria el poder de dirección del empresario no podría ejercerse en plenitud, y de hecho se vería muy mediatizado sin la aquiescencia de los trabajadores. Se introducirían de ese modo por vía indirecta fórmulas de participación de los trabajadores en la empresa,

26 Vid. J.A. EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”, *Estudios de Deusto*, 2 (2020), pp. 356 y ss.

pero vinculadas únicamente a la gestión laboral a través de algoritmos y sin parangón en empresas que opten por la gestión laboral humana. Ello generaría un impacto muy notable en el contenido del poder de organización y dirección que difícilmente se puede explicar por el riesgo de vulneración de derechos fundamentales asociada a la gestión laboral algorítmica. Por consiguiente, del modelo adoptado para la gobernanza algorítmica en la empresa emergería un nuevo sistema de gobernanza de la propia empresa (y adicionalmente provocaría el desarrollo de mecanismos internos de conciliación y/o mediación)²⁷. Por supuesto, si la mayor participación de los trabajadores es una posible -y probable- consecuencia de la gobernanza algorítmica, y quizás incluso un objetivo, deben introducirse reglas legales a tal efecto, pues sin un marco jurídico adecuado el riesgo de resultados inesperados y poco deseados es elevado.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA EFICACIA DE LAS HERRAMIENTAS TRADICIONALES PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

Las propuestas de transparencia en las decisiones adoptadas a partir de sistemas de inteligencia artificial se traducen en mayores y mejores explicaciones a los trabajadores sobre las razones que motivan al empresario, pero pueden conducir a un nuevo modelo de gobernanza en la empresa en relación con el uso de nuevas tecnologías. Sin perjuicio de la mejora cualitativa en la protección de los derechos de los trabajadores que ello puede suponer, cabe cuestionarse si es razonable que esas medidas no vengán acompañadas de otras similares en aquellos ámbitos no tan tecnificados, en los que el empleador cuenta con mayor libertad de acción e incluso sus obligaciones de información y transparencia son más etéreas. Por supuesto, no cabe negar el impacto que los algoritmos están provocando en el ámbito de las relaciones laborales, impacto que se incrementará sustancialmente a corto y medio plazo. Ni tampoco cabe minimizar la bondad de las medidas que traten de anticipar y prevenir resultados antijurídicos. Ese es un propósito loable, pero sin una adecuada reflexión sobre el modelo que conviene adoptar, no resultaría sorprendente que tuviera lugar, por esta vía indirecta, una alteración sustancial del contenido y alcance del poder de dirección en función de la mayor o menor sofisticación que el empresario decida introducir en la gestión laboral.

Las propuestas de implementación de sistemas de gobernanza algorítmica con mayor implicación de los trabajadores pretenden conseguir transparencia empresarial y dotar a los trabajadores de más facultades de control tanto *a priori* como *a posteriori*, configurando un sistema de “cogestión algorítmica” que no tiene parangón cuando el empleador toma sus decisiones sin utilizar esa tec-

27 Vid. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, “Automatización y empleo: la “Paradoja de Polanyi” revisitada”, *Revista crítica de Relaciones de Trabajo*, 1 (2021), pp. 86-87.

nología²⁸. De algún modo, se parte de la premisa de que los sistemas de gestión laboral algorítmica, por su opacidad, escapan a los remedios tradicionales que proporciona el ordenamiento, y que por ello es necesario instaurar mejores armas jurídicas para combatir estos riesgos.

Sin embargo, cada decisión que tome el empleador puede ser impugnada por el trabajador conforme a las vías oportunas, y en último término la jurisdiccional, y esa decisión únicamente será lícita si viene amparada por una razón admitida en Derecho. Si el sistema de inteligencia artificial no proporciona explicación alguna, o la que ofrece no es satisfactoria, el empleador habrá de afrontar las consecuencias pertinentes. Ahora bien, estas exigencias de transparencia suscitan otras incertidumbres.

Por ejemplo, podría llegar a defenderse la nulidad de un despido en el que concurra la causa y se respeten los requisitos de forma impuestos por el ET, pero no se haya procedido a un trámite de audiencia o explicativo previo, en apariencia necesario –invocando el art. 22 RGPD– si la constatación de la causa ha tenido lugar gracias a un algoritmo. No obstante, resultaría un tanto incoherente que un despido sin causa decidido por un ser humano fuera calificado como improcedente, pero un despido basado en una causa real y probada fuera nulo porque las razones –lícitas y admisibles– han sido proporcionadas por un algoritmo y la empresa no ha concedido un trámite de audiencia previo a la toma de la decisión, trámite que no parece cumplir la misma función que el previsto en los despidos de representantes de los trabajadores.

En verdad, la atención tan intensa a la discriminación laboral algorítmica contrasta con cierta indiferencia hacia la discriminación laboral causada por vías estrictamente humanas, que sigue resultando abrumadoramente mayoritaria y sobre la que no se están proponiendo cautelas similares. La preocupación por la transparencia en la gestión laboral algorítmica parece sustentarse en cierto temor a que la vulneración de derechos, y en particular la discriminación, no pueda ser detectada ni combatida debido a la opacidad de los algoritmos. Es un temor, en cierto modo, infundado, porque la empresa asumirá una responsabilidad objetiva por sus decisiones, aun cuando no tuviera intención de vulnerar los derechos de los trabajadores, lo que no es obstáculo para imputar las responsabilidades pertinentes –civiles, o incluso penales– a otros sujetos, en particular a los que hayan participado en el diseño del algoritmo dañoso. No es, en absoluto, una situación desconocida en el contexto laboral, porque el art. 41 de la LPRL, relativo a las «obligaciones de los fabricantes, importadores y suministradores», ya alcanza a los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial, que deben quedar comprendidos en las referencias a «maquinaria,

28 Vid. A. TODOLÍ SIGNES, “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 (2018), pp. 45 y ss.; H. ÁLVAREZ CUESTA, *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 88 y ss.

equipos, productos y útiles de trabajo», y que no deben constituir «una fuente de peligro para el trabajador».

Debe tenerse presente, asimismo, que las técnicas jurídicas que proporciona el actual derecho antidiscriminatorio han alcanzado un notable grado de perfeccionamiento, y se encuentran en constante evolución, de modo que no se aprecia verdadera dificultad en su aplicación a las decisiones empresariales basadas en algoritmos. La opacidad del algoritmo podría dificultar la detección de la discriminación, pero las decisiones humanas son igual de opacas, y en ocasiones los motivos se esconden conscientemente, de ahí que el Derecho haya elaborado fórmulas sumamente eficaces, como la inversión de la carga de la prueba ante la presentación de un panorama indiciario o la pertinencia de la prueba estadística, amén de no admitir la discriminación indirecta. Esas herramientas resultan plenamente operativas en la gestión algorítmica del trabajo²⁹, de modo que la falta de transparencia en el funcionamiento de la inteligencia artificial no da lugar a un mayor espacio para la impunidad.

En definitiva, si un sistema de inteligencia artificial provoca discriminación es, a buen seguro, porque reproduce patrones o conductas propias de los seres humanos, de modo que ni siquiera la supervisión humana garantiza la erradicación de la discriminación, que puede ser igual o más intensa en la gestión laboral humana que en la algorítmica. El algoritmo no es más que una herramienta y el hecho de que la decisión se tome por medios automatizados no permite a la empresa eludir su responsabilidad. Una aplicación automática y sin matices de normas que sólo atienden a criterios cuantitativos o técnicos puede provocar discriminación si la razón que impide alcanzar los objetivos o ajustarse a los parámetros está protegida por un derecho fundamental. Y el hecho de que la decisión se tome por vías más o menos sofisticadas no cambia la conclusión. Quizá la intervención humana permita prevenir determinados litigios, pero, como cabe deducir del despido objetivo por absentismo, y su potencialidad discriminatoria³⁰, no es infrecuente en el ámbito de la empresa proceder a una aplicación mecánica y literal de las normas, por lo que en la mayoría de ocasiones el resultado no cambiará con independencia de que la decisión se adopte por un ser humano o por un sistema de inteligencia artificial, sea de forma autónoma, sea tras la validación de una persona. La pretensión de dotar de más medios a la lucha contra la discriminación es loable, pero esos medios deberían alcanzar a la gestión laboral en su conjunto, sea algorítmica o humana.

29 Extensamente, vid. G. GAUDIO, “Algorithmic bosses can’t lie! How to foster transparency and limit abuses of the new algorithmic managers”, de próxima publicación en *Comparative Labor Law & Policy Journal*, disponible en <https://www.researchgate.net/publication/354948197_ALGORITHMIC_BOSSSES_CAN%27T_LIE_HOW_TO_FOSTER_TRANSPARENCY_AND_LIMIT_ABUSES_OF_THE_NEW_ALGORITHMIC_MANAGERS>.

30 Vid. STJUE Ruiz Conejero (de 18-1-2018, asunto C270/16).