

EL NUEVO Y COMPLEJO DERECHO DE INFORMACIÓN SOBRE ALGORITMOS Y SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL QUE INCIDEN EN EL EMPLEO Y LAS CONDICIONES LABORALES

EVA GARRIDO PÉREZ

NET21 NÚMERO 4, JUNIO 2021

Después de varios años en los que apenas se ha incorporado variación significativa entre las materias objeto de información de los representantes del personal, tal y como se contempla y ordena en el art.64 del ET, sorprende que sea ahora, con el RD-Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el TRLET para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, que se conforme un nuevo derecho informativo a favor de los representantes de los trabajadores, aprovechando la ocasión de una norma con cuyo ámbito material de referencia le une una relación más tangencial que directa.

Si tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo en septiembre de 2020, se esperaba una disposición normativa que atrajera hacia el campo del Derecho del Trabajo las prestaciones de servicio desarrolladas en esta especial actividad económica representada por las plataformas de reparto, aquello que sí ha causado cuanto menos cierta extrañeza ha sido el apunte sobre un derecho de información que se expresa con la proyección y el impacto de los términos utilizados en las cuatro líneas que conforman la nueva letra d) que se incorpora al art.64.4.del ET: *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.*

Y precisamente lo primero que llama la atención es su encaje en este RD-Ley, puesto que tal derecho no aparece como un elemento extensivo o complementario de la presunción de laboralidad de los servicios desarrollados en las plataformas de reparto; no es un derecho asociado

funcionalmente a este particular ámbito de actividad, aunque en él pueda gozar de un especial valor, sino que se expresa con una vocación de generalidad que sin duda resulta positivo desde la intencionalidad normativa, pero que no se acompaña de un claro cierre de contornos que garantice su efectividad práctica.

Entiende la norma que el recurso a un algoritmo conforma el eje central de gestión de las plataformas digitales dedicadas al reparto de mercancías, y que es la aplicación algorítmica el centro de conformación de las decisiones más elementales referidas a las prestaciones de servicios y al personal que se despliega en estos ámbitos de actividad. Pero también es consciente de que en ello no se agota la virtualidad de un algoritmo o de un sistema de IA en las relaciones laborales, y consiguientemente, con ocasión de esta primera incursión normativa en el mundo de las plataformas digitales, decide crear un nuevo derecho de información que tenga como núcleo central la configuración básica de un algoritmo o un sistema de inteligencia artificial que tenga una proyección o impacto en el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores. Y lo crea en una proyección extramuros del propio ámbito material de la norma de reconocimiento, disociando funcionalmente el derecho de información de las plataformas digitales de reparto, de tal manera que el requerimiento informativo que se contempla podrá operarse en todo ámbito económico donde se recurra a aplicaciones algorítmicas o de IA con capacidad para influir o incidir en el empleo y las condiciones de trabajo del personal que allí presta servicios.

En este sentido, la doctrina laboralista ya había venido poniendo de manifiesto la incidencia y el grado de influencia de los algoritmos en los procesos decisionales de la empresa, especialmente en el momento de la contratación, y la norma ha sido sin duda receptiva a estas señales de aviso, extendiendo hacia aquellos los poderes informativos de los representantes del personal. Siendo ésta la opción, el derecho de información no se construye sobre el todo (el algoritmo o sistema de IA) o el conjunto de los elementos de identificación de uno u otro, sino que a través del recurso a varios filtros que van concretando materialmente el derecho que se contempla, la norma finalmente lo proyecta sobre ciertos componentes (primer filtro) de un algoritmo o sistema de IA, esto es, "parámetros, reglas o instrucciones", que condicionen las decisiones empresariales (segundo filtro) relativas a "las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles" (tercer filtro). Solo aquel elemento de un algoritmo que tenga una relación causa efecto con una decisión empresarial sobre tales cuestiones, podría constituir pues el elemento material sobre el que recae el derecho de información. Ciertamente es que la intencionada ausencia

de precisión en los aspectos del último filtro, permite pues contemplar un amplio espectro de decisiones empresariales que inciden en la gestión de la mano de obra, desde la contratación hasta la extinción, pasando por variaciones o alteraciones en las condiciones laborales previamente determinadas contractual o colectivamente. Más aún, la mención específica a la "elaboración de perfiles" consigue extender el derecho a fases precontractuales, allí donde es claramente exponencial la utilización de algoritmos. Pero a pesar de ello, el verdadero caballo de batalla para el ejercicio de este derecho residirá en constatar y demostrar la conexión entre una regla algorítmica y una decisión empresarial que "pueda incidir" en el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores; por lo demás, una eventualidad en la incidencia que comporta una cuestión valorativa o de apreciación que puede quedar ajena a los receptores de la información.

No obstante, la cuestión del objeto de la información a suministrar va más allá de la mera interpretación de los términos que utiliza la norma en su definición, por cuanto en última instancia revela la translación a una disposición tecnológica, y por ende con una eventual mayor accesibilidad, de ciertos elementos de valoración de tradicional conformación subjetiva.

De hecho, podría coincidirse en que la norma está en cierto modo reconociendo que por encima de la propia subjetividad del sujeto decisor, aquel individual o colectivo que toma las decisiones, y que construye el proceso mismo de adopción de las mismas, hay un mecanismo tecnológico que aplicando una serie de reglas a unos datos previamente introducidos, muestra un resultado que tiene la idoneidad de sustentar, condicionar o más aún legitimar una decisión personal con efectos sobre los trabajadores y sus condiciones laborales. Esto es, aquello que sin un algoritmo dependía de la libre y discrecional decisión del sujeto empresarial, en función de sus propios elementos valorativos, del todo punto propios y subjetivos que no tenían que ser proyectados externamente para su conocimiento por terceros, con el recurso a un algoritmo las reglas e instrucciones que conforman el sistema de procesamiento de los datos van a poder reproducir o reflejar esos elementos de valoración que el sujeto sí quiere o tiene interés en que condicione el resultado o previsión final del proceso. En este sentido, las reglas utilizadas en un algoritmo o sistema de IA permiten extraer o identificar determinados datos bien para darles un especial valor o bien para rechazarlos porque no encajan en lo previamente definido. Con este mecanismo, los sesgos subjetivos pasan a ser ahora sesgos técnicos, elementos diferenciales contenidos en esas reglas o instrucciones que conforman el procesamiento de datos que efectúa la aplicación algorítmica. Desde este prisma, las valoraciones que condicionan una determinada decisión empresarial con

efectos en la gestión de las relaciones laborales, pueden salir a la luz, se objetivan al tecnificarse, y hacerse más transparentes desde el punto de vista de la accesibilidad cognitiva por terceros externos, como podrían ser en concreto los representantes del personal.

El foco de la atención informativa cabría así trasladarse desde el resultado, cual es la decisión, hacia su proceso de gestación. En este sentido, si tras un procedimiento de selección de personal se contrata a determinado/a candidato/a como resultado de una operación algorítmica, se cuestionará no tanto el resultado y su posible acomodo a reglas objetivas y no discriminatorias, como si los datos incorporados y las instrucciones de procesamiento en dicha operación contenían elementos o factores de sesgo no justificados. Igual apreciación podría aplicarse en aquellos otros escenarios en los que decisiones empresariales sobre inversiones, traslados de centros de actividad o cierre de instalaciones, vienen sustentadas en previsiones o resultados algorítmicos sobre informaciones o datos que han sido calculados o valorados conforme a reglas de análisis de conformación intencionadamente sesgada.

Así pues, ingredientes diferenciales que antes podían permanecer ocultos en el proceso propio y personal de toma de decisiones del sujeto empresarial, y protegidos ante cualquier intromisión informativa por parte de los representantes del personal, son los que pueden salir a la luz con este nuevo derecho de información. Conforme al mismo, sus titulares no tienen por qué conocer los especiales o particulares componentes técnicos del algoritmo, ni tener una formación especializada para su comprensión. Poco importan los sellos de propiedad intelectual que se le impriman a aquellos, o las alusiones a una reserva de datos porque encajen en un más que discutido secreto empresarial. La especial conformación tecnológica del algoritmo carece de funcionalidad para el ejercicio de la misión representativa, cuando a tal fin, lo que sí interesa son los datos incorporados y las reglas o instrucciones de procesamiento de los mismos. Sobre estas partes del algoritmo puede y debe recaer el control de su objetividad y corrección jurídica que han de desarrollar los representantes del personal, antes de que precisamente pueda llegarse a un resultado como fase final del proceso algorítmico. No otra es la finalidad de la información que se incorpora como derecho en el artículo 64.4.d) ET, y no otra es la misión de los representantes como titulares de ese derecho.

Esta consideración finalista del nuevo derecho informativo conduce necesariamente a otra de naturaleza temporal que la norma expresamente no resuelve, cual es la del momento en que debe suministrarse la información que contempla. Para garantizar el fin ideado por la norma al diseñar este

derecho, permitiendo que los representantes puedan cumplir su función de defensa de los intereses de los trabajadores afectados en sus condiciones laborales (o incluso precontractuales) por decisiones sustentadas o legitimadas por una operación algorítmica, la información debe suministrarse con anterioridad a que tal operación tenga lugar. Solo así se podrá intervenir sobre el proceso, con opción pues de proceder a cambios en el diseño que resulten ser más acordes o justificados, y no sobre el resultado final del mismo, condicionante de una decisión empresarial definitivamente adoptada que presenta una menor idoneidad para la intervención o variación. Cuestión distinta es la relativa tanto a los mecanismos de garantía en la efectividad del derecho, esto es, a que se ejercite en la forma y tiempo que permita a la representación "tener conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen" (art.64.1 ET), como al procedimiento en caso de incumplimiento por el empresario del deber informativo que tal derecho le impone, debiendo discurrir aquel por los ya conocidos cauces administrativos y procesales ante situaciones de obstrucción o impedimento para el pleno ejercicio de derechos de información y/o consulta de los representantes del personal.

Por lo que se refiere finalmente al alcance de este nuevo derecho informativo, debe reconocerse su carácter amplio y generalista, teniendo como premisa la circunstancia de que la empresa haga uso o recurra a algoritmos o sistemas de IA, con independencia pues del tipo de actividad o servicio prestado por y en la empresa. Consiguientemente, el derecho se proyecta sobre actividades donde se desarrollan relaciones laborales que son gestionadas con ayuda o recurso de aplicaciones algorítmicas o de IA, y en donde hay unos representantes elegidos por el personal que ostenten la titularidad del derecho de información así reconocido y que podrán en consecuencia gestionar la información recibida en aras al mejor ejercicio de sus funciones de representación y defensa de los intereses de los trabajadores.

Pero al hacerlo así la norma ha caído en la trampa de su posible inoperancia allí donde no se dan estas premisas, de modo que el problema de fondo en última instancia no es tanto o exclusivamente qué es lo que se informa o para qué, sino a quién se informa con el fin de que efectivamente el derecho cumpla su función. Lógicamente, la ubicación de este nuevo derecho en el art.64 ET no genera dudas sobre la titularidad del mismo, recayendo en los órganos de representación que el propio ET contempla, así como en los delegados sindicales por extensión desde el art.10 LOLS. La verdadera dificultad operativa de este derecho surgirá precisamente en aquellos ámbitos de actividad económica donde no existan unos y otros mecanismos representativos, y así sucederá precisamente en aquel ámbito al que se dirige

la norma que da nacimiento a este nuevo derecho informativo, el constituido por las plataformas digitales de reparto; y no solo en estas. En efecto, los nuevos, pero también variantes esquemas negociales digitalizados, presentan serios problemas de ajuste a determinadas instituciones y reglas de ordenación jurídica, y entre ellas claramente las relativas a esquemas de representación del personal. Baste al respecto solo con apuntar la dificultad de individualizar un centro de trabajo en actividades de plataformas y en empresas digitales o digitalizadas que carecen de lugares físicos y que actúan básicamente a través de una aplicación; o la problemática aplicativa de computar las horas trabajadas en plataformas digitales en función de unas modalidades contractuales aun no definidas; sin olvidar cómo desarrollar un proceso electoral cuyas reglas mayoritariamente tienen como referente la dimensión física de un centro de trabajo. Siendo así, es claro que el escenario normativo que conforma el Título II del ET hoy por hoy dificulta estructuralmente la elección y presencia de representantes del personal en dimensiones organizativas como son las plataformas y otras empresas digitalizadas.

Precisamente son estas actividades económicas de conformación o base digital las que aparecen como el último ejemplo de que instituciones del siglo pasado no pueden seguir manteniéndose en el mismo formato invariable con el que nacieron. Y el legislador aún no quiere verlo o no está preparado para abordarlo, siendo prueba de ello este RD-Ley 9/2021 que ha configurado un derecho para ser ejercitado a través o por mediación de un esquema representativo que aún no está adaptado al particular escenario conformado por las plataformas digitales.

Sin duda, los algoritmos aplicados a las relaciones de trabajo han podido revolucionar la forma de prestación de los servicios, optimizando recursos y resultados, tal como justifica la exposición de motivos del RD-Ley 9/2021, y no cabe duda de que en su influencia se percibe y lo hará cada vez más en los elementos que nutren la relación contractual, en la manera en que se gestionan las contraprestaciones mutuas. Pero no será con la misma rapidez e idéntica intensidad como afecte o influya entre los aspectos colectivos de las relaciones laborales, y particularmente en el ámbito de la representación y defensa de intereses de los trabajadores. La revolución tecnológica puede hacer a los trabajadores más débiles contractualmente si se hace depender el modo en que se desarrolla su prestación, en contenido y procesos, de un algoritmo que ni tan siquiera alcanzan a comprender. Pareciera pues que la norma intenta solventar la separación entre algoritmos y modelo de representación, como si dando un derecho de información se pueda conectar

ambas ecuaciones, o lo que es peor, adaptar el modelo a los cambios que en la gestión de las relaciones laborales está provocando el uso de algoritmos.

En definitiva, aun cuando este nuevo derecho de información de los representantes del personal es señal de avance y de acomodo de sus contenidos materiales a la propia evolución económica y tecnológica a la que se someten sin duda las relaciones laborales, sin embargo el diseño expuesto por el RD-Ley 9 /2021 es en cierta medida apresurado e incompleto; por un lado, porque plantea el objeto antes de asegurar el sujeto, haciendo titular del derecho a unos órganos de representación del personal conforme a un diseño y procedimiento delineado por la propia norma que no encaja en la estructura organizativa de actividades digitales o digitalizadas; y por otro lado, porque las nuevas realidades económicas, acogidas o por acoger en el marco jurídico laboral, requieren de una contemplación normativa más detenida que abarque sus elementos de configuración en su aplicación adaptativa a los moldes conocidos que aquel marco ofrece. Este RD-Ley es importante por lo que significa, una primera incursión normativa en este ámbito de las plataformas, incluyendo el nacimiento de un nuevo derecho informativo de enorme trascendencia, pero lógicamente queda por delimitar aún más, desde la perspectiva laboral, el campo en el que aquellas van a operar. Una tarea en la que sin duda debe identificarse la necesaria ordenación adaptativa del modelo de representación a los entornos digitales en los que se desarrollan relaciones laborales, y el reconocimiento de que aquellos, tal como lo son o lo han sido los entornos físicos, son escenarios donde ejercer el papel que compete a los representantes del personal y fuente de derechos de información de los que son titulares.