

LÍMITES A LA GESTIÓN ALGORÍTMICA DE LAS RELACIONES LABORALES PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

BELÉN CARDONA RUBERT

NET21 NÚMERO 11, JUNIO 2022

La digitalización está cambiando nuestra forma de comunicarnos y relacionarnos, nuestra forma de trabajar y de crear valor. El factor que probablemente más ha transformado estas relaciones es el flujo de grandes cantidades de datos relativos a las personas y sus conductas que permite la construcción de perfiles susceptibles de ser tratados con las finalidades más diversas.

Un imparable caudal de información de gran precisión y calidad y que con la incorporación de la técnica de los algoritmos permite, incluso, la previsión de comportamientos futuros y la adopción de decisiones por sistemas expertos basadas en dichas informaciones. Es decir, permite la adopción de decisiones automatizadas que en el ámbito de la empresa impacta de lleno en el ejercicio de los poderes empresariales, que se abren a la adopción de decisiones algorítmicas basadas en el manejo de *big data*.

El conocimiento ordenado de datos personales puede dibujar un determinado perfil de la persona o configurar una determinada reputación o fama que es, en definitiva, expresión del honor. La introducción de los algoritmos en la gestión del personal permite extraer conclusiones que van más allá de la verificación de la correcta ejecución de la prestación laboral y ofrecer conclusiones sobre la personalidad del trabajador y obtener perfiles completos del trabajador. Perfiles susceptibles luego de ser valorados, favorable o desfavorablemente, a efectos laborales.

En los últimos años la forma de acceder y recopilar la información se ha abaratado drásticamente y eso ha facilitado que cada vez un mayor número de empresas tenga la capacidad de procesar esos datos y de adoptar decisiones usando la inteligencia artificial, reduciendo la intervención del ser humano hasta un escenario de mínimos (*machine learning*). Decisiones sobre promociones profesionales, modificaciones de las condiciones de trabajo o

despidos pueden adoptarse a través de algoritmos que no requieren la voluntad humana inmediata.

La inteligencia artificial puede propiciar, por ejemplo, que la combinación de factores como las opiniones vertidas por los clientes, la medición de los tiempos de descanso o del tiempo de desempeño de los encargos, motive la adopción de decisiones empresariales sobre sus trabajadores. Pero, además, los algoritmos pueden albergar sesgos y producir discriminaciones de todo tipo, entre ellas sexistas. Puede suceder, por ejemplo, que se retribuyan más las tareas que requieran mayor esfuerzo físico o que se incluya algún criterio que favorezca a los trabajadores varones, o que la decisión automática produzca un perjuicio a las personas que disfruten de permisos de conciliación familiar, mayoritariamente disfrutados por mujeres.

La imparable y progresiva automatización en la toma de decisiones más relativas al núcleo de los poderes empresariales y, en consecuencia, de mayor trascendencia laboral, obliga a identificar los mecanismos de protección de los derechos de los trabajadores en este contexto.

Dicha protección se construye a partir de la aproximación de reglas sobre las relaciones entre la gestión algorítmica de las decisiones empresariales y el derecho a la privacidad y el adecuado tratamiento de datos personales. No es un equilibrio fácil, pues las decisiones automáticas pueden proyectarse sobre datos que afectan a la vida íntima de las personas y que revelan informaciones tan privadas como sus relaciones personales, su religión o sus convicciones o su orientación sexual, entre otros muchos.

Las herramientas jurídicas de las que disponemos para compaginar estos dos aspectos son pocas. La protección más importante proviene de la normativa en protección de datos, el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD). Y, en concreto, de la prohibición general sobre las decisiones basadas, únicamente, en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar (art. 22 RGPD).

Con esta previsión se establece a favor de los interesados el derecho de no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos sobre ellos o que les afecte de manera significativa que esté basada únicamente en un tratamiento

automatizado de datos, destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, tales como su rendimiento laboral, fiabilidad o conducta.

La contundencia de dicha prohibición, sin embargo, se diluye en el ámbito de las relaciones laborales, puesto que el propio art. 22.2.a) RGPD admite las decisiones automatizadas, que pueden ser trascendentales en la fase de selección y contratación, pero también durante toda la vigencia del contrato, al excluir expresamente de aquella la decisión automatizada necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato. No obstante, y en todo caso, el procedimiento de gestión empresarial que prevea la adopción de decisiones algorítmicas debe articular mecanismos para garantizar la intervención humana, si la persona afectada lo solicita, la expresión del trabajador afectado y el derecho a impugnar la decisión (art. 22.3 RGPD), permitiéndole así contrarrestar los efectos perniciosos que sobre su persona o vida profesional pueda tener una decisión fundada exclusivamente en una valoración de su persona, producto de una formulación informática.

Es importante garantizar la transparencia y el derecho de información de los trabajadores afectados sobre los sistemas de gestión algorítmica que se utilicen para el control y seguimiento de la prestación laboral, así como para la adopción de decisiones que afecten a sus condiciones de trabajo. Dicha información debe ser suficiente, entendible y transparente (arts. 11 LOPDGDD y arts. 12-14 RGPDD). En esta línea, es importante, también establecer con claridad los datos que necesariamente deben quedar al margen de la gestión algorítmica. Datos que puedan revelar emociones o estados de ánimo o los que se refieren a conversaciones privadas de las personas trabajadoras nunca deberían ser usados por las empresas, amén de las categorías especiales de datos incluidos en el art. 9 RGPD.

Con carácter previo, es exigible al responsable del tratamiento que:

- utilice procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles;
- aplique medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar que se corrijan los factores que introduzcan inexactitudes en los datos personales y se reduzca al máximo el riesgo de error;
- que se aseguren los datos personales de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado;

- y que se impidan, entre otras cosas, efectos discriminatorios por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión, creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud, orientación sexual (art. 9 RGPD)

Se requiere, además, armar un régimen adecuado de rendición de cuentas en el que las personas que representen a la empresa revisen y expliquen dichas medidas. Por tanto, deben existir procedimientos adecuados para que sea factible discutirlos e impugnarlos, por lo tanto, es importante que con carácter previo se establezcan mecanismos precisos y claros para la revisión de esas decisiones, exigiéndose a tal fin la existencia de recursos personales suficientes.

En este ámbito resulta muy relevante garantizar la adecuada participación de los representantes de los trabajadores y la apertura de estas cuestiones a la negociación colectiva y al diálogo social. La normativa laboral básica recoge una previsión específica relativa a la intervención de los representantes de los trabajadores y la gestión empresarial algorítmica. Así se reconoce en el art. 64.4.d) del Estatuto de los Trabajadores, que consagra su derecho a ser informados 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. Previsión que no resulta baladí, aunque probablemente sea insuficiente para garantizar un papel activo en la defensa de los derechos de los trabajadores y haya que aspirar a modelos que tengan más en consideración los derechos colectivos de trabajadores y trabajadoras y, por tanto, su acción sea más trascendente. Modelos como el de la empresa Just Eat en el que se ha constituido una comisión del algoritmo, interpretan la transparencia en la gestión algorítmica como un factor que más allá de responder a criterios legales, contribuye al buen desempeño, a la mejora del rendimiento de los trabajadores y a la construcción de un mejor clima laboral.

El derecho europeo va en dicha dirección y particularmente la Propuesta de Directiva de mejora de las condiciones de trabajo en el entorno de las plataformas digitales, publicada el pasado 9 diciembre de 2021, aunque referida a dichos entornos, introduce una serie de previsiones dirigidas a acotar la incidencia del algoritmo sobre la relación laboral y, lo que es más importante, sobre las personas trabajadoras y cuyo pilar central es la necesaria intervención humana en la adopción de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente, en coherencia con el

Reglamento Europeo de Protección de Datos (UE) 2016/679 (art. 22) y la propia normativa española en protección de datos (arts. 21 y 22 LOPDGDD).

La conclusión es clara: el futuro Estatuto del Trabajo propio de las relaciones laborales del siglo XXI tiene que considerar la perspectiva digital y los derechos digitales como uno de los retos más importantes que regular.