

«Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también

Cristóbal Molina Navarrete

Director

El principio del «ser humano al mando» en todos los contextos, entre ellos el laboral, debe encontrar aplicaciones concretas.

Comité Económico y Social Europeo («[Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa](#)»)

1. Se busca «hilo de Ariadna» para el laberinto algorítmico. En su loable búsqueda de una –inevitable– transición a una sociedad y una economía digitales, dominadas por la inteligencia artificial (IA) y por la automatización de procesos, que no pierda los valores de la justicia, muy en especial en el ámbito sociolaboral, el Consejo Económico y Social Europeo (CESE) lleva varios años alertando y alentando para que la Comisión Europea, en su función de elaborar directrices ético-sociales y jurídicas sobre la IA, establezca un sistema de límites claros en la interacción entre las personas trabajadoras y las máquinas inteligentes. El objetivo es que el ser humano nunca sea puro «ejecutor» («*terminator*»), o «siervo», de aquellas, sino que mantenga su control siempre, de forma socialmente responsable ([Dictamen CESE: «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa», Dictamen de iniciativa, 2018/C 440/01](#), punto 1.8). Sin dudar de la contribución favorable al progreso social, no solo al progreso económico, ínsita en el desarrollo de la IA (y la robótica), ampliando los efectos de la digitalización en los mercados de trabajo y en las relaciones de protección social, el CESE recomienda reforzar los principios de transparencia en el uso de los sistemas de IA (en la contratación, evaluación y supervisión de las personas trabajadoras) y de prohibición de discriminación.

Todos los días conocemos que un algoritmo marca algún aspecto de nuestra vida

La actualidad de estas advertencias-exigencias de transición digital justa es total. Todos los días conocemos que un algoritmo marca algún aspecto de nuestra vida. La organización y gestión del trabajo, así como la «policía» y «control», privadas y públicas, las realizan algoritmos.

El –atormentado– acuerdo social final de mínimos sobre una «ley de *riders*» incluye la obligación, a cargo de las empresas, de [dar acceso a los varios algoritmos laborales que utilizan las empresas que gestionan el trabajo en plataformas online](#), en la línea de la transparencia colectiva apuntada por el CESE. Anteriormente pudimos ver en el BOE (Real Decreto-Ley –RDL– 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo) que el Ministerio de Trabajo y Economía Social usará también, en función de «policía laboral», así como para la mejora de la «función recaudatoria de la Seguridad Social», algoritmos. De este modo, la gestión *big data* y algorítmica entra de lleno en el ejercicio de las potestades administrativas en la rama social del derecho. Si las empresas se han lanzado a la gestión analítica y predictiva del trabajo de sus personas empleadas, de igual modo las autoridades laborales acogen las técnicas de «[policía predictiva](#)» para vigilar a aquellas (como hace la Policía Nacional respecto de toda la ciudadanía, por otro lado), a fin de maximizar la lucha contra el fraude laboral y la recaudación de cuotas.

Por supuesto, siguiendo el enfoque ambivalente y transaccional del CESE, si no hay que dudar de los muchos beneficios, económicos y sociales, que pueden derivar de un buen uso de estas innovaciones tecnológicas, también hay evidencia de los riesgos que, al tiempo, incorpora esta colonización algorítmico-digital de la vida de las empresas y de la ciudadanía, por lo tanto, de las personas trabajadoras, así como de las potestades públicas. Y para ilustrarlo baste recordar el terrorífico [ataque informático sufrido hace apenas un mes por el Servicio Estatal Público de Empleo, hasta amenazar la propia gestión prestacional](#). O la muy airada crítica realizada por el propio colectivo de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), a través de su sindicato mayoritario: «[La automatización de las sanciones rompe con los principios de legalidad, seguridad jurídica, eficiencia, neutralidad, imparcialidad de la ITSS](#)».

No es menor la afirmación para un Estado de derecho. No solo el «cuerpo de policía laboral humana» de élite que representa la ITSS se reivindica frente al «nuevo cuerpo de policía laboral algorítmica» de élite artificial (evoca películas de ciencia ficción como *RoboCop*), también las autoridades judiciales de todo el mundo ofrecen un creciente goteo de decisiones que evidencia la actualización de los riesgos de discriminación algorítmica. Para Italia –con gran impacto en el acuerdo de «ley de *riders*»– es conocida la [sentencia del tribunal laboral boloñés](#), de la que nos da cumplido [análisis](#) la profesora Sonia Fernández, en este mismo número.

Decisiones análogas podemos hallar en Holanda, Francia, Estados Unidos, Reino Unido, etc. Ha llegado la hora, pues, de poner un poco de orden jurídico, no solo en el plano internacional, como acaba de reivindicar la Organización Internacional del Trabajo, en su reciente [informe sobre las plataformas digitales](#), sino también comunitario y nacional, para el apabullante laberinto algorítmico. Mejorar eficiencia, productividad y rendimiento, así como «[cercar a las empresas defraudadoras](#)», mediante IA, *big data* y algoritmos, solo implica «progreso» si no conlleva «reducción de las garantías jurídicas», sea de las personas trabajadoras, sea, respecto de las autoridades, de las propias empresas. Por supuesto, la

gestión algorítmica siempre se presenta en positivo (**enfatan los beneficios asociados, para las empresas, para las personas trabajadoras**) y de forma neutral (no erosiona garantía jurídica previa alguna), pero su aplicación práctica nos ofrece una imagen menos idílica. A la norma jurídica, no solo a la ético-social, corresponde trazar el debido equilibrio transaccional para crear las condiciones de uso o de gestión algorítmica que maximicen sus ventajas y minimicen los riesgos.

A la norma jurídica corresponde trazar el debido equilibrio transaccional para crear las condiciones de uso o de gestión algorítmica que maximicen sus ventajas y minimicen los riesgos

gestión algorítmica que maximicen sus ventajas y minimicen los riesgos.

2. La renovada seducción por la infalibilidad de las ciencias matemáticas y los mitos sobre la objetividad de los algoritmos: deciden conforme a los sesgos que aprenden.

Naturalmente, para avanzar en esa regulación más transaccional (principio de equilibrio de razones) y prudente (principio de precaución frente a los riesgos sospechados –aún no evidentes científicamente–), lo primero que hay que hacer es concienciar sobre el carácter solo aparente de la perfección numérica de las ciencias matemáticas que, ahora en formas de ciencia y tecnología algorítmicas, siguen deslumbrando a las personas cultoras del derecho, también del trabajo. Habitadas como estamos a utilizar unos conceptos imperfectos, como serían los conceptos jurídicos indeterminados, de textura abierta y urgidos de juicios de valor, por tanto, de concreción final más imprevisible y cambiante, intuitiva y opinable, la promesa de decisiones objetivas, con total automatización y predictibilidad, sin los sesgos típicos del actuar humano, seduce en extremo. En última instancia, la palabra procede etimológicamente de «número» (griego: *arithmos*; latín: *dixit algorithmus*) y, en lo sustancial, viene a representar un determinado ideal de derecho (positivo): el algoritmo es (sería) un orden lógico de procesos que, sobre la base de reglas finitas, predefinidas e inequívocas, permite automatizar una solución objetivada, eficaz y eficiente a un problema operativo (realizar cómputos, procesar datos o realizar cualquier otra actividad –*Skiena, 2000*–).

En suma, sin juicio de valor no puede haber arbitrariedad, ni prejuicios, ni estereotipos sociales y culturales que conforman a diario las decisiones humanas. Como siempre, pongamos ejemplos representativos de esta convicción con implicaciones jurídico-laborales. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 861/2018, de 25 de septiembre, legitima un sistema informático (algorítmico), el *Skill Competency Matrix*, para la selección de las personas trabajadoras que serán objeto de un despido colectivo. Puesto de relieve por parte de la representación laboral que ese sistema de selección no podía resultar controlado en la negociación y acreditado que 17 de las 25 personas despedidas estaban afiliadas a un mismo sindicato, pedía la nulidad. Sin embargo, el TS, aun aceptando que se trata de un indicio de discriminación, avala el sistema automático de selección porque: «Resulta difícil concebir que los criterios de selección [...] fijados en la aplicación *Skill Matrix* y con una [...] ponderación de tres valores [...] pueda generar algún tipo de discriminación, y más [...] la de afiliación sindical» (FJ 5.º, letra C).

Sorprende esta expresión de «inocencia» jurisprudencial, que pareciera sacada de un anuncio de *marketing* digital. Los sistemas de decisión algorítmica se venden como el método más eficaz para valorar un inmenso conjunto de situaciones y personas sin introducir sesgos. Su –ilusoria– objetividad evitaría tanto la incertidumbre en la decisión (conocimiento intuitivo, corazonadas, impresiones, sesgos de la experiencia pasada), cuanto el efecto discriminatorio (estereotipos sociales, prejuicios, etc.). Por supuesto, todo a un módico precio: se ofrece más y mejor servicio, por menos coste, sin que escape a esta oferta la autoridad, inspectora y recaudatoria, que busca más eficacia con menos «recursos humanos inspectores» (que también sufrirían el temor al desplazamiento de empleos por la automatización: valor de la eficiencia –Pasquale, 2015, p. 35–).

Como siempre, la realidad es bien distinta y distante de esa confiada visión. Primero, desde un punto de vista interno (científico y técnico), los algoritmos no viven al margen de los estereotipos y prejuicios sociales, ínsitos en las fuentes de datos de los que se alimentan. De ahí que pueden resultar discriminatorios [vid. Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29 (GT29) –hoy, Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD)–, «Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679», WP251rev.01, 2017], incluso antisindicales. Así lo evidencia la citada sentencia del tribunal laboral boloñés (diciembre 2020), para el trabajo en Deliveroo, y, para los servicios públicos de empleo y sociales de Holanda, el [tribunal civil de La Haya que anuló el sistema SyRI \(System Risk Indication\)](#) por sus efectos posiblemente (no había certeza por la falta de transparencia de sus criterios) discriminatorios frente a las minorías (para un ejemplo en la realidad analógica, vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE–, [Gran Sala, de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14](#)).

Segundo, desde un punto de vista externo (social y jurídico) es inadmisibles que una decisión, con efectos humanos, pueda ser adoptada solo por procesos algorítmicos, sin acción humana. Como dice el CESE, siempre hay «humano» al mando. Por fortuna, pese a que hagan metáforas como «mi jefe/a es un algoritmo» o, en paralelo, «mi inspector/a es un algoritmo», en el actual estado de cosas –confío que en el futuro también–, siempre hay una persona, sea física o jurídica (privada o pública) a la que imputar la decisión algorítmica y responsable de ella, también de ofrecer una «explicación humanamente» comprensible, además de haber debido informar previamente (deberes de transparencia). Esta necesidad de respetar garantías y límites será aún mayor, como recordaba el sindicato mayoritario de la ITSS, si el algoritmo dirige la gestión pública y cumple funciones reguladoras (al margen ahora de la polémica de si el algoritmo es o no –como sostiene [Arroyo Jiménez, 2020](#)– un reglamento propio de la Administración basada en decisiones de IA).

La necesidad de respetar garantías y límites será aún mayor si el algoritmo dirige la gestión pública y cumple funciones reguladoras

Los algoritmos no viven al margen de los estereotipos y prejuicios sociales, ínsitos en las fuentes de datos de los que se alimentan

3. El falso debate sobre la necesidad de reglas específicas: la regulación no solo es debida, sino que ya ha comenzado, por lo que la discusión es quién, cómo y qué.

Vemos, pues, que la gestión algorítmica, dentro y fuera de las empresas, ya ha comenzado a entrar en el mundo del derecho, también del derecho del trabajo y del derecho de la seguridad social, a través de las más diversas vías (judiciales, legales, convencionales). Consecuentemente, carece de sentido un cierto debate abierto en torno a si se puede (no solo si se debe) regular el algoritmo, entre otras cosas porque, se dice, formaría parte del núcleo duro de la organización digital del trabajo, por lo tanto, zona reservada a la dirección de empresa, constituiría secreto industrial y debería ser blindado por la propiedad industrial. A mi juicio, estas constataciones no pueden dejar –como pretendía la CEOE [Confederación Española de Organizaciones Empresariales]– extramuros de la ley al algoritmo, sí ofrecen pautas para orientar el régimen normativo bajo el equilibrio debido tanto entre razones de eficacia de gestión (empresarial y pública), cuanto de las personas trabajadoras (para la gestión analítica del trabajo) y de las empresas cuando se trata de una intervención pública –inspectora o recaudatoria social–. En suma, el problema no es si se debe o no regular, que es un falso debate, sino quién debería asumir su protagonismo (reparto de fuentes reguladoras), cómo debería regularse el algoritmo y qué debe regularse, en el ámbito sociolaboral, de la gestión analítica o algorítmica.

El problema no es si se debe o no regular, que es falso debate, sino cómo debería regularse el algoritmo

La diversidad de opciones reguladoras está presente en la experiencia europea. En Holanda, el [tribunal civil de La Haya](#) aplicó normas comunes (art. 8 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#)) y principios de nuevo cuño (principio de precaución en el uso social de la IA). El Consejo de Estado italiano o el francés aplican una norma específica: el artículo 22 del [Reglamento general de protección de datos](#) (RGPD).

La Comisión ha activado el proceso para la elaboración y aprobación de una Directiva comunitaria para la mejora de las condiciones de trabajo de las personas que prestan sus servicios por cuenta ajena en plataformas («[improve the working conditions of people working in the platform economy](#)»). A tal fin, ha iniciado la primera etapa de aquel, en virtud de los artículos 154 y 155 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), esto es, la de diálogo social (lo que evidencia que no está tan «herido»). Cumple con su Comunicación al resto de autoridades comunitarias (Parlamento y Consejo, así como al CESE y Comité de Regiones) sobre «[una nueva estrategia industrial para Europa](#)» [10 de marzo de 2020, COM (2020) 102 final].

No entramos aquí –lo haremos en el número monográfico de junio de 2021– en la cuestión hasta ahora más polémica, la calificación jurídica de la relación de prestación de servicios, para la que hay diversidad de modelos nacionales (Italia y Francia mantienen la ambigüedad; Dinamarca apuesta por el derecho convencional, etc.). Solo haremos una doble precisión. La primera, existe una convergencia favorable a la calificación como laboral del trabajo en

plataformas, no solo los «riders» (plataformas de reparto), sino también los «crowdworkers» (plataformas en web), en el derecho jurisprudencial –tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law*– (De la Casa Quesada, 2021). La segunda, conviene no abrir una fosa abisal entre ambas formas de trabajo en plataformas, asalariado y (verdadero) autónomo, por cuanto, como ha establecido la sentencia del tribunal laboral boloñés, al tratarse de la protección de derechos fundamentales, como la prohibición de discriminación, debe darse una protección extensiva, de modo que la ubicación intramuros de lo laboral haga advenir la primavera de la protección y extramuros el invierno de la desprotección (precariedad). En esta línea se sitúa la Comisión, que ha abierto una consulta pública sobre la negociación colectiva para este tipo de actividad profesional.

Comprobamos, de este modo, cómo la Comisión es consciente de que el marco jurídico actual, el que suministra el artículo 22 del RGPD, o incluso su moderno enfoque de «responsabilidad proactiva», técnicamente formalizado en la garantía de una evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD), prevista en el artículo 35.3, letra a), del RGPD (forma de acreditación de que aplican medidas adecuadas para gestionar eficazmente dichos riesgos y acreditar que se cumple el RGPD, según el citado WP251rev.01, 2017, p. 33), no es suficiente. Se precisan respuestas más específicas y reforzadas. Coincide con el Parlamento Europeo, que trabaja también en ello.

4. La transparencia sobre los criterios de funcionamiento del algoritmo como garantía de contenido esencial de la prohibición de discriminación (algorítmica). La Comisión, haciendo suya la propuesta científico-técnica del estudio que encargó para recabar evidencias suficientes sobre las condiciones laborales de las personas en plataformas (VT/2018/032, 13 March 2020, p. 228), acepta la necesidad de comunicar información útil (suficiente, en el plano cuantitativo; comprensible, en términos cualitativos) sobre dinámicas del algoritmo (garantía de transparencia algorítmica humanamente inteligible). En última instancia, la garantía de transparencia informativa útil (accesible y temporánea) es común a toda cuestión de protección derivada de la gestión de datos personales en las empresas –y autoridades–, como viene poniendo de relieve el GT29 (hoy, CEPD). Se trata de una garantía del contenido esencial del derecho fundamental a la igualdad de trato algorítmico, no ya solo a la no discriminación (Mercader Uguina, 2021), en su aplicación a una sociedad digital del trabajo y a fin de evitar reducir su condición solo a recurso productivo para revigorizar su condición de ciudadanía (digital).

La Comisión acepta la necesidad de comunicar información útil sobre dinámicas del algoritmo (garantía de transparencia algorítmica humanamente inteligible)

No obstante, si bien el documento deja constancia de que tal necesidad tiene referencias, aún difusas y embrionarias, en la normativa comunitaria vigente (RGPD, Reglamento sobre intermediación en plataformas), considera útil hacer modificaciones que clarifiquen

de una forma más precisa y adicional tal garantía de transparencia algorítmica. La misma idea sostiene el Parlamento Europeo. Este ha iniciado también esta senda en busca de un «hilo conductor jurídico» que ayude a entrar y salir del selvático laberinto algorítmico, con tanta eficacia para las empresas como, en principio, protección para las personas trabajadoras. El Parlamento Europeo no duda de la aplicación del rico acervo comunitario en la lucha contra la discriminación laboral, para ofrecer un estándar mínimo de regulación de los procesos algorítmicos. Pero sería condición necesaria, no suficiente para la tutela efectiva frente al riesgo de discriminación algorítmica.

De ahí que proponga mejoras, más allá del [RGPD](#), aunque haciendo de él una referencia significativa. Por eso, incidirá en su proyecto de Informe sobre [«condiciones de trabajo equitativas, derechos y protección social para las personas trabajadoras de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital»](#) [2019/2186 (INI), 9 de febrero de 2021]:

- en el «derecho a un acceso transparente y no discriminatorio y algoritmos éticos»;
- en el «derecho a una explicación inteligible del funcionamiento del algoritmo» (forma de la asignación de tareas, otorgamiento de calificaciones, el procedimiento de desactivación, atribución de precios proporcionados);
- en que el algoritmo debe prevenir la «discriminación de género y otros prejuicios sociales».

La misma línea, pero con mayor grado de concreción, ofrece la [propuesta de Directiva del grupo de izquierda del Parlamento Europeo](#). Además de hacer inteligible humanamente el funcionamiento algorítmico a cualquier persona trabajadora, la plataforma debe dar transparencia a:

- los principales parámetros en función de los cuales se lleva a cabo la organización y gestión (por ejemplo, asignación de equipos, distribución de ofertas de empleo y lugares de trabajo, valoración del desempeño, tiempo de espera, remuneración);
- «la importancia relativa» de cada parámetro (valor de ponderativo para la decisión).

En el fondo tampoco hay tanto nuevo «bajo el nuevo sol digital». El [CESE lleva años](#) manteniendo una visión de la gobernanza colectiva como condición esencial para la transición digital de la economía justa en lo laboral. Esta condición tiene un presupuesto: garantizar una información adecuada, por cuanto los sistemas de IA son fuente continua de novaciones en la organización, gestión (contratación, evaluación) y en el control del trabajo ([Dictamen sobre «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CESE y al Comité de las Regiones, Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano»](#) [COM (2019) 168 final]).

5. De la «transparencia» a la «negociación» de las condiciones de uso laboral de la gestión por algoritmos: primeras experiencias convencionales. La transparencia es un instrumento para un equilibrio regulado de los usos laborales de la IA, así como, en general, para todos los aspectos de impacto sociolaboral de los procesos de digitalización. Las personas trabajadoras han de tener voz y voto en la gobernanza digital laboral, incluyendo en la negociación la gestión por algoritmos, sin que su complejidad técnica, su inherencia a la organización (libertad de empresa) y su pertenencia al secreto industrial (propiedad) sean obstáculos insalvables. De forma paradójica, mientras las empresas reclaman total transparencia de datos (de las personas trabajadoras y clientela), tienden a mostrarse con una elevada opacidad (saber todo de los demás, mostrar lo menos posible a los demás).

Las personas trabajadoras han de tener voz y voto en la gobernanza digital laboral, incluyendo en la negociación la gestión por algoritmos

Una vez más, la experiencia forense más reciente evidencia esta posición de resistencia empresarial sea a la transparencia, sea a la gobernanza colectiva (incluyendo la negociación) de las innovaciones tecnológicas, encontrando, por lo general, el revés jurisprudencial. Piénsese en la [STS 1134/2020, de 21 de diciembre](#). Al tiempo que en el código de conducta de las empresas (Banco de España) se refleja la citada política de requerimiento de la mayor transparencia de datos personales de la plantilla, incluidas en este caso las declaraciones del IRPF (transparencia financiera de la persona empleada), lo que es calificado por el TS como un exceso contrario a la normativa de protección de datos personales, se reflejan en él enormes cortapisas a la libertad de expresión, exigiendo autorización previa (opacidad frente a terceros). Restricciones sobre las que, en cambio, ni la Audiencia Nacional (AN) ni el TS han realizado tacha alguna, avalando que el deber de buena fe mute en deber de lealtad, pese a la doctrina constitucional que lo erradicó y la contrariedad del sistema de autorizaciones previas si está en juego la libertad sindical ([STS 661/2017, de 24 de julio](#), nulidad de la cláusula convencional que condiciona la distribución telemática de listas corporativas a una autorización previa de la empresa y al conocimiento de contenidos).

Asimismo, la [STS 1033/2020, de 25 de noviembre](#), reprueba a una empresa de *contact center* que prohíba a la representación laboral repartir comunicados e información en papel en la sala de plataformas de *telemarketing* telefónico, sin acreditar que tal actividad pone en riesgo de forma real, no hipotética, la celosa política de ciberseguridad de la empresa. También se vio el recelo empresarial a dar información digital a la representación colectiva en la Sentencia de la AN ([SAN](#)) [130/2020, de 30 de diciembre](#), referida en el número de marzo/2021 de esta revista y que descarta aplicar el [artículo 19 del RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#), de trabajo a distancia, por razones temporales. Finalmente, por no resultar muy reiterativos (volveremos sobre ellas en el número de junio), una mínima mención merece también la [STS 163/2021, de 8 de febrero](#) (un magnífico análisis en [Rojo Torrecilla, 2021](#)). Confirma la nulidad del proyecto de Telepizza que obliga a sus personas

repartidoras a aportar su móvil personal para su geolocalización, responsabilizando a aquellas de cualquier impedimento en la activación del sistema, no porque se impuso unilateralmente, prescindiendo del consentimiento de las personas empleadas y de la consulta-negociación de buena fe ex [artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) con la representación laboral.

En suma, es tiempo de la negociación colectiva de las condiciones de uso laboral de los sistemas de gestión algorítmica. Es un imperativo jurídico-social vigente. No es solo afortunada metáfora doctrinal ([De Stefano, 2018](#)). Tampoco es solo deseo institucional del CESE como condición de transición digital justa, o, una vez más, del Parlamento Europeo.

Es tiempo de la negociación colectiva de las condiciones de uso laboral de los sistemas de gestión algorítmica. Es un imperativo jurídico-social vigente

Aunque su [Resolución de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda europea para la economía colaborativa \(2017/2003\(INI\)\)](#), es inequívoca sobre la necesidad de que se actualicen los convenios colectivos «de forma que las normas de protección en vigor puedan mantenerse también en el entorno laboral digital». Una convicción institucional que ya cuenta con algunas experiencias comparadas, como la danesa. Así, el 10 de abril de 2018 se firmó el primer convenio colectivo entre [Hilfr.dk](#), una plataforma digital que ofrece servicios de limpieza en hogares privados, y el principal sindicato del país escandinavo, la Federación Unida de Trabajadores Daneses (UNI Global propone el establecimiento de consejos de gobernanza colectiva de datos personales en las empresas, compuestos por personas trabajadoras, delegadas de protección de datos y gerencia, para regular el uso, almacenamiento y venta de algoritmos, la IA y los datos). La plataforma (450 personas limpiadoras para casi 2.000 personas usuarias) se define como de «responsabilidad social». De ahí que busque, a través de esta vía acordada, no impuesta legalmente, el debido o necesario equilibrio entre las razones de libertad de empresa (flexibilidad) en las plataformas digitales y las razones de tutela de los derechos de las personas trabajadoras (paradigma de «flexiseguridad» tan característico del modelo danés).

El acuerdo pretende superar las condiciones retributivas y sociales ya reconocidas en la práctica precedente. En primer lugar, distingue entre el colectivo de personas trabajadoras autónomas y el de «*Super Hilfr*». Este último es el que se beneficia de las condiciones pactadas. Las personas limpiadoras de la plataforma adquieren tal condición una vez trabajadas 100 horas a través de la plataforma, produciéndose la novación de forma automática, salvo que expresen de forma clara su voluntad contraria. El convenio se ocupa de un tema especialmente sensible a los algoritmos: establece un protocolo de protección de datos personales y de la dirección digital. Toda la correspondencia entre Hilfr y la persona empleada será telemática, exigiendo que sean transparentes y responsables con la difusión del uso de datos, algoritmos y perfiles.

No carecemos tampoco en España de experiencias convencionales sobre usos laborales de los algoritmos, aunque, de momento, sean apenas un puñado. Por ejemplo, la

eficiencia de la gestión algorítmica en los procesos de selección de personal, ofreciendo más (número de currículos valorados, datos) y mejor (ajuste de la candidatura más adecuada al perfil laboral a cubrir y predefinido), no ha pasado desapercibida para diversos convenios colectivos. Sería el caso del anexo del [II Convenio colectivo \(CC\) de puertos del Estado y autoridades portuarias](#), prorrogado provisionalmente en el vigente (la disp. trans. segunda del vigente [III CC –2019-2026–](#) prevé que, en el plazo de 6 meses desde su entrada en vigor, se proponga, a través de un grupo de trabajo mixto, un «nuevo procedimiento del modelo de gestión por competencias, incluyendo la actualización e inclusión de los anexos correspondientes»).

No carecemos en España de experiencias convencionales sobre usos laborales de los algoritmos

En la materia relativa a los «procedimientos del sistema de gestión por competencias» (incluye el aspecto procedimental de la gestión de recursos humanos con base en el modelo de gestión por competencias como la participación y responsabilidades de las partes implicadas –empresa y sindicatos–), en su punto 2.1 (procedimiento para cubrir situaciones de necesidad específica organizativa), prevé:

Procedimiento: Recursos Humanos selecciona a los empleados, en número igual al requerido, mediante la aplicación del algoritmo de distancias con respecto al perfil necesario. En caso de existir más empleados de los necesarios con distancia idéntica, se realizarán las pruebas de selección complementarias.

[...]

Garantías: Los perfiles personales de todos los trabajadores y las herramientas de medida (algoritmo de distancia) están a disposición de los miembros de la Comisión Local.

Más reciente, y ampliamente, los sindicatos y la banca han logrado firmar el convenio del sector por un periodo de 5 años (2019 a 2023): [XXIV CC de banca \(firmado el 29 de enero de 2021\)](#). Es el primero en regular el derecho ante la IA. En el artículo 80 (derechos digitales), apartado 5 (derecho frente a la IA), una vez se defiende la eficiencia de gestión empresarial asociada al uso de algoritmos, siguiendo la lógica transaccional y de equilibrio del CESE, se llama a la precaución: «Sin embargo, el desarrollo creciente de la aportación de la tecnología requiere de una implantación cuidadosa cuando se aplica en el ámbito de las personas».

De ahí que solo se acepte el tratamiento automatizado en los supuestos autorizados por la ley, por lo que supone una cláusula de remisión genérica (poco útil, pues) al artículo 22 del [RGPD](#), con expresa prohibición (también superflua, porque es derecho necesario) de la discriminación por los algoritmos en todo tipo de decisiones y procesos. Asimismo, se prevé, como garantía de tipo individual, «el concurso e intervención de las

personas designadas a tal efecto por la empresa, en caso de discrepancia» con la decisión algorítmica. Además, como garantía de transparencia colectiva, se establece la obligación de las empresas de informar a la representación laboral:

[...] sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen, exclusivamente en modelos digitales, sin intervención humana. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados.

Si se compara esta regulación convencional con el nuevo contenido de la letra d) del artículo 64.4 del ET, mediante la reforma a través de la «ley de *riders*», se verá su utilidad, porque esta regla ha quedado algo genérica (incluso desvaída) en el proceso negociador. El tenor final de la obligación legal informativa se limita a exigir de las empresas dar transparencia de:

Si se compara la regulación del artículo 80.5 del XXIV CC de banca con el nuevo contenido de la letra d) del artículo 64.4 del ET mediante la «ley de *riders*», se verá su utilidad

[...] los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basen 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 el mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

Es evidente que la gobernanza colectiva de los sistemas de gestión algorítmica debe ir mucho más allá, y no solo por razones sociales, también económicas. Por ejemplo, central debe ser regular lo que se considera tiempo de trabajo y lo que es tiempo de disponibilidad (pura conexión a la plataforma). Esta necesidad, también para la empresa, se evidencia si se tiene en cuenta la valoración de la Corte Suprema del Reino Unido ([19 de febrero de 2021](#)) que, además de calificar como laboral la relación de prestación de servicios de las personas conductoras de Uber en Londres, afirma, muy polémicamente, que:

[...] todo el tiempo que pasa un conductor trabajando bajo un contrato [...] con Uber [...], incluido el tiempo que pasa «en servicio» conectado a la aplicación [...] disponible para aceptar una solicitud de viaje es «tiempo de trabajo» en el sentido de la Directiva [...] de tiempo de trabajo (apdo. 134).

Más allá de lo significativo que resulta ver a la Corte Suprema británica resolver este asunto de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, ahora que ya ha culminado el Brexit (durante un tiempo será así, en virtud del acuerdo con la Unión Europea), esta valoración suscita numerosos problemas, máxime con los nuevos ámbitos de incertidumbre abiertos

por las SSTJUE de 9 de marzo de 2021, asuntos [C-580/19](#) y [C-344/19](#). El asunto aquí resuelto es bien distinto, atiende a la calificación, como de trabajo o de descanso (no está la alternativa a esa pobre dicotomía), de los tiempos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo (guardias localizadas). Pero su enorme ambigüedad, que autoriza concluir en un sentido y

el contrario, permite un concepto expansivo de tiempo de trabajo vinculado a las conexiones telemáticas. Precisamente, en este campo, recientes sentencias evidencian la complejidad y conflictividad de la cuestión calificadora del tiempo de trabajo en la prestación de servicios en plataformas (por ejemplo, [Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 42 de Madrid 347/2020, de 11 de diciembre](#), que considera tiempo de trabajo efectivo todo el tiempo de conexión, inaplicando el art. 13 [CC de alquiler de vehículos con y sin conductor para los años 2017, 2018 y 2019](#) –Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 24 de junio de 2017–).

6. El flujo inverso de transparencia desde las empresas y las redes hacia la Administración de la Seguridad Social: la voracidad informativa del algoritmo recaudatorio.

Paradójicamente, el creciente intensivo recurso a la gestión por IA, sumando *big data* (tratamiento de datos masivos) y algoritmo (sistemas de ordenación numérica automatizada y predictiva), de las autoridades de Seguridad Social, sea en función de «policía sociolaboral», sea en «función recaudatoria», supone un flujo inverso de información. En este caso, la preocupación por la transparencia no será sobre la lógica de funcionamiento del algoritmo usado por la Administración. Al contrario, el centro de la regulación se sitúa en cómo asegurar que el algoritmo se alimente de la suficiente información para maximizar su eficacia. Prima la transparencia (contributiva) de la empresa, no del algoritmo.

El nuevo (inaudito y algo sorpresivo) régimen de decisiones automatizadas mediante sistemas de gestión algorítmica, institucionalizado por el [RDL 2/2021](#) para los procedimientos sancionadores en el orden social, no significa que el *big data* fuese desconocido previamente, ni en la función recaudatoria ni en la función inspectora de la Seguridad social, pero sí supone un salto cualitativo. Con él se busca cumplir una marcada finalidad de maximización de la función recaudatoria (la [disp. final cuarta RDL 2/2021](#) modifica el art. 53.1 a) de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS– y la [disp. final quinta](#) precipita numerosas reformas en la Ley general de la Seguridad Social –LGSS–) y, en cambio, como denuncia con razón el sindicato mayoritario de la ITSS ([que también teme su debilitamiento](#) al dejar de ser «los ojos y el brazo» actuante de la Tesorería General de la Seguridad Social), se deja en un segundo plano el sentido de los límites

Recientes sentencias evidencian la complejidad y conflictividad de la cuestión calificadora del tiempo de trabajo en la prestación de servicios en plataformas

El nuevo régimen de decisiones automatizadas mediante sistemas de gestión algorítmica busca una maximización de la función recaudatoria

jurídicos (garantías) inherentes al ejercicio de estas potestades administrativas, confundiendo, además, ambos planos de intervención (inspector y recaudatorio).

En términos generales, el sentido básico de las reformas en la LGSS es el de aumentar tanto el ámbito de personas obligadas a suministrar información con fines recaudatorios (art. 40 LGSS), para que nadie quede extramuros de esa obligación, como el tipo de datos a transmitir, incluso no relacionados directamente con la recaudación, pero de los que una IA pueda inferir conexiones relevantes a tal fin. Incluso las redes sociales, no solo las corporativas, se pondrán al servicio de este inmenso caudal informativo a favor de la Administración de la Seguridad Social (art. 40.6 LGSS), quedando al margen de los severos límites que, para los datos personales, puso la [Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero](#). En suma: cada vez más datos, transparencia total que garantice la mayor accesibilidad a información útil para maximizar el interés público, sea recaudatorio, sea preventivo, de los riesgos de fraude en la percepción de recursos sociales (art. 71.1 a) y h) LGSS).

Esta máxima de disponibilidad de datos se expresa también en el nuevo redactado del [artículo 77 de la LGSS](#) relativo a la reserva de datos, que extiende notablemente los supuestos excepcionales en los que la Administración de la Seguridad Social puede proceder para cederlos a terceros, en especial a la ITSS, siempre que «resulten necesarios para la preparación y ejercicio de sus funciones de inspección» (art. 77.1 i) LGSS). De este modo, como se decía, se crean las condiciones para asegurar la eficacia de la principal y más disruptiva innovación jurídico-institucional (art. 130 LGSS): la gestión de tal volumen masivo de información (*big data*) mediante decisiones automatizadas (algorítmicas). Nacen, así, las «actas automatizadas» (art. 53.1 a) LISOS).

Nacen, así, las «actas automatizadas»
(art. 53.1 a) LISOS)

7. Todo por el interés público económico-financiero: el tránsito de la gestión algorítmica (decisión automatizada) de la función recaudatoria al procedimiento sancionador. Estando en juego datos personales (aunque no solo), respecto de personas físicas, claro, no jurídicas, en tales decisiones automatizadas, es evidente que la nueva regulación legislativa nacional no puede quedar extramuros del artículo 22 del [RGPD](#), que las prohíbe (apdo. 1), incluso la elaboración de perfiles (por ejemplo, personas físicas defraudadoras), salvo que concurra un título jurídico habilitador y siempre, claro está, con las debidas precauciones y garantías para evitar la violación de derechos y libertades fundamentales. Pues bien, junto al título relativo a la toma de decisiones automatizadas necesarias para la celebración o la ejecución de un contrato entre la persona interesada y una responsable del tratamiento (aquí entran las relaciones de trabajo), se reconoce la facultad del derecho de la Unión Europea o del derecho estatal para su autorización en cumplimiento de intereses públicos. Así se prevé en el artículo 23 del [RGPD](#) para:

- un «interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un interés económico o financiero [...] inclusive [en el ámbito de] la seguridad social» (letra e);
- «una función de supervisión, inspección o reglamentación vinculada [...] con el ejercicio de [...] autoridad [...]», como aquel interés público-económico de seguridad social (letra h).

Aunque no podemos profundizar aquí en esta interesante regulación, sí nos permite reclamar la atención sobre una dimensión que, a nuestro juicio (y del sindicato mayoritario de la ITSS), ha quedado algo huera o huérfana de regulación con el [RDL 2/2021](#): el sentido del límite jurídico. Los artículos 22 y 23 del [RGPD](#) son especialmente cuidadosos en la exigencia de «medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos». Por eso, todo tipo de decisión automatizada que se introduzca ha de respetar «en lo esencial» los derechos y libertades fundamentales y constituir «una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática» para alcanzar alguna de las finalidades previstas (art. 23.1 [RGPD](#)).

Ciertamente, el [artículo 130 de la LGSS](#) recibe de forma explícita las reglas generales para las decisiones automatizadas públicas recogidas en el [artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público. En tales casos, la regulación deberá establecer previamente:

El artículo 130 de la LGSS recibe de forma explícita las reglas generales para las decisiones automatizadas públicas recogidas en el artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre

- la autoridad competente para «la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente»;
- el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.

Vemos, pues, que se cuida el momento previo para la toma de decisiones automatizadas (conocimiento de las especificaciones claves del algoritmo que tomará decisiones sobre personas interesadas –criterios básicos de su programación y funcionamiento que deben ser públicos–) y el posterior (el derecho a la impugnación). En cambio, se diluye el contenido que debe tener la resolución que comunique la decisión (términos de la resolución en la afectación posterior de los intereses de las personas afectadas) y que es esencial para que sea efectivo o útil el derecho de impugnación, ¿trasunto del derecho a una explicación o justificación humana?

En suma, la culminación del proceso de automatización de la entera gestión del sistema de Seguridad Social, más allá del reconocimiento de la prestación y el inicio de la función

inspectora-sancionadora automatizada, más allá de la garantía de efectividad de la función recaudatoria (art. 53.1 a LISOS), en aras de la eficacia, no puede orillar su condicionante institucional, el sistema de límites. Si el algoritmo de empresa puede discriminar a las personas empleadas, el algoritmo de la Administración de Seguridad Social también a las empresas (o personas autónomas) fiscalizadas, como prueba la experiencia judicial comparada. De ahí que se reclama extender las garantías del Estado de derecho (transparencia, motivación accesible, etc.) a las decisiones administrativas mediante algoritmos predictivos de eventuales fraudes a la Seguridad Social (Arroyo Jiménez, 2020). En definitiva, ni un algoritmo puede sustituir a la ITSS, ni la IA las garantías de la ciudadanía, incluidas las empresas.

La automatización de la entera gestión del sistema de Seguridad Social no puede orillar su sistema de límites. Ni un algoritmo puede sustituir a la ITSS, ni la IA las garantías de la ciudadanía, incluidas las empresas

8. La regulación y gobernanza colectiva de los algoritmos como condiciones para que la IA no devenga «estulticia artificial» ¿y humana? Ya en el siglo XVIII, fue Montesquieu quien acreditó que todo ejercicio de autoridad (pública o privada) sin someterse a vínculos jurídicos deviene «poder salvaje». A principios de la segunda década del siglo XXI, se pone de relieve que una IA ejercida sin reglas ético-sociales y jurídicas (en nuestro caso, laborales y de seguridad social) puede volverse no solo arbitraria, sino incluso también estulta.

La razón (lógica) algorítmica como forma y proceso de toma de decisiones ha colonizado ya todos los mundos de vida humana, en virtud de la seducción y utilidad que compromete, por parte iguales, la llamada IA, aunque también se desarrolle, al tiempo, el campo de la «estulticia artificial». No es ninguna ocurrencia. El año 2020 habría visto inaugurarse el campo de la *estupidez artificial* y que pretende que la IA se aproxime cada vez más a la inteligencia humana, para que el algoritmo también pueda crear historias ficticias, conspiradoras, caóticas o sin sentido.

Sin entrar en estas complejidades, sí parece claro ya que el algoritmo ni es infalible ni está exento de prejuicios, así como tampoco puede prescindir de las reglas jurídicas, de modo que no quede como un sistema de absoluta autorregulación. La experiencia judicial confirma su ambivalencia: nadie en su sano juicio puede negar la legitimidad de los sujetos privados y públicos para utilizar las innovaciones tecnológicas para maximizar la eficacia en el cumplimiento de sus intereses legítimos y misiones o funciones. Ahora bien, no menos cierto es que resulta extralimitado aprovechar su novedad y las mayores capacidades de decisión que ofrece para liberarse de los vínculos clásicos al ejercicio de sus poderes y potestades.

El principio de Estado social y democrático de derecho no puede sufrir merma alguna por el modo (tecnológico) de ejercicio, por lo que el sentido de sistema de límites que es de esencia al orden jurídico de la vida social y económica requiere de la efectividad de

las garantías de protección de los derechos e intereses de la ciudadanía, aquí laboriosa, pero también empresarial, frente a los riesgos de opacidad y discriminación algorítmica. Como obra humana que es también tiene prejuicios y, por lo tanto, corre el riesgo de decidir arbitrariamente. Pese a lo difundido de esta imagen, ni la dirección de empresa puede ser puramente algorítmica, ni lo puede ser la función inspectora, porque, como bien expresa el CESE, siempre debe haber «un humano al mando»

Pese a lo difundido de esta imagen, ni la dirección de empresa puede ser puramente algorítmica, ni lo puede ser la función inspectora, porque siempre debe haber «un humano al mando»

como bien expresa el CESE, siempre debe haber –lo hay en todos los casos– «un humano al mando» al igual que la ventaja competitiva real siempre está en las personas (que saben aprovechar las oportunidades que brindan las máquinas; como señala [Cassiman, 2018](#), pp. 10-11: «Tienen imaginación y saltos intuitivos que la IA tardará en replicar»). No hay algoritmo que pueda desplazar la decisión de las personas (humanas o jurídicas), como prueban desde hace décadas las ciencias de la sociología ([Ibáñez Alonso, 1998](#)), y es inherente a la vida jurídica, que se rige por el «principio de humano al mando». Desde luego eso es, hoy por hoy, irrefutable en el ámbito de las relaciones de trabajo –también de seguridad social–.

Por eso, el debate sobre si hay que regular o no el algoritmo es falso. La necesidad de su regulación se impone por doquier, incluso, como se ha evidenciado aquí, por razones de índole económica, por lo tanto, no solo por equidad o justicia social, sino por sostenibilidad de todo el modelo de economía digital. Así se expresa, [por ejemplo, en el sector «fintech»](#) (servicios financieros basados en la gestión por la tecnología digital), donde se clama por reglas que impidan las actuales fugas de control y las desigualdades de condiciones competitivas, así como para anticiparse a futuras crisis. Si esta necesidad se consolida en los sectores financieros de uso intensivo de la tecnología algorítmica, cuánto más lo debe ser para garantizar que el moderno enfoque de gestión analítica de las personas trabajadoras («recursos humanos») siga atendiendo a la faceta humana de las mismas, no solo como factor productivo tecnológicamente optimizable. Las leyes y los propios interlocutores sociales (por ejemplo, CC. OO., «[Guía de negociación colectiva y digitalización 2020](#)», p. 25) parecen ya conscientes de ello.

En conclusión:

- La regulación de los algoritmos es ineludible. Los debates sobre si se debe, o no, si se puede, o no, regularlos devienen falsos. La cuestión se desplaza al quién y al cómo.
- En todo caso, y como elementos mínimos de esa regulación, debe atenderse a:
 - La transparencia (individual, colectiva) humanamente accesible. La accesibilidad (inteligibilidad humana) es una condición del principio de calidad de datos. De ahí, la necesidad de mayor concreción del nuevo artículo 64.4, letra d), del ET.

- La garantía efectiva de no discriminación algorítmica, que requiere también de técnicas específicas (precaución, EIPD, etc.), no solo las comunes.
- Las condiciones de justo equilibrio de aquellas garantías con las de las empresas para sus intereses legítimos (derecho a la protección de la estrategia de modelo de organización artificialmente inteligente y patrimonio empresarial). Esta idea ya está en el [artículo 68 del ET](#): información colectiva en el marco de sus obligaciones de confidencialidad y de secreto industrial (como demostró la crisis financiera de 2012, con carácter sistémico, y [acreditan experiencias recientes](#), la ausencia de transparencia, no solo de mercados, sino de gestión algorítmica, será cada vez más causa de quiebras de gigantes tecnológicos).

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). «Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 5-21.

