



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

Inteligencia Artificial y poder directivo del empresario: un enfoque desde la posibilidad de ser despedido a través de un algoritmo

Presentado por:

Patricia García Gallego

Tutelado por:

Azucena Escudero Prieto

Valladolid, a 11 de febrero de 2025

RESUMEN

Este Trabajo de Fin de Grado examina los desafíos que la irrupción de la Inteligencia Artificial plantea en el ámbito del Derecho del Trabajo, centrándose en los cambios que ha producido en el ejercicio del poder directivo empresarial. A través de un análisis detallado, se aborda el impacto de los algoritmos y procesos automatizados en los despidos, cuestionando la posibilidad de que un algoritmo pueda extinguir un contrato de trabajo. Se profundiza en cómo la automatización ha generado un desequilibrio entre el poder empresarial, el cual se ha reforzado, y los derechos de los trabajadores, que se han visto comprometidos. Además, se analizan los intentos legislativos, tanto a nivel nacional como europeo, de corregir esta asimetría mediante normas que buscan asegurar la transparencia en los procesos en los que se empleen este tipo de tecnologías, así como garantizar la intervención humana en todas las etapas de la relación laboral. Finalmente, se reflexiona sobre las posibles soluciones que podrían implementarse en un futuro para abordar los retos legales derivados de la automatización de los despidos.

PALABRAS CLAVE

Despido, Inteligencia Artificial, poder directivo del empresario, relaciones laborales, decisiones automatizadas, algoritmo

ABSTRACT

This Final Degree Project examines the challenges that the emergence of Artificial Intelligence (AI) poses in the field of Labour Law, focusing on the changes it has produced in the exercise of corporate management power. Through a detailed analysis, it addresses the impact of algorithms and automated processes on dismissals, questioning the possibility of an algorithm terminating an employment contract. It delves into how automation has generated an imbalance between the employer's power, which has been strengthened, and workers' rights, which have been compromised. In addition, legislative efforts are analysed, both at national and European level, to correct this asymmetry through regulations that seek to ensure transparency in processes where these types of technologies are used, and to guarantee human intervention at all stages of the employment relationship. Finally, it reflects on potential solutions that could be implemented in the future to tackle the legal challenges arising from the automation of dismissals.

KEY WORDS

Dismissal, Artificial Intelligence, employer's managerial power, Labor relations, automated decisions, algorithm

1. INTRODUCCIÓN	6
2. CONSIDERACIONES GENERALES Y MARCO TEÓRICO	7
2.1. Concepto de poder directivo del empresario en el marco jurídico español.....	7
2.1.1. Poder de dirección y organización	9
2.1.2. Poder de control y vigilancia.....	11
2.1.3. Poder disciplinario o sancionador.....	12
2.2. Del Big Data a las decisiones automatizadas: aproximación conceptual a la Inteligencia Artificial	14
3. IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RELACIONES LABORALES: CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA AUTOMATIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE DESPIDO	23
4. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES COMPROMETIDOS AL UTILIZAR EL DISEÑO ALGORÍTMICO DEL DESPIDO.....	28
4.1. Derecho a la protección de datos personales	28
4.2. Derecho a la intimidad o privacidad	30
4.3. Derecho a la igualdad y prohibición de discriminación: el nuevo fenómeno de la discriminación algorítmica.....	31
5. NORMATIVA QUE LIMITA LAS POSIBILIDADES DE UTILIZAR ALGORITMOS PARA LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL	37
5.1. A nivel europeo.....	38
5.1.1. Protección de datos: extensión de sus garantías.....	40
5.1.2. Derecho a la transparencia algorítmica y a la explicabilidad como cautela principal frente a los algoritmos	42
5.1.3. Necesidad de la evaluación de impacto previa y de las auditorías posteriores para mitigar los riesgos.....	44
5.1.4. Prohibición de las decisiones totalmente automatizadas y derecho de información algorítmica individual (artículo 22 RGPD).....	45
5.2. A nivel nacional: previsiones adicionales en el Estatuto de los Trabajadores	49
5.2.1. Derecho de información algorítmica colectivo	50

5.2.2.	Derecho de consulta al comité de empresa	52
5.2.3.	Formalidades del despido	53
5.2.4.	Obligación de negociar el algoritmo con los representantes de los trabajadores en el despido colectivo	56
6.	¿PUEDE UN ALGORITMO DETERMINAR LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL?.....	59
7.	PERSPECTIVAS FUTURAS.....	62
8.	CONCLUSIONES Y VISIÓN PERSONAL.....	67
9.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71
9.1.	Bibliografía.....	71
9.2.	Jurisprudencia.....	77

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CE: Constitución Española

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

FD: Fundamento de Derecho

IA: Inteligencia Artificial

LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social

ML: Machine Learning

OIT: Organización Internacional del Trabajo

RGPD: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

RIA: Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial)

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TC: Tribunal Constitucional

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

UE: Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que la irrupción de los sistemas de Inteligencia Artificial está suponiendo una auténtica revolución en todos los ámbitos de la sociedad; en particular, el aumento que se ha dado en los últimos años del uso de herramientas de gestión algorítmica ha generado profundas transformaciones en las relaciones laborales. En el ámbito empresarial los algoritmos desempeñan un papel cada vez más relevante y constituyen un elemento clave a la hora de tomar decisiones en todas las fases de la relación laboral. El uso de estos sistemas permite pasar de un uso defensivo de la tecnología por parte del empresario, orientado a verificar que los trabajadores cumplan con sus funciones, a un uso directivo¹, ya que son capaces de realizar un abanico más amplio de funciones como seleccionar candidatos, organizar las tareas, evaluar el desempeño de los trabajadores o ejercer la función disciplinaria imponiendo sanciones a los empleados o llegando incluso a despedirlos. En la misma línea, y partiendo de que el modo en que se ejercen las potestades empresariales está condicionado por el estatus quo tecnológico del momento en el que se ejercitan², se puede afirmar que se ha dado una evolución desde un Derecho Digital del Trabajo, el cual tutela los derechos de los trabajadores frente a los mecanismos de supervisión basados en tecnología, hacia un Derecho Algorítmico o Derecho de la IA mucho más complejo, que, en su vertiente laboral, regula la utilización de estos sistemas en la gestión de personas, incluyendo la supervisión y el control de los empleados³.

Aunque es evidente que estas herramientas permiten aumentar la productividad y la competitividad de las empresas al reducir la incertidumbre gracias a la facilidad que tienen para procesar cantidades ingentes de datos, detectar patrones y hacer pronósticos, también conllevan importantes riesgos para los derechos de los trabajadores. Esto se debe al reforzamiento del poder empresarial que conllevan, fenómeno que se explicará partiendo de una breve exposición de las potestades que lo configuran, así como de unas nociones básicas sobre el funcionamiento de la IA y su impacto en ellas. Asimismo, a lo largo del presente Trabajo de Fin de Grado se tratará de exponer los desafíos a los que se enfrenta en la actualidad el Derecho del Trabajo, que debe cumplir su misión de encontrar el equilibrio en

¹ MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídico-laborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 8, 2023, p.16

² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. “La videovigilancia en el trabajo en tiempos de inteligencia artificial”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p.69

³ *Ibidem*, pp.73-74

la relación entre los derechos fundamentales de los trabajadores y el poder del empresario, y se verá cómo, de manera progresiva, se van dibujando los límites legales al uso de la IA para la toma de decisiones empresariales. De igual manera, se reflexionará, a través del estudio de la normativa vigente a nivel europeo y nacional, la posibilidad de que se extinga el contrato de trabajo a partir de una decisión tomada a través de un algoritmo. Por último, se abordarán las posibles tendencias futuras en la regulación de este fenómeno, explorando las medidas que podrían implementarse para mitigar los riesgos asociados y mejorar el marco legal existente.

2. CONSIDERACIONES GENERALES Y MARCO TEÓRICO

En el contexto laboral actual de transformación digital y avance de la IA, es fundamental conjugar los aspectos jurídicos y técnicos para comprender de manera integral los desafíos y retos que se derivan de este fenómeno, así como analizar adecuadamente la regulación existente y tener el conocimiento suficiente para proponer alternativas a ella. Desde la perspectiva del Derecho, debemos entender las facultades tradicionales que se han otorgado al empresario en el ámbito de su poder de dirección, entre ellas el poder disciplinario, para poder comprender por qué la IA refuerza este poder empresarial y permite al empresario cometer abusos que el legislador trata de evitar mediante la aprobación de normas que reequilibren la relación entre empleador y empleados. Por otro lado, es necesario hacer referencia a los conceptos básicos sobre las nuevas tecnologías que se utilizan en el ámbito laboral y que han transformado el ejercicio de estos poderes empresariales, afectando en último término a las decisiones que se toman respecto a los trabajadores.

2.1. Concepto de poder directivo del empresario en el marco jurídico español

Como se verá, el poder del empresario comprende, además de la facultad de dictar órdenes e instrucciones, el empleo de medios de vigilancia destinados a garantizar que el trabajador cumple con sus funciones, así como el poder disciplinario en el caso del incumplimiento. Antes de comenzar la explicación de cada una de esas facultades de manera más exhaustiva, es necesario aportar unas nociones básicas de la relación laboral entre empresario y trabajador.

Un empresario o empleador es, en el ámbito jurídico-laboral, la persona que emplee a trabajadores que libremente presten sus servicios a cambio de una retribución, por cuenta

ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de aquel⁴. Esta definición se extrae de lo establecido en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, que muestra la dependencia o subordinación del empleado a las órdenes e instrucciones del empresario, la cual se vuelve a manifestar en el apartado 1 del artículo 20 de la misma norma. Es la subordinación jurídica del trabajador por cuenta ajena lo que fundamenta el poder de dirección laboral⁵ y que, junto a la relación jerárquica en la que el empresario adopta una posición dominante, conforman los rasgos delimitadores de la relación laboral⁶. Debido a ello se genera un desequilibrio y desigualdad jurídica entre las partes que el Derecho del Trabajo pretende regular⁷ especialmente frente a la amplificación de este problema como consecuencia de la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral.

Como se puede extraer de lo anterior, el poder de dirección es inherente a la condición de empresario, definido por Sanguineti como “el instrumento técnico a través del cual el empleador o empresario hace efectivo su derecho de disposición sobre la actividad laboral del trabajador, organizándola y dirigiéndola hacia la consecución de los objetivos perseguidos por él en cada momento”, encontrándose el origen de este poder en la voluntad del sujeto que se somete a él mediante el contrato de trabajo, debiendo el trabajador cumplir las órdenes e instrucciones dictadas por el empresario a cambio de un salario⁸.

Aunque no existe una definición del poder de dirección ni de poderes directivos en la Constitución Española⁹, es ampliamente aceptado que su fundamento reside en el artículo 38 CE, el cual recoge el principio constitucional de libertad de empresa. Este implica, además de la libertad para para crear empresas, la libertad para establecer los objetivos de dichas entidades y planificar la actividad conforme a ellos, organizando sus recursos materiales, inmateriales y humanos. Es decir, el poder de dirección laboral es “aquella capacidad de

⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Manual de Derecho del Trabajo (13ª ed)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 279

⁵ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “Poderes directivos y nuevas tecnologías”. *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, p.163.

⁶ FABREGAT MONFORT, G. “La posición del trabajador ante las órdenes empresariales *gius resistentiae* o *solve et repete*?”, *Revista de treball, economia i societat*, núm. 27, 2003, p.5.

⁷ SÁNCHEZ CASTRO, I. “El derecho de resistencia del trabajador y su escasa regulación en el ordenamiento jurídico español”. *Noticias CIELO*, núm 5, 2016, p.1.

⁸ SANGUINETI, W. “El poder de dirección ante el cambio económico y productivo y la emergencia de la inteligencia artificial”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 109, 2024, p.1.

⁹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “Poderes directivos y nuevas tecnologías”. *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, p. 167.

ordenar el modo, tiempo y lugar de la ejecución del trabajo”¹⁰. Faculta al empresario para determinar unilateralmente el contenido de la prestación laboral y arbitrar los mecanismos necesarios para que esta se cumpla correctamente, siempre y cuando no sobrepase las limitaciones legales y convencionales vigentes, que en la legislación española serán las normas legales, los convenios colectivos y el contrato de trabajo¹¹.

Tampoco existe criterio unánime en la doctrina sobre qué facultades comprende el poder de dirección, aunque la mayor parte de los autores coinciden en que las potestades recogidas en el artículo 20 ET indiscutiblemente deben estar presentes en la enumeración, independientemente de otras interpretaciones más extensas de este concepto; el mencionado precepto estatutario contiene, por una parte, el poder de dirección del empresario en la ejecución de la prestación laboral y en la determinación del contenido de esta, y por otra se encuentra el poder de vigilancia y control empresarial. Ambas facultades se desarrollarán con más detalle a continuación, a las cuales se añadirá el poder disciplinario o sancionador, por considerarlo inherente a la posición dominante del empresario en la relación laboral, y teniendo su fundamento en la subordinación jurídica en la que se coloca el trabajador por cuenta ajena. Además, se entiende que es necesario para asegurar la efectividad del cumplimiento de las órdenes e instrucciones que dicte en su poder de dirección.

2.1.1. Poder de dirección y organización

En primer lugar, los dos primeros apartados del ya mencionado artículo 20 ET reconocen las facultades de dirección y gestión del empresario sobre los trabajadores, debiendo estos “realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue”. Este poder de dirección conlleva consecuentemente el deber de obediencia del trabajador de las órdenes e instrucciones que el empresario le formule -en aplicación del artículo 5.c) ET-, estableciéndose para el caso de que el primero no cumpla con lo ordenado la posibilidad de despido disciplinario por esta causa, considerada incumplimiento contractual y estando recogida en la letra b) del apartado 2 del artículo 54 ET. Es importante destacar que únicamente debe cumplir aquellas instrucciones que se dicten por el empleador en el ejercicio regular de sus facultades de dirección, debiendo ser estas legales, es decir, que sean relativas al ámbito estrictamente laboral sin invadir la privacidad del trabajador o sus derechos fundamentales, y legítimas, debiendo provenir directamente del empresario o de la

¹⁰ *Idem*

¹¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2023). *Manual de Derecho del Trabajo* (13º ed.). Tirant lo Blanch, Valencia p. 291

persona en que este delegue su poder de dirección. Además de lo anterior, se justifica esta presunción en el mantenimiento del orden y la disciplina de la empresa, así como la continuidad de la producción¹², que podría verse alterada gravemente si un trabajador decide incumplir una orden empresarial por considerarla ilegítima.

Asimismo, existe una presunción legal *iuris tantum*, es decir, salvo prueba en contrario, de que las órdenes del empresario son legales, y que el trabajador debe acatar su cumplimiento. Se entiende que debe ser el empresario el que está facultado para determinar las obligaciones de sus trabajadores en virtud de los principios de subordinación y jerarquía de la relación laboral. Se aplica el principio clásico de “*solve et repete*”, que, aunque en su origen latino significa “paga y reclama”, en el ámbito laboral se refiere a la obligación del trabajador de acatar las órdenes del empresario en todo caso, y, en caso de considerar que estas representan una extralimitación de las facultades directivas, tiene la posibilidad de impugnarlas, pero únicamente una vez que hayan sido cumplidas. De esta manera, a priori el trabajador no tiene derecho a determinar si una orden es legítima o no, y por tanto no puede desobedecerla o resistirse a cumplirla, ya que podría ser sancionado con el despido. Debe ser el juez quien, a posteriori de su cumplimiento y tras la reclamación del trabajador, dictamine si la orden se dio dentro de las funciones del ejercicio regular del poder directivo del empresario o no, ya que no existe una regla general aplicable a todas las situaciones debido al amplio casuismo que existe en el ámbito jurídico-laboral.

Aunque no vamos a profundizar en ello por extralimitarnos del tema a tratar, cabe decir que hay ciertos supuestos excepcionales reconocidos por la jurisprudencia en los que no se aplica la regla general de “*solve et repete*”¹³, que se han ido incorporando a medida que han surgido nuevos casos, como pueden ser la vulneración de los derechos fundamentales o que la orden sea manifiestamente ilegal, donde el trabajador sí tiene derecho a desobedecer las órdenes del empresario. Dicho de otra manera, cuenta con el “*ius resistentiae*”, mediante el cual el trabajador puede resistirse a cumplir con lo ordenado por su empleador cuando este actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho, atente contra su dignidad o en el caso de que la orden sea claramente antijurídica o exista peligro grave o inminente¹⁴, debiendo ser

¹² FABREGAT MONFORT, G. “La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿*ius resistentiae* o *solve et repete*?”, *Revista de treball, economia i societat*, núm. 27, 2003, p.25.

¹³ *Ibidem*, p.27

¹⁴ En relación a la peligrosidad: el artículo 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales constituye uno de los pocos preceptos que reconocen expresamente el derecho de resistencia, frente a órdenes del empresario que atenten contra su integridad, derecho reconocido en el artículo 15 CE.

este último demostrado objetivamente por el trabajador¹⁵. Es decir, que la posibilidad de que el trabajador incumpla directamente una orden que este presume irregularmente ejercitada dependerá de la mayor o menor intensidad de “ius resistentiae” que se le reconozca al trabajador¹⁶.

2.1.2. Poder de control y vigilancia

Otro de los poderes del empresario es el de control, el cual está legalmente reconocido en el tercer apartado del artículo 20 ET, que faculta al empresario a adoptar las medidas que estime más oportunas, tanto de vigilancia como de control, para verificar que sus trabajadores cumplen sus funciones laborales; siempre respetando su dignidad y la capacidad real de los trabajadores con discapacidad. Se trata de un poder marcadamente pro empresario, pues su finalidad es velar por sus intereses en la relación de trabajo¹⁷ mediante el establecimiento de los sistemas de control que considere más efectivos o que más le convengan en cada momento.

Este poder de control empresarial no es absoluto, sino que tiene como límites los derechos fundamentales de los trabajadores, en especial el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales. Asimismo, se debe hacer mención del nuevo Artículo 20 bis ET introducido por la Disposición final decimotercera de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En él se establecen por primera vez algunos derechos digitales que deben ser garantizados a los trabajadores. Además del derecho a la desconexión digital, se incluyen expresamente el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición del empleador y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, respetando en todo momento la normativa de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Estos límites en las medidas que el empresario puede adoptar para ejercer su poder de control y vigilancia, así como el poder disciplinario como se verá más adelante, se han ido

¹⁵ SÁNCHEZ CASTRO, I. “El derecho de resistencia del trabajador y su escasa regulación en el ordenamiento jurídico español”. *Noticias CIELO*, núm 5, 2016, p.2.

¹⁶ FABREGAT MONFORT, G. “La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿ius resistentiae o solve et repete?”, *Revista de treball, economia i societat*, núm. 27, 2003, p.24.

¹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. “La videovigilancia en el trabajo en tiempos de inteligencia artificial”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p.69.

concretando a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁸ a lo largo del tiempo, que se ha apoyado en la mayoría de los casos en el principio de proporcionalidad, siendo esta la vía adecuada para resolver los conflictos surgidos entre los derechos fundamentales de los trabajadores y el poder directivo del empresario, en una situación y contexto determinados. El TC aplica en el ámbito laboral el principio de proporcionalidad como técnica de control de los límites de los derechos llevando a cabo el denominado test o juicio de proporcionalidad, compuesto por los juicios de adecuación, indispensabilidad o necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto¹⁹. En primer lugar, se debe dar una adecuación de la conducta empresarial al fin perseguido. Esto se debe complementar con el carácter indispensable de la medida, es decir, que esta sea necesaria para alcanzar el legítimo objetivo perseguido y que no exista otro medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y la organización en que se integra. Por último, la medida debe cumplir con el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que se tengan en cuenta todas las circunstancias e intereses concretos en juego. A estos tres juicios se ha sumado en el ámbito laboral el “test de justificación de la medida empresarial”²⁰, el cual se configura como un criterio de control anterior al test de proporcionalidad, y que pretende que exista una razón justificada para implementar la medida empresarial potencialmente limitativa de los derechos fundamentales del trabajador por parte del empresario, como puede ser el caso en el que se tengan razonables sospechas de un comportamiento irregular del trabajador, no pudiéndose realizar actuaciones meramente preventivas.

2.1.3. Poder disciplinario o sancionador

Como ya se desarrolló al explicar el poder de dirección del empresario, existe un deber de obediencia por parte del trabajador de las órdenes e instrucciones del empresario; correlativamente a ello, el empresario cuenta con poder disciplinario sobre sus empleados, regulado en nuestro ordenamiento en el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores, pudiéndoles imponer sanciones por incumplimiento laboral, las cuales pueden ir desde la suspensión de empleo y sueldo, hasta el despido, en el cual nos centraremos. Eso sí, esta facultad disciplinaria no es ilimitada, ya que como se indica en el mencionado precepto, para

¹⁸ STC 99/1994, de 11 de abril; STC 6/1995, de 10 de enero; STC 37/1998, de 17 de febrero; STC 98/2000, de 10 de abril

¹⁹ Siguiendo la explicación proporcionada por Mercader Uguina en MERCADER UGUINA, J. R. “El juicio de proporcionalidad en lo laboral: construcción, nuevas dimensiones y futuros escenarios”. *Anuario coruñés de derecho comparado del trabajo*, núm. 14, 2022, pp. 157-175.

²⁰ A raíz de la STC 186/2000, de 10 de julio

que un trabajador pueda ser sancionado tiene que haber incurrido en un incumplimiento laboral el cual debe estar contemplado como falta en las disposiciones legales o el convenio colectivo aplicable, al igual que la sanción correspondiente. Esta graduación de faltas y sanciones en la mayoría de los casos se establece en los convenios colectivos, y constituye una garantía para evitar comportamientos arbitrarios o abusivos por parte del empleador.

La sanción más grave contemplada, es la extinción del contrato, la cual se regula en el texto estatutario en la Sección 4º del Capítulo III, dedicada a la “Extinción del contrato”, abarcando los artículos 49 a 56. Dentro del primero de ellos, se contempla el despido como uno de los modos de extinción del contrato de trabajo²¹. Cabe destacar la diferencia que reside entre la facultad disciplinaria privada de la empresa respecto del contrato de trabajo frente al resto de contratos privados. Mientras que en estos últimos cuando una de las partes incumple se debe acudir a la vía judicial para que sea el juez el que establezca una sanción, en el contrato de trabajo el empresario cuenta con facultades de autotutela del cumplimiento de las órdenes que dicte, pudiendo imponer este directamente la sanción a sus trabajadores, siendo el trabajador una vez sancionado el que tiene la posibilidad de acudir a los tribunales si no está conforme con la sanción impuesta por la empresa.

Por último, es importante destacar que el principio de proporcionalidad, anteriormente desarrollado con detalle, debe presidir toda la actuación disciplinaria del empleador, el cual requiere que la gravedad de la sanción impuesta debe corresponderse con la infracción cometida, considerando asimismo las circunstancias particulares del caso concreto, que se deberá analizar exhaustivamente para ello.

Como veremos a lo largo del trabajo, el concepto tradicional de poder empresarial ha cambiado en los últimos tiempos debido al auge de las nuevas tecnologías, dando lugar a un poder reforzado gracias al acceso a novedosas herramientas que se explicarán a continuación, dificultando su regulación legal por los rápidos cambios que se dan en este ámbito. Se debe tener siempre presente que este poder posee una dimensión instrumental²² que simplemente conecta las facultades de organización y dirección del empresario con las características del contexto económico y productivo imperante en cada momento. De esta manera, la naturaleza del poder de dirección no cambia, siendo siempre su esencia el poder de disposición sobre la actividad ajena, sino que es la forma en que se ejerce lo que varía con el

²¹ Artículo 49 ET. 1) El contrato de trabajo se extinguirá: k) por despido del trabajador.

²² SANGUINETI, W. “El poder de dirección ante el cambio económico y productivo y la emergencia de la inteligencia artificial”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 109, 2024, p.1.

paso del tiempo. En la actualidad se observa una tendencia del empresario a delegar o descentralizar parte de sus poderes tradicionales hacia los nuevos recursos tecnológicos, confiando en la presunta objetividad y fiabilidad de herramientas como el Big Data²³, entre otras que veremos a continuación.

2.2. Del Big Data a las decisiones automatizadas: aproximación conceptual a la Inteligencia Artificial

Como ya se adelantó al principio del trabajo, la irrupción de la Inteligencia Artificial ha transformado de manera significativa prácticamente todos los ámbitos de la vida cotidiana, y gracias a la aparición de Internet el acceso a las innovaciones tecnológicas se ha facilitado, estando disponibles cada vez para más personas, que deben interactuar con ellas en el día a día. De este fenómeno no están exentos los trabajadores, ya que esta revolución tecnológica también ha desencadenado una serie de transformaciones en el mundo laboral, donde los algoritmos han pasado a ser una parte fundamental en la toma de decisiones, redefiniendo el modo en el que se ejerce el poder directivo por el empresario.

En este sentido, los datos se han convertido en el “oro del Siglo XXI”, ya que la información extraída de ellos se ha convertido en el motor de las nuevas decisiones empresariales. Ha cambiado tanto la forma a través de la cual se obtiene información como la manera en la que se procesa²⁴, y eso será lo que se tratará de explicar a lo largo de este apartado, para comprender los aspectos más básicos de estos sistemas tecnológicos. Asimismo, desde que la Ley 12/2021²⁵ reconoció a nivel legal que las facultades de los empresarios pueden ser ejercidas mediante sistemas algorítmicos, ampliándose las facultades empresariales contenidas en el artículo 20 ET, resulta imprescindible entender a qué se está refiriendo.

²³ MERCADER UGUINA, J. R. “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data”. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social, Volumen 2*, núm. 2, 2021, p.5 doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6213>

²⁴ ASQUERINO LAMPARERO, M. J. “Algoritmos y discriminación”, en *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Coordinado por Jose M. Morales Ortega, Ediciones Laborum, Murcia, 2022, p.338.

²⁵ Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, por la cual se añade la Disposición adicional vigesimotercera al Estatuto de los Trabajadores.

Los conceptos que vamos a definir a continuación, si bien hace unos años su uso y acceso estaba reservado al ámbito estricto de la tecnología, a día de hoy es necesario tener unas nociones básicas sobre ellos en cualquier ámbito en el que incidan; en el caso del Derecho, para abordar los desafíos que plantean y regularlo a nivel legal de manera adecuada e integral es necesario entender su funcionamiento más básico, sin perjuicio de que intervengan expertos en la materia a la hora de realizar las normas y estudiar las posibles soluciones.

Debemos comenzar por el concepto más básico, el Big Data, el cual hace referencia no solo a la acumulación de datos e información, sino que se trata de “la posibilidad de acceder, recoger y conservar ingentes cantidades de datos digitales, todo ello a una gran velocidad de tratamiento”²⁶. La Agencia Española de Protección de Datos lo define como el “conjunto de tecnologías, algoritmos y sistemas empleados para recolectar datos a una escala y variedad no alcanzada hasta ahora y a la extracción de información de valor mediante sistemas analíticos avanzados soportados por computación en paralelo”²⁷. Para extraer las características fundamentales del Big Data, se seguirá la explicación de Asquerino Lamparero²⁸, quien se basa en las tres “V” que frecuentemente caracterizan este término - Volumen, Variedad y Velocidad. Lo primero que debemos destacar y que se puede inferir de la propia literalidad del término, son las cantidades ingentes de datos que se manejan en este tipo de tecnologías, provenientes de diversas fuentes de información, las cuales los humanos serían incapaces de procesar. Asimismo, estos se transmiten a gran velocidad, aprovechando redes como Internet, de manera que los datos siempre están actualizados ya que se analiza la información disponible en cada momento. Por último, aunque estos datos por separado no tienen utilidad significativa, su combinación y tratamiento es lo que permite generar conocimiento realmente valioso, siendo capaz de extraer relaciones o hacer predicciones futuras.

Los algoritmos, por su parte, se alimentan de esos datos para resolver un problema o adoptar una decisión sobre un asunto concreto, a través de unas instrucciones dadas por el

²⁶ EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, J. A. “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”. *Estudios de Deusto, Volumen 68 (2)*, 2020, p.328. doi: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp325-367](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp325-367)

²⁷ En el documento “Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos Big Data”, p.3, <https://www.aepd.es/guias/guia-codigo-de-buenas-practicas-proyectos-de-big-data.pdf>

²⁸ ASQUERINO LAMPARERO, M. J. “Algoritmos y discriminación”, en *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Coordinado por Jose M. Morales Ortega, Ediciones Laborum, Murcia, 2022, pp. 338-339.

programador previamente. El Ministerio de Trabajo y Economía Social, basándose en la definición de algoritmo prestada por la Real Academia Española²⁹, entiende que este concepto puede definirse como “un conjunto ordenado y finito de operaciones o reglas que permite hallar la solución de un problema, que puede implementarse o no a través de programas informáticos”. Podría decirse que es una secuencia finita de reglas formales -operaciones lógicas e instrucciones- que permiten obtener un resultado de la entrada inicial de información. Esta secuencia puede ser parte de un proceso de ejecución automatizado y aprovechar modelos diseñados a través del aprendizaje automático³⁰, pudiendo dar lugar a sistemas de decisión automatizada, a los cuales se hará referencia más adelante, y que, mediante el uso de datos y algoritmos, son capaces de optimizar la toma de una decisión³¹. A su vez, los algoritmos tienen la capacidad de anticipar cuál será la respuesta en el futuro del trabajador ante determinadas situaciones y órdenes empresariales, en función de los patrones observados en el comportamiento del trabajador o candidato. Esto es susceptible de condicionar las decisiones del empresario tanto en el momento de su contratación, como en sus funciones de control y sancionadora, pudiendo derivar en último término en el despido del trabajador. La manera en que una máquina, inicialmente programada a través de datos y algoritmos y alimentada por los patrones que observa a medida que se hace uso de ella, genera sus propias conclusiones, da lugar a la denominada Inteligencia Artificial³².

Como se acaba de ver, tanto el Big Data como los algoritmos son los dos componentes básicos de la Inteligencia Artificial. Cabe decir que la definición de este concepto no es inmutable, sino que se va adaptando a los diferentes tiempos y entornos. Actualmente, se podría describir como un “sistema de software diseñado por humanos que, dado un objetivo complejo, actúa en el entorno físico o digital, percibiendo el entorno a través de la adquisición de datos, interpretándolos y procesando la información derivada de esos datos, para decir las

²⁹ Según la RAE, se entiende por algoritmo un “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema” <https://dle.rae.es/algoritmo>

³⁰ Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno adoptado por el CEPEJ durante su 31º Reunión plenaria (Estrasburgo, 3-4 de diciembre de 2018)

³¹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022). *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Comisión de personas expertas sobre algoritmos en el ámbito laboral, Coordinada por Galdón Clavell, G., https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Guia_Algoritmos_ES.pdf, p.6

³² ASQUERINO LAMPARERO, M. J. “Algoritmos y discriminación”, en *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Coordinado por Jose M. Morales Ortega, Ediciones Laborum, Murcia, 2022, p.340

mejores acciones a realizar para alcanzar el objetivo perseguido”³³. A nivel europeo, la Comisión Europea en el año 2018 definió el concepto en la Comunicación “Inteligencia Artificial para Europa”³⁴ como aquella que “se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción – con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos”. Fue un año más tarde, en 2019³⁵, cuando El Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre IA creado por la Comisión Europea actualizó este concepto, definiendo la Inteligencia Artificial como “una disciplina científica que incluye varios enfoques y técnicas, como el aprendizaje automático [...], el razonamiento automático [...] y la robótica”.

Interesante es la comparación que realiza Mercader Uguina³⁶ para diferenciar los sistemas de IA de los meros algoritmos matemáticos, explicando que, de la misma manera que los humanos identificamos a una persona por la suma de sus características y no por una serie limitada de ellas, la IA permite alcanzar este mismo objetivo. En definitiva, la IA es un conjunto de métodos, teorías y técnicas científicas cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina, las habilidades cognitivas de los seres humanos³⁷. Está construida a partir de modelos matemáticos a los que se alimenta de un enorme volumen de datos que cuentan con capacidad para generar conocimiento propio y tomar decisiones por sí mismos. Para ello cuentan con dos sistemas: el aprendizaje automático y el profundo³⁸.

Comenzando por el Machine Learning o Aprendizaje Automático, este “diseña modelos predictivos que construyen por sí mismos la relación entre las variables a estudiar mediante

³³ MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídico-laborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 8, 2023, pp. 13-14.

³⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia Artificial para Europa, Bruselas, 25.4.2018 COM(2018) 237 final.

³⁵ En la publicación “Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas”, <https://agatadata.com/wp-content/uploads/2024/11/Una-definicion-de-la-inteligencia-artificial-2019-Comision-Europea.pdf>, p.6

³⁶ MERCADER UGUINA, J.R. “Algoritmos y derecho del trabajo”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 52, 2019, p.68

³⁷ PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2021). “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”. *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 223, 2021, p.6

³⁸ GOÑI SEIN, J. L. “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”. *Documentación Laboral, Volumen 2*, núm. 117, 2019, p.60

el análisis de un conjunto inicial de datos, la identificación de patrones y el establecimiento de criterios de clasificación”³⁹. Es decir, el algoritmo es capaz de aprender por sí mismo y crear conocimiento nuevo a partir de las hipótesis y datos iniciales que se han incluido en su programación. En el momento en que el sistema informático encuentra una correlación entre los datos ya existentes, pasa a tener nueva información que se reintroduce en el sistema, de manera que su funcionamiento se va perfeccionando y sus respuestas cada vez son más precisas al conseguir adaptarse al entorno en que fueron colocados. Esta autonomía se debe a que aprenden de la experiencia, y es gracias a ello que estas máquinas o robots inteligentes son capaces de interactuar de forma natural y precisa con las personas⁴⁰. El problema reside en que el conocimiento que crea por sí solo el algoritmo no se puede explicar por las personas que lo programaron, que dejan de tener un control sobre los datos que inicialmente se incluyeron. Es decir, no se puede establecer una conexión clara entre los datos de alimentación y las conclusiones a las que llega el modelo matemático⁴¹. Esta problemática será clave en la normativa que se va a analizar más adelante, que tratará de que siempre exista una intervención humana en el uso de estos métodos.

Asimismo, debemos hacer referencia al Deep Learning o Aprendizaje Profundo, constituyendo este un subconjunto del Machine Learning, en el que el nivel de aprendizaje es más complejo y profundo, ya que se trata de imitar las redes neuronales del cerebro humano y no se limita a establecer relaciones a partir de unos datos estructurados y predefinidos; al contrario, estos modelos pueden trabajar con grandes volúmenes de datos sin estructurar, necesitando menor intervención humana que el ML ya que no necesitan instrucciones preestablecidas en su programación, y presentando mayores riesgos debido a que la opacidad de estos sistemas es aún mayor al no controlar los datos que procesa y ser realmente complejos. Como es evidente, por la inmensa cantidad de datos disponibles, es muy difícil determinar a qué información está efectivamente accediendo la computadora o,

³⁹ EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, J. A. “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfiles para los derechos fundamentales”. *Estudios de Deusto, Volumen 68 (2)*, 2020, p.331 doi: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp325-367](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp325-367)

⁴⁰ GOÑI SEIN, J. L. “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”. *Documentación Laboral, Volumen 2*, núm. 117, 2019, p.59

⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídico-laborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 8, 2023, p.36

en todo caso, cómo es que dicha información está siendo procesada por esta⁴². Resulta muy útil en la identificación de patrones, la realización de análisis predictivos, el procesamiento de emociones y el reconocimiento facial, siendo cada vez más habitual su uso en el ámbito laboral pese al aumento que supone en el control de los trabajadores y la invasión de su privacidad, no debiendo olvidar el riesgo de que se perpetúen las discriminaciones existentes; todo ello se tratará con detalle más adelante, y se verá que ya se han prohibido algunos de sus usos, como es la biometría⁴³.

Por último, debemos hacer referencia a los conceptos de decisión automatizada y elaboración de perfiles, siendo ambos claves a la hora de comprender de manera adecuada la normativa que se analizará más adelante y algunos conceptos clave como la discriminación algorítmica. En primer lugar, las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado representan la capacidad de tomar decisiones por medios tecnológicos sin la participación del ser humano, y pueden llevarse a cabo con o sin la elaboración de perfiles⁴⁴, que veremos a continuación. Para que una máquina pueda adoptar estas decisiones automatizadas es necesaria la previa recopilación masiva de datos o Big Data, los cuales son procesados posteriormente por los algoritmos. Asimismo, pueden basarse en muchos tipos de datos, como pueden ser los aportados directamente por las personas afectadas, los recogidos sobre ellas a través de otros medios, o los derivados o inferidos de otros datos. Por otro lado, la elaboración de perfiles es *“toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física”*⁴⁵. Es decir, es una forma automatizada de tratamiento que se lleva a cabo respecto de los datos personales, y cuyo objetivo debe ser evaluar y analizar aspectos personales sobre una persona

⁴² TOYAMA MIYAGUSUKU, J.; RODRÍGUEZ LEÓN, A. “Algoritmos laborales: big data e inteligencia artificial”. *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 75, 2019, p.258

⁴³ Respecto a la biometría, la AEPD el 23 de noviembre de 2023 cambió su criterio, determinando que a la hora de fichar en el trabajo no se puede hacer usando los datos biométricos de los trabajadores, ni sistemas de reconocimiento facial, ni lectores de huella dactilar.

⁴⁴ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, (22 de agosto de 2018), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, Adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas el 6 de febrero de 2018*, Comisión Europea, <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf> [Consulta: 18 de diciembre de 2024], p.8

⁴⁵ Artículo 4.4) RGPD (definición de elaboración de perfiles)

física y realizar predicciones sobre ella, sus capacidades, su comportamiento o sus intereses, con la finalidad de asignarla a una determinada categoría o grupo. Por tanto, se trata de una decisión automatizada parcial o previa⁴⁶, ya que se produce antes de la toma de la decisión final o definitiva, aunque se verá más adelante que la normativa europea la equipara en su tratamiento con las decisiones totalmente automatizadas⁴⁷.

A modo de ejemplo, ya existen consultoras externas que ofrecen herramientas a las empresas para obtener toda la información que existe en Internet sobre un candidato o trabajador y confeccionar un perfil sobre este, que se utilizará por la compañía que contrató el servicio para clasificarlos en categorías introducidas en el algoritmo según ciertos parámetros y hacer predicciones, existiendo un elevado riesgo de discriminación en esta práctica⁴⁸. Asimismo, la elaboración de perfiles se está utilizando cada vez en un mayor número de sectores, tanto

⁴⁶ SÁEZ LARA, C. “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, p.53

⁴⁷En relación a la equiparación de decisiones automatizadas a la elaboración de perfiles, es interesante la Sentencia del TJUE n.º C-634/21, de 7 de diciembre de 2023 (ECLI:EU:C:2023:957), donde se analiza el caso de un consumidor cuya solicitud de crédito fue rechazada por una entidad financiera que utilizaba el credit score, o probabilidad de devolución del crédito, proporcionado por una empresa externa, que generaba esa puntuación mediante medios automatizados. En ese contexto, el TJUE considera aplicable el artículo 22 del RGPD, aun cuando la decisión final fuera tomada por una entidad distinta a la que generaba la puntuación automatizada. En concreto, interpreta que la aplicación de este artículo no se limita exclusivamente a las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos, sino que, incluso si la decisión involucró intervención humana, la simple creación de un perfil de forma completamente automatizada justificaría la aplicación de este artículo 22.

De manera literal, establece que el artículo 22 “*debe interpretarse en el sentido de que la generación automatizada, por una agencia de información comercial, de un valor de probabilidad a partir de datos personales relativos a una persona y acerca de la capacidad de esta para hacer frente a compromisos de pago en el futuro constituye una «decisión individual automatizada», en el sentido de la mencionada disposición, cuando de ese valor de probabilidad dependa de manera determinante que un tercero, al que se comunica dicho valor, establezca, ejecute o ponga fin a una relación contractual con esa persona.*”

Comentada más ampliamente en TODOLÍ SIGNES, A. (6 de marzo de 2024). *¿Es lícito el despido determinado por una inteligencia artificial? STJUE 7/12/2023, Decisiones de autoridades de protección de datos y otras sentencias de primera instancia*. Argumentos de Derecho Laboral <https://adriantodoli.com/2024/03/06/es-licito-el-despido-determinado-por-una-inteligencia-artificial-stjue-7-12-2023-decisiones-de-autoridades-de-proteccion-de-datos-y-otras-sentencias-de-primera-instancia/> [Consulta: 13 de octubre de 2024]

⁴⁸ TODOLÍ SIGNES, A. (21 de febrero de 2019). *Algoritmos para contrataciones y despidos. ¿Son legales las decisiones automatizadas sobre trabajadores?*. Argumentos en Derecho Laboral: <https://adriantodoli.com/2019/02/21/algoritmos-para-contrataciones-y-despidos-son-legales-las-decisiones-automatizadas-sobre-trabajadores/> [Consulta: 25 de septiembre de 2024]

públicos como privados. Algunos ejemplos son el sector bancario y financiero, la fiscalidad, los seguros, la asistencia sanitaria, la mercadotecnia y la publicidad, entre otros⁴⁹.

Debemos diferenciar dos modelos o niveles de decisión automatizada⁵⁰. En primer lugar, tenemos aquellos en los que el programador alimenta al algoritmo con una serie de reglas explícitas que el sistema seguirá para tomar decisiones, actuando estrictamente conforme a las pautas preestablecidas que se le han indicado. Un ejemplo de ello sería el caso de las plataformas digitales como Glovo, en las cuales la consecuencia de que un trabajador rechace o no responda a un pedido, es el bloqueo automático de este durante un tiempo determinado⁵¹. En otras palabras, se establece una orden en un proceso informático, de manera que el algoritmo reaccionará con Y si sucede X. Otro caso donde se puede ver este nivel simplificado sería cuando en el ámbito de las plataformas la reputación online del trabajador desciende por debajo de un mínimo, y el sistema “desconecta” automáticamente al trabajador⁵².

Por otro lado, se encuentran los sistemas que aprenden progresivamente las reglas a seguir a medida que analizan tanto los datos iniciales como los que van obteniendo cuando se utiliza el algoritmo, de manera que identifican patrones mediante técnicas extremadamente complejas, llegando a tomar sus propias decisiones en muchas ocasiones alejadas de lo esperado en un primer momento por la persona que lo configuró. Estos últimos son más peligrosos, ya que, mediante la utilización de técnicas avanzadas de IA y aprendizaje

⁴⁹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, (22 de agosto de 2018), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, Adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas el 6 de febrero de 2018*, Comisión Europea, <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf> [Consulta: 18 de diciembre de 2024], p.5

⁵⁰ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022). *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Comisión de personas expertas sobre algoritmos en el ámbito laboral, Coordinada por Galdón Clavell, G., https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Guia_Algoritmos_ES.pdf, p.6

⁵¹ COTUREL, C. C. (1 de febrero de 2021). *¿Podrían las máquinas contratar y despedir trabajadores? Inteligencia artificial, algoritmos y smart contracts en el Derecho del Trabajo*. Revista IDEIDES <https://revista-ideides.com/podrian-las-maquinas-contratar-y-despedir-trabajadores-inteligencia-artificial-algoritmos-y-smart-contracts-en-el-derecho-del-trabajo/> [Consultado: 26 de septiembre de 2024]

⁵²TODOLÍ SIGNES, A. “La gobernanza colectiva de la protección de datos: algoritmos, decisiones automatizadas y discriminación”. En AA. VV.: *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, p.1643

profundo, en muchas ocasiones producen modelos de “caja negra”⁵³, a los que nos referiremos en varias ocasiones a lo largo del trabajo, siendo estos aquellos en los que su funcionamiento y razonamiento interno es desconocido o incomprensible para quienes lo utilizan. Se trata de sistemas algorítmicos opacos e indescifrables cuya lógica no es accesible incluso para quienes lo han programado inicialmente, lo cual plantea serios problemas de transparencia al no ser posible su explicabilidad. Asimismo, no es posible determinar si están o no sesgados, pudiendo dar lugar a decisiones discriminatorias o incluso a la vulneración de los derechos humanos. De igual forma, el Grupo de Trabajo del artículo 29⁵⁴ ya advirtió de que “las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles pueden ser opacos [...] y pueden perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Asimismo, pueden encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que le sugieren [...], pudiendo llevar a una discriminación injustificada”⁵⁵. Todos estos obstáculos se tratarán de evitar con las normas que se están aprobando en los últimos años, como se estudiará más adelante.

Antes de introducirnos en las implicaciones que tienen estas herramientas en el ámbito del Derecho del Trabajo, conviene recordar la reflexión de Todolí Signes, quien reivindica que hay ciertos tipos de tecnología que no son neutros, así como que no todos ellos aportan beneficios a la sociedad, y desarrolla una clasificación a la que se alude con frecuencia en diversos documentos académicos⁵⁶. Este autor distingue entre los algoritmos productivos y los extractivos, y defiende que esta categorización debería ser clave en la regulación futura. Mientras que los primeros crean valor y complementan la labor de los trabajadores aumentando su productividad (aquí entrarían los robots industriales, los ordenadores, las

⁵³<https://msmk.university/black-box-algorithms/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20son%20los%20algoritmos%20de,decisiones%20y%20predicciones%20que%20ofrece>

⁵⁴ Actual Comité Europeo de Protección de Datos

⁵⁵ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, (22 de agosto de 2018), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, Adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas el 6 de febrero de 2018*, Comisión Europea, <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf> [Consulta: 18 de diciembre de 2024], p.6

⁵⁶ TODOLÍ SIGNES, A. (19 de abril de 2023) “Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación”, *Argumentos de Derecho Laboral* https://adriantodoli.com/2023/04/19/algoritmos-productivos-y-extractivos-como-regular-la-digitalizacion-para-mejorar-el-empleo-e-incentivar-la-innovacion-mi-ultimo-libro-publicado/#_Toc127178264 [Consulta: 13 de agosto de 2024]

bases de datos informatizadas para abogados, los programas contables...etc), el uso de los segundos se centra en incrementar el poder empresarial aumentando la carga laboral del trabajador para conseguir mejores resultados empresariales. Son estos últimos los que pueden llegar a vulnerar los derechos laborales y aumentar los riesgos para los trabajadores. En último término insiste en que se debe legislar más allá de la privacidad y la protección de datos, sino que se deben incorporar mecanismos para equilibrar la relación entre empresario y trabajadores.

3. IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RELACIONES LABORALES: CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA AUTOMATIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE DESPIDO

La rápida evolución de las nuevas tecnologías que se acaban de mencionar en el apartado anterior ha tenido en los últimos años efectos muy relevantes en el ámbito laboral, ya que, si bien las empresas siempre han recogido y analizado información sobre sus empleados, la manera de hacerlo y los resultados obtenidos han cambiado radicalmente. Han aparecido herramientas basadas en sistemas algorítmicos destinadas a facilitar la gestión de personas en las empresas a través de las cuales se puede analizar grandes volúmenes de datos, sustituyendo en muchos casos la toma de decisiones humana. De tal manera que, en la era de la información, gran parte de las tareas de los especialistas en recursos humanos consiste en recopilar la máxima información sobre el trabajador para, de esta manera, optimizar la toma de decisiones que deben adoptar⁵⁷.

La introducción de estos sistemas de IA tiene un impacto transversal en la relación entre empresario y trabajadores, ya que afectan a todos los momentos o fases de la relación laboral. En primer lugar, se utilizan con frecuencia en el proceso de contratación. Es en esta etapa donde la IA se lleva utilizando desde hace más tiempo y donde se aplicó en un primer momento, en concreto para la selección de nuevos trabajadores mediante el análisis de currículums, ya que los algoritmos son capaces de extraer a mayor velocidad la información contenida en estos, así como establecer relaciones entre los datos para llegar a conclusiones

⁵⁷ TODOLÍ SIGNES, A. “La gobernanza colectiva de la protección de datos: algoritmos, decisiones automatizadas y discriminación”. En AA. VV.: *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, p.1639

de manera indirecta; todo esto el cerebro humano no es capaz de hacerlo. El algoritmo, en base a las variables que se le introduzcan y a los procesos que se hayan decidido en su construcción, establecerá una prelación de cuál es el mejor candidato, el que mejor encaja en el puesto vacante⁵⁸. Asimismo, una vez admitido en el proceso de selección y al acceder a una entrevista, un candidato puede llegar a ser descartado más adelante por su tono de voz o por no decir una palabra que estaba buscando el algoritmo. Una vez contratado, la IA se utilizará para controlar y vigilar al trabajador en sus funciones, y de manera más concreta, para evaluar su rendimiento o desempeño, lo cual puede influir de manera directa en las decisiones tomadas por la empresa respecto a la extinción de la relación laboral con algunos de sus trabajadores.

Estas herramientas son muy útiles en esta fase ya que no se necesita la presencia física de una persona dedicada únicamente a controlar las tareas encomendadas al trabajador, siendo el ámbito de las plataformas digitales, donde el empleador ejerce sus facultades mediante una plataforma, en el que más frecuentemente se utilizan estos sistemas de Inteligencia Artificial, aunque no el único. No obstante, el problema surge cuando, a pesar de que se pueda delimitar objetivamente el tiempo y la calidad del trabajo realizado, no se consideran circunstancias o factores externos que afectan a la persona que lleva a cabo la actividad de manera particular y que tienen incidencia directa en la medición del tiempo⁵⁹, como puede ser estar enfermo, tomar un permiso por el fallecimiento de un familiar cercano, o la falta de conexión por problemas técnicos en el teletrabajo. A modo de ejemplo de variables que no tienen en cuenta los algoritmos y que pueden acabar produciendo un despido, si a un trabajador de una plataforma de reparto le deja de funcionar su móvil y no puede marcar el pedido como entregado, disminuirá su puntuación y acabará siendo desactivado automáticamente del sistema, ya que la aplicación no contempla esas circunstancias ajenas a la hora de detectar un incumplimiento laboral. En muchas ocasiones cuando se dan estos casos, no hay personas con las que contactar, quedando el trabajador indefenso ante el sistema; es por ello que el

⁵⁸ TODOLÍ SIGNES, A. (21 de febrero de 2019). *Algoritmos para contrataciones y despidos. ¿Son legales las decisiones automatizadas sobre trabajadores?*. Argumentos en Derecho Laboral: <https://adriantodoli.com/2019/02/21/algoritmos-para-contrataciones-y-despidos-son-legales-las-decisiones-automatizadas-sobre-trabajadores/>. [Consulta: 25 de septiembre de 2024]

⁵⁹ ASQUERINO LAMPARERO, M. J. “Algoritmos y discriminación”, en *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Coordinado por Jose M. Morales Ortega, Ediciones Laborum, Murcia, 2022, p.370

legislador en la mayoría de los casos opta por el principio de intervención humana en la decisión, implantando medidas para garantizarla.

Asimismo, en el caso del control de la productividad, el software puede aprender cuál es la productividad esperada en la empresa, y a los trabajadores que considera que no cumplen con ella, puede enviarles una comunicación en la que se les informe del despido, sin ningún tipo de intervención humana en esta decisión⁶⁰. Un claro ejemplo de ello es el caso de la plataforma Amazon respecto a la cual en 2019 el sitio de noticias tecnológicas The Verge⁶¹, a través de documentos obtenidos por este, sacó a la luz los cientos de despidos llevados a cabo por esta empresa entre agosto de 2017 y septiembre de 2018. Más de trescientos trabajadores de un solo almacén en la localidad de Baltimore, que representaban el 10% de la plantilla, fueron considerados improductivos e ineficientes y perdieron su trabajo durante ese tiempo. Lo verdaderamente relevante en este caso es que la decisión fue tomada por un sistema algorítmico que medía y controlaba la productividad de cada uno de sus trabajadores teniendo en cuenta el número de paquetes que escaneaban o confeccionaban, sin intervención humana de ningún supervisor. Si el sistema detectaba que el trabajador no realizaba su tarea durante un tiempo determinado o tardaba más de lo establecido, le enviaba una advertencia a su dispositivo, pudiendo ser despedido automáticamente en última instancia por el propio sistema⁶².

Amazon posteriormente declaró en su defensa que los estándares de productividad que deben cumplir sus trabajadores solo aumentaban cuando el 75% de su plantilla en un determinado centro logístico llegaba a ellos. En ese momento, al 5% de los trabajadores que hubiese sido más ineficientes, se les sometía a un plan de capacitación específico para tratar de mejorar sus habilidades. Tras realizar esta formación, si no eran capaces de llegar a las expectativas de rendimiento establecidas por el sistema, eran automáticamente despedidos por baja productividad. Si bien Amazon trató de destacar que el despido no era inmediato, y que ofrecía a los trabajadores medios para mejorar su desempeño, esto no justifica suficientemente el hecho de que los estándares de productividad cambiaban constantemente, siendo cada vez más difícil para los trabajadores alcanzarlos y sometiéndolos a más presión.

⁶⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, J.; RODRÍGUEZ LEÓN, A. “Algoritmos laborales: big data e inteligencia artificial”. *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 75, 2019, p.263

⁶¹ <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations>

⁶² <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190505/461974990434/te-despide-algoritmo.html>

Este tipo de controles, entre otros, puede poner a los trabajadores en una situación de gran inferioridad respecto a los empresarios, ya que además de no tener conocimiento completo de sus condiciones laborales, son tratados como máquinas, al únicamente considerar su productividad a la hora de decidir su continuidad en el puesto de trabajo.

Otro caso real que ha alertado de los problemas que pueden darse a raíz del surgimiento de este fenómeno es el de la aerolínea portuguesa TAP, que en 2021 utilizó un algoritmo creado por la empresa consultora estadounidense Boston Consulting Group para seleccionar a alrededor de 500 trabajadores a los cuales proponer la rescisión de su contrato en el proceso de reestructuración llevado a cabo por la compañía tras la pandemia. Los parámetros que utilizó la empresa fueron productividad, ausencias, experiencia, contribución, costo y calificaciones. Para detectar las ausencias, y determinar si eran justificadas o no, se utilizaron datos personales de los trabajadores. El conflicto surgió, en primer lugar, debido a que el algoritmo calificaba algunas de ellas como injustificadas, cuando de acuerdo a la normativa laboral estas tenían una causa justificada. El segundo de los problemas fue que ese uso de datos sobre el absentismo es una violación de la normativa de protección de datos, ya que BCG, al ser una entidad ajena a la empresa TAP, dispuso de datos sobre el origen o raíz del absentismo y los procesó, mientras que los trabajadores deberían haber conocido qué datos se facilitarían a este tercero, durante cuánto tiempo y con qué finalidad. Asimismo, si bien se proporcionó a los trabajadores información acerca de los criterios de selección, no se especificó el peso que cada uno de los criterios tendría en la decisión final, aspecto determinante a la hora de cumplir con la obligación de dar información completa sobre el funcionamiento del algoritmo. El despido colectivo finalmente afectó a 124 empleados, y aunque la aerolínea se ha defendido recalando que los datos utilizados cubren periodos plurianuales y que el modelo es objetivo y mejora la robustez y transparencia y que analizan el caso particular de cada trabajador, el Tribunal del Trabajo de Lisboa concluyó que el despido colectivo fue ilegal, declarando que la empresa tenía que reintegrar a estos trabajadores o bien pagarles una indemnización.

Como se puede comprobar, estos sistemas de decisión algorítmica permiten aumentar la eficiencia en la asignación de recursos, así como procesar cantidades ingentes de datos y realizar tareas complejas de forma rápida y precisa, aumentando la productividad y el rendimiento. Pero la realidad es que, como señala Molina Navarrete⁶³, las ventajas resultantes

⁶³ MOLINA NAVARRETE, C. “«Duelo al sob» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 457, 2021, p.60

de la aplicación de las herramientas de IA en el ámbito laboral no solo implican progreso, sino que en muchas ocasiones conllevan una reducción de las garantías jurídicas de los trabajadores. El empleo que se haga de estas puede tener efectos perniciosos para los individuos y afectar a derechos tales como el de su protección de datos, su salud, integridad física, dignidad y, por supuesto, al derecho de igualdad⁶⁴, como veremos a continuación. Asimismo, puede parecer que los sistemas de decisión algorítmica son el método más eficaz para tomar decisiones sin introducir sesgos, y que su aparente objetividad evitaría tanto la incertidumbre en la decisión como las discriminaciones, al dejar a un lado las impresiones, estereotipos o prejuicios que podría tener un humano durante el proceso⁶⁵; más adelante se comprobará que esto no es realmente así. Estos instrumentos se convierten a menudo en una fuente de vulneración de los derechos fundamentales y, más particularmente, en instrumentos de discriminación⁶⁶, teniendo esto especial relevancia en el ámbito laboral como se verá de manera exhaustiva en el siguiente punto.

La intensificación del uso de estas nuevas tecnologías ha transformado la manera de ejercer el poder directivo, ya que ahora se tiene acceso a un volumen de información que hace unos años hubiese resultado impensable. La recogida y tratamiento de los datos se ha vuelto más invasivo, y a su vez se ha incrementado el control sobre los trabajadores, implantando un modelo de vigilancia y seguimiento permanente sobre ellos y amenazando su privacidad y sus derechos laborales. Incluso ha cambiado la manera de tomar decisiones, siendo esta en muchas ocasiones automatizada y constituyendo, como dice Todolí⁶⁷, el último paso en la obtención de la máxima eficiencia en el control de los trabajadores, además de ser la causa de la desaparición de toda intervención humana y de la redefinición del balance entre poder del empleador y del empleado. Es por ello que, al plantear graves riesgos para los derechos y

⁶⁴ ASQUERINO LAMPARERO, M. J. “Algoritmos y discriminación”, en *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Coordinado por Jose M. Morales Ortega, Ediciones Laborum, Murcia, 2022, p.335

⁶⁵ MOLINA NAVARRETE, C. “«Duelo al sob» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 457, 2021, p.8

⁶⁶ PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2021). “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”. *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 223, 2021, p.6

⁶⁷ TODOLÍ SIGNES, A. “La gobernanza colectiva de la protección de datos: algoritmos, decisiones automatizadas y discriminación”. En *AA. VV.: El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, p.1642

las libertades, se deben articular unas garantías adecuadas para mitigarlos o eliminarlos en último término.

4. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES COMPROMETIDOS AL UTILIZAR EL DISEÑO ALGORÍTMICO DEL DESPIDO

La incorporación de la Inteligencia Artificial en los procesos de despido laboral ha generado una serie de tensiones en torno al ejercicio del poder empresarial y la protección de los derechos de los trabajadores. Uno de los principales problemas surge con el derecho a la protección de datos personales de los empleados, ya que estos novedosos sistemas recopilan y procesan grandes cantidades de datos sobre los empleados, lo que permite la obtención de información sensible sobre estos que puede llegar a ser utilizada indebidamente por la empresa para tomar decisiones tan relevantes como la extinción del vínculo laboral, y que plantean serios interrogantes sobre la transparencia y el consentimiento sobre su uso. Otro derecho que se pone en riesgo debido a estas prácticas se trata del derecho a la intimidad, que puede vulnerarse fácilmente cuando se trabaja con datos que van más allá del ámbito laboral, correspondientes a la esfera íntima del trabajador, y el cual es muy frecuente que no se respete en el ejercicio de la potestad de control o vigilancia por parte del empresario, a partir de la cual se deducen conclusiones que pueden afectar directamente a la decisión de despedir a un empleado. Por último, se debe poner especial atención en el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, y más en concreto al nuevo concepto de “discriminación algorítmica”, el cual se estudiará con detalle por ser clave en el tema a tratar en el presente trabajo.

4.1. Derecho a la protección de datos personales

Una de las grandes preocupaciones desde que se comenzó a implementar la IA en el ámbito laboral ha sido la protección de datos, derecho fundamental recogido en el ámbito europeo en el artículo 16 TFUE y en el 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, siendo esta una de las garantías individuales que mayor desarrollo normativo ha experimentado a nivel europeo en los últimos años⁶⁸. En el ámbito nacional, se plasma en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, reflejando la voluntad del legislador de adaptar este precepto a las diferentes etapas del desarrollo tecnológico, que en la actualidad posibilita incluir la

⁶⁸ MERCADER UGUINA, J. R. “El juicio de proporcionalidad en lo laboral: construcción, nuevas dimensiones y futuros escenarios”. *Anuario coruñés de derecho comparado del trabajo*, núm. 14, 2022, p.171

protección de datos en lo denominado como “informática”. Ha sido así que el Tribunal Constitucional lo ha ido interpretando según el tiempo en que debiese ser aplicado, a través de una extensa jurisprudencia⁶⁹. El empleo de algoritmos en el ámbito del poder empresarial conlleva la recopilación masiva de datos de los trabajadores, lo cual supone un riesgo significativo de vulneración de los derechos fundamentales, siendo uno de los más afectados este derecho a la protección de sus datos personales.

El mayor riesgo que se deriva de ello es que la recogida y el tratamiento de información sobre los empleados, aunque en un principio pueda parecer inocua, puede acabar revelando aspectos sensibles de la vida personal y profesional del trabajador, todo ello a partir de las conclusiones a las que llega el algoritmo gracias a los sistemas de aprendizaje automático y profundo que se mencionaban anteriormente. Un ejemplo de ello es la evidencia existente de que el código postal o la dirección de su vivienda puede revelar indirectamente ciertos aspectos raciales de la persona o su capacidad económica; de igual manera, la distancia entre el domicilio y el lugar de trabajo puede ser indicativo de la renta de una persona debido a los altos precios que se registran actualmente en el centro de algunas grandes ciudades⁷⁰. Es decir, que, aunque no exista información pública del trabajador en Internet y no pueda acceder a sus datos estrictamente personales, el algoritmo es capaz de, con los datos que posee sobre él, relacionarlos con los comportamientos o circunstancias que tienen otras personas que cuentan con características similares o pertenecen al mismo colectivo. Todo ello gracias a la elaboración de perfiles a la que se hacía referencia en el marco de la IA, existiendo el riesgo con ello de encasillar al trabajador en una determinada categoría y limitando sus posibilidades en el ámbito laboral, como se detallará en el apartado de la discriminación algorítmica.

Es por ello que se tratará desde el punto de vista legal de garantizar que el ejercicio de las facultades empresariales mediante estos sistemas se realice siempre dentro de los límites expuestos en el artículo 20.3 ET, por lo que el tratamiento de los datos personales del trabajador debe restringirse a lo estrictamente necesario para la satisfacción de fines legítimos, así como cumplir con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. De igual manera,

⁶⁹ EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, J. A. “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”. *Estudios de Deusto, Volumen 68 (2)*, 2020, p.338. doi: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp325-367](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp325-367)

⁷⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídico-laborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 8, 2023, p.24

la normativa tratará de que los trabajadores tengan el control sobre sus propios datos personales y que el empresario únicamente pueda utilizar para la creación de los sistemas automatizados en el ámbito laboral los necesarios para el desarrollo de la profesión, de manera respetuosa y sin entrometerse en datos personales que nada pueden aportar a su desempeño laboral más que producir efectos discriminatorios e invasiones en su intimidad.

4.2. Derecho a la intimidad o privacidad

Ya se ha mencionado anteriormente que el uso de estas nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha supuesto un escenario de vigilancia total por parte del empresario respecto al desempeño de sus empleados. Esto puede vulnerar su derecho fundamental a la intimidad, protegido por el artículo 18.1 de la Constitución Española, y poner en duda el alcance de lo dispuesto en el artículo 20.3 ET, que permite al empresario adoptar las medidas más adecuadas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus funciones laborales, siempre y cuando no se vulneren sus derechos fundamentales, sin imponer ningún límite concreto. Partiendo de este precepto tan amplio, y al ser un ámbito tan casuístico, se ha dejado su regulación y aplicación en el ámbito de las relaciones laborales en manos de la jurisprudencia⁷¹ que se ha apoyado en los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad⁷² para valorar los distintos derechos e intereses.

Hasta ahora se ha puesto el foco en la videovigilancia y en el control que ejerce la empresa sobre el uso de las herramientas informáticas y los teléfonos proporcionados a los

⁷¹ CARRIZOSA PRIETO, E. “Control de la actividad laboral, intimidad e Inteligencia Artificial”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, Volumen 16, 2023*, p.129

⁷² CARRIZOSA PRIETO, E. “Control de la actividad laboral, intimidad e Inteligencia Artificial”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, Volumen 16, 2023*, p.141

“principio de proporcionalidad. Y ello exige comprobar: a) si la medida de control es adecuada para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, c) si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Sólo si se supera el test la medida podrá ser adoptada, y, en ese caso, efectuar los tratamientos permitidos de acuerdo con las normas sobre protección de datos, si fuera el caso. Es importante la apreciación, dado que las injerencias que suponen las medidas de control empresarial deben respetar el derecho a la intimidad primero y después observar las normas sobre protección de datos personales. En consecuencia, la normativa de protección de datos, por importante que sea, no sustituye los controles que requiere el respeto al derecho a la intimidad.”

trabajadores por parte del empleador⁷³. En esta línea la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, ha incluido un nuevo artículo en el ET, el 20 bis, que dispone que “*los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*”, así como una serie de derechos digitales (artículos 87 a 91).

Todos estos preceptos implican un llamamiento a preservar en todo caso el derecho a la intimidad en el ejercicio de las facultades de control, pero toda esta normativa no es suficiente para ofrecer garantías al trabajador frente a las últimas revoluciones tecnológicas, con la introducción de sistemas algorítmicos y de IA para controlar la productividad o el rendimiento, ya que los sistemas de control y monitoreo de los trabajadores están adquiriendo un nuevo alcance y significado, al haberse generado nuevos instrumentos y haberse mejorado los ya existentes. Entre otras razones, porque existen herramientas capaces de extraer información sobre los aspectos más íntimos y privados de la persona trabajadora, que se pueden utilizar posteriormente en decisiones tan delicadas como la continuación o no de la relación laboral. Un claro ejemplo de estos avances son los trabajadores controlados a través de dispositivos inteligentes portátiles como pueden ser los relojes inteligentes o wearables, los cuales pueden llevar al empresario a conocer datos particularmente sensibles de sus empleados como son los relativos a su salud, que se pueden utilizar para tomar decisiones posteriormente y que suponen una invasión de su privacidad.

4.3. Derecho a la igualdad y prohibición de discriminación: el nuevo fenómeno de la discriminación algorítmica

El principio de igualdad y no discriminación, recogido en nuestra norma fundamental en el artículo 14 de la Constitución Española⁷⁴ es uno de los que más se puede ver comprometido por el uso de sistemas de IA, como se verá a continuación, y una pieza clave en el análisis del despido mediante algoritmos. Es importante partir de la prohibición de discriminación a la

⁷³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2023). *Manual de Derecho del Trabajo* (13º ed.). Tirant lo Blanch, Valencia p.298

⁷⁴ Artículo 14 CE: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”

que está vinculado el empleador en el ámbito de la relación laboral⁷⁵, plasmada en el artículo 4.2.d) ET.

Dentro del tema que estamos tratando, nos interesa centrarnos específicamente en la discriminación algorítmica, que ha irrumpido en el ámbito del Derecho dando lugar a la reformulación del marco normativo existente. Es aquella que “se produce cuando un individuo o colectivo recibe un tratamiento arbitrario como consecuencia de la toma de decisiones automatizadas⁷⁶, o como aquella situación de discriminación generada por el uso de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, por producir un trato desfavorable no justificado por razón de sexo, raza, religión, edad, identidad sexual u otras causas de discriminación prohibidas por la Constitución o la ley⁷⁷.”

Mientras que hay autores que consideran que la legislación existente contra la discriminación es suficiente para evitarla⁷⁸ y que los riesgos que plantea son los mismos con o sin algoritmos⁷⁹, hay otros como Preciado Domènech⁸⁰ que consideran que la falta de transparencia y opacidad en el diseño, empleo y efectos del algoritmo le dota de una singular potencia lesiva, que no existe en las formas clásicas de discriminación, alertando asimismo del peligro de la aparente neutralidad y objetividad de los algoritmos. Por su parte, Carmen Sáez Lara considera que hay tres rasgos de esta discriminación algorítmica que la diferencian de la típica: invisibilidad, intensidad y complejidad técnica⁸¹. En primer lugar, la toma de decisiones automatizadas se presenta en muchas ocasiones como una manera de evitar los

⁷⁵ SÁEZ LARA, C. “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, p.44

⁷⁶ MERCADER UGUINA, J. R., “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data?”, *Labos*, Vol. 2, núm. 2, 2021, p. 6.

⁷⁷ GINÈS I FABRELLAS, A. “Análisis de personas y discriminación algorítmica en procesos de selección y contratación”. *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p.111

⁷⁸ GINÈS I FABRELLAS, A. (6 de mayo de 2022). *Algoritmos y discriminación en el ámbito laboral*. Do Better by ESADE <https://dobetter.esade.edu/es/algoritmos-discriminacion-trabajo> [Consulta: 27 de septiembre de 2024]

⁷⁹ ASQUERINO LAMPARERO, M. J. “Algoritmos y discriminación”, en *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Coordinado por Jose M. Morales Ortega, Ediciones Laborum, Murcia, 2022, p.367

⁸⁰ PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2021). “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”. *Jurisprudencia social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 223, 2021, p.6

⁸¹ SÁEZ LARA, C. “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, p.45

sesgos de las decisiones humanas, atribuyendo a los sistemas algorítmicos una aparente objetividad que en realidad es inexistente, ya que reflejan los sesgos humanos de su programador, pudiendo llegar a amplificar estos. Asimismo, da lugar a dificultades en la atribución de responsabilidades por esta discriminación, ya que la participación humana en este tipo de decisiones es opaca. Respecto a la intensidad, este rasgo viene a raíz de las características del Big Data que se han señalado anteriormente, ya que, debido al gran volumen, velocidad y variedad de los datos utilizados en las decisiones tomadas por algoritmos, cualquier mínimo sesgo introducido en el sistema, perpetuará las discriminaciones a mayor escala y multiplicará sus efectos. Por último, la complejidad de estos sistemas, los cuales pueden llegar a ser algoritmos de caja negra, puede dificultar el conocimiento sobre cómo funciona el sistema de IA y la manera en que saca conclusiones, necesario para determinar si este afecta negativamente a los derechos de las personas.

La discriminación algorítmica, al igual que la tradicional, puede ser directa cuando a una persona se la trate de manera menos favorable que a otra en una situación análoga por motivos del artículo 14 de la Constitución Española, es decir, cuando el algoritmo utilice alguna variable de discriminación prohibida para tomar decisiones, o indirecta, equiparando algunas autoras esta última con la discriminación algorítmica⁸², ya que ambas están dirigidas a evitar el uso de criterios aparentemente neutros, pero que ocasionan en la realidad efectos discriminatorios, salvo que se pueda justificar la conducta por tener una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de dicha finalidad sean adecuados y necesarios; es decir, que se cumplan los criterios de adecuación y proporcionalidad. Respecto de la primera de ellas, un caso donde se podría ver reflejada la aplicación de la IA, sería en un proceso de selección en el que únicamente se pretendiese admitir a mujeres de una determinada franja de edad; bastaría con indicar esa limitación al algoritmo para que este descartase automáticamente a las personas que no cumpliesen con esos estándares. En cuanto a la indirecta, podría ser el caso de un despido colectivo en el cual las personas afectadas se hubiesen seleccionado por el algoritmo configurado previamente para que escogiese a las personas según variables que, si bien en principio parecían neutrales, en la práctica perjudicaban indirectamente a las trabajadoras de género femenino.

⁸² GINÈS I FABRELLAS, A. “Análisis de personas y discriminación algorítmica en procesos de selección y contratación”. *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p.117

SÁEZ LARA, C. “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, p.49

Otra distinción relevante a la hora de analizar la discriminación algorítmica se da entre la introducción de sesgos en la programación a priori, y la aparición de sesgos en el aprendizaje automático a posteriori de su configuración. Comenzando por el primero, se debe partir de que la propia construcción del algoritmo requiere de datos inicialmente aportados que pueden estar sesgados por parámetros discriminatorios, de manera que a medida que el sistema procese esta información, dará resultados que repetirán este patrón discriminatorio, perpetuando y amplificando los sesgos existentes en la sociedad. Como bien expresa Molina Navarrete⁸³, los algoritmos no viven al margen de los estereotipos y prejuicios sociales, los cuales se encuentran ínsitos en las fuentes de datos de los que se alimentan. Asimismo, si en estos datos iniciales existe menor representación de un determinado colectivo, la decisión final será inevitablemente sesgada, puesto que el algoritmo, al igual que la propia ciencia de la estadística, otorga mayor relevancia a las decisiones adoptadas con la mayor información disponible⁸⁴. Es por ello por lo que las minorías, por lo general y debido a que normalmente suele haber menos datos disponibles relativos a ellas y es más difícil predecir su comportamiento, estarán en desventaja en las situaciones en las que el tratamiento de datos es automatizado.

Un ejemplo de ello fue el conocido caso de Amazon en el año 2014, donde se implantó un sistema de contratación algorítmica que discriminaba a las mujeres, por razón de género. Los datos con los que se había alimentado al software destinado a la contratación de personal eran los perfiles correspondientes a las personas contratadas (basado en los perfiles de los trabajadores más exitosos) en los 10 años anteriores, tiempo en el que las contrataciones que se realizaron eran de hombres. Por tanto, el sistema observó los patrones que se repetían y extrajo, a partir de esos datos, la conclusión de que el trabajador ideal era de sexo masculino. El algoritmo descartaba automáticamente los currículums de las mujeres de los procesos de selección. En el año 2015 se detectó esa discriminación y se intentó corregir, pero fue

⁸³ MOLINA NAVARRETE, C. “«Duelo al sob» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 457, 2021, p.8

⁸⁴ TODOLÍ SIGNES, A. “La gobernanza colectiva de la protección de datos: algoritmos, decisiones automatizadas y discriminación”. *En AA. VV.: El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, p.1645

imposible, lo que llevó al desmantelamiento de este sistema de contratación algorítmica en el año 2018⁸⁵.

Por otro lado, y respecto del aprendizaje automático a posteriori, la tecnología es capaz de inferir ciertas características personales de manera indirecta, basándose en datos aportados, como podría ser la ideología política a partir de ciertas noticias leídas en Internet⁸⁶, o la religión o la raza según el barrio donde vive una persona⁸⁷, recabando datos sensibles que pueden derivar en discriminación⁸⁸. Otro ejemplo sería que la empresa utilizase la distancia entre el trabajo y el domicilio como variable para predecir la posibilidad de que un trabajador permanezca más tiempo en la empresa; si bien podría parecer que la empresa únicamente quiere velar por su interés y contratar y formar a personas que vayan a quedarse más tiempo en la empresa, de esta variable puede resultar un efecto discriminatorio, ya que puede revelar que esta persona es de bajos recursos o inmigrante, si determina que vive en la periferia de la ciudad, donde estadísticamente residen la mayoría de personas pertenecientes a estos colectivos⁸⁹.

Existe un gran riesgo con los modelos o correlaciones⁹⁰ que reconozca el sistema a partir de los datos que se le ha aportado, derivado del machine learning, ya que en muchas ocasiones se desconoce la capacidad del algoritmo de realizar predicciones, y no se puede llegar a saber o comprobar si las decisiones que está tomando son discriminatorias o no y si están

⁸⁵ SÁEZ LARA, C. “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, p.44

⁸⁶ CORDERO GORDILLO, V. (2022). “Decisiones empresariales automatizadas y extinción del contrato de trabajo: ¿puede despedir un algoritmo?”, en *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p.1238

⁸⁷ TODOLÍ SIGNES, A. (21 de febrero de 2019). *Algoritmos para contrataciones y despidos. ¿Son legales las decisiones automatizadas sobre trabajadores?*. Argumentos en Derecho Laboral: <https://adriantodoli.com/2019/02/21/algoritmos-para-contrataciones-y-despidos-son-legales-las-decisiones-automatizadas-sobre-trabajadores/> [Consulta: 25 de septiembre de 2024]

⁸⁸ Hay ciertas categorías de datos personales que tienen la calificación de sensibles o delicados, y requieren la implantación de medidas adicionales para su protección. Siguiendo la enumeración establecida en el RGPD en su artículo 9, se consideran como tales: “*el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física*”.

⁸⁹ GINÈS I FABRELLAS, A. “Analítica de personas y discriminación algorítmica en procesos de selección y contratación”. *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p.115

⁹⁰ También denominadas: variables proxy (= correlaciones identificadas por el algoritmo)

vulnerando los derechos fundamentales. En conclusión, cuantos más datos nuevos recibe el algoritmo, más complejo es comprender su funcionamiento interno, hasta el punto de que ni siquiera sus propios creadores saben con certeza la lógica de su toma de decisiones; esto es lo denominado anteriormente como “efecto caja negra”.

Cabe decir que la discriminación algorítmica ya ha llegado a los tribunales, siendo pionera la histórica Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre, que cuestionó por primera vez en el ámbito europeo el funcionamiento de gestión algorítmica de las personas trabajadoras calificando de discriminatorio el denominado algoritmo “Frank”, utilizado por la empresa Deliveroo en su plataforma para distribuir y gestionar los repartos entre los riders, de manera que se aumentase la eficiencia y la velocidad de entrega de los pedidos a través de la evaluación de los trabajadores según su disponibilidad y el cumplimiento de los turnos debidos. La problemática era que este sistema no estaba diseñado de manera que pudiera diferenciar entre las causas que motivaban las ausencias del trabajador, tratándolas a todas por igual, ya fuesen injustificadas o justificadas por enfermedad, ejercicio de derecho de huelga o cuidado de menores, causas que están previstas legalmente en la normativa laboral y no deben afectar negativamente a las oportunidades laborales de los trabajadores. El Tribunal declaró que constituía un caso de discriminación indirecta, ya que se estaba perjudicando a los trabajadores que, por determinadas causas justificadas, no estaban disponibles para prestar el servicio. El Tribunal acusa a la plataforma por optar voluntariamente por una inconsciencia y una ceguera ante las diferencias de trato que se dan por el sistema algorítmico, el cual fue configurado por la propia empresa, que eligió deliberadamente no incluir estas variables en él y sí incluir otras situaciones como las ausencias debido a un accidente de trabajo o problemas con el sistema operativo⁹¹.

En conclusión, aunque el sesgo de la decisión no es un problema particular a los sistemas de IA, sino que es general para cualquier proceso de decisión⁹², el hecho de que se tome de manera automatizada o basada en el procesamiento automático de datos, o en la elaboración de perfiles, incrementa la probabilidad de que esta sea discriminatoria y de que los derechos

⁹¹ Comentada más ampliamente en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S. “Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 457, 2021, pp.179-193

⁹² SÁEZ LARA, C. “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, p.43

de los trabajadores sean vulnerados⁹³, además de perpetuar los estereotipos existentes y ampliar la segregación social⁹⁴, siendo este el gran peligro potencial de los algoritmos. Está claro que la homogeneidad en el tratamiento de los datos, sin tener en cuenta las circunstancias personales del trabajador en un determinado momento -cuestiones que el algoritmo podría no valorar ya que no se le ha programado con esos datos o no ha sido capaz de inferirlos mediante procesos de aprendizaje automático-, va en contra del principio de igualdad⁹⁵.

Para abordar estas preocupaciones y garantizar, entre otros, los derechos que se acaban de analizar, se ha tratado de buscar soluciones a nivel legal tanto en el ámbito nacional como en el europeo para minimizar estos riesgos derivados de la aplicación de la IA en el ámbito laboral de manera abusiva por el empresario, promoviendo a su vez su implantación de manera ética y segura y potenciando sus ventajas en el ámbito empresarial; todo ello se tratará en el siguiente apartado, que se centrará en realizar un análisis de la normativa existente.

5. NORMATIVA QUE LIMITA LAS POSIBILIDADES DE UTILIZAR ALGORITMOS PARA LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Para limitar el poder empresarial y salvaguardar los derechos de los trabajadores que se acaban de mencionar, en el ámbito de las decisiones tomadas a través de sistemas algorítmicos y de Inteligencia Artificial, en los últimos años se han configurado una serie de normas tanto a nivel europeo y nacional, a raíz de las cuales aparecen nuevas exigencias como la transparencia algorítmica, la explicabilidad de los algoritmos o el derecho a la información algorítmica, entre otras. Esta nueva regulación ha sido el resultado de los esfuerzos de la comunidad internacional por tratar de dar solución y constituir garantías que minimicen los riesgos asociados al uso de la IA en el ámbito laboral, sin dejar de potenciar sus ventajas. Un

⁹³ TODOLÍ SIGNES, A. (21 de febrero de 2019). *Algoritmos para contrataciones y despidos. ¿Son legales las decisiones automatizadas sobre trabajadores?*. Argumentos en Derecho Laboral: <https://adriantodoli.com/2019/02/21/algoritmos-para-contrataciones-y-despidos-son-legales-las-decisiones-automatizadas-sobre-trabajadores/> [Consulta: 25 de septiembre de 2024]

⁹⁴ SÁEZ LARA, C. “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, p.43

⁹⁵ ASQUERINO LAMPARERO, M. J. “Algoritmos y discriminación”, en *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Coordinado por Jose M. Morales Ortega, Ediciones Laborum, Murcia, 2022, p.370

ejemplo de ello es la Comisión Mundial de la OIT, que en su publicación “Trabajar para un futuro más prometedor” (2019) ya abogaba por un “enfoque de la inteligencia artificial ‘bajo control humano’ que garantice que las decisiones finales que afectan al trabajo sean tomadas por seres humanos y no por algoritmos”⁹⁶; por su parte la Comisión Europea publicó las “Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable”, que si bien no cuentan con carácter vinculante, desarrollan cuatro principios éticos⁹⁷ que son cruciales para garantizar la confianza en la IA e inspirar las regulaciones futuras. Tanto este último documento como “El Libro Blanco sobre la inteligencia artificial”⁹⁸ han precedido la publicación del novedoso Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, que establece los requisitos mínimos necesarios para abordar los riesgos y problemas de la IA sin frenar el avance tecnológico.

5.1. A nivel europeo

Aunque la mayoría de las exigencias y principios de actuación que se desarrollan a continuación son referidos al Reglamento General de Protección de Datos, cuyo objetivo principal es que las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales⁹⁹, parece conveniente comenzar por la normativa más actual, el recientemente aprobado Reglamento de Inteligencia Artificial¹⁰⁰, que entrará en vigor de manera paulatina en un proceso que comenzó el 1 de agosto del 2024¹⁰¹. Tras una larga tramitación de este Reglamento y tomando como base la Propuesta adoptada por la Comisión Europea el 21 de abril de 2021, la versión definitiva de esta “Ley Europea de IA” salió a la luz el 12 de julio de 2024, fecha en la que se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea. Se trata de la primera norma que establece normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial, que

⁹⁶ GONÍ SEIN, J. L. “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”. *Documentación Laboral, Volumen 2*, núm. 117, 2019, p.66

⁹⁷ Los cuatro principios éticos: el respeto a la autonomía humana, la prevención del daño, la equidad y la explicabilidad. (p.14)

⁹⁸https://commission.europa.eu/document/download/d2ec4039-c5be-423a-81ef-b9e44e79825b_es?filename=

⁹⁹ Considerando 7 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

¹⁰⁰ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial)

¹⁰¹ Artículo 113 RIA

contiene previsiones que serán de aplicación en el ámbito laboral, y que pretende introducir limitaciones y requisitos para gestionar de manera eficaz determinadas aplicaciones de la IA consideradas de alto riesgo. Al igual que el resto de las normas que se han publicado en los últimos tiempos, parte de la premisa del control humano en el uso de algoritmos, pero lo que verdaderamente aporta este Reglamento es que califica la Inteligencia Artificial aplicada al mundo del trabajo como una actividad de alto riesgo, lo cual implica que se deban establecer prohibiciones y limitaciones a su uso.

El apartado 2 del artículo 6 del RIA indica que serán clasificados como sistemas de alto riesgo, entre otros, los contemplados en el Anexo III, cuyo apartado 4 se refiere directamente al empleo, a la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo. En él se detalla que tendrán la consideración de sistemas de IA de alto riesgo los *“destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos”*, así como los *“destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones”*. Asimismo, la elaboración de perfiles de personas físicas siempre se considerará de alto riesgo, como bien indica el apartado 3 del mismo artículo 6. Lo anterior se reafirma con lo dispuesto en el Considerando 57, que advierte de que estos sistemas *“pueden perpetuar patrones históricos de discriminación [...] durante todo el proceso de contratación y en la evaluación promoción y retención de personas en las relaciones contractuales de índole laboral”*, debido a los propios sesgos de los algoritmos, y alerta sobre que *“los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden socavar sus derechos fundamentales a la protección de los datos personales y a la intimidad”*.

La conclusión que se deriva de ello es que la Inteligencia Artificial destinada a adoptar decisiones relativas a la extinción del contrato de trabajo no estaría prohibida, sino que se permitiría siempre y cuando se cumpliesen una serie de exigencias detalladas en la normativa y que esos sistemas fuesen sometidos a una evaluación de conformidad¹⁰². También sería

¹⁰² CORDERO GORDILLO, V. (2022). “Decisiones empresariales automatizadas y extinción del contrato de trabajo: ¿puede despedir un algoritmo?”, en *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p.1247

lícito el uso de esta tecnología para supervisar y evaluar el rendimiento y comportamiento de los trabajadores, lo cual puede ser una razón para proceder al despido del trabajador.

Por tanto, todas las empresas deberán cumplir unos requisitos antes, durante y después de la puesta en marcha de algoritmos laborales¹⁰³. Entre otros, deberán registrar la existencia y actividad de estos algoritmos para garantizar la trazabilidad de los resultados y minimizar sus riesgos al máximo garantizando que los datos usados para tomar las decisiones están libres de sesgos, así como evitando que obtengan resultados discriminatorios. También se contempla que la IA laboral deberá estar siempre supervisada por una empresa, y se debe cumplir el principio de transparencia, debiendo la empresa documentar su propósito, explicar su funcionamiento a la autoridad laboral y a los trabajadores, y se deberá informar de manera clara y precisa sobre su impacto¹⁰⁴. Además, se prohíbe el uso de datos biométricos en el sistema de reconocimiento de emociones, refiriéndose de manera explícita al uso de sistemas de IA para inferir emociones de personas en el lugar de trabajo, exceptuando los casos en los que se realice con fines médicos o de seguridad. Muchos de estos requisitos ya se contemplaron en el RGPD, y serán los que veremos a continuación de manera más detallada.

5.1.1. Protección de datos: extensión de sus garantías

En primer lugar, tomando como referencia el RGPD, este establece algunas previsiones para limitar el uso y regular el tratamiento de los datos personales de los trabajadores a los cuales los empresarios tienen acceso y que utilizan en la toma de decisiones automatizadas para llevar a cabo sus facultades. En la letra b) su artículo 6.1 se prevé que el tratamiento de estos datos personales será lícito si este es “*necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte*”; es decir, que la empresa puede tratar los datos de las personas trabajadoras independientemente de si estas han prestado o no su consentimiento, aunque esta facultad se limitará a su ejercicio en el marco del contrato laboral y únicamente para verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo¹⁰⁵.

¹⁰³ UGT Comunicaciones. (2 de noviembre de 2021). *UGT reclama acelerar la Ley Europea de IA para frenar la proliferación de despidos algorítmicos*. UGT Comunicaciones <https://www.ugtcomunicaciones.es/wordpress/ugt-reclama-acelerar-la-ley-europea-de-ia-para-frenar-la-proliferacion-de-despidos-algoritmos/> [Consultado: 4 de octubre de 2024]

¹⁰⁴ *Idem*

¹⁰⁵ BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. “Obligaciones de transparencia y protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales”. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p.11

Esta misma norma, en su artículo 5 recoge los principios que se deben seguir en relación a este tratamiento de los datos personales, debiéndose tratar de manera lícita, leal y transparente, siendo necesario que los trabajadores tengan conocimiento de que sus datos pueden ser utilizados para tomar decisiones sobre su continuidad en su puesto de trabajo; además, deben tener suficiente información para comprender el uso que se va a dar a estos y las consecuencias que su tratamiento puede tener, de manera que constituya una elección informada¹⁰⁶. Asimismo, el principio de limitación de la finalidad exige que se expresen en un inicio de manera explícita los fines para los que se recogen esos datos y no sean utilizados posteriormente de manera incompatible con estos, complementando lo anterior con el principio de minimización de datos, por el cual los datos recogidos deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para la consecución de los fines concretos que se pretenden conseguir, y su conservación en el tiempo no debe ir más allá de lo estrictamente necesario para su tratamiento en relación con esos fines. Por tanto, si se pretende evaluar el desempeño laboral, no estaría justificado utilizar datos personales que nada pueden aportar a este indicador.

Por otro lado, para tratar de evitar la discriminación en base ciertos datos que pueden resultar delicados e influir negativamente en la situación laboral del trabajador, el empresario no puede tratar datos personales calificados de especiales, siendo estos los que releven “*el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física*”¹⁰⁷. Por último, se debe garantizar su seguridad y confidencialidad frente a posibles riesgos. De todo lo anterior responderá el responsable del tratamiento¹⁰⁸, como se deriva del apartado segundo del precepto anteriormente mencionado.

¹⁰⁶ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, (22 de agosto de 2018), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, Adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas el 6 de febrero de 2018*, Comisión Europea, <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf> [Consulta: 18 de diciembre de 2024], p.14

¹⁰⁷ Artículo 9.1 RGPD

¹⁰⁸ Artículo 4 RGPD, Apartado 7) «responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

Por último, es relevante igualmente el Considerando 71 de esta norma, del cual se extrae que se permite el tratamiento automatizado de los datos, pero se prohíben las decisiones basadas exclusivamente en el mismo. Se recoge el derecho del interesado a no ser objeto de una decisión que se base únicamente en el tratamiento automatizado y la evaluación de sus aspectos personales, incluida la elaboración de perfiles, para, entre otras funciones, analizar y predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo; esto se desarrolla más detalladamente en el artículo 22, que se analizará de manera exhaustiva.

5.1.2. Derecho a la transparencia algorítmica y a la explicabilidad como cautela principal frente a los algoritmos

El principio de transparencia, que se ha consolidado como una de las principales garantías frente al uso de la IA, aplicado al uso de algoritmos y sistemas de decisión automatizada, se desarrolla en el ámbito de la empresa fundamentalmente mediante el derecho de información, de manera que la toma de decisiones empresariales en las que se utilice esta tecnología debe realizarse informando -de manera previa al tratamiento de datos, elaboración de perfil o toma de decisión automatizada- a los trabajadores de que se está llevando a cabo ese tipo de actividad, la lógica y los métodos utilizados y su finalidad, así como la importancia y las consecuencias que se pueden derivar de ello. De manera específica, esta información sobre el tratamiento al que se van a someter los datos personales se debe dar a las personas en el momento en que estos se obtengan a través de los trabajadores directamente¹⁰⁹, o en un plazo razonable y adecuado a las circunstancias del caso cuando se hayan conseguido a través de otra fuente¹¹⁰. Es importante resaltar que, para elaborar un concepto correcto de transparencia, es esencial tener en cuenta la normativa relativa a la protección de datos personales que se acaba de comentar, que limita y complementa a este principio, ya que, si bien las empresas están sometidas a esta obligación de suministrar información tanto a las personas trabajadoras como a su representación, como veremos más adelante, la información que pueden tratar y suministrar está limitada por lo dispuesto en estas normas sobre protección de datos. Este carácter complementario de ambos principios se plasma en el artículo 88 RGPD, que dispone que, en caso de que los Estados Miembros adopten normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el

En caso del RIA, el empresario que utilice estos sistemas bajo su propia autoridad será denominado “responsable del despliegue” (Artículo 3.4) RIA)

¹⁰⁹ Artículo 13.1 RGPD

¹¹⁰ Artículo 14.3 RGPD

tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral a través de disposiciones legislativas o convenios colectivos, esto se debe realizar “prestando especial atención a la transparencia del tratamiento”.

Asimismo, es preciso en este punto diferenciar entre el derecho a la explicabilidad y el de transparencia, que como se acaba de ver se concreta en el derecho a la información. El primero de ellos debe acompañar siempre a cualquier decisión automatizada tomada sobre las personas trabajadoras, como bien se expresa en el texto del RGPD en los artículos 13.2.f), 14.2.g) y 15.1.h) RGPD, en relación con su artículo 22¹¹¹, los cuales señalan que el responsable del tratamiento debe facilitar a la persona interesada información tanto sobre la existencia de decisiones automatizadas, como sobre la lógica aplicada y las consecuencias e importancia que estas van a tener en su situación. Por tanto, va más allá de la noción básica de transparencia, siendo un paso más en la configuración de este principio, donde además de informar, se debe garantizar que las personas puedan comprender el contenido e implicaciones de dicha información acerca de los sistemas de inteligencia artificial¹¹² y de las decisiones tomadas a través de algoritmos.

Uno de los obstáculos para lograr esta transparencia en el ámbito del despido es la complejidad de estos sistemas algorítmicos, conocimiento solo alcanzable por los expertos. Es por ello que los responsables del tratamiento deben garantizar que explican¹¹³ a los

¹¹¹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022). *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Comisión de personas expertas sobre algoritmos en el ámbito laboral, Coordinada por Galdón Clavell, G., https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Guia_Algoritmos_ES.pdf , p.9

¹¹² BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. “Obligaciones de transparencia y protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales”. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p.24

¹¹³ *Ibidem*, p.12.

En cuanto al plazo, el Considerando 61 del RGPD señala que se debe facilitarse a las personas interesadas la información sobre el tratamiento de sus datos personales en el momento en que se obtengan directamente de ellas o, si se consiguen a través de otra fuente, en un plazo razonable, dependiendo de las circunstancias del caso.

Si los datos personales son aportados por las personas interesadas, en el momento en que se obtengan, habrá que informarles sobre el tratamiento, siempre que no dispongan ya de dicha información.

En el caso de que los datos no sean aportados por las personas interesadas, entonces, el artículo 13 del RGPD señala que dicha información se suministrará dentro de un plazo razonable a contar desde el momento en que se obtengan los datos, con un máximo de un mes. Si estos datos deben utilizarse para comunicarse con la persona interesada, en la propia comunicación, habrá que enviarle la información.

trabajadores afectados el funcionamiento de la elaboración de perfiles o de las decisiones automatizadas que han influido o que pueden ser determinantes en la extinción de su contrato de forma clara y sencilla, de manera que comprendan los motivos de la decisión con la información que se les aporte, no siendo necesario que se revele el algoritmo en su totalidad, ya que además de su complejidad técnica, podría vulnerar el derecho al secreto empresarial¹¹⁴. Solo así podrán impugnar posteriormente la decisión o expresar su punto de vista, o solicitar intervención humana por parte del responsable, de manera que el despido por estos medios no sea una decisión irrevocable ni constituya un abuso por parte del empleador.

5.1.3. Necesidad de la evaluación de impacto previa y de las auditorías posteriores para mitigar los riesgos

Tanto la evaluación de impacto previa como las auditorías posteriores son cruciales en el ámbito del despido a través de algoritmos, ya que ayudan a detectar los riesgos que pueden derivar de la utilización de estos mecanismos para tomar decisiones tan relevantes como la extinción de un contrato laboral, a la vez que corrigen los posibles errores o vulneraciones de derechos fundamentales que se puedan dar a lo largo de su uso. Es una garantía tanto para trabajadores como para empresarios de que siempre hay un control humano de la IA, además de que puede ser determinante para verificar si se produce o no la discriminación con un determinado sistema de IA, al permitir analizar los resultados¹¹⁵.

En el artículo 35 RGPD establece que la empresa tiene obligación de realizar una evaluación de impacto en el diseño e implementación del algoritmo en la medida en que el tratamiento de datos de la empresa suponga un alto riesgo debido al uso de nuevas tecnologías para los derechos de la persona trabajadora, con la intención de detectar posibles errores o discriminaciones en su funcionamiento, así como asegurar la calidad y relevancia de los datos utilizados por el sistema algorítmico. Debe realizarse con carácter previo al tratamiento de los datos personales, así como de manera periódica en caso de que se introduzca alguna modificación, y el responsable del tratamiento debe identificar y registrar el grado de intervención humana en el proceso de toma de decisiones y en qué momento se produce¹¹⁶,

¹¹⁴ Derecho al secreto empresarial: ver artículo 1 Ley 1/2019 de Secretos Empresariales

¹¹⁵ FABREGAT MONFORT, G. “Procesos de selección algorítmica y discriminación (I)”. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p.148

¹¹⁶ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, (22 de agosto de 2018), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*,

para garantizar que no se tome una decisión completamente automatizada que el trabajador no pueda impugnar y que pueda ser objeto de supervisión y modificación por un humano en última instancia. Uno de los propósitos más relevantes de este análisis previo es que en la fase de recopilación de datos y de programación de los algoritmos se puedan eliminar los sesgos y evitar discriminaciones posteriores, así como su amplificación en base a los datos iniciales. Es por ello por lo que, cuando el resultado de la evaluación de impacto advierta de la existencia de un riesgo de vulneración de derechos fundamentales de las personas trabajadoras, como puede ser la existencia de efectos discriminatorios, se deben introducir medidas para abordarlos y, en último término, el diseño del algoritmo debe ser modificado. En el Reglamento de Inteligencia Artificial¹¹⁷ también se realiza una evaluación de conformidad, graduándose de forma previa el riesgo sobre los derechos fundamentales de las personas afectadas que puede tener el uso de cada tecnología, ya que se trata de un enfoque basado en el riesgo en el que las empresas deberán valorar sus actuaciones.

Por otra parte, una vez se haya implementado el algoritmo en la empresa, se debe seguir evaluando su funcionamiento de forma continua, a través de las auditorías posteriores, que se deben llevar a cabo por el responsable del tratamiento. Gracias a este control posterior se pueden detectar errores o discriminaciones en el algoritmo que, si bien en un inicio no existían, el aprendizaje automático o profundo del algoritmo ha producido su aparición, por las relaciones que haya ido infiriendo a medida que se ha utilizado. Además, es la manera de comprobar si las medidas correctoras que se han implementado en cada momento han sido satisfactorias o no, así como de hacer un seguimiento de la evolución del algoritmo que facilite su explicación en caso de ser esta requerida y justificar las decisiones tomadas en base a este, así como exigir responsabilidades.

5.1.4. Prohibición de las decisiones totalmente automatizadas y derecho de información algorítmica individual (artículo 22 RGPD)

En último lugar, debemos detenernos en una de las previsiones más relevantes del RGPD, ya que, si bien la norma permite el tratamiento automatizado de datos, el artículo 22 RGPD

Adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas el 6 de febrero de 2018, Comisión Europea, <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf> [Consulta: 18 de diciembre de 2024], p.23

¹¹⁷ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

en su apartado 1 prohíbe las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, siempre que produzca en el interesado efectos jurídicos o le afecte significativamente de modo similar¹¹⁸. Al configurarse como una prohibición y no como un derecho, las personas estarán protegidas de manera automática frente a los posibles efectos lesivos que puedan derivar de este tipo de tratamiento¹¹⁹.

El primero de los requisitos para que opere esta prohibición general, es que sea una “decisión automatizada”, es decir, que se produzca sin intervención humana o que esta sea mínima, incluyéndose asimismo la elaboración de perfiles que evalúe aspectos personales como puede ser el rendimiento en el trabajo¹²⁰. Se especifica que no vale cualquier tipo de intervención humana, no pudiendo ser meramente simbólica, sino que debe existir una persona que revise y tenga en cuenta otras consideraciones para tomar la decisión final, así como que la persona autorizada y competente para ello tenga capacidad para variar o influir en la decisión adoptada¹²¹. Es decir, que no es suficiente que se limite a validar la decisión adoptada por el algoritmo; esto se consideraría un proceso de decisión íntegramente automatizado. La segunda condición que se debe cumplir es que esta decisión afecte al interesado -que en el ámbito en que nos encontramos se trataría del trabajador- de manera que “produzca efectos jurídicos en este o le afecte significativamente de manera similar”. En la esfera laboral, un efecto jurídico podría ser alguna circunstancia que influyera en el estatuto jurídico de un trabajador o en los derechos que se derivan de su relación contractual¹²², como pueden ser la contratación o la promoción profesional. En último término, si se determina la extinción del contrato de trabajo del empleado como resultado de la decisión automatizada, se está

¹¹⁸ Contemplado de igual manera en el artículo 86 del Reglamento de Inteligencia Artificial.

¹¹⁹ EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, J. A. “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”. *Estudios de Deusto, Volumen 68 (2)*, 2020, pp. 342. doi: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp325-367](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp325-367)

¹²⁰ Considerando 71 RGPD

¹²¹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, (22 de agosto de 2018), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, Adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas el 6 de febrero de 2018*, Comisión Europea, <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf> [Consulta: 18 de diciembre de 2024], p.23

¹²²FERNÁNDEZ NIETO, L. (2020). “El e-despido. Futuro que es presente”. *Diario La Ley*, N° 9627, (Sección Dossier, 7 de mayo de 2020, Wolters Kluwer). Obtenido de <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAEVQwU7DMAz9GnJE3TtoHHLY2h2GWli7iuvkJVYbKSRVnAz293hMGpZ88PPz03tOcCilnwTolMHVQStZruR1tGcc4HTd hWgwb5qKVJI4HokVcriWdAUvt hbEdINvgNRDXEjMKatukO6FSLPu-j9drO4BbyyCfWGFUPBZcsypdXKc4YiY V>

afectando claramente a su situación laboral y económica, que además es significativa, ya que tiene el potencial de afectar considerablemente a las circunstancias, el comportamiento o las elecciones de la persona afectada por el despido, por tener un impacto prolongado o permanente en él¹²³.

Por tanto, únicamente se admiten aquellas decisiones semiautomatizadas, es decir, con una intervención humana suficiente, así como las íntegramente automatizadas pero sin efectos jurídicos, siendo en el caso del despido esta última una opción no válida por la relevancia que tiene en la situación del afectado. En este sentido es importante añadir lo previsto en el segundo apartado del mismo precepto, donde se establecen una serie de excepciones a esta prohibición general que, en caso de aplicarse, deben complementarse con medidas que garanticen los derechos y libertades así como los intereses legítimos del trabajador¹²⁴. En concreto, se prevé en el apartado 3 que el responsable del tratamiento debe informar al trabajador individualmente de su derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista sobre la decisión tomada y a impugnarla; es decir, que incluso en los casos excepcionados de la prohibición se podrá conseguir siempre una intervención humana secundaria¹²⁵. Como se verá a continuación, estas excepciones dejan un amplio espacio a estas técnicas en lo laboral¹²⁶, aunque puede resultar más difícil de justificar en el ámbito específico del despido.

En primer lugar, las decisiones pueden basarse únicamente en el tratamiento automatizado de datos o en la elaboración de perfiles si esta “*es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento*”. Se ha determinado que únicamente se pueden utilizar decisiones completamente automatizadas para fines contractuales si la cantidad de datos a tratar derive en que la realización humana de esa tarea sea poco práctica o imposible. En el caso de la extinción de un contrato de trabajo, va a resultar muy difícil

¹²³ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, (22 de agosto de 2018), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, Adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas el 6 de febrero de 2018*, Comisión Europea, <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf> [Consulta: 18 de diciembre de 2024], p.24

¹²⁴ Considerando 71 RGPD

¹²⁵ BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. “Obligaciones de transparencia y protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales”. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, p.20

¹²⁶ MERCADER UGUINA, J. R. “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data”. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social, Volumen 2*, núm. 2, 2021, p.6 doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6213>

que esto se produzca incluso en casos de despidos colectivos en los que se ha empleado un algoritmo para la selección de las personas que se van a ver afectadas por este¹²⁷, aunque podrían existir casos excepcionales en empresas de grandes dimensiones. En estas situaciones debe demostrarse por parte del responsable del tratamiento que no existen otros métodos eficaces y menos intrusivos para la intimidad; en caso de ser así, estas decisiones automatizadas únicamente se podrán utilizar como complemento por los responsables empresariales, que deberán analizar posteriormente la información procesada y tendrán la facultad de modificar la decisión final¹²⁸. Respecto de la extinción del contrato, materia en la que debemos centrar nuestra atención, Asquerino Lamparero¹²⁹ considera que la intervención humana en la decisión final, aunque esta sea completamente automatizada o basada en la elaboración de perfiles, es garantía suficiente para mitigar los peligros derivados de las decisiones algorítmicas. Esto se debe a que habrá un humano que valore la decisión a la que ha llegado el algoritmo de despedir a un trabajador, siendo posible de esta manera tener en consideración circunstancias externas al ámbito laboral que el algoritmo no tiene en cuenta y que han podido desencadenar el incumplimiento del trabajador, respetando así el principio de proporcionalidad que debe presidir toda la actuación disciplinaria del empresario, subsanando de esta forma esta problemática que se ha señalado en varias ocasiones en el estudio que se está realizando en este trabajo.

La que se acaba de explicar sería la excepción más relevante a efectos laborales, siendo las dos restantes de más difícil encaje en el ámbito del despido, por diversas razones. La primera de ellas se daría cuando esta decisión “*se basa en el consentimiento explícito del interesado*”. En este punto es necesario recordar que, si bien el contrato como tal es un acuerdo de voluntades, en los contratos de trabajo nos encontramos ante contratos de adhesión, en los que, debido a la relación de subordinación entre el trabajador y el empleador, el consentimiento del trabajador no se manifiesta de manera plenamente libre, viéndose su autonomía de la voluntad limitada a la capacidad de negociación con el empresario para fijar las cláusulas o

¹²⁷ CORDERO GORDILLO, V. (2022). “Decisiones empresariales automatizadas y extinción del contrato de trabajo: ¿puede despedir un algoritmo?”, en *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p.1244

¹²⁸ SÁEZ LARA, C. “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, p.54

¹²⁹ ASQUERINO LAMPARERO, M. J. “Algoritmos y discriminación”, en *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Coordinado por Jose M. Morales Ortega, Ediciones Laborum, Murcia, 2022, p.373

los términos del contrato laboral¹³⁰. Es por ello que el consentimiento no proporciona garantía suficiente en el caso de las relaciones laborales. En último lugar, también se puede dejar de aplicar esta prohibición en caso de que esté autorizada por el Derecho comunitario o por el Derecho interno de cada Estado miembro, aspecto en el que no vamos a detenernos puesto que habrá que estar a lo dispuesto en la normativa de cada jurisdicción.

En conclusión, en la mayoría de los casos la implementación de decisiones automatizadas basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en el trabajador o le afecte significativamente de modo similar puede complementar la potestad sancionadora del empresario, pero no puede sustituirla en su totalidad. Solo en caso de que se dé alguna de estas tres excepciones se darían por válidas las decisiones tomadas por el algoritmo de forma autónoma y automática sin intervención humana, siempre y cuando se cumpla con el derecho de información algorítmica individual previsto y se informe al trabajador de los criterios y la lógica seguida por el sistema algorítmico, así como de la posibilidad de solicitar intervención humana e impugnar la decisión. A diferencia de lo que veremos en el ámbito nacional con el artículo 64.4.d) ET, en este caso no se reconoce este derecho de información individual respecto de las decisiones semiautomatizadas en las que sí existe intervención humana.

5.2. A nivel nacional: previsiones adicionales en el Estatuto de los Trabajadores

La norma básica laboral no ha sido ajena a la irrupción de los algoritmos, y ha tomado la posibilidad que plantea el artículo 88 RGPD de que los Estados puedan, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades de los trabajadores en relación con sus datos en el ámbito laboral con el objetivo de aumentar la transparencia y proteger los derechos fundamentales, los intereses legítimos y la dignidad de sus empleados, enumerando entre algunos de los casos los relativos al desarrollo de la relación laboral, desde el inicio hasta la extinción de esta. Las obligaciones de información, consulta y negociación que se

¹³⁰ FERNÁNDEZ NIETO, L. (2020). “El e-despido. Futuro que es presente”. *Diario La Ley*, N° 9627, (Sección Dossier, 7 de mayo de 2020, Wolters Kluwer). Obtenido de https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAEVQwU7DMAz9GnJE3TtoHHLY2h2GWli7iuvkJVYbKSRVnAz293hMGpZ88PPz03tOcCilnwTolMHVQStZruR1tGcc4HTd hWgwb5qKVJI4HokVcriWdAUvt_hbEdINvgNRDXEjMKatukO6FSLPu-j9drO4BbyyCfWGFUPBZcsypdXKc4YiY_V

van a explicar a continuación han sido desarrolladas por el Ministerio de Trabajo y Economía Social en un documento publicado en el año 2022 ¹³¹.

5.2.1. *Derecho de información algorítmica colectivo*

Introducido por el Real Decreto Ley 9/2021¹³², y posterior Ley 12/2021¹³³ (Ley Rider), no es, al contrario de lo que se podría deducir, un derecho exclusivamente referido al ámbito de las plataformas digitales, sino que es de aplicación a todas las empresas que se sirvan de algoritmos para la toma de decisiones de carácter laboral. El legislador parte de la afirmación de que las facultades de dirección y control pueden ejercitarse mediante el uso de sistemas algorítmicos. Para proteger a los trabajadores de esta realidad, reconoce un nuevo derecho de información a la representación legal de las personas trabajadoras¹³⁴ sobre los algoritmos utilizados por la empresa para la adopción de decisiones que conciernan a la plantilla, constituyendo de esta manera un derecho colectivo que se recoge en el artículo 64.4.d) ET, el cual se explica en este punto y presenta una dimensión colectiva del principio de transparencia que complementa a la que se ha garantizado en el ámbito individual con el derecho de información individual del artículo 22 RGPD.

Obliga a informar a los trabajadores a través de la representación legal de la plantilla sobre los sistemas que rigen su contratación, condiciones e ingresos. En concreto, este derecho de información comprenderá la información sobre el uso de algoritmos o sistema de inteligencia artificial para tomar decisiones automatizadas especificando el tipo de tecnología utilizada,

¹³¹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022). *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Comisión de personas expertas sobre algoritmos en el ámbito laboral, Coordinada por Galdón Clavell, G., https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Guia_Algoritmos_ES.pdf

¹³² Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales

¹³³ Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

¹³⁴ Algunos convenios colectivos ya habían incluido la obligación de informar a la representación legal de los trabajadores en caso de utilizar sistemas de inteligencia artificial, como es el Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito que en su artículo 35 recoge los derechos digitales haciendo especial referencia a la inteligencia artificial y la obligación de información para el caso de que las decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana.

sobre la lógica y funcionamiento del algoritmo, incluyendo las variables y parámetros utilizados, reglas e instrucciones, datos de entrenamiento, métricas de precisión o error, y auditorías o evaluaciones de impacto realizadas así como sobre las consecuencias que puedan derivarse de las decisiones adoptadas mediante el uso de algoritmos o sistemas de decisión automatizada.

Será el comité de empresa quien, con la periodicidad que proceda, tendrá derecho a “*ser informado por la empresa de los parámetros, reglas o instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que puedan incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles*”¹³⁵, según establece el precepto. Por tanto, esta información sobre la lógica del funcionamiento del algoritmo que se haya utilizado en el proceso de tomar la decisión de despedir a un trabajador debe ser explicada de manera sencilla e inteligible, exponiendo tanto los criterios seguidos como la finalidad del sistema. En ningún momento se expresa que la representación legal deba tener acceso al algoritmo como tal, ya que hay grandes impedimentos técnicos para su entendimiento debido a su complejidad y por la posible vulneración del secreto empresarial¹³⁶.

Es decir, que, a diferencia de lo establecido en el derecho individual de información del artículo 22 RGPD y habiendo mitigado las limitaciones de la normativa europea, el recogido en el ordenamiento jurídico-laboral español además de tener carácter colectivo, no exige que la decisión sea íntegramente automatizada o que se esté ante una elaboración de perfiles, sino que también existe el derecho de información colectivo para las decisiones semi-automatizadas con intervención humana. De esta manera se aplicará también a las decisiones tomadas por la empresa apoyándose en el uso de un algoritmo, aunque este no sea determinante para la decisión final tomada sobre la persona trabajadora. Esta información se debe facilitar tanto previamente a la utilización de los algoritmos, como ante cualquier cambio en las variables, parámetros o cualquier otra característica del algoritmo¹³⁷.

¹³⁵ Artículo 64.4.d) ET

¹³⁶ Para saber más del derecho de secreto empresarial, consultar: Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

¹³⁷ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022). *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Comisión de personas expertas sobre algoritmos en el ámbito laboral, Coordinada por Galdón Clavell, G., https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Guia_Algoritmos_ES.pdf, pp.15-16

Al ser un derecho colectivo que corresponde a la representación de las personas trabajadoras, las empresas que no lo tienen, no deberán cumplir con este deber de información, poniendo en compromiso el principio de transparencia algorítmica en estos casos¹³⁸. Aun con ello, gracias a la normativa actual, queda protegido el derecho individual de información del RGPD recogido en su artículo 22, aunque se limitaría a las decisiones automatizadas únicamente, y no a las semiautomatizadas.

5.2.2. Derecho de consulta al comité de empresa

Además de este derecho de información recientemente incluido, también se deduce del mismo precepto en su apartado 5¹³⁹ un derecho de consulta para determinados supuestos, que ya se encontraba regulado antes de la entrada en vigor de la Ley 12/2021, pudiéndose extender su aplicación a las situaciones en que los sistemas algorítmicos afecten a algunas de las materias previstas en él. Se trata de la obligación del empresario de consultar al comité de empresa sobre “*todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en la organización del trabajo, así como en los contratos*”. De su redacción literal se puede deducir, en primer lugar, que se debe aplicar este derecho de consulta cuando la empresa implemente algún sistema automatizado que afecte a las tareas o el modo en que los empleados las deben ejecutar, siendo un ejemplo de ello la modificación de la productividad esperada en base a los análisis realizados por un algoritmo. En segundo lugar, también rige la obligación en los casos en que el algoritmo tenga el potencial de alterar las condiciones contractuales de los trabajadores y en última instancia poner fin a la relación laboral. A continuación, se prevé que el comité de empresa puede emitir un informe no vinculante con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de sus decisiones y en el plazo de 15 días desde que haya recibido la información por parte del empresario, para ciertas materias tasadas. Entre ellas se encuentran “*las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella*”, haciendo referencia directamente al despido, o “*la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo*”¹⁴⁰; siendo estos los que pueden afectar al ámbito de la Inteligencia Artificial y las decisiones automatizadas, especialmente en los despidos decididos

¹³⁸ CORDERO GORDILLO, V. (2022). “Decisiones empresariales automatizadas y extinción del contrato de trabajo: ¿puede despedir un algoritmo?”, en *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p.1243

¹³⁹ Artículo 64.5 ET

¹⁴⁰ Artículo 64.5.f) ET

en base a sistemas algorítmicos de control del desempeño de las funciones laborales por parte de los trabajadores así como de su productividad. De todo lo anterior se concluye que, de manera previa a la introducción en la empresa tanto de algoritmos como de sistemas de decisión automatizada para la gestión de personas, el empresario debe tanto informar como consultar a la representación legal de la plantilla¹⁴¹, de manera restrictiva para los casos mencionados anteriormente.

5.2.3. *Formalidades del despido*

En el caso del ordenamiento español, se contemplan tres modalidades de despido: objetivo, disciplinario y colectivo, según la decisión unilateral del empresario se produzca por causas objetivas tasadas en el artículo 52 TRET ajenas al trabajador, por un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador de sus obligaciones según el artículo 54 TRET, o que, debido a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se extinga un número significativo de contratos de trabajo en una empresa atendiendo a lo dispuesto en el artículo 51 TRET, respectivamente.

Si bien es necesario entender la diferencia entre ellos, en el caso de los dos primeros la importancia reside en algunas de las formalidades que se tienen que dar en la carta de despido para que este sea válido, así como la reciente exigencia de trámite de audiencia previa al trabajador en el caso de los disciplinarios, mientras que el despido colectivo se tratará en el siguiente subapartado, por su diferencia en el tratamiento de la información que se debe aportar a los trabajadores en el despido. En el caso del despido objetivo la extinción del contrato exige la comunicación escrita al trabajador expresando la causa del despido, identificando los hechos que fundamentan la decisión extintiva. A modo de ejemplo, si la empresa emplea un algoritmo para comprobar el incumplimiento contractual de una persona trabajadora o para evaluar su desempeño o rendimiento con el propósito de justificar un despido por ineptitud o falta de adaptación a las modificaciones técnicas introducidas en su puesto de trabajo, y no informa de manera adecuada de ello al empleado, ese despido carecería de corrección formal, ya que el trabajador no dispondría de toda la información

¹⁴¹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022). *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Comisión de personas expertas sobre algoritmos en el ámbito laboral, Coordinada por Galdón Clavell, G., https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Guia_Algoritmos_ES.pdf, p.18

necesaria para articular su defensa de manera correcta¹⁴². Para el caso del despido disciplinario, también se debe realizar la notificación por escrito al trabajador de la decisión extintiva en la que figuren los hechos que lo motivan y la fecha en que producirá sus efectos, sin perjuicio de que los convenios colectivos puedan acordar otras exigencias formales para el despido. En el caso de que se hubiese utilizado IA en este tipo de despido para justificar la disminución relevante, continuada y voluntaria del rendimiento del trabajador, siendo esta una de las causas previstas en el artículo 54 TRET, se debería informar al empleado de cómo se ha medido su rendimiento, indicando las variables que se han tomado y el funcionamiento del algoritmo. En caso contrario, sería improcedente por no cumplir esta exigencia legal.

Para ambos casos, tanto para el despido objetivo como para el disciplinario, la doctrina jurisprudencial consolidada establece que la descripción de los hechos que han dado lugar al despido no debe ser exhaustiva, pero debe proporcionar a la persona trabajadora un conocimiento claro, suficiente e inequívoco sobre los hechos que se le imputan¹⁴³. Todo ello se prevé para que el trabajador tenga medios suficientes para impugnar la decisión empresarial y preparar adecuadamente los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa. Es decir, se pretende evitar la indefensión de la persona trabajadora, y establecer garantías para que esta pueda ejercitar adecuadamente su defensa judicial en igualdad de condiciones y en una situación de equilibrio con la posición del empleador. Esta necesidad también está avalada de manera indirecta por el artículo 105 de la LRJS¹⁴⁴, que establece que “*para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido.*” Respecto a los algoritmos, no se trata de proporcionar acceso al algoritmo como tal, sino que es suficiente que se explique claramente su lógica de funcionamiento o los criterios en los que se basa a la hora de adoptar las decisiones.

¹⁴² CORDERO GORDILLO, V. (2022). “Decisiones empresariales automatizadas y extinción del contrato de trabajo: ¿puede despedir un algoritmo?”, en *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p.1246

¹⁴³ STS 3007/1997, de 28 de abril, Rcd. 1076/1996 (FD TERCERO); STS 152/2000, de 18 de enero, Rcd. 3894/1998 (FD SEGUNDO); STS 6732/1998, de 3 de octubre (FD Único); STS 1679/2013, de 12 de marzo, Rcd. 58/2012 (FD SEGUNDO); STS 2123/2015, de 12 de mayo, Rcd. 1731/14 (FD TERCERO Apartado 2 y FD CUARTO Apartado 3.f)

¹⁴⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Por último, respecto al despido disciplinario, se debe hacer referencia a la reciente STS 1250/2024, de 18 de noviembre, la cual se ha dictado en recurso de casación para la unificación de doctrina planteado contra lo dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en su Sentencia 68/2023, de 13 de febrero, que calificó como improcedente un despido por no haber realizado la empresa una audiencia previa en base al artículo 7 del Convenio de la OIT nº158. El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha declarado por unanimidad que las empresas, antes de proceder al despido disciplinario de un trabajador, están obligadas a realizar un trámite de audiencia previa¹⁴⁵, con la finalidad de que “el trabajador sea escuchado sobre los hechos por el empleador antes de que este pueda adoptar decisiones definitivas al respecto que, con ese conocimiento, a lo mejor no hubiera tomado”¹⁴⁶. En el contexto de los despidos automatizados determinados mediante sistemas algorítmicos, esta nueva obligación podría contribuir a resolver la problemática previamente destacada, consistente en que los algoritmos, en muchas ocasiones, no toman en consideración aspectos que jurídicamente son relevantes a la hora de decidir un despido tales como faltas justificadas por enfermedad o problemas técnicos, entre otros. Por tanto, se entiende que este trámite de audiencia “atiende a un criterio de equidad, permitiendo al trabajador que alegue lo oportuno en relación con los hechos merecedores de ser sancionados y lo haga ante quien tiene el poder disciplinario y antes de que éste adopte la medida”, por lo que no se trata de más que “cumplir con un esencial derecho de audiencia o defensa que, en el marco de la relación de trabajo y durante su vigencia, se presenta como un acto formal dentro del ejercicio legítimo del poder disciplinario del que es titular la empresa”¹⁴⁷.

Se apoya en la necesidad de aplicación directa¹⁴⁸ del ya mencionado artículo 7 del Convenio núm. 158 de la OIT de 1982, vigente en España desde 1986, que dispone lo siguiente “*No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él...*”. Asimismo, del tenor literal del mismo precepto se puede extraer una excepción a su

¹⁴⁵ FD TERCERO, Apartado 9. La conclusión principal de esta Sentencia es que “*para la extinción de la relación laboral por despido disciplinario, que es lo que aquí se está debatiendo, es exigible la audiencia previa del trabajador*”

¹⁴⁶ FD TERCERO, Apartado 4.

¹⁴⁷ FD TERCERO, Apartado 6.

¹⁴⁸ FD TERCERO, Apartado 3. “*procede su aplicación directa al ser una disposición que debe calificarse de completa o aplicable en forma automática, sin precisar de normas de ejecución que deban dictarse por España ya que está suficiente y debidamente concretados sus términos*”

aplicación, para el caso de que “...no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”. En ella pueden ampararse los empleadores sobre los despidos ya realizados antes de que se publicase esta sentencia sin el trámite de audiencia, ya que ni el legislador ni la jurisprudencia habían entendido que el artículo 7 de la OIT fuese directamente aplicable. Cabe aclarar que, en el ordenamiento jurídico español, para ejecutar un despido disciplinario solo se exigía en el apartado 1 del artículo 55 del ET la carta de despido a la que se ha hecho referencia anteriormente, cuya entrega efectiva se equiparaba a la audiencia previa a efectos de entenderse cumplida la exigencia del derecho de defensa de la persona trabajadora, y que a partir de la publicación de esta Sentencia deberá reflejar el desarrollo del procedimiento de audiencia previa y que lo que se ha aportado en este ha sido efectivamente tomado en consideración. Por otro lado, precisar que el trámite de audiencia, ahora obligatorio en todos los casos, ya tenía lugar en nuestro ordenamiento, pero únicamente se venía exigiendo en virtud de este precepto para representantes legales de los trabajadores, delegados sindicales y afiliados a un sindicato. Por tanto, esta resolución es muy relevante, ya que modifica la doctrina aplicada hasta este momento por el Tribunal Supremo y la audiencia previa de la persona trabajadora pasa a ser un requisito indispensable para garantizar su derecho de defensa, aumentando la seguridad jurídica y alineándose la jurisprudencia española con los estándares internacionales en materia de derecho laboral.

5.2.4. Obligación de negociar el algoritmo con los representantes de los trabajadores en el despido colectivo

En el ámbito de los despidos colectivos, que pueden ser efectuados cuando se fundamentan en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, los sistemas algorítmicos pueden ser utilizados, por ejemplo, para hacer una selección de los trabajadores que se van a ver afectados por este. En estas situaciones, del Apartado 2 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, se puede extraer que es necesario que haya un periodo de consultas previo a la decisión empresarial durante el cual los representantes legales de los trabajadores negocien, en este caso, el uso del algoritmo y el impacto que este pueda tener en el despido colectivo. El empresario debe realizar por escrito la comunicación de la apertura del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores, que, entre otros aspectos, debe contener los “criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”. La ausencia total de la aportación de dichos criterios comportaría la nulidad del

despido¹⁴⁹. A este documento le acompañará una memoria en la que se expliquen claramente una serie de extremos, entre ellos las causas del despido. A partir de ello, la representación de los trabajadores tendrá la información suficiente para conocer la lógica del algoritmo y los criterios de selección fijados y proponer medidas para evitar o reducir los despidos colectivos, así como atenuar sus efectos.

La consecuencia de esto es que, una vez producido el despido colectivo, la empresa no está obligada legalmente a informar de manera individual a cada trabajador ni de los criterios concretos que se han valorado a la hora de efectuar su despido, ni la concreta aplicación de estos a su caso. Esto se debe a que el empresario, para cumplir con los requisitos exigidos a nivel legal, es suficiente con que proporcione a la representación de los trabajadores en el periodo de consultas toda la información relativa a ello, y en su caso sería responsabilidad de esta última proporcionársela al trabajador en el supuesto de que la necesitase para impugnar el despido ante los tribunales.

Ya hay jurisprudencia en este sentido sobre despidos colectivos llevados a cabo a través de sistemas algorítmicos; es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 861/2018, de 25 de septiembre, que resuelve el recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 7 de junio de 2017, en la cual se estudian diferentes aspectos jurídicos sobre el caso de una empresa que llevó a cabo la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo, basado en causas económicas y productivas, mediante un sistema informático llamado “Skill Competence Matrix”.

Uno de los puntos de la resolución que es de nuestro interés es el que examina la posible discriminación por motivos sindicales en la selección de los trabajadores despedidos, ya que 17 de las 25 personas afectadas por el despido estaban afiliadas al sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.). A pesar de que se identificaron indicios de discriminación, el Tribunal desestimó la existencia de actuación discriminatoria, al considerar que los criterios de selección utilizados eran objetivos y razonables, no arbitrarios y ajustados a derecho, además de ser conocidos por el sindicato, resultando esto decisivo en su decisión final. Según el Tribunal, resultaba difícil concebir que los criterios empleados en la aplicación Skill Matrix, basados en las competencias de los trabajadores ponderadas mediante coeficientes de

¹⁴⁹ CORDERO GORDILLO, V. (2022). “Decisiones empresariales automatizadas y extinción del contrato de trabajo: ¿puede despedir un algoritmo?”, en *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p.1246

importancia, pudieran generar algún tipo de discriminación; tampoco por afiliación sindical. Además, no se acreditó que la empresa tuviera conocimiento de la afiliación sindical de los trabajadores afectados, ni del porcentaje de afiliación a dicho sindicato en la empresa¹⁵⁰.

Por otro lado, también se analiza si la información proporcionada a la representación de los trabajadores para la negociación del despido colectivo sobre los criterios de selección era adecuada y suficiente. Por un lado, se afirma que la empresa demandada comunicó por escrito a la representación de los trabajadores la apertura del periodo de consultas, informando en esta comunicación sobre varios aspectos, entre otros que “los criterios de selección para la designación de los trabajadores afectados se basarían en la aplicación de la Skill Matrix respecto de la que la empresa demandada tan sólo manifiesta que “el uso de dicha tabla evaluativa va dirigida a garantizar que las personas que permanezcan en la plantilla de la empresa son las que tienen mejor valoración y un más elevado índice de polivalencia.”¹⁵¹, no conteniendo ninguna explicación sobre los criterios de selección de los trabajadores, siendo uno de los requisitos que deben estar incluidos en la comunicación. La sentencia, tras exponer la doctrina al respecto de la ausencia o insuficiencia de los criterios de designación de los trabajadores despedidos, determina que sí se han expuesto por parte de la empresa de manera suficiente los criterios, y que su mayor o menor genericidad no equivale a su ausencia, no siendo motivo para declarar nulo el despido. Asimismo, el funcionamiento del programa Skill Competence Matrix sí era conocido por la representación legal de los trabajadores, ya que se tiene constancia de que desde la primera reunión la Comisión negociadora ya manifiesta su desacuerdo con el criterio de selección Skill Matrix y propone su modificación por otro diferente, lo cual evidencia claramente que lo conocía. En conclusión, la representación de los trabajadores recibió información suficiente sobre los criterios de selección, por lo que no cabe considerar nulo el despido colectivo por esta razón; por último, sentencia que “los criterios fueron establecidos de modo válido, aunque no sean del agrado de quienes impugnan el despido”¹⁵².

Otro aspecto que se debate en la sentencia, del cual nos interesa únicamente la conclusión, es la buena fe negocial, ya que la empresa no aportó la información solicitada por la representación de los trabajadores acerca de las horas ordinarias y extraordinarias. El Tribunal considera que de esta omisión de documentación no se deriva mala fe negocial, ya

¹⁵⁰ FD QUINTO 3

¹⁵¹ FD SEGUNDO Apartado 2.A.

¹⁵² FD TERCERO

que la empresa justificó que no le era posible ofrecer esa información por carecer de la herramienta ofimática necesaria, y que no estaba requerida por la normativa legal. Asimismo, destaca que se produjeron “hasta cinco reuniones de la Comisión negociadora y la empresa realizó propuestas concretas para reducir las consecuencias del despido colectivo, llegando incluso a despedir a 8 trabajadores menos de los que inicialmente estaba previsto y a reducir el período de aplazamiento del pago”. El Tribunal destaca en este punto que la obligación que establece la Ley no es llegar a un acuerdo, sino simplemente negociar, lo que en este caso se cumplió, aunque no se llegase a modificar el criterio de selección¹⁵³.

6. ¿PUEDE UN ALGORITMO DETERMINAR LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL?

Tras haber concluido el análisis de la normativa, estamos en disposición de dar respuesta a la cuestión de si un algoritmo puede tomar la decisión de despedir a un trabajador. De lo expuesto se deriva que, siempre que se cumplan todas las previsiones legales previamente señaladas, la utilización de la Inteligencia Artificial, y con ella de los algoritmos, será lícita, incluida su aplicación en el ejercicio de la potestad sancionadora de la empresa.

Debemos partir del hecho de que los sistemas de IA destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten a la rescisión de los contratos laborales, así como aquellos que tienen la función de supervisar y evaluar a los trabajadores y que pueden resultar en la extinción del contrato como consecuencia de los resultados que se deriven de ello, deben cumplir una serie de garantías y de cautelas que abarcan desde su programación hasta la decisión final de despido del trabajador. A continuación, se tratará de sintetizar este proceso y los requisitos que se deben cumplir para que un algoritmo se pueda utilizar en el ámbito de los despidos, así como los derechos que se pretenden salvaguardar o los perjuicios que se trata de evitar con cada garantía.

En una primera fase de programación del algoritmo que se va a implantar posteriormente en la empresa y que va a incidir en el despido de los trabajadores, esta debe cumplir la normativa de protección de datos, en base a la cual está permitido el uso de datos personales de los trabajadores por parte del empresario siempre y cuando se limiten al ámbito estrictamente laboral y no estén categorizados como sensibles, y su recogida y tratamiento se realice de

¹⁵³ FD TERCERO 3.C

manera lícita, leal y transparente, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. Asimismo, los empleados deben estar debidamente informados de los datos a los que va a tener acceso la empresa, así como el uso que se va a hacer de ellos y la finalidad con la que se recogen; de manera específica, deben conocer que la empresa podrá utilizar sus datos para tomar decisiones sobre su permanencia o no en el puesto de trabajo. Esta etapa es crucial para evitar que el algoritmo tome posteriormente decisiones discriminatorias o amplifique las existentes en los datos con los que se ha alimentado al algoritmo inicialmente.

Otra de las cautelas establecidas para ello, es la exigencia de realizar una evaluación de impacto previa tanto para el diseño como para la implementación del sistema, que también ayudará a garantizar que la decisión del algoritmo no sea irrevocable, y que siempre exista la posibilidad de que un humano pueda cambiar la decisión, así como de modificarlo en caso de que se detecte más adelante algún error. Es por ello que el algoritmo no pasará a integrar el sistema de toma de decisiones de la empresa hasta que no se hayan corregido todos estos errores mencionados, y en caso de que estos no se puedan solucionar, el algoritmo se debe eliminar. El control de su funcionamiento no finaliza con su implantación en la empresa, sino que debe seguir analizándose la evolución del algoritmo de manera periódica mediante auditorías posteriores, de manera que se asegure el control humano en todo momento y que se neutralice el efecto que pueda tener el aprendizaje automático.

Previamente a la introducción de sistemas de Inteligencia Artificial para controlar el trabajo o la productividad de los empleados, el comité de empresa debe ser consultado y puede, si así lo considera, emitir un informe sobre ello no vinculante para el empresario. Asimismo, para introducir un sistema algorítmico por el cual se toma una decisión total o parcialmente automatizada o se crea un perfil a partir del tratamiento de los datos personales de los trabajadores, primero el empresario debe cumplir con el derecho de información algorítmica con el que cuentan los trabajadores, que puede ser individual o colectivo.

Por un lado, en el caso de estar ante decisiones sin intervención humana significativa o derivadas de la elaboración de perfiles, aunque por regla general están prohibidas en el ámbito del despido por afectar de manera relevante a la situación del empleado afectado, en caso de que se dé alguno de los requisitos contemplados en el apartado 2 del artículo 22 RGPD, será el empresario el que debe informar de manera individual a cada uno de los trabajadores afectados la existencia y el funcionamiento de estos sistemas de manera clara y sencilla, así como que estos pueden influir en la extinción del contrato. Además, únicamente se podrán

adoptar si se garantiza al trabajador la posibilidad de pedir intervención humana e impugnar la decisión si no está conforme con ella.

Por otra parte, en caso de ser decisiones semiautomatizadas -aquellas en las que sí ha existido una intervención humana que complementa la propuesta de decisión del sistema de IA-, el empresario no tendrá este deber de información algorítmica frente a cada uno de sus empleados, sino frente al comité de empresa. Es este órgano el que, ante el despido de un trabajador a través de estos medios, debe proporcionarle toda la información para que pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa si así lo considera, así como comprender la lógica seguida por el algoritmo utilizado y los criterios tomados en cuenta para tomar la decisión final. Tanto en el ejercicio de la potestad disciplinaria del empresario mediante el despido como en la de control, el comité de empresa tendrá el derecho a emitir un informe sobre su opinión respecto a la implementación de estas medidas por el empresario, que, al no ser vinculante para él, únicamente será efectivo en la medida en que este tenga en cuenta las opiniones dadas por la representación de los trabajadores.

De manera previa a la ejecución del despido del trabajador, y únicamente para el caso de que se califique como disciplinario, se debe realizar un trámite de audiencia, donde el empleado pueda aportar ante el empresario circunstancias sobre los hechos que se imputan y que pueden evitar la extinción del contrato en caso de que no se hayan considerado factores determinantes para llevar a cabo el despido, ejerciendo de esta manera su derecho de defensa. Una vez se haya tomado definitivamente la decisión de extinción del contrato de trabajo y se le haya informado al respecto, no cesan las formalidades a cumplir para que el despido sea válido y se cumpla el deber de transparencia. En caso de despido individual, en la carta de despido se debe indicar la causa y los hechos concretos que han llevado a esa extinción, así como su concreta aplicación al empleado; es decir, que, en caso de haber utilizado un algoritmo o sistema automatizado para tomar la decisión, se debe proporcionar al trabajador tanto la lógica de funcionamiento de este como los criterios que toma en consideración para ello. De esta manera, el afectado podrá impugnar el despido si no está conforme, teniendo en sus manos todos los medios necesarios para la defensa, reforzando de esta manera la transparencia. En el caso del despido colectivo el legislador trata igualmente de evitar la indefensión de la persona trabajadora, pero en este caso toda la información anterior la tendrá la representación de los trabajadores, tras haber negociado de manera necesaria con el empresario el uso del algoritmo y el impacto que este puede tener sobre la situación laboral de los empleados durante un periodo de consultas previo al despido colectivo. Será este órgano el que, en caso de que algún trabajador afectado por el despido colectivo desee

impugnarlo, debe proporcionarle toda la información, de manera que este pueda ejercer su defensa judicial en igualdad de condiciones y en situación de equilibrio con la posición del empleador.

En caso de que el trabajador no estuviese conforme con la decisión, tiene el derecho de impugnarla judicialmente, y será el Tribunal competente el que determine si ese despido es procedente, improcedente o nulo. Como ya se explicó en el marco general, el empresario impondrá directamente la sanción al trabajador, en este caso el despido, y no será hasta después de esa imposición de la sanción de manera efectiva cuando el trabajador pueda impugnar la decisión ante los tribunales vía judicial. Únicamente sería considerado procedente si ha cumplido todos los requisitos expuestos anteriormente, es decir, si se ajusta a derecho, es justificado y cumple todas las exigencias legales establecidas. En caso de que no se encuentre justificación del despido en el incumplimiento detectado por el algoritmo, o si no se ha cumplido alguna de las formalidades exigidas, así como si la forma de comunicación de la extinción del contrato no es correcta o si no se ha provisto la información suficiente, resultaría improcedente. En el peor de los casos, será declarado nulo si se vulneran derechos fundamentales como la protección de datos, la intimidad o la privacidad, así como si en la decisión tomada se detecta discriminación algorítmica.

7. PERSPECTIVAS FUTURAS

Con la ayuda de las opiniones publicadas por los profesionales expertos en el tema, es posible anticipar algunas de las tendencias que influirán en la regulación y la práctica legal futura sobre despidos automatizados y decisiones laborales basadas en Inteligencia Artificial.

En primer lugar, se prevé que se continuará trabajando y creando normativa nueva a medida que evoluciona la tecnología y surgen nuevos riesgos y desafíos derivados de ello, ya que hay cierto consenso en que la solución en la práctica no puede venir por cercenar su uso, sino por la implantación de cautelas para proteger los derechos laborales y reestablecer el equilibrio entre trabajadores y empresario que se ha visto perjudicado por la introducción de nuevas tecnologías. Asimismo, se considera necesario que se desarrolle una regulación específica que aborde las necesidades del ámbito laboral, y no limitándose a establecer una regulación general. Partiendo de esta afirmación, resulta necesario mencionar que algunos autores ponen en duda la efectividad tanto de las clásicas instituciones jurídicas y las más modernas regulaciones ya existentes, las cuales califican de insuficientes, como de las

próximas normas que se establezcan¹⁵⁴, debido al carácter dinámico de la IA, y teniendo en cuenta que es un hecho que la realidad siempre va por delante del Derecho. Es por ello por lo que se debería plantear si realmente es conveniente destinar recursos a formular una regulación legal detallada, que podría quedar obsoleta al poco tiempo de promulgarse¹⁵⁵. Es en este punto donde la negociación colectiva se revela como una herramienta esencial a la hora de dar solución al dinamismo inherente a la implementación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, emergiendo como alternativa a un marco legal detallado y la cual puede desempeñar un papel crucial en la regulación de la IA en el ámbito laboral.

Una parte de los expertos abogan por una regulación más exhaustiva a través de convenios colectivos que adapten esto a los desafíos concretos de cada sector o empresa. Proponen así una gobernanza de la digitalización a través de la negociación colectiva, que está llamada a desempeñar un papel primordial en el futuro, donde los representantes de los trabajadores sean informados sobre las decisiones de la empresa y tengan capacidad real para influir en estas. Defienden que así se pueden articular soluciones adecuadas y específicas, además de flexibles y satisfactorias tanto para los intereses de los trabajadores como para los del empresario¹⁵⁶.

Ya se ha mencionado que existe la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan garantías adicionales al tratamiento de los derechos de los trabajadores en materia de protección de datos personales, de manera que la negociación colectiva puede suponer una de las herramientas más eficaces para tratar de corregir el desequilibrio de poderes e intereses entre empresario y trabajadores. De hecho, la relevancia de la negociación colectiva como instancia reguladora respecto a los derechos de los trabajadores frente a la digitalización del trabajo adquiere rango normativo y alcance general merced al artículo 88 del Reglamento (UE) 2016/679¹⁵⁷. De esta manera, se podrían incluir cuestiones como la exigencia a la empresa de que forme a los trabajadores o a sus representantes sobre las nuevas herramientas

¹⁵⁴ TODOLÍ SIGNES, A. “Democracia en el trabajo y codeterminación ante el uso de la IA en la empresa: algo más que negociar el algoritmo”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. Núm. Extraordinario 2, 2024, p.231

¹⁵⁵ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “Poderes directivos y nuevas tecnologías”. *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, p.170

¹⁵⁶ GARRIGUES GIMÉNEZ, A. “La respuesta negocial al uso de algoritmos en la relación de trabajo: bases, previsiones, presencias y ausencias”, AA.VV: *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, M.P. Rivas Vallejo (directora). Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, p.642

¹⁵⁷ *Idem*

que se introduzcan en la gestión de trabajadores para que realmente se garantice su completo entendimiento, la posibilidad de que se rechace o se establezcan limitaciones claras en el uso de algoritmos en el caso de que ello implique un impacto negativo para las personas trabajadoras o detectar posibles riesgos existentes en su aplicación¹⁵⁸; el Ministerio de Trabajo y Economía Social ya ha hecho referencia a estos aspectos y a la importancia de la negociación colectiva en el ámbito de la digitalización para incorporar mejoras a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores¹⁵⁹ en su documento “*Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*”.

Desde otra perspectiva, también se han detectado problemas respecto a esta nueva tendencia, que será insuficiente¹⁶⁰ si no se establecen medidas para hacer frente a los desafíos que resultan de ello. En primer lugar, se alerta de que aún existe un limitado conocimiento de la IA por parte del comité de empresa y los sindicatos, lo cual podría dificultar su capacidad para intervenir en las negociaciones y en la regulación de su impacto de manera informada. Para reducir este desconocimiento, se propone que tanto las autoridades como los sindicatos deben poner el foco en formar a los trabajadores en el ámbito de la digitalización, de manera que tengan la capacitación técnica necesaria para hacer frente a los desafíos y oportunidades que se deriven de ello. Por otra parte, su efectividad depende del poder de negociación de las partes, ya que en algunos sectores o empresas el comité de empresa no cuenta con el suficiente poder para influir en las decisiones defendiendo los intereses de los trabajadores. Asimismo, se advierte de que las obligaciones actuales de negociación suelen activarse cuando la decisión de implantar la tecnología ya ha sido adoptada por la empresa, habiendo adquirido ya un software con elevados costos para llevarla a cabo y dejando escaso margen de actuación para los representantes de los trabajadores. Es por ello que la doctrina defiende que el comité de empresa debería estar implicado en el proceso de toma de este tipo de

¹⁵⁸ ARAGÜEZ VALENZUELA, L. “El papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones empresariales mediante algoritmos digitales”. *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, Volumen 11, núm. 1, 2023, p.144

¹⁵⁹ Veáse: MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022). *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Comisión de personas expertas sobre algoritmos en el ámbito laboral, Coordinada por Galdón Clavell, G., https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Guia_Algoritmos_ES.pdf

¹⁶⁰ TODOLÍ SIGNES, A. “Democracia en el trabajo y codeterminación ante el uso de la IA en la empresa: algo más que negociar el algoritmo”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. Núm. Extraordinario 2, 2024, p.232

decisiones lo antes posible, ya que las posibilidades de participación e influencia disminuyen a medida que avanza el proceso¹⁶¹.

En este punto resulta interesante la propuesta de Todolí Signes, que apuesta por un modelo de codeterminación fuerte¹⁶² para tratar de que la negociación colectiva sea realmente efectiva. Se trata de un modelo de participación de los trabajadores en las decisiones empresariales que implica un grado significativo de poder e influencia por parte de los representantes en los procesos de decisión de la empresa, adoptando los trabajadores un rol activo en la introducción de nuevas tecnologías en la empresa. De esta manera, propone que existan una serie de materias tasadas en las que se añadiría a las obligaciones de información y consulta la exigencia de que la empresa llegue a un acuerdo con los representantes de los trabajadores antes de tomar la decisión final, pudiendo estos en último término vetar esa decisión. Dentro de estas materias protegidas podría contemplarse la adopción de modelos automatizados que incidan directamente en las decisiones de despido de los trabajadores, lo cual sería de gran utilidad para aumentar la transparencia y reducir el desequilibrio de poder que se da cuando una decisión tan relevante para la situación de los empleados se lleva a cabo a través de IA, aunque se debería estudiar en qué medida esto vulnera la libertad del empresario para ejercer sus potestades, siendo este el gran problema para adoptar la propuesta de este autor.

Aunque en la actualidad la mayoría de convenios colectivos en nuestro país no han incorporado normas adicionales a la normativa general sobre la aplicación de herramientas algorítmicas por parte del empresario en el ejercicio de sus potestades, hay algunos convenios que han sido pioneros en esta materia y que han tratado de adelantarse a posibles avances tecnológicos con incidencia en su sector. Es el caso del convenio colectivo del sector de la banca, el cual se anticipó a la actual normativa vigente y que en su artículo 80 regula una serie de derechos digitales, previendo en su apartado 5^o¹⁶³ un “derecho ante la IA”. En el caso

¹⁶¹ *Ibidem*, p.239

¹⁶² *Ibidem*, p.233

¹⁶³ Artículo 80 XXV Convenio colectivo del sector de la banca: Derechos Digitales. Las partes reconocen los siguientes derechos digitales que la plantilla tiene en el ámbito laboral:

Apartado 5. Derecho ante la inteligencia artificial.

Las nuevas herramientas basadas en algoritmos pueden aportar valor hacia una gestión más eficiente de las Empresas, ofreciendo mejoras en sus sistemas de gestión. 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. Por ello, las personas trabajadoras tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en

específico de la banca, esta previsión evita los posibles abusos de los derechos de los trabajadores ante la adopción de “nuevas herramientas basadas en algoritmos que pueden aportar valor hacia una gestión más eficiente de las empresas, ofreciendo mejoras en sus sistemas de gestión”. Asimismo, el precepto diferencia entre el uso de algoritmos digitales que se utilicen para cuestiones estrictamente relativas al ámbito de la empresa, y los que se usen afectando personalmente a los trabajadores, respecto de los cuales se exige una implantación cuidadosa, mostrando un deber de cuidado reforzado en los casos de toma automatizada de decisiones cuando recaigan exclusivamente en las personas trabajadoras¹⁶⁴. De igual manera, señala el potencial peligro de discriminación en esta práctica y se prevé una información a los representantes de los trabajadores suficientemente amplia con relación a la incorporación de este tipo de tecnologías en el sector de la banca.

Dejando de lado la negociación colectiva, hay un amplio consenso entre los expertos en cuanto al hecho de que si bien existe un extenso número de publicaciones de carácter político o programático que orientan la dirección de la digitalización y la aplicación de la IA¹⁶⁵, es necesario implantar un mayor número de instrumentos vinculantes que regulen este aspecto y sobre todo imponer sanciones ante su incumplimiento; solo de esta manera las normas se cumplirán adecuadamente. Se considera necesario para ello que se produzca una supervisión por autoridades, preferentemente independientes, que se encarguen de supervisar el cumplimiento de estas normativas, como ya lo está haciendo en el ámbito nacional la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en lo relativo a la protección de datos, y que se ampliará a todo lo relativo a la Inteligencia Artificial con la reciente creación de la Agencia

variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos previstos por la Ley, así como derecho a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos, cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos, pudiendo solicitar, en estos supuestos, el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la Empresa, en caso de discrepancia.

Las Empresas informarán a la RLT 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.

¹⁶⁴ ARAGÜEZ VALENZUELA, L. “El papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones empresariales mediante algoritmos digitales”. *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, Volumen 11, núm. 1, 2023, p.148

¹⁶⁵ GARCÍA GARCÍA, A. “El Derecho del Trabajo frente al (des)equilibrio de poderes de la relación laboral reforzado por el uso empresarial de la inteligencia artificial”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 33, 2024, p.498

Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA)¹⁶⁶, que tratará de minimizar los riesgos significativos derivados del uso de la IA.

Otro punto sobre el que parece que se va a debatir en los próximos años, es la excesiva atención que se está poniendo en evitar la discriminación algorítmica en la toma de decisiones empresariales, en comparación con la discriminación humana, dejando a un lado los peligros de esta última, que aún siguen existiendo. Autores como Rodríguez Cardo¹⁶⁷ critican esta tendencia, argumentando que es incomprensible que el legislador se enfoque en regular la discriminación algorítmica, mientras que no se aborda con la misma intensidad la discriminación que puede surgir de decisiones completamente humanas. Defiende que no siempre la automatización lleva a la discriminación y la intervención humana la neutraliza, sino que incluso puede suceder al revés, ya que en ambos casos existe un alto grado de opacidad. Es por ello que propone que los sistemas de toma de decisiones laborales, sean automatizados o humanos, estén sujetos a las mismas normas de transparencia y no discriminación.

8. CONCLUSIONES Y VISIÓN PERSONAL

PRIMERA. Con la introducción de la Inteligencia Artificial en el ámbito laboral se está produciendo un cambio de paradigma en el Derecho del Trabajo, que debe hacer frente a desafíos sin precedentes que requieren de una respuesta legal y ética que logre un equilibrio entre las posibilidades con las que cuentan los empresarios para ejercer sus potestades empresariales a raíz de los avances tecnológicos, y la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

SEGUNDA. Se ha redefinido el modo en que se ejerce el poder de dirección del empresario, el cual no desaparece ni se ve completamente sustituido por las nuevas tecnologías, sino que se ejecuta por medio de ellas, manteniendo su esencia y sus notas características de dependencia, subordinación y jerarquía. Asimismo, la creciente automatización de los procesos de toma de decisiones ha provocado que el poder directivo del empresario se refuerce, debido especialmente a la asimetría de información en la relación con sus

¹⁶⁶ Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial.

¹⁶⁷ RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Gestión laboral algorítmica y poder de dirección: ¿hacia una participación de los trabajadores más intensa?” *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 45, 2022, p.165

trabajadores, al gran volumen de datos a los que pueden acceder y a la vigilancia constante sobre ellos que los sistemas de IA permiten ejercer, añadiendo la falta de transparencia y opacidad que caracterizan a los sistemas algorítmicos.

TERCERA. Se ha reconocido legalmente que el empresario puede optar por ejercer sus potestades a través de sistemas de IA, incluyéndose por tanto la posibilidad de decidir el despido de sus trabajadores mediante el uso de algoritmos, como puede ser el caso de una evaluación del rendimiento de sus empleados a través de sistemas de IA y, a partir de los datos recopilados por estos, tomar la decisión en base a ellos. Ahora bien, siempre y cuando se cumpla con todas las exigencias legales vigentes y a las que se ha aludido a lo largo del análisis que se ha realizado en este trabajo.

CUARTA. Los algoritmos, lejos de contribuir a una aparente objetividad y neutralidad, son fuente de discriminación y vulneración de los derechos fundamentales. Es por ello que, cuando se decide un despido por medio de algoritmos, aparecen ciertos riesgos. Por una parte, hay grave peligro de que se amplifiquen y perpetúen los sesgos ya existentes en la sociedad, tanto en caso de que los datos iniciales con los que se configura el algoritmo estén sesgados, como cuando a través de las correlaciones a las que llegue a través de mecanismos de machine learning el algoritmo haga ciertas predicciones, dando lugar al fenómeno de la “discriminación algorítmica”, el cual puede ser especialmente lesivo debido a la opacidad de los algoritmos. Por otra parte, puede que el algoritmo no considere circunstancias o factores que legalmente estén justificados, como puede suceder con las causas que dan lugar a incumplimientos laborales, y que ello provoque la extinción del contrato. También se debe considerar la facilidad que tiene el empresario de obtener datos sensibles de sus trabajadores, que podrían ser utilizados de manera indebida por la empresa para decidir cuestiones tan delicadas como la terminación de un vínculo laboral. Estos a su vez pueden vulnerar su derecho a la intimidad, ya que en muchas ocasiones se tratan datos que van más allá de lo necesario para el desarrollo de las funciones laborales y de lo establecido en el contrato de trabajo.

QUINTA. Tanto a nivel europeo como nacional se están llevando a cabo esfuerzos para establecer regulaciones que eviten los posibles perjuicios derivados de la IA, partiendo del consenso de que la solución no pasa por prohibir el uso de estas tecnologías en el ámbito empresarial, sino que es responsabilidad del Derecho adoptar las medidas y garantías adecuadas para evitar los peligros que surgen con el empleo de sistemas automatizados en la gestión de las relaciones laborales. Se debe destacar el gran avance que supone la calificación

de la IA aplicada al ámbito laboral como de alto riesgo, ya que pone de manifiesto los graves perjuicios que se pueden derivar de su utilización y es el punto de partida para que se puedan establecer límites y prohibiciones al uso de estas tecnologías por parte del empleador en el ejercicio de sus potestades.

SEXTA. La transparencia es el núcleo de la nueva normativa, con el límite de las normas relativas a la protección de datos. Esta exigencia se concreta en los derechos de información y explicabilidad, no debiendo el empresario únicamente dar información a los trabajadores sobre que la empresa está utilizando esa tecnología para efectuar despidos o elegir a los trabajadores objeto de ellos, sino que también debe explicar de manera clara y sencilla la lógica aplicada y las consecuencias que este uso va a tener sobre la situación laboral del trabajador, garantizando que este comprenda tanto el contenido como el funcionamiento del algoritmo y sus implicaciones. Con ello se pretende que el trabajador no vea afectado su derecho de defensa y que cuente con los medios suficientes para defenderse en juicio en caso de que impugne la decisión ante los tribunales, así como que no se encuentre ante una situación de desventaja frente al empresario en ese caso, ya que carecería de los conocimientos técnicos necesarios para comprender y refutar la decisión tomada por el algoritmo, provocando una asimetría en la información y un abuso de poder por parte del empleador. De igual manera, para evitar la indefensión de la persona trabajadora, se debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, inequívoco y suficiente de los hechos que se le imputan, ya sea directamente a él o a través de la representación de los trabajadores, y en todo caso en la carta de despido, excepto en el caso del despido colectivo donde la responsabilidad recaerá sobre los representantes, que han sido informados al respecto por el empresario en el periodo de consultas.

SÉPTIMA. Despersonalizar la relación entre el empleador y el empleado en un momento tan crucial y determinante como es el despido puede generar graves efectos para el trabajador. Por ello, el principio de intervención humana o el denominado enfoque de la IA bajo control humano constituye otro de los pilares a la hora de regular este asunto, siendo una de las principales garantías defendidas por el legislador. En base a ello, la decisión final debe ser sometida a la evaluación de un humano que considere los aspectos o variables que el algoritmo no ha tenido en cuenta, con el fin de que se puedan calificar jurídicamente las conductas de los trabajadores con mayor índice de acierto, y ajustar el despido al principio de proporcionalidad, que debe regir toda la actuación disciplinaria del empresario. Asimismo, se garantiza este principio a través de la evaluación de impacto previa y de las auditorías posteriores, configurándose como una posible solución a los problemas de discriminación y

vulneración de derechos fundamentales, la manera de corregirlo y de que el algoritmo esté en todas sus fases bajo control humano.

OCTAVA. Si bien es necesario destacar el gran progreso que ha tenido lugar en los últimos años en cuanto a la regulación de la IA, no se debe considerar que es suficiente debido al dinamismo de la tecnología, que avanza más rápido que el Derecho y provoca la aparición de una brecha temporal entre ambos. Por otra parte, a consecuencia del desconocimiento de la existencia y funcionamiento de los sistemas de IA por parte del legislador, es crucial que se elaboren las normas junto con expertos de otras disciplinas técnicas con el fin de que se regule adecuadamente y de manera integral, además de que será de gran ayuda para adelantarse y anticiparse a través del Derecho a los nuevos avances tecnológicos.

NOVENA. Es interesante la tendencia a establecer una regulación transversal y aplicable a todas las fases en las que los algoritmos pueden incidir, interpretándose la norma para cada caso concreto. Por ello, sería de gran utilidad elaborar una normativa flexible y dejar las decisiones en manos de los tribunales, lo cual ayudaría a abordar el amplio casuismo que se puede dar en este ámbito. De igual manera, el principio de proporcionalidad va a tener una creciente importancia a la hora de interpretar tanto las lagunas como los desajustes temporales de la normativa vigente en cada momento, especialmente en el conflicto entre el poder del empleador y los derechos de los trabajadores.

NOVENA. La negociación colectiva y los representantes de los trabajadores podrían ser una pieza clave en el futuro, ya que, si bien se contemplan los derechos de información, consulta y emisión de informes no vinculantes, realmente no tienen incidencia directa en la decisión del empresario, que puede no tener en cuenta lo establecido o solicitado por los representantes de los trabajadores. Es por ello que han aparecido propuestas para ampliar sus competencias en este ámbito, incluyendo un derecho de veto a la implementación de aquellas decisiones que consideren perjudiciales para los derechos de los trabajadores, justificándolo en el incremento de la transparencia del proceso. Ahora bien, el mayor problema derivado de esta idea es la limitación del poder del empleador, ya que pasarían a tomarse conjuntamente con los representantes decisiones que tradicionalmente han correspondido al empresario de manera unilateral.

DÉCIMA. Por último, es fundamental considerar la perspectiva ética en este asunto, ya que su integración es crucial dentro del ámbito del Derecho, estando ambos estrechamente vinculados. Hay un debate abierto sobre si todas las decisiones, especialmente aquellas que son tan delicadas como la extinción de un contrato de trabajo, deben dejarse en manos de

algoritmos o no. Es necesario partir de un marco moral y unos principios éticos para utilizar las nuevas tecnologías de manera responsable y evitar abusos de poder, respetando en todo momento los derechos fundamentales y creando una sociedad más justa.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

9.1. Bibliografía

ARAGÜEZ VALENZUELA, L. “El papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones empresariales mediante algoritmos digitales”, *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, Volumen 11, núm. 1, 2023, pp. 127-153.

ASQUERINO LAMPARERO, M. J. “Algoritmos y discriminación”, en *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Coordinado por Jose M. Morales Ortega, Ediciones Laborum, Murcia, 2022, pp. 335-382.

BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. “Obligaciones de transparencia y protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales”. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, pp. 8-25.

CARRIZOSA PRIETO, E. “Control de la actividad laboral, intimidad e Inteligencia Artificial”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, Volumen 16, 2023, pp. 127-162.

COLCLOUGH, C. (6 de diciembre de 2018). *¿Contratado y despedido por un algoritmo?*. Equal Times <https://www.equaltimes.org/contratado-y-despedido-por-un?lang=es#.XBJxRPZFw2x> [Consulta: 11 de septiembre de 2024]

CORDERO GORDILLO, V. (2022). “Decisiones empresariales automatizadas y extinción del contrato de trabajo: ¿puede despedir un algoritmo?”, en *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, pp. 1233-1249.

COTUREL, C. C. (1 de febrero de 2021). *¿Podrían las máquinas contratar y despedir trabajadores? Inteligencia artificial, algoritmos y smart contracts en el Derecho del Trabajo*. Revista IDEIDES

<https://revista-ideides.com/podrian-las-maquinas-contratar-y-despedir-trabajadores-inteligencia-artificial-algoritmos-y-smart-contracts-en-el-derecho-del-trabajo/> [Consultado: 26 de septiembre de 2024]

EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, J. A. “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”. *Estudios de Deusto*, Volumen 68 (2), 2020, pp. 325-367. doi: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp325-367](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp325-367)

FABREGAT MONFORT, G. “La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿ius resistentiae o solve et repete?”, *Revista de treball, economia i societat*, núm. 27, 2003, pp. 23-33.

FABREGAT MONFORT, G. “Procesos de selección algorítmica y discriminación (I)”. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, pp. 131-153.

FERNÁNDEZ NIETO, L. (2020). “El e-despido. Futuro que es presente”. *Diario La Ley*, N° 9627, (Sección Dossier, 7 de mayo de 2020, Wolters Kluwer). Obtenido de https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAEVQwU7DMAz9GnJE3TToHHLY2h2GWli7iuvkJVYbKSRVnAz293hMGpZ88PPz03tOcCIlnwTolMHVQStZruR1tGcc4HTdhWgwbi5qKVJI4HokVcriWdAUvt_hbEdINvgNRDXEjMKatukO6FSLPu-9drO4BbyyCfWGFUPBZcsypdXKc4YiY_V

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S. “Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 457, 2021, pp. 179-193.

GARCÍA GARCÍA, A. “El Derecho del Trabajo frente al (des)equilibrio de poderes de la relación laboral reforzado por el uso empresarial de la inteligencia artificial”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 33, 2024, pp. 483-507.

GARCÍA QUIÑONES, J. C. “Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente”. *Temas Laborales*, 2023, pp. 75-126.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Manual de Derecho del Trabajo (13ª ed)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023

- GARRIGUES GIMÉNEZ, A. “La respuesta negocial al uso de algoritmos en la relación de trabajo: bases, previsiones, presencias y ausencias”, AA.VV: *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, M.P. Rivas Vallejo (directora). Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 635-668.
- GINÈS I FABRELLAS, A. (6 de mayo de 2022). *Algoritmos y discriminación en el ámbito laboral*. Do Better by ESADE <https://dobetter.esade.edu/es/algoritmos-discriminacion-trabajo> [Consulta: 27 de septiembre de 2024]
- GINÈS I FABRELLAS, A. “Analítica de personas y discriminación algorítmica en procesos de selección y contratación”. *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, pp. 99-130.
- GOÑI SEIN, J. L. “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”. *Documentación Laboral, Volumen 2*, núm. 117, 2019, pp. 57-72.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, (22 de agosto de 2018), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, Adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas el 6 de febrero de 2018*, Comisión Europea, <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf> [Consulta: 18 de diciembre de 2024]
- GUZMÁN LÓPEZ, M.E.; CALVO, J.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (19 de noviembre de 2024) *El Supremo y la obligación de audiencia previa en el despido disciplinario: más de lo que parece*, Periscopio Fiscal y Legal PWC <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/el-supremo-y-la-obligacion-de-audiencia-previa-en-el-despido-disciplinario-mas-de-lo-que-parece/> [Consultado: 22 de enero de 2025]
- LECHER, C. (25 de abril de 2019). *How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for productivity*. The Verge: <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations> [Consulta: 28 de septiembre de 2024]
- MARTÍNEZ, J.; ARRIOLA, A. (12 de julio de 2022). *El deber de información algorítmica no incluye desvelar el código fuente*. Cuatrecasas: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/el-deber-de-informacion-algoritmica-en-el-ambito-laboral-no-incluye-desvelar-el-codigo-fuente> [Consulta: 11 de octubre de 2024]

- MERCADER UGUINA, J.R. “Algoritmos y derecho del trabajo”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 52, 2019, pp. 63-70.
- MERCADER UGUINA, J. R. “El juicio de proporcionalidad en lo laboral: construcción, nuevas dimensiones y futuros escenarios”. *Anuario coruñés de derecho comparado del trabajo*, núm. 14, 2022, pp. 157-175.
- MERCADER UGUINA, J. R. “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data”. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social, Volumen 2*, núm. 2, 2021, pp. 4-10. doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6213>
- MERCADER UGUINA, J. R. “El juicio de proporcionalidad en lo laboral: construcción, nuevas dimensiones y futuros escenarios”. *Anuario coruñés de derecho comparado del Trabajo, Volumen 14*, 2022, pp.157-175.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022). *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Comisión de personas expertas sobre algoritmos en el ámbito laboral, Coordinada por Galdón Clavell, G., https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Guia_Algoritmos_ES.pdf
- MOLINA NAVARRETE, C. “«Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 457, 2021, pp. 5-21.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídico-laborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 8, 2023, pp. 11-37.
- PEREIRA SÁEZ, C. “Una contribución al estudio del empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional español”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2004, pp. 1043-1061.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2021). “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”. *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 223, 2021, pp. 5-24.

- RIVAS VALLEJO, M. P. “Gestión algorítmica del trabajo”, AA.VV: *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, M.P. Rivas Vallejo (directora). Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 143-178
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral: ¿hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades?”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.253, 2022, pp. 135-188.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Gestión laboral algorítmica y poder de dirección: ¿hacia una participación de los trabajadores más intensa?” *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 45, 2022, pp. 157-172.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. “La videovigilancia en el trabajo en tiempos de inteligencia artificial”. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2024, pp. 68-82.
- SÁEZ LARA, C. “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, pp. 41-60.
- SÁNCHEZ CASTRO, I. “El derecho de resistencia del trabajador y su escasa regulación en el ordenamiento jurídico español”. *Noticias CIELO*, núm 5, 2016, pp. 1-3.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “Poderes directivos y nuevas tecnologías”. *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, pp.163-184.
- SANGUINETI, W. “El poder de dirección ante el cambio económico y productivo y la emergencia de la inteligencia artificial”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 109, 2024, pp. 1-7.
- SANTACANA I FOLGUEROLAS, À. “¿Es legal la práctica de despedir mediante algoritmos?” *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 391, 2023.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. “Audiencia previa e indemnización por despido: noticia de dos sentencias”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10, 2024, pp.1-10
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E. Los poderes de dirección y control de la empresa y el derecho a la protección de datos. *Documentación Laboral*, núm. 126, 2022, pp. 69-86.

- TODOLÍ SIGNES, A. (21 de febrero de 2019). *Algoritmos para contrataciones y despidos. ¿Son legales las decisiones automatizadas sobre trabajadores?*. Argumentos en Derecho Laboral: <https://adriantodoli.com/2019/02/21/algoritmos-para-contrataciones-y-despidos-son-legales-las-decisiones-automatizadas-sobre-trabajadores/> [Consulta: 25 de septiembre de 2024]
- TODOLÍ SIGNES, A. “La gobernanza colectiva de la protección de datos: algoritmos, decisiones automatizadas y discriminación”. En AA. VV.: *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, pp. 1637-1656.
- TODOLÍ SIGNES, A. (19 de abril de 2023) “Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación”, Argumentos de Derecho Laboral https://adriantodoli.com/2023/04/19/algoritmos-productivos-y-extractivos-como-regular-la-digitalizacion-para-mejorar-el-empleo-e-incentivar-la-innovacion-mi-ultimo-libro-publicado/#_Toc127178264 [Consulta: 13 de agosto de 2024]
- TODOLÍ SIGNES, A. (6 de marzo de 2024). *¿Es lícito el despido determinado por una inteligencia artificial? STJUE 7/12/2023, Decisiones de autoridades de protección de datos y otras sentencias de primera instancia*. Argumentos de Derecho Laboral <https://adriantodoli.com/2024/03/06/es-licito-el-despido-determinado-por-una-inteligencia-artificial-stjue-7-12-2023-decisiones-de-autoridades-de-proteccion-de-datos-y-otras-sentencias-de-primera-instancia/> [Consulta: 13 de octubre de 2024]
- TODOLÍ SIGNES, A. “Democracia en el trabajo y codeterminación ante el uso de la IA en la empresa: algo más que negociar el algoritmo”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. Núm. Extraordinario 2, 2024, pp. 229-250.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J.; RODRÍGUEZ LEÓN, A. “Algoritmos laborales: big data e inteligencia artificial”. *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 75, 2019, pp. 255-266.
- UGT Comunicaciones. (2 de noviembre de 2021). *UGT reclama acelerar la Ley Europea de IA para frenar la proliferación de despidos algorítmicos*. UGT Comunicaciones <https://www.ugtcomunicaciones.es/wordpress/ugt-reclama-acelerar-la-ley-europea-de-ia-para-frenar-la-proliferacion-de-despidos-algoritmos/> [Consultado: 4 de octubre de 2024]

9.2. Jurisprudencia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 7 de diciembre de 2023, Asunto C-634/21. ECLI:EU:C:2023:957

Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 99/1994, de 11 de abril, ECLI:ES:TC:1994:99

Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 6/1995, de 10 de enero, ECLI:ES:TC:1995:6

Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 37/1998, de 17 de febrero, ECLI:ES:TC:1998:37

Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 98/2000, de 10 de abril, ECLI:ES:TC:2000:98

Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 186/2000, de 10 de julio, ECLI:ES:TC:2000:186

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 6732/1988, de 3 de octubre, ECLI:ES:TS:1988:6732

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 3007/1997, de 28 de abril de 1997, Rcd. 1076/1996, ECLI:ES:TS:1997:3007

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 152/2000, de 18 de enero de 2000, Rcd. 3894/1998, ECLI:ES:TS:2000:152

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 1679/2013, de 12 de marzo, Rcd. 58/2012, ECLI:ES:TS:2013:1679

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 2123/2015, de 12 de mayo de 2015, Rcd. 1731/14, ECLI:ES:TS:2015:2123

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 816/2018, de 25 de septiembre, Rcd. 43/2018, ECLI:ES:TS:2018:3463

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 1250/2024, de 18 de noviembre, Rcd. 4735/2023, ECLI:ES:TS:2024:5454

Tribunal de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sentencia 1691/2017, de 7 de junio, Rcd. 9/2017, ECLI:ES:TSJAND:2017:6046

Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Social, Sentencia 68/2023, de 13 de febrero, Rcu. 454/2022, ECLI:ES:TSJBAL:2023:237

Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre