

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

DISCRIMINACIÓN LABORAL: ¿SON SUFICIENTES LAS MEDIDAS NORMATIVAS ADOPTADAS PARA ATAJAR ESTE PROBLEMA DE LA INDUSTRIA 4.0?

Antonio Folgoso Olmo
Abogado y doctor en Derecho

Palabras Clave: Digitalización, Derechos Fundamentales, Discriminación.
Key Words: Digitization, Fundamental Rights, Discrimination.

Número: 24 Año: 2023

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytes (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

Algoritmos y discriminación laboral: ¿son suficientes las medidas normativas adoptadas para atajar este problema de la Industria 4.0?

Antonio Folgoso Olmo
Abogado y doctor en Derecho
antoniofolgoso@gmail.com

1. La Industria 4.0 y su afectación a los derechos de las personas trabajadoras

La definición de Industria 4.0, vinculada con la llamada Cuarta Revolución Industrial, es relativamente novedosa. Se alude así a la transformación que se produce por la introducción de las tecnologías digitales en la industria, lo que posibilita que dispositivos y sistemas interactúen y se modifiquen los procesos productivos¹. La finalidad última que se persigue es la obtención de una mayor eficiencia en los modelos de negocios, de modo que se obtenga una mayor productividad al menor coste posible².

En este contexto, las empresas se verán obligadas a incorporar mejoras en su ciclo productivo que permitan alcanzar mejores rendimientos y obtener mejores resultados (no necesariamente en términos cualitativos), todo ello en aras de resultar más competitivas en su sector de actividad. Entre otras mejoras, destaca el establecimiento de sistemas automáticos de toma de decisiones a través de algoritmos, que pueden implantarse a distintos niveles.

La revolución que esto supone es evidente. A través de estos sistemas automatizados pueden rastrearse numerosos perfiles de personas en situación de búsqueda de empleo (o, incluso, que se encuentren ocupadas), de forma que se establezcan filtros que descarten a quienes no reúnan determinadas condiciones previamente señaladas. Asimismo, una vez que la relación laboral se encuentra vigente, pueden fiscalizarse de una manera minuciosa el tiempo de trabajo efectivo, el dedicado a completar las tareas asignadas, los momentos de inactividad, la disponibilidad para aceptar nuevos encargos, etc. También puede controlarse la puntualidad en la entrada o salida del trabajo, así como el ejercicio de derechos que permitan ausentarse del trabajo, de cualquier naturaleza (tanto de conciliación, como el disfrute de horas sindicales, etc.). Además, pueden procesarse estos datos para distinguir a las personas con una mayor productividad e incluso atribuirle recompensas, de carácter económico, pero también relativo a la asignación de un trabajo de distinta calidad o de mejor retribución.

En estas circunstancias, es preciso que estos mecanismos sean empleados de manera muy cuidadosa, al objeto de evitar que su implantación pueda provocar perjuicios para aquellas personas que ejercitan sus derechos fundamentales. Puede comprobarse sin dificultad que, si tan solo se atiende a criterios meramente objetivos y se valora la productividad únicamente en términos absolutos (por ejemplo, sin tener en cuenta si una persona necesita ausentarse del trabajo para atender a las necesidades de cuidado de sus familiares o si requiere de la utilización de su crédito horario sindical), se verán beneficiados determinados perfiles laborales concretos (no afiliados a

¹ Kahale Carrillo, D. T.: «El trabajo a distancia en la implementación de la Cuarta Revolución Industrial», *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después, XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pp. 225-226.

² Puede comprobarse que no existe novedad en cuanto a los fines perseguidos, al ser estos los mismos que han orientado los sucesivos sistemas productivos que progresivamente se han sucedido. La singularidad, por tanto, radica en los mecanismos utilizados para ello, consistentes en otorgar un especial protagonismo a los sistemas digitales más actuales.

sindicatos, sin hijos...). El efecto causado resultaría discriminatorio para determinados colectivos, lo que debería tratar de evitarse³.

Constatados estos riesgos, en los últimos años se han adoptado determinadas decisiones de carácter normativo con la finalidad de implantar mecanismos de control. A continuación, se analizan las mismas.

2. Normas que regulan expresamente la cuestión: el establecimiento de derechos en materia informativa a la representación de los trabajadores

Entre las distintas normas aprobadas, algunas nacen con el objetivo declarado de afrontar esta cuestión. En particular, se alude a la nueva redacción que el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, dio al apartado cuarto del art. 64 del Estatuto de los Trabajadores. En concreto, se añadió un último epígrafe donde se establecía el derecho de la representación de los trabajadores a ser informada por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. Así, se consideró que otorgar mecanismos a la representación de los trabajadores para supervisar los criterios empleados para adoptar las decisiones informatizadas sería un mecanismo hábil para controlar que la llamada inteligencia artificial no fuese empleada con un resultado perjudicial.

No obstante, la efectividad de esta herramienta para lograr el fin perseguido es muy relativa, en especial a la vista de la complejidad de los sistemas de inteligencia artificial. Debe tenerse en cuenta que el diseño de los algoritmos se efectuará por corporaciones muy especializadas en la materia, con expertos de gran cualificación, lo que permitirá disimular los aspectos que puedan resultar contrarios a la normativa. En estas circunstancias, no debería esperarse que la representación de los trabajadores de la mayoría de las empresas pueda disponer de los medios materiales o económicos necesarios para desentrañar (ya sea personalmente, ya sea mediante la contratación de técnicos especializados) los complejos esquemas informáticos que han podido diseñarse.

La normativa que trata de evitar el incumplimiento de este tipo de obligaciones resulta insuficiente. Se prevé a tal efecto una infracción, si bien se califica como grave⁴, lo que implicará una multa que oscilará entre 751 y 7.500 euros. Por lo tanto, carece de un efecto disuasorio real, en especial, en el supuesto de grandes empresas, que son las que podrán beneficiarse particularmente de este tipo de mecanismos para gestionar plantillas voluminosas.

3. Normas que regulan indirectamente la cuestión: la protección de datos personales como herramienta de protección de los derechos de las personas trabajadoras

Hay otras normas que tienen un potencial relevante pese a que no regulan de manera expresa estos sistemas. En concreto, tiene especial interés la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que ostentó un papel

³ Sáez Lara, C.: «Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 2022, p. 284.

⁴ El art. 7.7 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social tipifica de esta manera «la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos».

especialmente vanguardista en la defensa del estatuto del personal asalariado frente a la inercia de la digitalización⁵.

Este texto legal incluye distintas normas de carácter laboral. Entre otras, introdujo un nuevo artículo 20.bis al Estatuto de los Trabajadores⁶, rubricado como «derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión», y que aspiraba a salvaguardar el derecho a la intimidad y a la protección de datos en relación con los dispositivos digitales. También, reguló en sus artículos 87, 88 y 89 los derechos a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el centro de trabajo.

En lo referente a la cuestión analizada, el art. 87.3 prevé que los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales, a cuyo efecto se exige que se respeten los estándares mínimos de protección del derecho a la intimidad. En la elaboración de tales estándares se requiere la participación de la representación unitaria, sin perjuicio de que las personas trabajadoras también deban ser informadas. Además, el artículo 89 habilita a las empresas para tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de videograbación para el ejercicio de las funciones de control del trabajo. Nuevamente se prevé la obligación de informar (de forma expresa, clara y concisa) sobre la medida adoptada a las personas trabajadoras y a sus representantes.

Con estas normas se pretenden salvaguardar los derechos a la intimidad y la protección de datos, lo que tiene una especial trascendencia -en lo relativo a la materia abordada- en la fase del acceso a la información. Se trata del momento en que se obtendrán datos de las personas trabajadores, algunos de los cuales puedan aludir a aspectos especialmente sensibles, como serían los de carácter ideológico o los relativos a aspectos de la salud (personal o familiar). Debe insistirse, no obstante, que los criterios que serán tenidos en cuenta para realizar la recogida de la información atenderán a los aspectos que el empleador designe como relevantes o dignos de consideración. Por lo tanto, de nuevo deberá centrarse la atención en los términos prefijados por el empleador para la toma de decisiones.

En este caso, sin embargo, debe destacarse que las sanciones son mucho más elevadas, así como el hecho de que en algunos casos conecte la cuantía de aquellas con el volumen total de negocio de la empresa⁷, lo que sin duda conseguirá un mayor efecto disuasorio.

4. Necesidad de reconsiderar el concepto de digitalización: del fetichismo del algoritmo a la constatación de que el empleador sigue siendo el responsable último de la toma de decisiones

Para afrontar los problemas que se originan ante la implantación de sistemas automatizados dentro del esquema organizativo empresarial resulta imprescindible abordar, siquiera panorámicamente, la auténtica naturaleza de tales sistemas en cuanto a su intervención en la toma de decisiones.

⁵ Ya en su exposición de motivos se hacía referencia expresa a los «riesgos y oportunidades que el mundo de las redes ofrece a la ciudadanía», a cuyo efecto se atribuía a los poderes públicos la responsabilidad de «impulsar políticas que hagan efectivos los derechos de la ciudadanía en Internet promoviendo la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital».

⁶ Esta disposición se introdujo a través de la disposición final decimotercera de la Ley Orgánica 3/2018. Una disposición análoga se introdujo en el art. 14 del EBEP, a través de la decimocuarta de la misma Ley Orgánica, que introdujo una nueva letra, la «j bis», con un contenido similar.

⁷ El art. 83 del Reglamento Europeo 2016/679, 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, permite vincular la cuantía de las multas al volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, con lo que se podrán alcanzar cuantías muy superiores a las anteriormente mencionadas.

En los últimos años, y probablemente como consecuencia de la fascinación que las posibilidades que aporta la digitalización producen ante la mayoría de la población, se viene imponiendo una tendencia a mistificar la toma automatizada de decisiones. Sin embargo, esta imagen se encuentra muy alejada de la realidad. En la actualidad, y al margen de lo que las producciones cinematográficas nos hayan explicado en las últimas décadas, puede constatarse que la inteligencia artificial no es más que un apéndice o reflejo de la voluntad de su creador. Lejos de los escenarios donde la informática genera entidades que son autoconscientes, cuando se habla hoy de inteligencia artificial se sigue haciendo alusión a programas de estructura muy compleja, que no hacen sino recopilar información y procesarla, pero siempre a partir de los esquemas que su creador ha preconfigurado. En esta línea, la RAE define inteligencia artificial como «disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico». Sin embargo, no se hace referencia a un aprendizaje autónomo ni a razonamientos independientes, sino que uno y otros se articulan en todo caso a partir de las instrucciones iniciales proporcionadas por el técnico informático que los diseña, sin ser capaces de apartarse de las mismas.

Por tanto, el empleador que desee implantar un sistema digitalizado tendrá a su disposición una amplia oferta de sistemas informáticos. Estos serán elaborados por distintas corporaciones que pugnarán por poner en el mercado sus productos a cambio del mayor rendimiento posible. Aquellas herramientas que satisfagan de manera más completa los intereses de los empresarios obtendrán una mejor posición de cara a ser adquiridas. Con todo, no puede perderse de vista que la decisión última de adquirir este *software* le corresponde al empleador que, por tanto, puede optar entre unos que persigan un mayor beneficio a toca costa, u otros que pongan en primer lugar los valores constitucionales. En consecuencia, responsabilizar al programa informático de los resultados discriminatorios sería tanto como hacerlo con el papel o la tinta con la que se redacta una carta de despido. Este planteamiento no se ve modificado por el hecho de que el algoritmo implantado sea más o menos complejo.

5. Valoración de las medidas adoptadas y propuestas para evitar que la digitalización pueda desembocar en resultados discriminatorios

A la vista de lo expuesto, la principal conclusión que se alcanza consiste en que el planteamiento a partir del cual se viene analizando la cuestión en ocasiones resulta erróneo. Una vez que se alcanza a entender que la automatización no llega a quebrar la autonomía del empleador, que conserva su capacidad para tomar decisiones, resulta imprescindible tomar conciencia real del problema, que resulta mucho más prosaico. El establecimiento de sistemas informatizados tiene un efecto claro, consistente en la introducción de mecanismos más complejos, elaborados de forma más enrevesada. En estas circunstancias, resulta más difícil discernir sin ayuda de conocimientos técnicos muy cualificados qué esquemas son aquellos que pueden conseguir un resultado anticonstitucional. Obviamente, el acceso a tales informaciones tendrá un coste que con frecuencia resultará inaccesible para la representación de los trabajadores (sujetos colectivos a los que se faculta para tener acceso a los criterios que rigen el funcionamiento de los algoritmos), cuanto más de las personas trabajadoras consideradas de forma individual. Por el mismo motivo, puede anticiparse que cada vez estos sistemas serán elaborados de manera más compleja, precisamente con el objeto de eludir una fiscalización que saque a la luz sus vulnerabilidades.

En este escenario, también las medidas para evitar estos efectos deberán ser realistas. Hasta ahora, una valoración general de las medidas adoptadas permite concluir su insuficiencia, no únicamente en términos cualitativos, sino que se desprende también del hecho de que, de entre todas las opciones previstas, tan solo una afronta esta cuestión de manera directa.

Además, las medidas establecidas legalmente hasta la fecha se centran en la necesidad de mantener informados a la representación de las personas trabajadoras, ya sea en cuanto a los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, ya sea en lo referente a la salvaguarda de su derecho a la protección de datos. Esta circunstancia debe valorarse positivamente, ya que dicha representación en términos muy generales tendrá acceso a unos medios mayores que los trabajadores a título individual. Sin embargo, y pese a ello, no debe perderse de vista que ni aun así puede compensarse el profundo desequilibrio existente entre ambas partes. Cuando el empleador elige (de entre todas las opciones existentes en el mercado) un sistema complejo de toma de decisiones, este generalmente habrá sido diseñado por técnicos informáticos muy especializados. Además, a la hora de seleccionarlo tendrá en consideración que se trate de un sistema que dé buenos resultados, lo que se traduce también en que no le ocasione problemas tales como podría ocurrir si se constata que los parámetros dan lugar a resultados discriminatorios. Esto último podrá evitarse si tales resultados no se producen, pero también si los algoritmos son tan complejos que no pueden desentrañarse los esquemas que producen resultados lesivos de derechos fundamentales.

Por lo señalado, puede considerarse que las soluciones propuestas no resultan suficientes y que el camino a seguir debería transitar por una doble vía.

De un lado, resultaría conveniente valorar la posibilidad de incrementar las sanciones a imponer en el supuesto de que la implantación de sistemas de inteligencia artificial conduzca a resultados inconstitucionales. Aunque la vigente Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) ya tipifica como muy graves las actuaciones discriminatorias (art. 8.12), debería plantearse la posibilidad de considerar como un agravante el hecho de que la decisión se haya adoptado a través de un sistema instalado al efecto, de forma que se haría recaer sobre las empresas la responsabilidad de vigilar que los mecanismos instalados no provoquen resultados especialmente lesivos. Para ello, podría bastar con aplicar la agravante prevista en el art. 39.2 del citado texto legal, que permite graduar las sanciones en atención a la negligencia de los empleadores.

De otro lado, previa constatación de la desigualdad de recursos existente entre las partes, deberían establecerse mecanismos que permitiesen su compensación. Estos podrían pasar por la regulación de una presunción legal por la que fuesen los empleadores quienes -en caso de ser cuestionados- debieran acreditar que los sistemas de inteligencia artificial resultan respetuosos con los derechos fundamentales⁸. Otra alternativa pasaría por aportar recursos adicionales a la autoridad laboral que permitiese una fiscalización más eficiente de este tipo de cuestiones, si bien no parece que esto fuese operativo a corto o medio plazo.

En conclusión, resulta evidente la necesidad de adoptar medidas que salvaguarden los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en estos nuevos contextos productivos, con el objeto de evitar que la implantación de las nuevas tecnologías pueda terminar causando un retroceso indeseado en los derechos laborales.

6. Bibliografía

KAHALE CARRILLO, D. T.: «El trabajo a distancia en la implementación de la Cuarta Revolución Industrial», *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después, XXX Congreso Anual de la*

⁸ Esta opción resultaría perfectamente lícita, al amparo de lo regulado en el art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el llamado principio de la facilidad probatoria, por el que los tribunales deberán tener en cuenta la disponibilidad que tiene cada parte para acreditar las cuestiones sujetas a prueba.

Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pp. 220-238.

SÁEZ LARA, C.: «Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 2022, pp. 283-300.