

ALGORITMOS Y DERECHO DE INFORMACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS*

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO¹

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

Palabras clave: Algoritmos, inteligencia artificial, derechos de información y consulta, poder de dirección

El desarrollo de las tecnologías de obtención y tratamiento de datos impulsa la transformación de los sistemas de gestión de personal mediante la automatización de alguna de las decisiones empresariales tradicionalmente encuadradas, desde el punto de vista jurídico, en el marco del ejercicio de los poderes de dirección. Por su parte, el reconocimiento del derecho fundamental de información en la empresa confiere a éste un papel protagonista en la configuración del sistema de relaciones laborales en la UE. En este contexto, el reconocimiento legal del derecho de las representaciones de las personas trabajadoras a conocer los algoritmos que utiliza la empleadora en el proceso de adopción de decisiones que trascienden al plano laboral debe valorarse positivamente. El presente trabajo estudia las previsiones a tales efectos contenidas en el Real Decreto-ley 9/2021, primera norma jurídica que reconoce expresamente dicho derecho.

ABSTRACT

Key words: Algorithms, artificial intelligence, information and consultation rights, management power

The development of data collection and processing technologies drives the transformation of personnel management systems by automating some of the business decisions traditionally framed, from the legal point of view, within the framework of the exercise of management powers. For its part, the recognition of the fundamental right to information in the company gives it a leading role in shaping the industrial relations system in the EU. In this context, the legal recognition of the right of workers' representations to know the algorithms used by the employer in the decision-making process that transcends the workplace must be valued positively. This paper studies the provisions for this purpose contained in Royal Decree-Law 9/2021, the first legal norm that expressly recognizes this right.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación: Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación: “Los Derechos Fundamentales ante las Transformaciones Laborales en la Nueva Economía (DER2017-83488-C4-1-R)”

¹ @GordilloRG. <https://orcid.org/0000-0002-8149-8503>.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA INTEGRACIÓN DE LA NUEVA MATERIA OBJETO DE INFORMACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR
4. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO
 - 4.1. Delimitación del contenido del derecho: algoritmo e inteligencia artificial
 - 4.2. Tiempo, forma y efecto útil de la norma
 - 4.3. Deber de sigilo y materias secretas

1. INTRODUCCIÓN

Las dinámicas del trabajo humano y de su regulación legal corren paralelas a la evolución tecnológica y a los cambios en las formas de organización empresarial. Los notables avances en materia de recopilación, tratamiento y análisis de la información han puesto a disposición de las organizaciones empresariales la posibilidad de automatizar distintas fases del proceso de toma de decisiones, a costes asumibles para un número cada vez mayor de empresas. Estas herramientas digitales, desarrolladas inicialmente con el objetivo de indagar las preferencias de las personas en su condición de consumidores, pueden ser igualmente utilizadas para orientar tareas relacionadas con la gestión de la empresa y, por lo que aquí interesa, para facilitar el ejercicio de los poderes de dirección por las empleadoras. Desarrollos de inteligencia artificial y algoritmos se incorporan, progresivamente y de una manera casi natural, al proceso de toma de decisiones en el ámbito laboral, para afectar al conjunto de eventos que configuran la dinámica de las relaciones laborales². Las decisiones en materia de contratación, promoción, modificación de las condiciones de trabajo y extinción del contrato pueden ser adoptadas por la empresa a partir de los datos obtenidos por medios automatizados tanto en empresas con procesos de producción altamente digitalizados, como es el caso de las plataformas de reparto, como en compañías con formatos organizativos más tradicionales. Adicionalmente, estas tecnologías permiten también adoptar las anteriores decisiones sin intervención humana, eventualidad normativamente vetada por el art. 22 Reglamento UE 2016/679, de Protección de Datos³. Aunque en términos aplicativos nos encontramos en un estadio previo, no es descartable que en un futuro cercano sea factible encomendar a una máquina la dirección de recursos humanos de una empresa.

² Con el objetivo de evitar reiteraciones innecesarias, utilizaré en el presente trabajo el término algoritmo como sinónimo de inteligencia artificial, a pesar de que la norma hace referencia a ambas realidades de manera expresa e individualizada y, como se verá más adelante, se trata de conceptos diferentes.

³ Reglamento (UE) 2016/679, 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.

El interés de las empleadoras en conocer y evaluar todo tipo de circunstancias relacionadas con la productividad, individual o colectiva, que las personas empleadas aportan a la organización empresarial es consustancial al concepto de gestión de recursos humanos. Pero en la actualidad, los avances tecnológicos permiten obtener y tratar volúmenes ingentes de datos en tiempos muy cortos y a costes bastante reducidos, eliminando el factor humano en numerosas fases del proceso. Por ello suele afirmarse que las nuevas herramientas de gestión empresarial pueden, con mayor intensidad que las tradicionales, vulnerar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y sortear los controles desarrollados en los espacios de participación de sus representantes en la empresa. En concreto, tanto la eficacia de las facultades de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa laboral, como los derechos de información, consulta y negociación de los órganos de representación en la empresa pueden verse severamente limitados si las personas que forman parte de ellos desconocen los “parámetros, reglas e instrucciones” que gobiernan las nuevas herramientas de gestión empresarial. Si el ordenamiento jurídico laboral prohíbe al empleador la adopción de decisiones que comporten un trato desfavorable a partir de una serie de motivaciones (art. 17 ET), el conocimiento de las variables que pueden incorporar sesgos discriminatorios resulta una condición de posibilidad en orden a garantizar el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas. El respeto a las garantías establecidas en el art. 10 CE requiere que las empleadoras, en un exigente ejercicio de transparencia, faciliten información suficiente a los órganos de representación en la empresa, sobre la utilización de estos recursos en la toma de decisiones que puedan incidir en las relaciones de trabajo⁴.

Desde esta perspectiva, la actividad legislativa objeto de estudio cobra una relevancia superior, pues puede resultar un instrumento de enorme utilidad para garantizar en los tiempos que corren, y de forma más intensa en los venideros, la eficacia de los derechos individuales y colectivos reconocidos con anterioridad en normas nacionales y europeas. La modernización de los contenidos objeto de información y, en su caso, consulta y negociación resulta vital para la renovación de nuestro sistema de relaciones laborales. La elaboración de perfiles de las personas que forman o desean formar parte de la plantilla de la empresa, y su clasificación conforme a determinados criterios introducidos en el algoritmo, puede realizarse respetando el ordenamiento jurídico o vulnerando los derechos de aquéllas. Los parámetros que gobiernan el algoritmo pueden garantizar la ausencia de discriminación o, por el contrario, incurrir en todo tipo de sesgos discriminatorios.

⁴ Ejemplo reciente de cuanto se dice puede ser el supuesto resuelto por *Tribunale Ordinario de Bologna, 31 dicembre 2020*, en la que se considera que el sistema de organización de la actividad que, sobre los parámetros de la reputación o confianza y participación, dispensa el mismo trato a quien rechaza trabajar por motivos injustificados y a quien lo hace por motivos legítimos (huelga, enfermedad o accidente) discrimina a estos últimos.

Corresponde a las autoridades garantizar que el proceso de digitalización de las empresas se vea acompañado de un cumplimiento diligente de las obligaciones de información. En caso contrario, datos sobre aspectos relacionados con el origen étnico, la orientación política o sindical, la identidad de género, las creencias religiosas, las enfermedades o situaciones de discapacidad, pueden ser obtenidos, en el ámbito laboral y extralaboral, y utilizados para la adopción de decisiones que pueden afectar a la relación de trabajo. Es cierto que las empresas suelen mantener un alto grado de reserva sobre los aspectos organizativos, sin que ello suponga sospecha o intención de contravenir la normativa aplicable, pero la digitalización de la organización empresarial debe venir acompañada de cambios en la cultura empresarial sin los cuales la penetración de los avances que aquella potencia se verá seriamente comprometida.

Con el objetivo de mantener bajo control la multiplicación y la diversificación de los riesgos más arriba señalados, estos asuntos deben convertirse en uno de los nuevos contenidos estrella de los convenios colectivos durante los próximos años⁵. La generalización y el uso cotidiano de los recursos digitales en la organización de la empresa reclama la negociación sobre los procedimientos y las variables que influirán en la determinación de las condiciones de trabajo en cada caso aplicables. En tales supuestos, los órganos legales de representación de las personas trabajadoras deben ser convenientemente informados sobre la intención de introducir algoritmos en la gestión empresarial y sobre de la aplicación de los acuerdos adoptados sobre esta materia, con el objetivo de garantizar que estas representaciones puedan ejercer adecuadamente sus funciones.

2. LA INTEGRACIÓN DE LA NUEVA MATERIA OBJETO DE INFORMACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL

El apartado uno del artículo único del RD-Ley 9/2021⁶ introduce una nueva letra d) en el art. 64.4 ET, que reconoce el derecho a “ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. La nueva materia sobre la que recae la carga de informar se adiciona, por su ubicación en el apartado 4, a otras cuestiones (información

⁵ Baylos Grau, A.: “A vueltas con el algoritmo: Derechos de información y negociación colectiva”, <https://baylos.blogspot.com/2021/05/a-vueltas-con-el-algoritmo-derechos-de.html>.

⁶ 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 (BOE de 12 de mayo).

económica, modelos de contratos y documentación de extinciones, sanciones por faltas muy graves), lo que configura una agrupación que no responde a criterios relacionados con la naturaleza o la tipología de los contenidos informativos que deben ser trasladados a la representación legal. La urgencia con la que se ha abordado la adopción de la nueva regulación no concedía marco temporal suficiente para acometer la reclamada tarea de mejorar la sistemática de los contenidos del art. 64 ET⁷; quizás el trámite como proyecto de ley que deberá seguir la norma, en virtud del acuerdo alcanzado el pasado día 10 de junio por el Pleno del Congreso y tras la convalidación del RD-Ley 9/2021, permita materializar esta demandada labor.

Hasta entonces, los apartados 2 a 5 del art. 64 ET, y algunos otros preceptos de la misma norma, continuarán estableciendo un listado amplio y variado de materias que ha sido víctima del paso del tiempo, de la falta de adecuación suficiente y de la descuidada e incompleta intervención normativa operada, entre otras, mediante Ley 38/2007⁸. Entre otros objetivos, dicha norma procedió a adaptar la normativa española a los contenidos de la Directiva 2002/14 (en adelante, Directiva marco)⁹. Sin embargo, la operación no avanzó en el objetivo de dar coherencia y sistematicidad a un precepto inicialmente confeccionado para enumerar las funciones del comité de empresa que, conforme el protagonismo del derecho de información se ha revalorizado por impulso de las normas de derecho de la UE, se ha convertido en el precepto de referencia en materia de información en la empresa. En una eventual futura reforma quizás resultaría más adecuado concentrar en un precepto la enumeración de las funciones de los órganos de representación legal en la empresa, y dedicar sendos artículos a la regulación de las materias sobre las que debe informar y consultar la empleadora. En esta lógica, también parecería adecuado dar una mayor exhaustividad al listado de materias contenidas hoy en el art. 64 ET, mediante la incorporación al precepto de todas las

⁷ Resulta llamativo que la exposición de motivos de la norma se refiera exclusivamente a la regulación sobre la naturaleza laboral de las relaciones de trabajo en las plataformas digitales de reparto a la hora de justificar la presencia de los presupuestos habilitantes de extraordinaria y urgente necesidad.

⁸ Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (BOE de 17 de noviembre). Sobre la reforma, vid. Garrido Pérez, E., “Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal (nuevos arts. 64 y 65 ET)” *Temas Laborales*, núm. 95/2008, pp. 11-44.

⁹ Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DOCE de 23 de marzo). Para un estudio de sus contenidos, vid. Gómez Gordillo, R., “El Comité de Empresa Europeo”, CES, Madrid, 2003, pp. 85-91.

materias sobre las que el empleador se encuentra legalmente obligado a informar, muchas de ellas diseminadas por distintos preceptos del ET y de otras normas laborales. Adicionalmente, el precepto en cuestión debiera diferenciar los actos de mera información, en sentido estricto, de aquellos otros que van acompañados de la elaboración de un informe por parte del comité de empresa y/o de la apertura de un procedimiento de consulta, en concordancia con las previsiones legales en materia de modificación funcional, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, transmisión de empresa y despidos colectivos. Por su parte, la enumeración de materias agrupadas a partir del criterio de periodicidad podría simplificarse agrupando los aspectos objeto de información en torno a tres bloques *ratione materiae*: información económica, información productiva y organizacional e información sobre condiciones de trabajo y empleo¹⁰.

La operación de ajuste debiera igualmente ir acompañada de una modificación del apartado 1 del precepto, que incluye una referencia normativa que, pretendiendo ser genérica, resulta asistemática, poco respetuosa con el espíritu de la Directiva marco, y puede interpretarse en términos muy restrictivos. El precepto obliga a informar “sobre las cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo”. La situación de la empresa, en el plano económico y en el plano del empleo, y su evolución podrían interpretarse en términos extensivos, pero esta globalidad queda inmediatamente desmentida con el inciso final que circunscribe la información a la contenida en los apartados que siguen al primero. Frente a dicha interpretación conviene tener presente, en primer lugar, que el derecho de información de la representación de las personas trabajadoras en la empresa se proyecta mucho más allá del art. 64 ET, pues éste no recoge todas las obligaciones legales de información. En segundo lugar, si la Directiva marco aspira a que la información suministrada a la representación de los trabajadores facilite la participación de estos en la adopción de decisiones que permitan a la empresa anticiparse a los cambios y mejorar su competitividad, no cabe oponer derecho alguno a la opacidad que quepa amparar bajo el paraguas del poder de dirección y organización de la empleadora. Por el contrario, las normas de transposición debieran incentivar los ejercicios de transparencia empresarial como base para la materialización de los derechos de participación de los trabajadores, en un entorno gobernado por la buena fe en el ejercicio de los derechos y obligaciones por ambas partes.

No ha sido ésta la tesis dominante entre nosotros donde, con base a una doctrina muy consolidada y elaborada antes de la transposición de la Directiva marco, se han conceptualizado las obligaciones legales de información como

¹⁰La doctrina ha calificado como “técnica del parcheo” la acción normativa en la materia, y ha reclamado ordenar sistemáticamente un completo listado de temas o datos objeto de una determinada exigencia informativa o consultiva. Vid. Garrido Pérez, E., op. cit. p. 13.

supuestos limitativos de las libertades empresariales que, por tanto, deben ser interpretados restrictivamente. En términos prácticos, la afirmación precedente reduce el impacto de las obligaciones legales de la empleadora, que solo estaría obligada a suministrar los datos que la norma literalmente le exige, desconectando la delimitación del ámbito material de la información del ejercicio de los derechos de participación, negociación y conflicto. Así ha sido también interpretado por la jurisprudencia española¹¹. Nuestros tribunales reconocen, a modo de premisa, que los derechos de información y consulta forman parte de los sistemas de democracia industrial, tienen su origen en el art. 129 CE, y son un instrumento imprescindible para la labor de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Sin embargo, consideran que estos derechos deben interpretarse en términos restrictivos, por suponer una limitación de los derechos de dirección de la organización empresarial que el art. 38 CE reconoce con exclusividad al empresario. Desde esta perspectiva, la intervención normativa que estudiamos resulta ciertamente oportuna pues, de mantenerse este criterio, la representación de los trabajadores no tendría derecho a acceder a este tipo de datos en ausencia de expresa previsión legal o convencional¹².

A mayor abundamiento, conviene traer a colación en este punto cómo la jurisprudencia tempranamente consideró que el acceso de los representantes de los trabajadores a determinada información se justificaba y fundamentaba en la encomienda de funciones de carácter público que el legislador ordinario realiza en favor de las instancias representativas de las personas trabajadoras, en particular aquellas ligadas a la vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral. Esta

¹¹A modo de ejemplo, la STS de 2 de noviembre 1999 (rec. 1387/1999) limita a la información fijada en el convenio colectivo en materia de complemento de destino: “el art. 64.1.9º.a) no es norma que faculte al Comité para exigir de la empresa cualquier información que considere oportuna. Contemplado dicho apartado a la luz del total contenido del art. 64 cabe afirmar que el Comité, para ejercer su labor de vigilancia del cumplimiento de las normas laborales, de Seguridad Social y empleo, así como el resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, y las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo (art. 64.1.9 a) y b) ET), habrá de contar con la información que consiga por sus propios medios - entre la que se encuentra, como recuerda el Tribunal Constitucional y con aquella otra que la empresa esta obligada a entregarle. Entendiendo por tal solo aquella que el legislador, -que la ha detallado en los artículos 64.1, 39.2, 40.1, 41.2 y 44.1 ET -, y en su caso el pacto colectivo, han considerado necesaria y suficiente para que el Comité pueda desempeñar con éxito las competencias que tienen reconocidas para la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, sin que pueda exigir de la empresa un deber de información más extenso o intenso que los previstos en las normas laborales y convencionales. Y en ninguna de ellas se impone a la empresa la obligación de facilitar al Comité los datos que este exige”

¹²Circunstancia que ha sido señalada por la doctrina que reclama “un reconocimiento de las potestades implícitas de información, es decir, aquellas que aun no estando expresadas por la norma resultan necesarias para el cumplimiento de actuaciones representativas y que como tales habría de garantizarse igualmente su efectividad” Garrido Pérez, E., op. cit. p. 14.

premisa sirve también para negar toda posibilidad de acceder a informaciones que no queden estrechamente ligadas al ejercicio de las actividades de vigilancia y control e, incluso, para negar la obligación de informar cuando la representación legal de las personas trabajadoras pudiera constatar el diligente cumplimiento de la norma por otras vías¹³.

Al margen de estas deliberaciones, cabría preguntarse si la nueva obligación podría formar parte ya de la pléyade de materias sobre las que la empleadora debe informar a la representación de los trabajadores por expresa previsión legal e, incluso, si nuestro ordenamiento jurídico establece la obligación de consultar a los órganos de representación legal sobre la introducción de estas tecnologías digitales.

Con relación a la primera cuestión, no parece correcto deducir que la información sobre algoritmos, en la medida en que es una cuestión “que puede afectar a los trabajadores”, deba englobarse bajo el paraguas de la cláusula general que da inicio al art. 64.1 ET. De aceptarse esta hipótesis, las obligaciones de información se incrementarían de manera casi infinita y, como se ha dicho más arriba, nuestra jurisprudencia es contraria a este tipo de razonamientos. Por otra parte, tampoco parece que pueda agruparse la nueva obligación entre las materias económicas, productivas y organizativas a las que hacen referencia los apartados 2 y 4 del mismo precepto, pues la obligación de transmitir datos al comité de empresa no incluye el deber de informar sobre los algoritmos que eventualmente hubieran podido facilitar su obtención. En otros términos, la forma en que se obtiene y trata la información no forma parte de los contenidos informativos relativos a la evolución de los datos económicos, del empleo, de las modalidades de contratación o de los datos sobre accidentabilidad, pues tales extremos no resultan precisos en estos supuestos para proceder a su adecuado examen.

Desde la perspectiva contraria, la nueva obligación sí puede provocar un efecto expansivo sobre los deberes de información hasta ahora vigentes, cuando la empresa haga uso de algoritmos en cualquier fase del proceso de toma de decisiones. Valga como muestra de esta posibilidad la información sobre el ejercicio del poder disciplinario, hasta ahora limitada a los supuestos de sanciones por faltas muy graves; en aplicación del nuevo apartado 64.4 ET, puede defenderse que, cuando la decisión de sancionar sea adoptada mediante la utilización de algoritmos, las obligaciones de informar se extenderán sobre el conjunto de las medidas disciplinarias, alcanzando también a los supuestos de faltas leves y graves¹⁴. Por tanto, si la obligación de informar en nuestro sistema resulta un corolario

¹³STS núm. 246/2017, de 23 de marzo de 2017, rec. 81/2016, sobre inexistencia de obligación de registrar la jornada ordinaria. Con posterioridad, STJUE 14 de mayo 2019, C-55/18, corrigió dicho criterio haciendo uso del principio de efecto útil de las normas.

¹⁴Cruz Villalón, J.: “La participación de los representantes de los trabajadores en el uso de los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial” <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/05/>

del ejercicio extraordinario del poder de dirección, la utilización de algoritmos obligará a informar sobre decisiones amparadas por el ejercicio ordinario de dichas facultades.

Con relación a la segunda de las cuestiones, en mi opinión, no cabe interpretar que el nuevo precepto posee virtualidad limitadora de las obligaciones de información y consulta previamente establecidas. La renovación del art. 64 ET no supone un paso atrás en la regulación de los derechos de consulta. En los supuestos en los que la información sobre algoritmos fuese necesaria para la preparación de un procedimiento de consulta, la nueva previsión normativa no altera la situación precedente antes, al contrario, las refuerza. A modo de ejemplo, hasta la fecha, el comité de empresa tenía escasas posibilidades de acceder a esta información en un procedimiento de despido colectivo si se atiende a la doctrina jurisprudencial en la materia. La obligación de información sobre las causas que determinan la decisión empresarial no hace referencia a la utilización de este tipo de tecnologías. Mayores posibilidades tendría la aspiración de acceder a los datos referidos a los criterios de selección de las personas trabajadoras afectadas, cuando la operación de identificación de las personas objeto de despido se realizase mediante algoritmos. Lo que resulta indiscutible es que, tras la reforma, la obligación de facilitar esta información no solo no se ve perjudicada, sino que resulta fortalecida y, sobre todo, extendida a todos los supuestos de extinciones de contratos, incluyendo también las modalidades tramitadas mediante simple notificación.

Sin perjuicio de lo anterior, el avance del grado de participación de la representación de los trabajadores en la empresa continuará siendo muy limitado en tanto nuestro sistema normativo no integre de manera más adecuada los principios contenidos en la Directiva marco y presentes en nuestra norma constitucional. La interpretación, en mi opinión maximalista, de las libertades de organización empresarial está en la base de esta limitada evolución del derecho a la información en la empresa en nuestro país. Los derechos de información, consulta y negociación colectiva poseen una mínima virtualidad limitadora del ejercicio de las libertades de empresa. El deber de negociar, tal y como ha sido interpretado entre nosotros, no obliga a la empresa a llegar a ningún tipo de acuerdo concreto sobre condiciones de trabajo; lo que conocemos como contenido mínimo o exigible del convenio técnicamente debe ser redefinido como cláusulas de configuración del convenio; la obligación de someter a consulta determinadas decisiones empresariales no modifica el carácter unilateral de la decisión empresarial, finalizado el plazo legal o convencional, la empleadora puede continuar adelante con su decisión, tanto si existe pacto como si se mantiene el desacuerdo; la emisión de un informe, preceptivo pero no vinculante por los órganos de representación, difícilmente coarta o restringe el poder de dirección de la empleadora. Por último, la obligación de informar no posee valencia limitadora significativa de la libertad de empresa proclamada por el art. 38 CE. Es obvio que la información permite reforzar el ejercicio de otros derechos colectivos, que pueden activarse a partir del análisis de los datos trasladados por

la empleadora. Estos derechos sí pueden limitar efectivamente aquella libertad, pero, en tales supuestos, el análisis debe construirse a partir de la configuración jurídica del conflicto colectivo laboral. Por consiguiente, en mi opinión, la libertad de empresa no ampara un derecho a la opacidad sobre informaciones que pueden tener relevancia en materia de empleo y condiciones de trabajo.

Una más ajustada recepción de la doctrina europea en la materia permitiría colocar el foco de atención sobre las relaciones de funcionalidad entre el derecho de información y el resto de los derechos de participación que las personas trabajadoras ejercitan a través de las representaciones legales en la empresa. La información en la empresa constituye una premisa esencial para la formación de la voluntad de las personas trabajadoras y de sus representantes en el ejercicio de sus derechos y libertades sindicales. Más concretamente, la adecuada articulación de los derechos a la negociación colectiva y a la huelga exige transparencia sobre los elementos básicos que forman parte del conflicto de intereses que el legislador pretende encauzar mediante el ejercicio de estos derechos. Un hipotético derecho a la opacidad empresarial permite frustrar toda aspiración de buena fe en el ejercicio de aquellos. En definitiva, avanzar en un modelo equilibrado de relaciones laborales, basado en la cooperación y en el diálogo social, exige modificar el enfoque jurídico relativo a las obligaciones de transparencia en el seno de las empresas y, por tanto, en el acceso de las representaciones de los trabajadores a la información que, en cada caso, resulte necesaria para ejercer de la manera más adecuada las facultades que las normas les reconocen. En suma, esta interpretación resultaría más acorde con el carácter de derecho básico de las personas trabajadoras que el art. 4.1.g ET reconoce a los derechos de información, consulta y participación.

Esta tesis se ve reforzada por el impulso normativo que el derecho de la UE otorga a los derechos de información y consulta en la empresa. Las normas aplicables en dicho marco territorial han sido objeto de un renovado tratamiento en el presente siglo, fruto de la acción combinada de dos textos normativos. En primer lugar, ya se ha dicho más arriba, la Directiva marco sobre información y de consulta; en segundo lugar, en términos cronológicos, el art. 6 del Tratado de la Unión Europea, que confiere rango normativo de derecho originario a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), cuyo art. 27 CDFUE categorizaba como fundamental el derecho de información.

La incorporación del derecho de información de los trabajadores al núcleo duro del marco normativo europeo, el derecho originario, debiera abrir las puertas a la materialización de nuevas dimensiones interpretativas, so pena de vulnerar el ordenamiento jurídico ahora vigente. La nueva categorización de los derechos contenidos en la CDFUE confiere a estos el mismo valor jurídico reconocido a los Tratados. Por esta vía, puede afirmarse que el derecho de información en el ámbito de la empresa deberá ser respetado por instituciones nacionales y europeas, organismos que adicionalmente deberán promover su aplicación, lógicamente, en el marco de sus respectivas competencias (art. 51 CDFUE). Por otra parte, a efectos

prácticos, resulta de especial interés la reserva de ley que pesa sobre las limitaciones en el ejercicio del derecho a la información y, en particular, la autolimitación que para el legislador laboral supone el respeto al principio de proporcionalidad. En definitiva, cualquier limitación de los derechos de información en la empresa deberá materializarse mediante norma legal, ser “necesaria” y responder “efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (art.52.1 CDFUE).

Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores consideran que el art. 27 CDFUE contiene una configuración inapropiada para desplegar, por sí solo, efectos directos sobre las relaciones de trabajo. Conforme a esta tesis, la funcionalidad del precepto quedaría limitada a una labor promocional, correspondiendo a la legislación ordinaria la función de garantizar el acceso de los trabajadores o de sus representantes a la información en “los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales”¹⁵. Desde mi punto de vista, la remisión a las normas derivadas y a la legislación interna no resulta argumento suficiente para negar la condición de derecho fundamental, ni la posibilidad de aplicabilidad directa. En todo caso, tanto si el derecho fundamental de información despliega efectos directos, como si no, quizás haya llegado el momento de abandonar la tesis que considera la información como un mero derecho de estricta configuración legal, con el objetivo de incorporar a nuestro ordenamiento interno una perspectiva más acorde con la letra y el espíritu de las normas de la UE.

En este punto, conviene tener presente que la exposición de motivos de la Directiva marco señala la insuficiencia de los marcos jurídicos de información y consulta preexistentes (Considerando 6) y la necesidad de reforzar la confianza mutua y el diálogo social en la empresa (Considerando 7). En esta lógica, la UE considera la información como un elemento clave para la gestión de la empresa, condición previa para el éxito de los procesos de adaptación “a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo” (Considerando 9). Por consiguiente, el modelo de empresa participada a través de la información y, en su caso, la consulta no debe considerarse una opción para las empresas en el ámbito de la UE, ni para los estados miembros, sino un modelo de necesaria implantación perfectamente compatible y compensador de las libertades económicas contenidas tanto en los tratados como en los ordenamientos internos, y con el desarrollo del mercado interior (Considerando 11). Tal y como establece el apartado 3 del art. 1 de la Directiva marco, el sistema cooperativo que pretende poner en marcha la norma exige que ambas partes actúen “con espíritu de cooperación en cumplimiento de

¹⁵García Murcia, J., “Naturaleza y fuerza vinculante de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: a propósito de las previsiones sobre información y consulta en materia laboral”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 52/2014, pp. 91-116.

sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores”.

La operación de transposición de la Directiva marco sirvió para incorporar a nuestro ordenamiento el concepto legal comunitario de información, mediante la técnica de introducir en el art. 64.1 ET la correspondiente definición. Desde entonces, informar en la empresa debe significar algo más que transmitir unos datos, o el cumplimiento de una mera obligación formal, pues la norma se preocupa de plasmar el efecto deseado por el legislador, y exige a la empleadora un esfuerzo de transparencia que no admite informaciones sesgadas, incompletas, veladas o directamente falsas. La información suministrada por la empresa debe ser clara y veraz, idónea para conseguir el objetivo de que la representación de los trabajadores conozca una materia determinada y pueda analizarla, previsión muy en la línea del principio de efecto útil de las normas. Como indica la doctrina, “los datos que puedan ser objeto de información por parte de los representantes han de permitir de forma inmediata y directa su análisis por los representantes, conformando pues un sustrato de conocimiento que puede quedar funcionalizado para posibles y posteriores actuaciones del comité en el ejercicio de su función representativa”¹⁶.

El nuevo apartado 4 del art. 64 ET, pretende actualizar los derechos de información en la empresa con el objetivo de garantizar un nivel de transparencia hasta ahora desconocido en nuestro ordenamiento laboral. Como veremos en los apartados que siguen, el precepto resulta también novedoso tanto por la naturaleza de la cuestión objeto de información, como por su alcance, porque el deber de información se extiende también a los tratamientos de información realizados por empresas colaboradoras de la empleadora y porque se proyecta sobre la fase previa a la toma de decisiones. Por último, es obvio que el derecho reconocido se sitúa en el nivel más débil de entre los distintos derechos de participación en la empresa, pero la previsión normativa generará dinámicas positivas sobre todas las decisiones empresariales adoptadas a partir de estos mecanismos¹⁷. En particular, el derecho de información sobre los algoritmos es acreedor de una inmensa potencialidad en materia de negociación colectiva, espacio en el que podrán acordarse aspectos que la norma legal no ha cerrado, como los criterios de periodicidad, las limitaciones de uso y las evaluaciones periódicas sobre los efectos que su aplicación provocan sobre la evolución de las condiciones de trabajo, con atención especial atención a la variable sexo.

¹⁶Garrido Pérez, E., op. cit., p. 18.

¹⁷Baylos Grau, A., op. cit.; Cruz Villalón, J., op. cit.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

En su conjunto, las obligaciones de información que establece el art. 64 ET se proyectan sobre la generalidad de las empresas, sin diferenciar en función de la actividad que éstas desarrollan o del volumen de empleo que, en cada caso, contienen. En concordancia con lo anterior, la nueva letra d) del apartado 4 tampoco discrimina por aquellos motivos y resulta aplicable a todo tipo de empresas y centros de trabajo. El hecho de que la previsión haya sido incorporada en el mismo instrumento normativo que la mal llamada “ley rider” puede inducir a error. Por ello, conviene reiterar que las plataformas digitales de reparto están obligadas a informar sobre los algoritmos en los mismos términos que el resto de las empresas¹⁸. La opción legislativa que pasa por la inclusión de dicha obligación en el art. 64 ET y la letra de la norma no dejan margen de duda sobre el alcance general de la obligación de informar. En la medida en que todo tipo de empresas pueden utilizar estas tecnologías para la gestión de personal, la obligación se extiende a la generalidad de las empresas, siempre que hagan uso de algoritmos a tales fines. Sin perjuicio de lo anterior, conviene tener presente que el destinatario único de la información que la empleadora está obligada a proporcionar es, como se verá más abajo, la representación legal de las personas trabajadoras. Por tanto, en ausencia de representación legal, la nueva obligación de informar, como el resto de las contenidas en el art. 64 ET, se desvanece. A tales efectos, no resultan relevantes las causas que determinan la inexistencia de órganos de representación; por consiguiente, tanto en los supuestos en que la carencia se justifica en el tamaño de la empresa, como en los que sea debida a la falta de convocatoria del correspondiente procedimiento legal, la obligación de informar no se activa.

Quizás en este apartado convenga también traer a colación la discusión en torno al ámbito aplicativo de la Directiva marco. Como es conocido, su art. 3 remite a las normas de transposición de los estados miembros la posibilidad de limitar la aplicación de la norma, en función del volumen de empleo. En aplicación de dicho precepto, las normas de transposición a los ordenamientos internos podían, en este apartado, elegir una de estas tres opciones: excluir de la aplicación de la norma a las empresas que en su conjunto empleen a un número inferior a 50 personas, excluir de la aplicación de la norma a los centros de trabajo que empleen a un número inferior a 20 personas, o no excluir a ningún tipo de empresas por su volumen de empleo. La norma española de transposición, siguiendo la tradición en la materia, eligió la tercera opción y, por ello, el art. 64 ET continuó aplicándose a empresas grandes y pequeñas. Sin perjuicio de lo anterior, podría plantearse que, puesto que

¹⁸“No se trata de un derecho asociado funcionalmente a este particular ámbito de la actividad, aunque en él puede alcanzar un especial valor”, vid. Garrido Pérez, E.: “El nuevo y complejo derecho de información sobre algoritmos y sistemas de inteligencia artificial que inciden en el empleo y las relaciones laborales” <https://www.net21.org/derecho-informacion-algoritmos-inteligencia-artificial/>

el precepto estatutario hace referencia a los comités de empresa como acreedores de la obligación de información, las empresas o los centros de trabajo que emplean a un número inferior a 50 personas, ámbitos en los que corresponde a los delegados de personal la función de representación legal, quedarían al margen de los efectos de la reforma. Nada más lejos de la realidad, como se reiterará a continuación, por aplicación de lo dispuesto en el art. 62.2 ET, las competencias de ambos sistemas de representación deben ser objeto de igualación, por lo que la referencia legal al comité de empresa no permite excluir a las empresas de pequeño tamaño.

Sentado lo anterior, la opción generalista debe interpretarse también en el entorno empresarial sobre el que se proyecta la obligación de informar, por lo que el precepto debe entenderse aplicable a todo tipo de organizaciones empresariales, independientemente del grado de complejidad que revista su proceso de producción o prestación de servicios. Por consiguiente, tanto si la tarea de recopilación y tratamiento de la información mediante uso de algoritmos se realiza por alguna de las empresas que forman parte de un grupo de empresas, como si la empresa decide externalizar tales actividades, el órgano representativo mantiene su derecho a ser informado cuando dichos tratamientos puedan afectar a las personas trabajadoras que representan¹⁹. Es posible que estos casos la empleadora carezca de la información que debe suministrar, pero como en otros supuestos²⁰, debe interpretarse que está obligada a recabar la información correspondiente, y facilitarla a la representación de las personas trabajadoras. En otras palabras, cuando las decisiones empresariales vengán determinadas por tratamientos de datos realizados por otra persona jurídica, la empleadora no podrá utilizar este argumento para negar la información correspondiente a la representación de las personas trabajadoras. Una interpretación contraria permitiría a las empresas eludir el mandato legal de manera fácil y generalizada.

Desde la perspectiva subjetiva, la nueva previsión legal aspira a la universalidad, en la lógica ya tradicional de nuestro sistema de relaciones laborales, construido sobre el doble canal de representación en la empresa. Es cierto que la inserción del nuevo derecho en el art. 64 ET otorga la titularidad del derecho al Comité de Empresa, condición que como se ha dicho más arriba debe extenderse también a los delegados de personal. Pero como resulta también conocido, el art. 10.3.1º LOLS obliga a la empleadora a facilitar a los delegados sindicales la misma información y documentación, salvo que sean miembros del comité de empresa. Quizás la reflexión más relevante en este apartado surge a partir de los argumentos vertidos más arriba. En concreto, si las empresas que carecen de órganos de representación de personal no se ven obligadas a trasladar la información objeto de estudio, cuya relevancia ha sido por todos destacada, la garantía de los derechos que

¹⁹Cruz Villalón, J., op. cit.

²⁰SSTJCE C-62/99, de 29 de marzo de 2001 y C-349/01, de 15 de julio de 2003.

se ejercitan a través de estos mecanismos resulta claramente deficitaria. La cuestión resulta de especial interés si se atiende a que el desarrollo de estas tecnologías se ha producido con mayor intensidad en sectores emergentes, o poco maduros, de la actividad empresarial, en los que el ejercicio de las libertades sindicales se encuentra escasamente extendido e, incluso, las empresas han pretendido limitar el acceso a tales libertades mediante la práctica de negar la naturaleza laboral de las relaciones de trabajo que se despliegan en determinadas actividades, como en el paradigmático caso de las plataformas digitales de reparto.

Es obvio que cuando un sistema de relaciones laborales organiza el ejercicio de los derechos de participación de las personas trabajadoras en la empresa a través de la mediación de sus órganos de representación (art. 61 ET), la carencia de éstos desactiva el conjunto del diseño institucional. La obligación legal que impone la celebración de elecciones en los centros de trabajo que empleen a 11 o más personas (art. 62.1 ET) no resulta una cláusula eficaz de cierre del sistema. La problemática no afecta solo a la información sobre algoritmos, ni únicamente a los derechos de información, pero esta afirmación no justifica la elusión de una mínima reflexión en torno a la adecuación a la realidad del vigente sistema de representación de las personas trabajadoras en la empresa. En este sentido, las fórmulas alternativas de representación introducidas con el objetivo de garantizar la viabilidad de determinadas expresiones del poder de dirección de la empleadora (arts. 40, 41.4, 47.1, 51.2, 82.3 ET), pueden servir de experiencia para un eventual blindaje del sistema de representación en la empresa. En particular, la asunción de estas responsabilidades por las organizaciones sindicales más representativas requeriría de un fortalecimiento intenso de sus estructuras, con el correspondiente respaldo financiero, para alcanzar el conjunto de la estructura empresarial huérfana de representación. En caso contrario, cualquier expectativa de mejora quedaría frustrada. Por el contrario, el recurso a comisiones de trabajadores *ad hoc* parece que no satisface las garantías básicas que en todo proceso de información y consulta deben ser respetadas.

Desde la otra cara de la moneda, la obligación de informar se proyecta sobre la empleadora, ya sea persona física o jurídica. En este apartado debe tenerse en cuenta la amplia jurisprudencia sobre grupos de empresa²¹ y sobre la doctrina del levantamiento del velo²². En caso de incumplimiento de la obligación de informar conviene recordar que el art. 7.7 LISOS tipifica como falta grave la transgresión de los derechos de información de los representantes de las personas trabajadoras.

²¹Entre las más recientes, STS núm 798/2017, de 21 de noviembre de 2019 (rec. 103/2019)

²²Entre las más recientes, STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014)

4. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO

4.1. Alcance material de la obligación de informar

La nueva referencia legal contiene algunos elementos de cierta complejidad, la delimitación del objeto de la información se realiza mediante la introducción de una serie de requisitos encadenados que pueden inducir a error. En este contexto, el término algoritmo señala a todo tipo de operaciones y cálculos matemáticos que, realizados de manera automatizada, permiten al empresario adoptar decisiones con un mayor nivel de información²³. Por su parte, la referencia a los sistemas de inteligencia artificial, un concepto mucho más amplio, engloba todo tipo de programas informáticos que ejecutan operaciones en alguna medida comparables a las que realiza el ser humano, e incorporan mecanismos de aprendizaje o razonamiento lógico. En el marco de las relaciones de trabajo la inteligencia artificial puede sustituir al empleador, o a las personas en que se delegue el ejercicio del poder de dirección, en la toma de determinadas decisiones²⁴. Nótese que, a diferencia de lo que sucede en el resto de los supuestos regulados en el art. 64 ET, la nueva previsión no se refiere a determinados contenidos cuyo interés radica en su naturaleza (sanciones, igualdad, contratación, información económica, información sobre igualdad, etc.); por el contrario, en esta ocasión el interés de la información radica en la aspiración de comprender cómo funciona una determinada herramienta que, eventualmente, puede servir a la empresa para adoptar determinadas decisiones. Ciertamente, la previsión comparte objetivos preventivos con el resto de los derechos de información, pero el enfoque resulta bastante novedoso.

En principio, la empresa no está obligada a informar a la representación de los trabajadores sobre la utilización de estas tecnologías en cualquier ámbito de su organización, pues se restringe a los usos relacionados con la gestión de la actividad de las personas que prestan servicio en la empresa. Efectivamente, la obligación empresarial se circunscribe a los supuestos en que su uso condicione o determine la toma de decisiones que “pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. En sentido contrario, no existe obligación de informar cuando el uso de estas tecnologías no afecte a este tipo de decisiones, ni cuando afectándolas no tengan la capacidad de incidir sobre estas materias.

²³Definición muy cercana, en este caso, a la primera acepción contenida en el DRAE: “Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema.”

²⁴Tampoco en este caso la interpretación se aleja del diccionario que define el concepto 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”.

Por otra parte, el derecho de información no se alcanza al conjunto de elementos que configuran el algoritmo, sino sobre la parte que resulta de mayor funcionalidad para los órganos de representación: “los parámetros, reglas o instrucciones” que lo gobiernan.

Para conseguir estos objetivos, la estructura del precepto gana en complejidad en este punto mediante la introducción de sucesivos filtros de acción cumulativa que progresivamente decantan el contenido material del derecho de información sobre estas prácticas empresariales. En primer lugar, lógicamente, se requiere que la decisión de la empleadora se encuentre condicionada por el algoritmo. En segundo lugar, la decisión pueda afectar a una serie de materias. Si el primer requisito resulta relativamente fácil de interpretar y aplicar, y obligará a la empresa a detallar cuáles son las fases que configuran su proceso de adopción de determinadas decisiones, la aplicación del requisito segundo plantea algún problema. Si, como parece sugerir la norma, no es preciso que se produzca una incidencia concreta sobre las condiciones de trabajo y empleo, será preciso realizar una valoración sobre la potencialidad de determinada información para incidir sobre dicha esfera. Sin duda, así lo dice el precepto expresamente, la elaboración de perfiles de las personas que prestan servicio en la empresa es un supuesto legal de potencialidad suficiente. Por el contrario, en el resto de los supuestos, el tenor de la norma adquiere perfiles más difusos y su interpretación resultará más discutible, porque en caso de falta de acuerdo sobre este punto, será preciso acreditar que estas decisiones pueden llegar a afectar las condiciones de trabajo y empleo. A facilitar, en cierta medida, la interpretación de este segundo requisito viene la amplia y generalista selección de las materias objeto de incidencia. En atención a la misma, deberá ser objeto de información cualquier decisión influenciada por un algoritmo cuando pueda afectar a cualquier condición de trabajo o empleo, incluyendo las decisiones sobre contratación, modificación o extinción de la relación de trabajo. En otras palabras, la extensión de la obligación de informar alcanza a los momentos previos al inicio de la relación laboral, al conjunto de sus vicisitudes y permanece vigente hasta la finalización de aquélla. Por consiguiente, la nueva materia objeto de información afectará a los procedimientos de selección de personal, a cualquier tipo de modificación de las condiciones de trabajo, a los supuestos de suspensión o reducción de jornada y a las distintas modalidades de despido. En este sentido, puede afirmarse que la obligación de información sobre algoritmos afecta al conjunto de facultades que configuran el poder de dirección de la empresa.

Por último, la empresa no está obligada a informar sobre la globalidad de elementos que conforman el algoritmo o los sistemas de inteligencia artificial. Por el contrario, la obligación de informar se proyecta exclusivamente sobre los parámetros, las reglas y las instrucciones que estos contienen, que sirven para regular su funcionamiento y condicionar los resultados. La obligación de informar se refiere a los criterios que gobiernan estas herramientas y a las órdenes que la persona que los ha creado transmite a estos sistemas. No se trata por tanto de

información sobre aspectos técnicos, tampoco está obligada la empresa a informar sobre cómo se elaboran o construyen estos sistemas. Lo que debe ser objeto de la operación de transparencia son las características, condiciones, rasgos o comportamientos que permiten al algoritmo seleccionar a un grupo de personas como destinatarios de una decisión empresarial. Por el contrario, y este quizás sea una de las principales lagunas de la norma a completar vía autonomía colectiva, no parece desprenderse de la previsión legal que la empresa esté obligada a facilitar a la representación de los trabajadores todos los datos que pueda poseer de las personas que prestan servicio en la empresa.

4.2. Tiempo, forma y efecto útil de la norma

El apartado 4 del art. 64 ET no establece una periodicidad concreta en la que se debe producir la activación sucesiva de la obligación de informar. A diferencia de lo que ocurre con los apartados 2 (trimestralmente) o 3 (al menos anualmente), la información sobre las materias contenidas en dicho apartado deberá producirse con “la periodicidad que proceda”. La especial configuración del derecho obliga al intérprete a cuestionarse sobre el marco temporal pertinente en el que la obligación de información debe activarse. La respuesta a esta pregunta debe venir de la mano de la aplicación combinada de los criterios de literalidad y teleología en la interpretación de la norma. Si la nueva disposición posee una funcionalidad preventiva, que se concreta en facultar a la representación legal de las personas trabajadoras para controlar el ajuste a derecho de las reglas que gobiernan el algoritmo, garantizando con ello que la empresa no hace uso de sesgos discriminatorios, resulta obvio que la información debe ser trasladada en la fase de diseño o gestación de la herramienta digital y, en todo caso, antes que el tratamiento de datos se produzca. En caso contrario, el efecto de la norma quedaría diluido, pues la hipotética transgresión de la normativa se habría actualizado sin intervención de la representación legal. El reconocimiento del nuevo derecho de participación permite a estos intervenir en el proceso de creación y puesta en marcha del algoritmo y proponer modificaciones de diseño que garanticen un mayor respeto al marco normativo en los procesos de tratamiento de datos de las personas trabajadoras que desea realizar la empleadora. La hipótesis de que una intervención *ex post* del órgano de representación, que trasladase el control sindical exclusivamente a la fase análisis de los resultados, ni se desprende de la letra de la norma, ni conecta con una interpretación finalista del precepto legal.

En apoyo de la tesis que defiende la intervención de la representación legal en la fase de construcción del algoritmo, antes de que comience a operar, viene también el contenido del art. 64.6 ET. Conforme al mismo, la información debe ser facilitada “en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe. La idoneidad del elemento temporal

resulta por tanto netamente funcional, de manera que la información debe ser facilitada en el momento más adecuado para garantizar que el algoritmo no contenga sesgos discriminatorios, por consiguiente, la empresa debe suministrar los datos debidos antes de iniciar cualquier procesamiento de datos. En caso contrario, la previsión normativa quedaría completamente desactivada, pues si la información se materializa con posterioridad, la vulneración de los derechos de las personas cuyos datos han sido objeto de tratamiento ya se habría producido y, lo que resulta aún más grave, la empresa podría eventualmente hacer uso de esa información en el ejercicio de los poderes de dirección. Por tanto, en el supuesto previsto en la letra d) del art. 64.4 ET, procede informar al comité de empresa en la fecha en la que la empresa decide iniciar el proceso de implementación de las tecnologías a las que dicho precepto hace referencia. En la misma lógica, la información deberá actualizarse si la empresa decide modificar los parámetros o reglas inicialmente introducidos.

Sin perjuicio de lo anterior, una vez cumplida satisfactoriamente por la empresa la obligación de informar sobre los contenidos a los que hace referencia el precepto legal objeto de estudio, se abren distintas hipótesis sobre el desarrollo de los acontecimientos. En primer lugar, resulta dable que el órgano de representación legal considere que no existe sesgo alguno en el diseño del algoritmo y, por tanto, se proceda a poner en marcha la herramienta digital sin objeciones sindicales. Sin embargo, en ocasiones los parámetros que gobiernan estas herramientas, intencionada o accidentalmente, pueden producir situaciones de discriminación indirecta. Ante esta eventualidad, aunque la experiencia permite prever determinadas desviaciones con un alto grado de certeza, el análisis de los resultados resulta vital. Nada dice el precepto sobre la obligación de informar sobre los datos obtenidos a partir de los tratamientos materializados mediante estas tecnologías, en lo que en mi opinión resulta un exceso de confianza del legislador en la eficacia del mecanismo de prevención que debe desplegarse en aplicación del cambio normativo. Es cierto que los procesos de información y consulta que han de ser objeto de materialización para la adopción de las medidas que pueden tener efectos más incisivos sobre las condiciones de trabajo y empleo permitiría a los órganos de representación actuar sobre los resultados, pero no es menos indiscutible que el ejercicio del poder de dirección se extiende sobre un gran número de supuestos en los que esta garantía no está presente. Quizás la negociación colectiva pueda actuar en este sentido, si bien, como en otros supuestos, el alcance de la cobertura negocial será desigual y limitado.

En segundo lugar, resulta igualmente posible que el órgano de representación legal plantee objeciones y propuestas de modificación sobre el diseño del algoritmo. En la medida en que la obligación legal se configura como un derecho de información simple, no es preciso que el Comité de Empresa se pronuncie mediante la emisión de un informe, pero ninguna norma legal puede impedir que, si así lo acuerda, la representación de las personas trabajadoras elabore un informe

escrito o trasmite a la empresa su parecer crítico de forma oral. En estos casos, puede iniciarse un procedimiento no reglado de consulta que permita a las partes alcanzar un acuerdo sobre los cambios que han de ser introducidos en el diseño de la herramienta digital propuesto por la empresa. En caso de acuerdo, verbal o escrito, sobre estas premisas entre la representación de los trabajadores y la empresa volveríamos a encontrarnos en la situación señalada en el párrafo anterior. Por el contrario, también resulta posible que la empresa no desee alcanzar un acuerdo en esta materia o no le sea posible consensuar con la representación de las personas trabajadoras unos parámetros que satisfagan los intereses de ambas partes. En tales supuestos, la decisión de poner en marcha el algoritmo, con el diseño inicial o con las pertinentes modificaciones, corresponde a la empresa en el ejercicio del poder de dirección. Sin perjuicio de la eficacia de la decisión empresarial, la información obtenida permitirá al órgano de representación adoptar las medidas, judiciales o de acción sindical, que en cada caso considere oportunas, con un mayor grado de conocimiento y, eventualmente, de éxito en su cometido.

Hasta aquí el análisis ha discurrido sin tener en cuenta que algunas empresas vienen haciendo uso de algoritmos para la gestión de su plantilla desde hace algunos años. En esta lógica, hubiera sido pertinente que la previsión normativa hubiese establecido algún tipo de régimen específico. La disposición final segunda del RDL 9/2021, de 11 de mayo unifica la entrada en vigor del conjunto de las previsiones contenidas en el mismo, estableciendo una *vacatio legis* de tres meses desde la publicación en el BOE, como es sabido el pasado 12 de mayo. Trascurrido dicho plazo las empresas deberán cumplir con su obligación de informar en los términos que aquí se vienen señalando. Cabe plantearse, por tanto, en qué situación se encuentran las empresas que venían utilizando estas tecnologías con anterioridad a la publicación de la norma e, incluso, qué obligaciones de información le resultan aplicables a las empresas que han incorporado estas herramientas en el plazo que media entre la publicación de la norma y su entrada en vigor. La interpretación literal de la norma permite colegir que las empresas estarán obligadas a informar sobre los algoritmos que se encuentran operativos a partir de la fecha de entrada en vigor, aunque el inicio de esta práctica se hubiese producido con anterioridad a dicha data.

En otro orden de cosas, la complejidad técnica de la información que la empresa debe suministrar podría también poner en tela de juicio el efecto útil de la norma. En ausencia de expertos en la materia, la representación de las personas trabajadoras podría verse en dificultades para materializar la operación de vigilar y controlar que los “parámetros, reglas e instrucciones” en los que se basan los algoritmos no perjudican los intereses de las personas a las que representan. El deber de cooperación y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones de información debieran ser cautelas suficientes para garantizar que la información, en términos de forma y contenido, se trasmite idóneamente; en otras palabras, la forma y el contenido de la información suministrada por la empresa debe

permitir conseguir el objetivo descrito en la norma: permitir que las personas que forman parte del órgano de representación puedan examinar adecuadamente los documentos que le hayan sido trasladados²⁵. También en este punto, la negociación colectiva puede convertirse en terreno fértil para la introducción de derechos de formación en favor de los miembros de los órganos de representación legal o, en su caso, de mecanismos de financiación de la contratación de personas expertas en la materia.

4.3. Deber de sigilo y materias secretas

El art. 65 ET impone una serie de limitaciones a las personas miembros del comité de empresa en el ejercicio de sus facultades de representación y a las personas expertas que eventualmente pudieran asesorarles. Por lo que aquí más interesa, el apartado 2 de dicho precepto establece un deber de sigilo que se proyecta a todas las informaciones calificadas, esto es, aquellas informaciones suministradas que la empresa considera que poseen naturaleza reservada. En segundo lugar, el apartado 3 del citado artículo completa el apartado anterior, circunscribe el uso de la información recibida al ámbito de la empresa, y funcionaliza la utilización de los datos obtenidos. En suma, la representación legal de las personas trabajadoras solo podrá hacer uso de estos datos para el cumplimiento de los fines que motivan y justifican su entrega. Estas obligaciones acompañan a las personas representantes después de la finalización del mandato representativo, independientemente de que cambien de centro de trabajo o se extinga el contrato de trabajo que les une a la empresa.

En estos términos expresado, el deber de sigilo posee virtualidad para condicionar el ejercicio de los derechos de representación en la empresa, en la medida en que limita la libertad de la representación de los trabajadores de publicitar las actuaciones de la empresa. En una interpretación maximalista el deber de sigilo podría impedir incluso la transmisión de estas informaciones a las personas representadas. En este caso, los órganos de representación de las personas trabajadoras se verían obligados a tomar decisiones y, en su caso, a programar su actividad sindical en la empresa al margen del cumplimiento del deber de informar a las personas a las que representan. La disfuncionalidad de este proceder recomendaría interpretaciones restrictivas de este deber de sigilo que, por otra parte, afecta al ejercicio de las libertades sindicales, tanto desde la perspectiva colectiva, como desde la perspectiva individual.

En todo caso, el deber de sigilo sólo se activa por decisión empresarial, en la medida en que corresponde a la empleadora otorgar la calificación de materia reservada a determinadas informaciones. En mi opinión, la información objeto de

²⁵Sobre el diseño del concepto información en la Directiva marco, vid. Gómez Gordillo, R., op. cit., pp. 85 a 91.

análisis difícilmente resulta idónea para obtener dicha calificación, puesto que no se adivina qué “legítimo y objetivo interés de la empresa” puede ser preservado mediante tal medida. Nuevamente en este apartado resulta necesario traer a colación las cada vez mayores exigencias de transparencia que se vierten sobre las actividades empresariales, cuya implementación requieren un replanteamiento de la interpretación del art. 38 CE cuando, como en este punto con toda claridad, pueden llegar a suponer una restricción de las libertades sindicales.

Menos aún podría interpretarse que la información a la que obliga la nueva letra d del art. 64.4 ET puede ser calificada como secreto industrial, financiero o comercial, con la virtualidad de obstaculizar el funcionamiento de la empresa u ocasionar graves perjuicios económicos, al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 del art. 65 ET. Los filtros, a los que se ha hecho referencia más arriba, que delimitan el contenido de la obligación de informar obran en contra de dicha interpretación. La introducción de sesgos discriminatorios o no justificados en los algoritmos no puede considerarse un secreto empresarial objeto de protección por el ordenamiento jurídico, ni cabe invocar la garantía establecida en el art 65.4 ET con el objetivo de vulnerar el marco normativo vigente.

En todo caso, las decisiones de la empresa que tengan por objeto calificar la información sobre algoritmos como materia reservada o secreta podrá ser objeto de impugnación por los órganos de representación de las personas trabajadoras activando el proceso de conflictos colectivos regulado en los arts. 153 y ss. de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. El mismo procedimiento judicial puede activarse ante el incumplimiento por las personas miembros de la representación legal de los deberes de sigilo y secreto.