

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EMPLEO. ANÁLISIS CRÍTICO DEL MARCO REGULATORIO EUROPEO Y ESPAÑOL IMPULSADO POR EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

ROSA M^a GONZÁLEZ DE PATTO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras clave: Inteligencia artificial, derechos fundamentales, empleo, Derecho europeo y español

Aunque el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) no recoge referencia alguna a la a la Inteligencia Artificial (IA) potencialmente lesiva en el ámbito del empleo, el Plan de Acción del PEDS 2021 sí lo hace de forma expresa, al concretar las acciones y objetivos para desarrollar y concretar los principios establecidos por aquél. De este modo, el PEDS ha servido de impulso de un marco regulatorio europeo y nacional, aún en construcción, enderezado a garantizar el uso ético, fiable y respetuoso de derechos sociales fundamentales de la ciudadanía en general y de las personas trabajadoras en particular. El análisis crítico de la disciplina jurídica de la IA en los ordenamientos europeo y español, objeto de este estudio, centrado en su proyección en el ámbito del empleo y la protección social, incide en sus progresos y debilidades, en el cumplimiento del objetivo de servir de escudo protector de derechos y garantía de condiciones de vida y trabajo seguras y justas (uno de los principios basilares del PEDS) frente a la digitalización basada en la Inteligencia Artificial.

ABSTRACT

Keywords: Artificial intelligence, fundamental rights, employment, European and Spanish legislation

Although the European Pillar of Social Rights (PEDS) does not include any reference to protection against harmful artificial intelligence in the field of employment, the Action Plan PEDS 2021 does so expressly by specifying the actions and objectives to develop and implement the your Principles. In this way, the PEDS has served as an impetus for a European and national law framework, still under construction, aimed at ensuring the ethical and respectful use of fundamental social rights of citizens in general and working people in particular. The critical analysis of the legal discipline of AI in the UE and Spanish legal systems, the object of this study, focused on its projection in the field of employment and social protection, allows to detect and influence their progress as well as their weaknesses in fulfilling the objective of serving as a protective shield for the guarantee of safe and fair living and working conditions against digitization based on Artificial Intelligence, one of the basic principles of the PEDS.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y TRABAJO JUSTO EN EL “PLAN DE ACCIÓN” DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES 2021
3. EL IMPACTO DEL PLAN EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES EN MATERIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EMPLEO. EL MARCO REGULATORIO EUROPEO
 - 3.1. La Ley de Inteligencia Artificial. Progresos y debilidades
 - 3.2. La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil extracontractual de la Inteligencia Artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de Inteligencia Artificial)
4. EL MARCO REGULATORIO ESPAÑOL
5. CONCLUSIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) no han perdido vigencia pese al tiempo transcurrido desde su proclamación en la Cumbre Social de Gotemburgo de 2017 por el Empleo y el Crecimiento Justos. Bien al contrario, cobran mayor sentido, si cabe ahora, como vector de la recuperación tras los durísimos efectos económicos y sociales de la pandemia Covid 19 y, por otra parte, como instrumento promocional de marcos regulatorios, europeo y nacionales, de garantía de los derechos sociales fundamentales frente a los nuevos y graves desafíos que representa la digitalización y, en particular, la Inteligencia Artificial (IA) en todos los ámbitos y, por lo que aquí interesa, en el ámbito del empleo.

Haciendo un brevísimo repaso histórico, recordemos que en la Recomendación (UE) 2017/761, de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS), la Comisión Europea recogía los veinte principios que debían ser promovidos por las instituciones de la UE y los Estados miembros para la consecución de una Europa más social. Poco después, la cumbre europea de Gotemburgo del 17 de noviembre de ese mismo año se aprovechó para escenificar con una declaración formal la cobertura político-institucional del PEDS por parte del Parlamento, el Consejo y la Comisión europeas.

Sin perjuicio de su limitado valor jurídico al tratarse de una herramienta de soft law desprovista de naturaleza normativa e, incluso, de eficacia obligacional¹, lo que ha merecido el reproche de un sector de la doctrina iuslaboralista y constitucionalista², otro sector hace una lectura más positiva de este instrumento,

¹ Rojo Torrecilla, E. (2017): “La construcción del Pilar europeo de derechos sociales. De la propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente?”, Revista Galega de Dereito Social, 3, 9-74.

² Ramos Quintana, M. (2017), “El Pilar Europeo de los Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, Revista de Derecho Social, n.º 77; Arrufe Varela, A. (2018): “El nuevo

apuntando que, pese a su carácter meramente programático, ha contribuido, por una parte, a sistematizar y visibilizar los principios y derechos sociales ya reconocidos previamente en el acervo comunitario, representando un contrapunto social frente a la razón económica propia de la corriente neoliberal preponderante en los años precedentes³; y, por otra parte, a impulsar el desarrollo de los derechos sociales por medio de instrumentos normativos posteriores, tanto europeos como nacionales, cuya fuerza vinculante los va dotando de efectividad⁴. Desde esta perspectiva, el PEDS ha representado un punto de inflexión muy positivo en la política social europea influyendo de forma relevante en su desarrollo⁵.

Si bien es cierto que ninguno de los tres capítulos del PEDS, en torno a los que se articulan sus veinte principios vertebradores, hace referencia explícita al impacto de la disrupción digital en el ámbito del trabajo y, en particular a la Inteligencia Artificial (IA), el posterior Plan de Acción del PEDS 2021, impulsado por la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, Bruselas 4 de marzo de 2021 [COM(2021 102 final)]⁶, sí recoge ya previsiones específicas a este respecto, vinculándolas al objetivo de “adecuación de las normas laborales al futuro del trabajo” para la garantía de Condiciones de trabajo justas, en el sentido del capítulo II del Pilar, que, como se recordará, incluye seis principios: 5. Empleo seguro y adaptable. 6. Salarios. 7. Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido. 8. Diálogo social y participación de los trabajadores. 9. Equilibrio entre vida profesional y vida privada. 10. Entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos. Un enfoque acertado ya que la regulación del uso ético y adaptado a las personas, (de las trabajadoras en particular) de la IA es esencial para la garantía del empleo seguro, adaptable y justo.

En efecto, la necesidad de afrontar las secuelas económico-sociales de la pandemia llevaron a la Comisión a constatar la conveniencia de articular los principios del PEDS mediante objetivos y acciones concretas con la finalidad

Pilar Europeo de Derechos Sociales. Análisis crítico”, *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 49, 2018; Lasa López, A. (2019): “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: un análisis desde las coordenadas del constitucionalismo de mercado europeo”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 23, Nº 62, 2019.

³ Monereo Pérez, J.L. (2018): *Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de Seguridad Social*. *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 8, núm. 2, 2018.

⁴ En este sentido, Tomás Mallen, B. (2023) “El impacto del Pilar Europeo de Derechos Sociales en la legislación española”. *Lex Social, Revista de Derechos Sociales* 13 /1).

⁵ Rojo Torrecilla, E. (2023): *Pilar Europeo de Derechos Sociales. El avance hacia una Europa más social*. *Revista Gaceta Sindical, reflexión y debate*, núm. 40, junio de 2023.

⁶ https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b7c08d86-7cd5-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF.

impulsar una Europa social más fuerte con el horizonte del año 2030, convergiendo así con la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de las Naciones Unidas (25 de septiembre de 2015). Por esta razón adoptó en abril de 2021 el “Plan de Acción” del Pilar Europeo de Derechos Sociales, en el que la Comisión insta a un esfuerzo conjunto, con la participación de todos los niveles de gobernanza, los interlocutores sociales y otros actores, para la plena aplicación de los principios del PEDS. Este Plan tuvo el respaldo de la Cumbre Social de Oporto (7-8 de mayo de 2021), y previsiblemente recabará el apoyo de la Presidencia Española de este segundo semestre de 2023, iniciada el 1 de julio, hasta su revisión prevista en 2025.

El Plan de acción 2021, como se ha dicho, se sustenta en el valor que le atribuye al PEDS, al que erige en el instrumento estratégico de la UE “para garantizar que las transiciones de la neutralidad climática, la *digitalización* y el cambio demográfico sean socialmente justas y equitativas”, y, por ello mismo, contiene importantes elementos para abordar los desafíos que entraña la IA desde la perspectiva de la garantía de condiciones de trabajo seguras y justas a las personas trabajadoras.

2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y TRABAJO JUSTO EN EL “PLAN DE ACCIÓN” DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES 2021

Centrándonos en el tercer bloque del Plan de Acción del PEDS 2021, en él se recogen las medidas enderezadas a la aplicación y efectividad de sus principios, haciendo referencia a las ya adoptadas y a las previstas para el futuro, con especial hincapié en las áreas consideradas como prioritarias. Y es aquí y con este enfoque donde, entre los objetivos y medidas previstos para “Adecuar las normas laborales al futuro del trabajo”, se plantean los retos vinculados a la disrupción digital en los lugares de trabajo y, en particular los desafíos que supone la aplicación de herramientas de gestión algorítmica, especialmente las basadas en inteligencia artificial (IA). En este sentido, la Comunicación advierte su aplicación extensiva e intensiva por las empresas “*para dirigir la contratación, supervisar las cargas de trabajo, definir las tarifas de remuneración, conducir la trayectoria profesional o potenciar la eficiencia de los procesos, así como cuando se deben realizar tareas de alta exposición*”, por lo que considera imprescindible abordar los riesgos que presentan los sistemas automatizados de toma de decisiones basados en algoritmos, en especial los derivados de decisiones sesgadas, discriminatorias y faltas de transparencia, con el objeto de “*mejorar la confianza en los sistemas impulsados por IA, promover su uso y proteger los derechos fundamentales*” de los trabajadores/as. Sobre esa base, la Comisión asumía el compromiso de adoptar, a partir de la referencia del Libro Blanco sobre la inteligencia artificial, “un reglamento de la Unión sobre la inteligencia artificial en el segundo trimestre de 2021 para la adopción del uso confiable de la IA en la economía de la Unión, especialmente en el lugar de trabajo y para todas las formas de trabajo”. Un compromiso en el que

se han producido grandes y rápidos avances para adoptar un paquete normativo hard law integrado por dos normas de relevancia: la Propuesta Reglamento IA, considerada la primera ley a nivel mundial que establece los límites para una aplicación equilibrada, justa y ética de los sistemas de IA en diversos ámbitos, incluido, por lo que aquí interesa, el mercado de trabajo, así como la Propuesta de Directiva sobre Responsabilidad de la IA, cuyo análisis crítico constituirá el núcleo de este estudio.

3. EL IMPACTO DEL PLAN EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES EN MATERIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EMPLEO. EL MARCO REGULATORIO EUROPEO

La apuesta de la Comisión por impulsar un paquete normativo para la regulación de la IA responde a la convicción de que la disrupción digital aporta innegables beneficios en todos los ámbitos, incluido en el ámbito del empleo, representando ya una herramienta imprescindible para las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, en la mejora de la productividad, la competitividad y la eficiencia en la gestión de los recursos humanos y, desde la perspectiva de los trabajadores, nuevas oportunidades de acceso al empleo y a formas de empleo favorecedoras de la conciliación de trabajo y responsabilidades familiares. Pero, como contrapartida, engendra riesgos ciertos y graves de sesgos discriminatorios y de afectación de derechos sociales fundamentales, señaladamente los derechos a la intimidad, protección de datos personales, la salud, integridad física y moral de las personas trabajadoras. En ese escenario, las instituciones UE proponen una Europa resiliente en la Década digital, garantizando un uso justo y seguro de los sistemas de IA que preserve la indemnidad de los derechos fundamentales a través de normas y acciones concretas.

En este sentido, en cumplimiento de las previsiones al respecto en el Plan de Acción del PEDS, y conforme a las pautas marcadas por el Libro Blanco sobre IA⁷, se aprueba la Comunicación de la Comisión: “Fomento de un enfoque europeo de la Inteligencia Artificial” de 21 de abril 2021 (COM/2021/205 final), en la que se incluyen dos compromisos: la revisión del Plan coordinado sobre IA (Revisión del Plan Coordinado de Inteligencia Artificial de 2021)⁸ y el abordaje de un marco

⁷ Libro Blanco de la Comisión Europea sobre IA, febrero de 2020, COM (2020) 65.

⁸ El precedente Plan coordinado IA 2018 sentó las bases para la coordinación de políticas sobre IA e insta a los Estados miembros a desarrollar estrategias nacionales sobre la materia, con cuatro bloques de sugerencias al respecto. En el tercero, la revisión de 2021 refuerza el compromiso de que la IA desarrollada y comercializada en la UE esté centrada en el ser humano, sea sostenible, segura, inclusiva, accesible y fiable. Para lograr estos objetivos, el Plan revisado insiste en que la clave es el marco regulatorio apropiado para garantizar la confianza en los sistemas de IA. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/coordinated-plan-artificial-intelligence-2021-review>

regulatorio vinculante para la IA, en concreto un reglamento, una norma de eficacia jurídica fuerte (*hardlaw*), ante la convicción de que la legislación vigente a día de hoy, tanto a nivel europeo como nacional para proteger los derechos fundamentales⁹, la seguridad¹⁰ y los derechos de los consumidores¹¹ frente al progreso acelerado de la IA. El reglamento recogerá, según la Comunicación, normas aplicables al diseño, desarrollo y uso de determinados sistemas de IA, pero para evitar la extralimitación competencial de la UE se centrará en los sistemas considerados de “alto riesgo” para la seguridad y la afectación de derechos fundamentales.

Conforme a este compromiso asumido por la Comisión, a día de hoy se encuentra en avanzada fase de tramitación la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial)¹². La finalidad de la Ley IA es dotar de uniformidad a las respuestas de los ordenamientos nacionales frente a los riesgos que entrañan los productos y procesos basados en IA desde un enfoque equilibrado entre los progresos que reportan en todos los ámbitos, incluido el empleo y la protección social, y la garantía de que los mismos se desarrollen de acuerdo con los valores, los derechos fundamentales y los principios de la UE.

3.1. La Ley de Inteligencia Artificial. Progresos y debilidades

La Propuesta de Reglamento IA es una norma que, aparte de ser pionera a nivel mundial en la regulación del uso equilibrado, justo y no lesivo de los sistemas IA, cobra una especial relevancia en el ámbito del empleo y la protección social ya que dichos ámbitos se contemplan en la norma como de “alto riesgo” por su potencialidad de afectación de derechos fundamentales de las personas trabajadoras y, por ello, les resulta de aplicación un arsenal de medidas preventivas para la evitación o minimización de dichos riesgos, así como medidas sancionadoras para los supuestos de incumplimiento de dichos deberes preventivos. De este modo, la norma contribuye a la protección de las condiciones de trabajo de millones de trabajadoras/es europeos que se ven expuestos a la aplicación, extensiva e intensiva, de sistemas IA en empresas de todos los tamaños y en prácticamente todos los sectores productivos.

Los progresos de los sistemas IA son incontestables y, en lo atinente al ámbito del mercado de trabajo, los beneficios son de sobra conocidos: la digitalización

⁹ Directiva 2000/43/CE contra la discriminación por motivos de raza y origen étnico; Directiva 2000/78/CE contra la discriminación en el trabajo por motivos de religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, e, incluso, el Reglamento General (UE) de Protección de datos 2016/679.

¹⁰ Directiva de seguridad general de productos, 2001/95/CE.

¹¹ Directiva sobre prácticas comerciales desleales 2005/29/CE.

¹² Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial (COM(2021) 206 final]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52021PC0206&from=ES>

mediante dichos sistemas de múltiples funciones y tareas favorece la productividad y la competitividad de las empresas y, desde la perspectiva del trabajo, contribuye a la mejora de la accesibilidad al empleo de colectivos vulnerables; abre nuevas y mejores oportunidades para el teletrabajo y, con ello, a la conciliación; aumenta la eficiencia en la gestión de los recursos humanos, pero, a cambio, implica riesgos de discriminación y exclusión de colectivos con mayores dificultades de empleabilidad y adquisición de competencias digitales, y, sobre todo, de afectación de derechos fundamentales (intimidad, protección de datos, salud, integridad física) del conjunto de las personas trabajadoras, particularmente cuando dichos sistemas se utilizan en los procesos de selección y contratación de personal, para la toma de decisiones relativas a la organización del trabajo y al control y vigilancia. Particularmente los derechos potencialmente concernidos son los derechos a la intimidad, a la protección de datos personales, la salud, la integridad física o, incluso, la integridad moral. En este sentido, el Reglamento pretende garantizar la aplicación segura de la IA en el ámbito de las relaciones laborales y, con el objetivo de reforzar la efectividad de la protección jurídica frente a sus potenciales efectos lesivos, el Parlamento Europeo (PE) ha mejorado sensiblemente el texto original de la Comisión mediante las Enmiendas aprobadas por el Pleno el (14 de junio de 2023)¹³.

La primera aportación a destacar del Reglamento, por lo que contribuye a clarificar la confusión conceptual existente hasta ahora en esta materia, es la delimitación restrictiva de la definición de “sistemas de inteligencia artificial” o “sistemas IA” para distinguirlos de otros sistemas de software más clásicos. Para ello, el PE modifica el art. 3.1 y efectúa un reajuste conceptual de la definición de la IA, alineándose con la propuesta por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en mayo de 2019. Conforme a la nueva definición, un «sistema de IA» es “un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida –como predicciones, recomendaciones o decisiones– que influya en entornos reales o virtuales”¹⁴.

A partir de ahí, la norma clasifica los sistemas IA en cuatro grupos en función del nivel de riesgo que generan para los derechos fundamentales: sistemas prohibidos, por entrañar un riesgo inadmisibles y contrario al Derecho y los valores de la UE (art. 5); sistemas de “alto riesgo”(art. 6.3 y Anexo III) y sistemas de medio y mínimo riesgo, sometiendo a los de alto riesgo a una serie de obligaciones exigibles a fabricantes, desarrolladores, proveedores, importadores, implementadores y usuarios

¹³ Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html

¹⁴ Enmienda 165 del Parlamento Europeo a Artículo 3 – párrafo 1 – punto 1 de la Propuesta de Reglamento.

finales, con el objeto de prevenir o minimizar el riesgo (arts. 9-20): gestión de riesgos, transparencia, gobernanza de datos, garantía de intervención humana y evaluación de conformidad, así como el registro de dichos sistemas y de los proveedores y usuarios de los mismos en la Base de datos de la UE habilitada al efecto (art. 60).

En lo que concierne a su ámbito subjetivo, la norma es aplicable, como se ha dicho, a todos los agentes u operadores de la cadena de valor de estos sistemas, elenco que las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo amplía para incluir también a los importadores (en caso de productos fabricados fuera de la UE), distribuidores, así como a los representantes autorizados de los proveedores de sistemas de IA, cuando dichos importadores, distribuidores o representantes autorizados estén establecidos o se encuentren en la Unión.

Como ya se ha dicho, en el catálogo de ámbitos de “alto riesgo”, el Anexo III, al que remite el art. 6.3, se incluyen la formación profesional, el empleo y la protección social.

En cuanto al primero, el punto 3 del Anexo, se refiere a: (a) sistemas de IA destinados a utilizarse para determinar el acceso o la admisión de personas físicas a programas o centros educativos y de formación profesional a todos los niveles o para asignar a personas físicas a dichos programas o centros; y (b) sistemas de IA destinados a utilizarse para evaluar los resultados del aprendizaje, también cuando dichos resultados se utilicen para orientar el proceso de aprendizaje de las personas físicas en programas o centros educativos y de formación profesional a todos los niveles.

Por lo que se refiere al empleo, los sistemas de IA sujetos a la norma son los aplicables a los procesos de reclutamiento, selección y contratación de personal y acceso al autoempleo¹⁵; los destinados a los procesos de promoción profesional, encuadramiento o clasificación profesional y de regulación extintiva de plantilla de personal laboral; así como los relativos a procedimientos de evaluación del desempeño¹⁶. Y en lo referente a la protección social, el Reglamento también califica de alto riesgo los sistemas que se implementen en los procedimientos de acceso, reducción o extinción de prestaciones sociales públicas “esenciales”, lo que incluiría las de seguridad social, dependencia y asistencia social¹⁷.

¹⁵ 4.a) “sistemas de IA destinados a utilizarse 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”.

¹⁶ 4.b) “IA destinada a utilizarse para tomar decisiones relativas a la promoción y a la rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales y para realizar un seguimiento y una evaluación del rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones”.

¹⁷ 5.a) “sistemas de IA destinados a ser utilizados por las autoridades públicas o en su nombre para evaluar la admisibilidad de las personas físicas para acceder a servicios y ayudas esenciales de asistencia pública, así como para conceder, reducir, retirar o recuperar dichos servicios y ayudas”;

En lo concerniente a los procesos de reclutamiento, selección y contratación de personal, ya es habitual y conocido el uso intensivo de diversas herramientas de inteligencia artificial, como los chatbots (chatGPT, en su versión más reciente) para la entrevista de candidatos y las de cribado de currículos, que, aparte del riesgo que representan para la protección de datos personales, pueden encerrar sesgos desfavorables para los candidatos pertenecientes a colectivos vulnerables. Igualmente sucede con los algoritmos diseñados para los sistemas de cribado por vídeo para el reconocimiento facial (sistemas categorización biométrica), reconocimiento de emociones (estabilidad emocional, extroversión, impulsividad o capacidad de atención) y de características personales de los candidatos (sistemas de categorización biométrica), que, sin perjuicio de utilizarse conforme a las restrictivas limitaciones impuestas para el tratamiento de datos biométricos por el Reglamento General de Protección de datos 2016/679 (art. 9.2.b RGPD), podrían tener un indeseable impacto discriminatorio en la valoración del grado de empleabilidad de los candidatos y las decisiones que, sobre esa base, el algoritmo adopte.

Iguales desafíos plantean los sistemas IA que se implementen en los procesos de evaluación del desempeño de los trabajadores/as, basados, como es sabido, en indicadores que miden la eficiencia y productividad del empleado desde diferentes planos: en función de sus competencias y rendimiento (cantidad y calidad de trabajo); en función de la salud financiera de la empresa y, en fin, de la satisfacción de clientes y usuarios. Estas herramientas de gestión de recursos humanos, se están utilizando para la adopción automatizada de decisiones en el ejercicio de los poderes organizativos empresariales de gran calado en la relación de trabajo: en materia retributiva (primas o incentivos), modificación de condiciones de trabajo (movilidad funcional y geográfica), promoción profesional, suspensión contractual e, incluso, para decisiones extintivas (ceses o despidos).

De nuevo aquí el riesgo de efectos perversos en el plano de la igualdad y de la protección de datos está servido, ya que no es descartable que los macrodatos que alimentan el sistema y los algoritmos IA utilizados para su autoaprendizaje o entrenamiento, aunque parezcan objetivamente neutros, puedan estar basados en patrones históricos o actuales de discriminación (incluso sin intervención humana) o de otros sesgos lesivos que arrojen decisiones discriminatorias o vulneradoras de otros derechos fundamentales. De hecho, la doctrina ya ha advertido de que en la práctica de la gestión de recursos humanos existen modelos algorítmicos de evaluación del rendimiento laboral que ignoran criterios de orden jurídico-laboral objeto de especial tutela jurídica frente a la discriminación, como es el caso de la discapacidad¹⁸.

¹⁸ Vid. Rivas Vallejo, P.: “Sesgos de género en el uso de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio”, e-Revista Internacional de la Protección Social, 2022, Vol. VII, nº 1.

Antes tales riesgos ciertos, el Reglamento europeo supone un indudable avance en la protección de los derechos que pueden verse concernidos, si bien no está exento de algunas, y no precisamente intrascendentes, debilidades que el PE pretende corregir, como seguidamente se verá, a través de las Enmiendas al texto de la Comisión aprobadas en votación del Pleno el 14 de junio de 2023¹⁹.

En primer lugar, en el texto inicial de la Comisión el grueso de los requisitos imperativos que se establecen para los sistemas de alto riesgo, cual es el caso de los aplicables en el ámbito del empleo (arts. 9-15) se hacen recaer en los fabricantes y proveedores de los mismos y en mucha menor medida en los usuarios finales o implementadores –por lo que aquí interesa, a los empleadores que los utilicen en los procesos de gestión de personal–. Las Enmiendas aprobadas por PE a este respecto²⁰ suponen significativos avances al ampliar las responsabilidades legales secundarias que se atribuían inicialmente a estos últimos operadores finales. Así, más allá de las obligaciones de garantizar de la intervención humana en la toma de decisiones automatizadas (art. 29.1) y de evaluación de la adecuación y representatividad de los datos de entrada a la finalidad del sistema (art. 29.3), ahora el nuevo art. 29.1 bis incorpora la obligación de velar por la competencia y cualificación de las personas encargadas de la supervisión humana (del correcto funcionamiento del sistema y de las decisiones adoptadas por el mismo), así como la de por dotarlas de los recursos necesarios para la efectividad de esta función, sin perjuicio del deber, ya contemplado en el texto transaccional de la Comisión y el Consejo, de ordenar la suspensión de su uso de detectarse riesgo de lesión de derechos fundamentales (art. 29.4). Asimismo, se incluye el deber del usuario de notificar cualquier anomalía potencialmente lesiva al proveedor así como a la “autoridad nacional de supervisión”, que, a su vez, habrán de trasladar esa información a la Oficina de Coordinación de la IA para la UE.

Pero la aportación de mayor trascendencia del PE en clave de derechos reside en la incorporación de la obligación de los usuarios o implementadores de los sistemas de alto riesgo de realizar “evaluaciones de impacto para los derechos fundamentales”²¹. En efecto, el nuevo art. 29 bis concreta, además, los elementos mínimos que debe recoger esta evaluación: a) una descripción clara de la finalidad prevista para la que se utilizará el sistema; b) una descripción clara del ámbito geográfico y temporal previsto de utilización del sistema; c) las categorías de personas físicas y grupos que puedan verse afectados por la utilización del sistema; d) una verificación de que la utilización del sistema es conforme al Derecho de la Unión y nacional pertinente en materia de derechos fundamentales;

¹⁹ Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial), P9_TA(2023)0236

²⁰ Enmiendas 401-413 al Artículo 29.

²¹ Enmienda 413 al art. 29: nuevo art. 29 bis.

e) el impacto razonablemente previsible en los derechos fundamentales de poner en uso el sistema de IA de alto riesgo; f) los riesgos de perjuicio específicos que puedan afectar a personas marginadas o a grupos vulnerables; g) las repercusiones negativas razonablemente previsibles del uso del sistema en el medio ambiente; h) un plan detallado sobre cómo se mitigarán los perjuicios y el impacto negativo en los derechos fundamentales; j) el sistema de gobernanza que pondrá en marcha el implementador, incluida la vigilancia humana, la tramitación de reclamaciones y las vías de recurso. Por otra parte, en caso de imposibilidad de definir el plan detallado de evitación o reducción de los riesgos detectados en el transcurso de la evaluación, el precepto impone al implementador el deber de abstenerse de poner en uso el sistema de IA e informar sin demora indebida al proveedor y a las autoridades nacionales de supervisión pertinentes.

Finalmente, para el desarrollo de las evaluaciones de impacto se contempla (art. 29 bis. 4) la participación de los representantes de los afectados: agentes sociales y los representantes legales de los trabajadores en los centros de trabajo, concretada respecto a estos últimos en la obligación de consulta previa en los supuestos específicos de implementación de estos sistemas en los lugares de trabajo (nuevo art. 29.5 bis). El PE introduce, de este modo, una fórmula de control colectivo “fuerte” (derecho de consulta), que viene a reforzar la obligación de mera información que, a este respecto, prevé nuestro Estatuto de los Trabajadores (art. 64.4. d. ET), que queda integrada por los derechos de información y consulta previas en los procesos de evaluación de riesgos de los sistemas IA aplicables en los ámbitos de la formación profesional, selección y contratación y gestión de las relaciones laborales (medidas organizativas, vigilancia y control, medidas extintivas del empleador).

La revisión aportada por el PE resultada acertada, dado que la ampliación de los deberes inherentes a los usuarios finales reequilibra la distribución de las obligaciones preventivas entre los agentes de la cadena de valor de los sistemas IA y, de este modo, facilita la exigencia de responsabilidades administrativa y civil frente a los usuarios por parte de los perjudicados por el resultado lesivo. Por lo demás, el modelo propuesto por del Parlamento Europeo centralizaría la supervisión de la IA en una agencia pública de cada Estado miembro²², al tiempo que ampliaría el papel de la Oficina de Coordinación de la IA de la UE, lo que implica un cambio de paradigma respecto a los textos de la Comisión y el Consejo: el Parlamento apuesta por la creación un ecosistema de supervisión pública de la IA en la Unión, aunque, de momento, ninguna de las instituciones europeas se ha comprometido lo suficiente con este mecanismo como para garantizar su éxito²³.

²² Como se sabe, España ya ha iniciado el procedimiento para la constitución de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA).

²³ Barrio Andrés, M. (2023), “Novedades en la tramitación del próximo Reglamento europeo de inteligencia artificial”, Real Instituto Elcano, 19 julio 2023, <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/novedades-en-la-tramitacion-del-proximo-reglamento-europeo-de-inteligencia-artificial/>

Sin embargo, la segunda de las carencias que se viene reprochando al Reglamento: la falta de previsión de herramientas de impugnación o reclamación directa de los afectados por intromisiones ilegítimas en derechos fundamentales consumadas, no se ha resuelto completamente, lo que frustra en parte las expectativas generadas respecto a su potencial tuitivo²⁴. En efecto, el legislador europeo no incluía hasta ahora previsión alguna de vías de impugnación directa por parte de los perjudicados, ni instaba a los Estados a regularlas a través de las legislaciones internas, limitándose a establecer un régimen sancionador por infracciones de los requisitos exigibles a los sistemas de alto riesgo, cuyo desarrollo sí que encomienda a los Estados, imponiendo como condicionante mínimo para los legisladores nacionales que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 71). El silencio de la norma europea a este respecto dejaba, así, a las normas internas de cada Estado la determinación de las acciones legales a ejercer por los afectados en general y las personas trabajadoras en particular para la exigencia de responsabilidades por las decisiones discriminatorias y/o lesivas de derechos fundamentales resultantes de decisiones automatizadas de los sistemas IA implementados en las empresas.

Las aportaciones del PE han supuesto un avance, aunque parcial, en este sentido, con el reconocimiento del derecho de los afectados (personas físicas o colectivos) a formular reclamaciones directas frente a la implementación de sistemas IA que transgredan los requisitos legales frente a las autoridades de supervisión²⁵. En efecto, el nuevo art. 68 bis propuesto por el PE recoge dos vías de reclamación a los afectados: 1) derecho a presentar una reclamación ante la autoridad nacional de supervisión del Estado miembro en el que tenga su residencia habitual o sea sede del lugar de trabajo donde se ha producido la supuesta infracción, y 2) el derecho a la tutela judicial frente a sus decisiones, es decir, a recurrir a la vía judicial frente a la inacción o decisiones vinculantes del órgano de supervisión ante el que se ha formulado la reclamación (art. 68 ter). Pero se trata de meras reclamaciones de naturaleza administrativa enderezadas a solicitar la suspensión del uso del sistema lesivo y, a lo sumo, a la imposición de sanciones al empleador (usuario) infractor.

De este modo, el Reglamento renuncia al reconocimiento del derecho a los afectados a la reclamación de resarcimiento de los daños sufridos por acciones lesivas consumadas derivadas de productos basados en IA, en contraste con las previsiones específicas a este respecto del Reglamento General de Protección de datos (arts. 79 y 82 RGPD). Esto es, la norma carece de regulación de un régimen de responsabilidad civil que permita, en nuestro caso, a los trabajadores/as afectados recabar la tutela judicial para la obtención de una indemnización reparadora de los perjuicios derivados de decisiones discriminatorias o conculcadoras de derechos fundamentales adoptadas por los sistemas IA implementados en la empresa. El

²⁴ González de Patto, R.M (2023), *Temas Laborales*, nº 167, julio, 2023.

²⁵ Enmiendas 627-630 de PE.

legislador europeo ha desaprovechado la oportunidad de regular un sistema integral e integrado de garantías mediante esta norma de aprobación inminente y eficacia jurídica directa, aportando uniformidad a las heterogéneas normas nacionales vigentes en materia de responsabilidad civil, que, en su mayoría, como es el caso del ordenamiento español, no cubren específicamente, de momento, los daños causados por productos o servicios basados en IA, lo que va en menoscabo de la tutela de las personas trabajadoras perjudicadas y de la seguridad jurídica de las empresas usuarias²⁶.

La omisión del Reglamento obedece a una opción de política legislativa, en mi opinión desafortunada, de las instituciones europeas consistente en fragmentar en varias normas el marco regulatorio de garantías frente a la IA lesiva: por un lado, el Reglamento, cuyo objeto es la regulación de la tutela preventiva y administrativo-sancionadora; por otro lado, la Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad civil en materia de IA)²⁷, con el objeto aquí de regular los mecanismos de tutela reparadora o indemnizatoria a ejercer por los afectados contra proveedores y usuarios finales, que, en este caso, está pendiente aún de largo proceso legislativo en el Parlamento y el Consejo Europeos para su entrada en vigor. Por último, la propuesta de revisión de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos²⁸, regula los cauces de exigencia de responsabilidad indemnizatoria por parte de los consumidores finales de productos IA contra los operadores iniciales de los sistemas (fabricantes, importadores, etc.).

Se trata de un modelo regulatorio que resta eficiencia y efectividad al sistema europeo de garantías. ¿Tiene sentido disociar en tres normas con diversa eficacia jurídica y calendario legislativo el régimen de prevención de riesgos de los sistemas IA y la sanción de los incumplimientos de las obligaciones preventivas, por un lado, y por otro, los mecanismos de resarcimiento en los supuestos en que el riesgo se materialice en un daño o perjuicio material o moral? No parece razonable, porque aunque sus respectivos objetos y momentos de aplicación divergen, se complementan y refuerzan mutuamente, de forma que este enfoque resta cohesión, inmediatez aplicativa y, en suma, efectividad al régimen de protección, máxime con la referencia contrapuesta del precedente modelo unificador del Reglamento General de Protección de datos (RPD).

²⁶ Sobre el complejo panorama existente en materia de responsabilidad civil por daños de la IA, vid. Iturmendi Morales, G. (2020): “Responsabilidad civil por el uso de sistemas de inteligencia artificial”, *Actualidad Civil*, N° 11, Noviembre 2020, Wolters Kluwer, La Ley 14075/2020.

²⁷ Bruselas, 28.9.2022, COM(2022) 496 final.

²⁸ Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 495 final.

3.2. La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil extracontractual de la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de Inteligencia Artificial)

El paquete normativo de Derecho europeo relativo a IA se completa con esta norma (Directiva RIA) que viene a integrar la comentada laguna del Reglamento respecto a la tutela reparadora de las víctimas de daños producidos por productos o servicios basados en IA, mediante la armonización de las normas nacionales en materia de responsabilidad civil facilitando así a las víctimas el logro de una indemnización. El Parlamento Europeo ya venía advirtiendo a la Comisión desde 2020 de la necesidad de una regulación uniformadora de esta materia, para lo cual proponía, incluso, un instrumento normativo de eficacia jurídica directa, esto es, un Reglamento específico²⁹, pero finalmente ha sido una Directiva la herramienta utilizada por la Comisión para este fin.

La propuesta de Directiva, introduce, sin duda, elementos de progreso estableciendo medidas que facilitan la obtención de una indemnización reparadora por los daños sufridos por, entre otras, las personas trabajadoras afectadas por sistemas IA, tal como reconoce el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE)³⁰, en concreto, en los supuestos en que se alegue discriminación en el marco de procesos de contratación o de adopción de decisiones automatizadas relativas a la organización del trabajo (movilidad interna, promoción profesional) o decisiones extintivas adoptadas mediante tecnología IA.

Sin embargo, esta propuesta no está tampoco exenta de debilidades. La principal reside en el criterio de imputación de responsabilidad, ya que opta por el de responsabilidad subjetiva basada en la culpa o negligencia de algún operador final (proveedor o usuario) del sistema IA lesivo. No es, desde luego, la mejor opción desde la perspectiva de la efectividad de la tutela resarcitoria de los trabajadores perjudicados ni el enfoque tradicional del derecho de daños y, de hecho, desoye la sugerencia del PE que apostó inicialmente por un régimen de responsabilidad objetiva para los sistemas de alto riesgo, como el adoptado por la Directiva 85/374/CEE, en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos³¹, ésta, aplicable a los conflictos entre los consumidores finales del producto defectuoso y los fabricantes o importadores de los mismos.

²⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL))

³⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA)», 24 enero 2023, [COM(2022) 496 final].

³¹ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L 210 de 7.8.1985).

No obstante, el criterio de imputación acogido se matiza con el establecimiento de una serie de reglas facilitadoras de la obtención de la prueba del acto lesivo, la identificación de los sujetos responsables y la existencia de nexo causal, aplicables en los supuestos de imputación de daños causados por sistemas IA de alto riesgo a tenor del Reglamento. El perjudicado tendrá que acreditar la existencia del acto lesivo y del daño sufrido pero, para facilitar la prueba, la norma reconoce a la víctima que ejercite la acción de responsabilidad el derecho de acceso a la información de la que dispongan fabricantes, proveedores, importadores y empresas usuarias que permita determinar qué ha provocado el daño sufrido y contra qué persona, física o jurídica, debe formularse la demanda de responsabilidad, si bien con ciertos límites para preservar los secretos comerciales y la información confidencial de las empresas (art. 3). Por otra parte, se establece una presunción “*iuris tantum*” de la existencia de nexo causal entre el acto (u omisión) lesiva y el daño producido en los ámbitos de alto riesgo; esto es, el trabajador/a o los RLT (que podrán ejercitar acciones colectivas de responsabilidad) demandantes solo tendrán que acreditar el acto (u omisión) y la existencia del daño, ya que el nexo causal y entre ambos y la culpa o negligencia del demandado se deducen de la existencia del incumplimiento de las obligaciones preventivas establecidas en la Ley de IA o en otras normas establecidas a escala de la Unión, como las que regulan el uso de la supervisión y la toma de decisiones automatizadas para el trabajo en plataformas (art. 4). Con ello, el modelo se escora hacia un régimen de responsabilidad cuasi objetiva, que contribuye a paliar las dificultades generadas por los sistemas IA complejos o de “caja negra”, evitando así la indefensión de los trabajadores perjudicados; un enfoque que ha obtenido el beneplácito del CESE por considerar que consigue el equilibrio entre la protección de los afectados y de la investigación e innovación en la UE materia de IA³².

Una vez aprobada la Directiva RIA, estas previsiones específicas sobre responsabilidad civil derivada de lesión de derechos fundamentales causada por sistemas IA deberán ser transpuestas al Derecho español y en particular, en lo que atañe al marco regulatorio del trabajo asalariado, incorporadas a las disposiciones de la LRJS relativas a las indemnizaciones resarcitorias que procedan en el marco del proceso especial de tutela de derechos fundamentales (art. 183 LRJS), ya que de tratarse de demandas formuladas por trabajadores, sindicatos o RLT la competencia corresponde al orden jurisdiccional social. En este sentido, recuérdese que el citado precepto establece un régimen de prueba específica de los daños derivados de la lesión del derecho fundamental en el que se presumen los morales y se facilita la

³² “El CESE considera que la adopción de una presunción moderada en lugar de una responsabilidad objetiva facilita el desarrollo de la tecnología de IA en la Unión Europea y podría confirmar el papel de la Unión como referente normativo mundial”, ap. 7.6 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA»

prueba de los personales y materiales³³, regulación más beneficiosa que la prevista en este punto en la Directiva.

Por último, conviene recordar que la Comisión ha impulsado también la revisión de la vigente Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Directiva RPD)³⁴, con el objeto de adaptarla a los retos de la economía digital y, en particular, de la IA. Así, establece que toda la gama de productos defectuosos está cubierta por las normas revisadas, incluyendo el software, sistemas de IA o servicios digitales que sean necesarios para que funcione el producto. La nueva norma permite a los particulares reclamar una indemnización por los daños causados por un producto defectuoso, incluidas las lesiones corporales, los daños materiales o la pérdida de datos.

Sin embargo, a diferencia de la Directiva RIA, esta norma será aplicable a las reclamaciones de indemnización por una persona física por el daño sufrido a resultas de un producto defectuoso que se ejerciten contra el fabricante, el importador (en caso de fabricantes de terceros países), y el suministrador (en el supuesto de no identificación de los sujetos anteriores), como hasta ahora contempla la vigente Directiva de 1985. Y aunque la Propuesta de revisión conlleva una ampliación considerable el elenco de sujetos responsables, que ha sido aplaudida por la doctrina por adecuarse mejor a la cantidad y complejidad de los operadores de sistemas de inteligencia artificial³⁵, siguen quedando excluidas, como ha advertido el Dictamen del CESE, las reclamaciones del perjudicado contra el consumidor o usuario finales de un producto basado en IA, y, por tanto, en lo que respecta al ámbito laboral, a las deducidas por un trabajador/a contra la empresa implementadora de un sistema IA discriminatorio o lesivo de sus derechos fundamentales³⁶.

En todo caso, subsiste un problema de fondo y de difícil abordaje y solución en materia de resarcimiento de los perjudicados: la capacidad de autoaprendizaje

³³ García Romero, B. (2022): “Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4/2022, a propósito de la STSud 214/2022, de 9 de marzo, que sintetiza la doctrina del TS sobre indemnización por daños morales resultantes de vulneración de derechos fundamentales de trabajadores.

³⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 495 final.

³⁵ Vid. Atienza Navarro, M.L. (2023): “¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos?”.

Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)”, *InDret*, 2, 2023.

³⁶ El Dictamen del CESE llama la atención de las autoridades acerca de la instauración y la correcta transposición a los Estados de la nueva Directiva, ya que algunos Estados miembros están utilizando la Directiva, en su versión inicial (la vigente), en caso de conflicto entre trabajador y empresario y entre profesionales, lo que corresponde a otros regímenes distintos de la responsabilidad objetiva. Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva

y autonomía de estos productos y sistemas, que adoptan decisiones imprevisibles para sus operadores, lo que, unido a la cláusula de exoneración de responsabilidad basada en los “riesgos de desarrollo” de los mismos, permitiría a los operadores iniciales (fabricantes, desarrolladores del software) acogerse a la misma con el argumento de que el saber científico-técnico en el momento de la fabricación no permitió prever ni evitar el daño producido por una decisión autónoma del sistema inteligente, lo que deja un preocupante y aparentemente insalvable resquicio en el régimen de tutela reparadora frente a la IA lesiva³⁷.

4. EL MARCO REGULATORIO ESPAÑOL

Aunque sin referencia al PEDS en las “Consideraciones preliminares” ni en sus diversos capítulos, la Carta de Derechos Digitales (14 julio 2021) se alinea, sin lugar a dudas, con los objetivos marcados por el Plan de Actuación del PEDS 2021: la adecuación de las normas laborales a los desafíos de la digitalización del trabajo para preservar condiciones laborales justas. El propósito de la Carta, ya se sabe, no es crear nuevos derechos fundamentales sino perfilar los ya reconocidos constitucionalmente y adecuar su protección al entorno digital. En cuanto a su eficacia jurídica, pese a carecer de naturaleza normativa sino meramente programática, se erige en marco de referencia para los poderes públicos en relación con los retos en el entorno digital, sirviendo de referencia para futuros proyectos legislativos y políticas públicas en España enderezadas a la consecución de ese fin.

En este sentido, en lo referente a los derechos digitales en el ámbito laboral (Cap. XVII), aparte de los derechos digitales de las personas trabajadoras ya normativizados con anterioridad en la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales 2018 (LPDGD), la Carta recoge una mención expresa a garantías específicas frente a la IA: por un lado, el derecho individual a no ser objeto de una decisión basada únicamente en procesos de decisión automatizada, salvo en los supuestos previstos por la ley; y por otro lado, el derecho de información a los representantes de los trabajadores y los trabajadores directamente afectados sobre el uso de la analítica de datos o sistemas de inteligencia artificial en la gestión, monitorización y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales. Este deber de información alcanzará como mínimo al conocimiento de los datos que se utilizan para alimentar los algoritmos, su lógica de funcionamiento y a la evaluación de los resultados.

Por último y modo más específico, el capítulo XXV concreta los “Derechos ante la Inteligencia artificial”. Aquí la Carta es ambiciosa y precisa estableciendo

del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», Pleno, 24 enero 2023.

³⁷ En este sentido, Atienza Navarro, M.L., *ibidem*.

pautas claras al legislador nacional en la regulación de la protección frente a la IA. En este sentido, establece (apartado 2) que “en el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial: a) Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial. b) Se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible. c) Deberán garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad”. Por su parte, el punto 3 reconoce el “derecho de las personas a solicitar la supervisión e intervención humana en los sistemas IA, así como el derecho a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial”.

Sin embargo, nuestro legislador no se ha hecho eco hasta ahora de casi ninguna de las propuestas lege ferenda contenidas en la Carta, a excepción de la recepción parcial de algunos elementos por parte de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales; la ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y, por último, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

Por lo que se refiere a la Ley 12/2021, incorpora algunos elementos de protección de las condiciones de trabajo de los trabajadores el marco de un mercado en las que los algoritmos revolucionan la forma de prestación de servicios. El Preámbulo de la ley señala, aunque sin mencionar al PEDS, el fuerte potencial de estos métodos digitales para contribuir a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de las personas pero, a cambio, también los riesgos que comportan para los derechos sociales. En esa clave, y con la referencia, como se ha dicho, de la Carta, se modifica el artículo 64 ET, relativo a los derechos de información y consulta de la representación legal de las personas trabajadoras, añadiendo un nuevo párrafo d) a su apartado 4, en el que se incorpora el derecho de la RLT 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”. Es decir, introduce un control sindical débil (derecho de información pasiva) de los sistemas basados en IA utilizados en cualquier proceso afectante al acceso al empleo y desarrollo de la relación laboral. Crea un nuevo derecho de información colectivo pero, sin embargo, desaprovecha la oportunidad de adaptar a la transición digital el catálogo de derechos básicos de las personas trabajadoras (art. 4 ET) reconociendo un derecho de información individual homólogo.

Por otra parte, la Ley 12/2021 recepciona la doctrina jurisprudencial de la Sala IV del TS³⁸, en virtud de la cual las facultades empresariales de organización y control, a las que se refiere el artículo 20 ET, pueden ser ejercidas mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo a través de una plataforma digital, lo que determina la existencia de dependencia en la prestación de servicios y, en consecuencia, la naturaleza laboral del trabajo prestado a través de estas plataformas digitales: un paso indudablemente trascendental de progreso en el combate contra la precariedad laboral en la economía de plataformas, estableciendo garantías de condiciones de trabajo justas, en el sentido marcado por el PEDS (cap. II).

La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación es otra muestra de la insuficiente atención de nuestro legislador a la protección frente a los riesgos de la digitalización, y, en concreto, frente a la IA lesiva, ya que pese a su “vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español”, según reza su Preámbulo, y de sistematizar las garantías básicas antidiscriminatorias, ha desaprovechado la ocasión de reconocer un nuevo supuesto específico de discriminación algorítmica, tanto al delimitar su ámbito subjetivo (art. 2.1), como al establecer las reglas específicas relativas al ámbito del empleo por cuenta ajena (art. 9). Para encontrarnos con la mención a sistemas automatizados de adopción de decisiones basados en IA hemos centrarnos en el art. 23, en el que, apelando al “marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, la Carta de Derechos Digitales y las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial”, prevé la implementación de mecanismos para la prevención y eliminación de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, incluyendo el diseño y los datos de entrenamiento, así como las evaluaciones de impacto que determinen su efectos discriminatorios, en el ámbito de los procesos (en general) que sean exclusiva responsabilidad de las Administraciones Públicas (AA.PP.), sin referencia alguna al sector privado. Pero, así y todo, tampoco se configuran aquí como deberes imperativos: los términos legales “favorecerán”, “promoverán” o “priorizarán” utilizados en el precepto en relación a políticas y prácticas relacionadas con el uso de “algoritmos involucrados en la toma de decisiones” y al “uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales”, apuntan tan solo a un desiderátum o a buenas prácticas desprovistas de fuerza vinculante, lo que indudablemente merma la efectividad de la tutela antidiscriminatoria integral pretendida por la Ley, que, por ello, nace ya obsoleta a este respecto.

Nuestra Ley antidiscriminatoria nos sitúa, por tanto, en un escenario de ausencia de obligaciones legales de los empleadores privados y públicos de adoptar mecanismos de control de sesgos, transparencia de los datos y de los algoritmos de aprendizaje, así como de evaluación de impacto en los derechos

³⁸ STSud 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, caso Glovo.

fundamentales en las herramientas IA utilizadas en el ejercicio de los poderes empresariales de organización y control. De este modo, en caso de actualización del riesgo y consumación del resultado discriminatorio o lesivo de derecho fundamental a resultas de las decisiones empresariales adoptadas mediante el sistema algorítmico, a falta de obligaciones preventivas exigibles al empleador en esa materia, lamentablemente no cabría la activación del arsenal de medidas de tutela administrativo-sancionadora (art. 9.4) ni las de tutela indemnizatoria por responsabilidad civil (art. 27) establecidas legalmente, lo que deja, de momento, en una situación de indefensión a las personas trabajadoras afectadas a la espera de la aprobación y entrada en vigor del Reglamento IA, que abocara a la segura modificación de la legislación española para su adaptación al Derecho comunitario.

Queda así nuestro legislador antidiscriminatorio lejos de su pretensión de complitud en el abordaje de los nuevos factores de riesgo y de las nuevas formas de discriminación; de normativizar las ambiciosas previsiones de la Carta de Derechos digitales (apartado XXV)³⁹, haciendo dejación de la oportunidad de alinearse con las reglas preventivas y sancionadoras del inminente Reglamento IA, y, en definitiva, del cumplimiento de los objetivos del Plan de Acción del Pilar de Derechos Sociales 2021: la adecuación de los marcos regulatorios nacionales a los desafíos de la digitalización en el futuro (ya presente) del trabajo.

En lo que respecta a la nueva Ley 3/2023, de Empleo, aporta algunos elementos innovadores, aunque manifiestamente insuficientes frente a lo que cabría esperar de una norma nacida en plena disrupción de la IA en el mercado de trabajo y con el propósito de adaptar las políticas activas de empleo (PAE) a los retos de la digitalización.

Así, en lo que se refiere a la intermediación laboral, establece un acertado mandato imperativo (art. 17.2) de sometimiento a auditorías anuales a los “sistemas de adopción automatizada de decisiones” relativas a personas demandantes de empleo que se implementen en el Sistema Nacional de Empleo (SNE), lo que habríamos de poner en relación con las específicas acciones de intermediación ex art. 40.2.c) LE, que prevé que la selección para un puesto de trabajo de las personas idóneas para el mismo se ha de “evitar cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad”. Existiendo, desde esta perspectiva, una explícita

³⁹ El Apartado XXV. 2 de la Carta establece que en el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial: a) Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial. b) Se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible. c) Deberán garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad. Por su parte, el punto 3 reconoce el derecho de las personas a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial.”, en la línea de los requisitos exigibles a los sistemas de alto riesgo en la Propuesta de Reglamento europeo IA.

obligación legal de auditorías anuales de impacto y control de sesgos a cargo de los SEPE de los sistemas IA utilizados en los procesos de intermediación, ¿cabría la aplicación del régimen sancionador y de responsabilidad civil de la Ley 15/2022 en caso de decisiones automatizadas discriminatorias o lesivas encuadradas en dichos procesos? Parece que la respuesta habría de ser positiva en lo atinente a la responsabilidad administrativo-sancionadora ex art. 16.4 LISOS, siempre que se acredite el incumplimiento por el SEPE de los deberes de control preventivo que impone el precitado art. 17.2 LE LISOS. Menos clara es la solución respecto a la responsabilidad civil por el resultado discriminatorio, ya que la ley 15/2022 no incluye, como se dijo, la discriminación algorítmica entre las formas de discriminación prohibidas.

Por otra parte, al establecer esta obligación preventiva, la norma se refiere exclusivamente a los sistemas utilizados en acciones y procesos de intermediación laboral de los servicios públicos de empleo y entidades colaboradoras del SNE, por lo que de tratarse de procesos selectivos desarrollados al margen del mismo, esto es, realizados directamente por las empresas ofertantes de empleo o bien externalizados a través de empresas de selección de personal, ignorados por la LE, no les resultará aplicable el requisito legal de control de sesgos y, en consecuencia, tampoco serán exigibles a la empresa empleadora ni a la subcontratada para la gestión de la selección la responsabilidades administrativo-sancionadora comentada.

En otro orden de ideas, en lo atinente a las acciones y herramientas del SNE para la mejora e incremento de la empleabilidad, que la Ley de Empleo erige en el elemento nuclear de las reformas de las PAE, también se incluyen referencias a la IA. Así, en garantía de la efectividad del derecho-deber al mantenimiento y mejora de la empleabilidad y del fomento de la proactividad de las personas demandantes de servicios de empleo, la Ley prevé la creación de herramientas de apoyo a la toma de decisiones basadas “en datos y evidencias estadísticas” –lo que incluye a los sistemas IA– (art. 36.3 LE), prestando especial atención a la eliminación de las mismas de sesgos y estereotipos de cualquier índole (art. 39). El impacto de la IA también se proyecta en la elaboración de los perfiles individualizados de los usuarios de los SEPE, que permitirán la evaluación de la persona demandante de empleo con vistas a facilitar el ulterior diseño de un itinerario personalizado formativo o de búsqueda activa de empleo o emprendimiento adecuado. Esta prestación, incluida en el Catálogo de servicios garantizados de personas demandantes de servicios de empleo, se efectuará (art. 56.1.a) LE) con el soporte de datos y evidencias estadísticas para la mejora de su empleabilidad (de nuevo llamamiento a sistemas IA). Otro tanto sucede en el abordaje del diagnóstico de la situación de partida de la persona usuaria, que tendrá en cuenta sus habilidades, competencias, formación y experiencia profesional, así como su edad y pertenencia a colectivos prioritarios. Se trata de una prestación que también forma parte del Catálogo de instrumentos de empleabilidad (art. 56.1.a), parrf. segundo LE) y sirve de premisa para el perfilado de los usuarios y el posterior diseño, en su caso, de los itinerarios personalizados de empleo.

Con todo, aunque las previsiones legales apuntadas representan avances no aportan herramientas suficientes para prevenir los riesgos y combatir los daños derivados de la IA discriminatoria o lesiva en los procesos de intermediación laboral, de elaboración de perfiles e itinerarios de inserción, ya que la ley 3/2023 de empleo, la ley 15/2022 antidiscriminatoria, ni tampoco la LISOS han adaptado el régimen sancionador a los incumplimientos de las obligaciones preventivas que en materia de IA se imponen a los SEPE, amén del olvido absoluto de los procesos de intermediación y selección privados por parte de los propios empleadores o externalizados a través de empresas de selección de personal selección.

5. CONCLUSIÓN FINAL

El impacto del PEDS frente a la Inteligencia Artificial lesiva en su proyección en el ámbito del empleo se ha producido de modo indirecto a través de la concreción de objetivos, para desarrollo de sus 20 principios, mediante el Plan de Acción del PEDS 2021. Por esa vía, el Pilar ha servido de impulso para la construcción de un marco regulatorio predominantemente comunitario (Propuesta de Reglamento IA y Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil de la IA), que viene a completar y adaptar el Derecho digital de la UE a los retos de la IA de alto riesgo mediante reglas innovadoras de protección de los derechos fundamentales en los ámbitos de la formación profesional, el empleo y la protección social. Los principales progresos se han centrado en la tutela preventiva y la administrativo-sancionadora, mientras que el régimen de tutela reparadora-indemnizatoria de daños consumados presenta brechas que debilitan el sistema de garantías, algunas de las cuales resultan de difícil corrección. La primera de ellas reside en la opción de política del Derecho del legislador comunitario de fragmentar el bloque normativo aplicable al no incluir en el ámbito del Reglamento IA el régimen de responsabilidad civil por daños causados por los sistemas inteligentes, que, por ello, queda desplazado a dos Directivas diversas en función de que los responsables sean operadores iniciales o usuarios finales de los sistemas lesivos. La segunda, en la dificultad que entraña la determinación del responsable del daño en sistemas complejos de “caja negra” en los que es prácticamente imposible determinar si las decisiones lesivas son resultado de los datos introducidos o del aprendizaje autónomo de los algoritmos.

Los progresos son mucho más parcos en el ordenamiento español, como lo demuestran las normas más recientes analizadas en este estudio: la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y la Ley 3/2023, de Empleo que, pese a su intento de inscribirse en la batalla legal frente a la IA lesiva en el ámbito del empleo, no aportan mecanismos suficientes, por cantidad y efectividad, para garantizar condiciones de trabajo seguras y justas frente a los desafíos que entraña, quedando lejos no solo del acervo comunitario sobre la materia sino de las propuestas programáticas más ambiciosas de nuestra Carta de Derechos digitales.

BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

Arrufe Varela, A. (2018): “El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. Análisis crítico”, *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 49, 2018.

Atienza Navarro, M.L. (2023): “¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)”, *InDret*, 2, 2023.

Barrio Andrés, M. (2023), “Novedades en la tramitación del próximo Reglamento europeo de inteligencia artificial”, *Real Instituto Elcano*, 19 julio 2023, <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/novedades-en-la-tramitacion-del-proximo-reglamento-europeo-de-inteligencia-artificial/>

García Romero, B. (2022): “Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4/2022.

González de Patto, R.M (2023): “Inteligencia artificial inclusiva versus discriminatoria ante la discapacidad laboral”, *Temas Laborales*, nº 167, julio, 2023.

Iturmendi Morales, G. (2020): “Responsabilidad civil por el uso de sistemas de inteligencia artificial”, *Actualidad Civil*, Nº 11, Noviembre 2020, Wolters Kluwer, *La Ley* 14075/2020.

Lasa López, A. (2019): “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: un análisis desde las coordenadas del constitucionalismo de mercado europeo”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 62, 2019.

Monereo Pérez, J.L. (2018): *Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de Seguridad Social*. *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 8, núm. 2, 2018.

Ramos Quintana, M. (2017), “El Pilar Europeo de los Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, n.º 77.

Rivas Vallejo, P.: “Sesgos de género en el uso de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2022, Vol. VII, nº 1.

Rojo Torrecilla, E. (2017): “La construcción del Pilar europeo de derechos sociales. De la propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente?”, *Revista Galega de Dereito Social*, 3.

Rojo Torrecilla, E. (2023): *Pilar Europeo de Derechos Sociales. El avance hacia una Europa más social*. *Revista Gaceta Sindical, reflexión y debate*, núm. 40, junio de 2023.

Tomás Mallen, B. (2023) “El impacto del Pilar Europeo de Derechos Sociales en la legislación española”. *Lex Social, Revista de Derechos Sociales* 13 /1).