

EDITORIAL
EL DERECHO A CONOCER EL ALGORITMO:
UNA OPORTUNIDAD PERDIDA DE LA “LEY RIDER”

Anna Ginès i Fabrellas¹
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universitat Ramon Llull, Esade

La denominada “Ley Rider”, aprobada por el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo y fruto del acuerdo social entre el Gobierno, CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, viene a abordar uno de los conflictos jurídicos, sociales y políticos más importantes respecto del trabajo en plataformas digitales: la consideración jurídica de esta nueva forma de trabajo como trabajo por cuenta ajena.

El trabajo en plataformas ha introducido nuevos elementos de flexibilidad, destacando la libertad de las personas trabajadoras para decidir cuantas horas trabajan, cuantos servicios realizan e, incluso, cuantos rechazan. Además, el trabajo en plataformas ha venido acompañado de una nueva y sofisticada narrativa que ha sembrado todavía más confusión en cuanto a su naturaleza jurídica. Ya no hablamos de personas sino de *riders*, hemos sustituido el trabajo por *gigs* y el despido por desconexión de la plataforma. Sin embargo, el análisis en profundidad de las características del trabajo en plataformas evidencia que es una clara forma de trabajo por cuenta ajena. El uso de fórmulas de dirección y organización algorítmica por parte de las plataformas, en base a las cuales las personas con mayor número de horas de conexión, mayor disponibilidad en tiempos de alta demanda, mayor número de servicios realizados y menor tasa de rechazos son premiadas con más y mejores servicios, actúa como verdaderas formas de subordinación.

A pesar de una inicial discusión judicial, esta es la posición mantenida por la Inspección de Trabajo, en numerosas sentencias, tanto de Juzgados de lo Social como Tribunales Superiores de Justicia y, finalmente, por el Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno de 25 de septiembre de 2020. Asimismo, es la posición adoptada en la denominada “Ley Rider”, que introduce una presunción de laboralidad del trabajo en plataformas de reparto y distribución, identificando las fórmulas de dirección algorítmica empleadas por las plataformas como propias de la relación laboral.

¹ Editorial realizada en el marco del proyecto LABORAlgorithm (Algoritmos y relación laboral. Tratamiento jurídico del uso de *Big Data*, tecnología inteligente y algoritmos para la elaboración de perfiles y toma de decisiones automatizada en el ámbito laboral), financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación/ _ Proyecto PGC2018-100918-A-100.

El reconocimiento normativo de relación laboral del trabajo prestado en plataformas de reparto y distribución es, sin duda, una buena noticia, que permitirá terminar con la insostenible e inaceptable situación actual, donde el reconocimiento de derechos laborales solo existía, en el mejor de los casos, a golpe de sentencia.

Sin embargo, el conflicto jurídico que plantea el trabajo en plataformas no está todavía cerrado -por desgracia, ni por asomo-, por cuanto se trata de una regulación parcial del fenómeno. La presunción de laboralidad que introduce la denominada “Ley Rider” se refiere solamente a las plataformas de reparto o distribución. Así, deja fuera de su protección a las personas que trabajan en otras plataformas de trabajo a demanda como, por ejemplo, plataformas de limpieza o cuidado; plataformas que emplean, por cierto, mayoritariamente a mujeres, lo que evidencia una criticable falta de perspectiva de género en la “Ley Rider”. Tampoco protege a las personas que trabajan en plataformas de *crowdemployment* o (micro)tareas online, tales como Upwork, Amazon Mechanical Turk o Fiverr, más importantes, incluso, desde un punto de vista cuantitativo.

Además, el trabajo en plataformas genera una precariedad laboral que va más allá de la naturaleza jurídica de la relación. Existen características intrínsecas del singular modelo de negocio de las plataformas que, más allá de la consideración formal del trabajo como autónomo, contribuyen a generar una insostenible precariedad laboral. En este sentido, la contratación a demanda -la utilización *de facto* del contrato de cero horas, ilegal en el ordenamiento jurídico-laboral español- y las formas de dirección y gestión algorítmica generan una inestabilidad laboral extrema. Las personas que trabajan en plataformas no disponen de una jornada y, por tanto, una retribución mínima garantizada, sino que son contratadas a demanda; dependen directamente de las necesidades del mercado y asumen el riesgo y el coste de falta o insuficiente demanda, periodos de inactividad e, incluso, malfuncionamiento de la plataforma. Además, las personas que trabajan en plataformas no conocen las métricas o variables utilizadas por el algoritmo de la plataforma para la asignación de tareas, pedidos o franjas horarias. Si bien la experiencia les ofrece cierta intuición, no tienen conocimiento cierto de los parámetros valorados por la plataforma, que, incluso, cambian ante necesidades del mercado sin su conocimiento ni aceptación.

Y, en este punto, llegamos a la segunda de las modificaciones introducida por la denominada “Ley Rider” aunque, como comento a continuación, no se refiere únicamente al ámbito de las plataformas digitales. Se introduce un nuevo apartado en el artículo 64.4 ET que reconoce el derecho de la representación legal de la plantilla a, con la periodicidad que proceda, obtener información por parte de 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 puedan incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles*”.

Se introduce un nuevo derecho de información a la representación legal de la plantilla, que tiene derecho a obtener información sobre las métricas o variables que utiliza la empresa para la toma de decisiones (semi)automatizada, incluida la elaboración de perfiles, en la gestión de personas, tales como selección o contratación de personas, asignación de tareas, determinación de salarios, promociones y, incluso, despidos. Por tanto, a partir del 12 de agosto de 2021, fecha de entrada en vigor el Real Decreto-ley 9/2021, las empresas que utilizan algoritmos o sistemas de inteligencia artificial para la adopción de decisiones de forma íntegramente o semiautomatizada deben informar a la representación legal de la plantilla, no solamente del uso de dichos sistemas para la toma de decisiones (semi)automatizada, sino también -y aquí reside la novedad del derecho de información- de los parámetros o métricas utilizadas por parte del algoritmo.

La utilización de tecnología inteligente ofrece, sin duda, ventajas, por cuanto permite tomar decisiones de gestión de personas de forma rápida, efectiva y con menores costes. Sin embargo, también plantea desafíos y riesgos importantes en materia del respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. En primer lugar, el nivel de extracción de datos que requiere el uso de algoritmos y tecnología inteligente para la elaboración de perfiles o decisiones automatizadas supone un incremento importante de las facultades de vigilancia y monitorización de la empresa, lo que amenaza seriamente los derechos fundamentales a la privacidad e intimidad. En segundo lugar, la elaboración de perfiles plantea un riesgo importante en materia de protección de datos, ya que las personas pueden no saber qué información está infiriendo la empresa sobre su persona. En tercer lugar, el uso de algoritmos plantea un reto de respeto del principio de igualdad y no discriminación por cuanto el uso de variables sesgadas o de bases de datos sesgadas genera verdaderos problemas de discriminación; la discriminación, lejos de desaparecer por arte de magia, se automatiza, sistematiza y cronifica. Y, finalmente, plantea retos éticos sobre justicia, transparencia y responsabilidad empresarial, al existir el riesgo que la empresa se esconda detrás de cajas negras sin entender ni comprender las decisiones que adoptada vía algoritmos.

En este contexto, el derecho de información que se reconoce a la representación legal de la plantilla en la “Ley Rider” resulta una regulación pionera en Europa, que permite conocer y controlar la legalidad de las decisiones laborales adoptadas por la empresa. El acceso a información sobre las métricas o variables utilizadas por el algoritmo permite a la representación legal evaluar su adecuación para adoptar decisiones automatizadas en materia de condiciones laborales, acceso o mantenimiento del empleo.

Téngase en cuenta que, sin perjuicio de encontrarse esta modificación en el Real Decreto-ley 9/2021 referente a la protección laboral de las personas que trabajan en plataformas de reparto, se trata de un derecho de información no limitado a las plataformas digitales.

Todas las empresas, independientemente de su naturaleza, que utilicen algoritmos o tecnología inteligente para la elaboración de perfiles o decisiones (semi)automatizadas tienen la obligación de proporcionar dicha información a la representación legal.

No obstante, y sin perjuicio del interés de este nuevo derecho de información, desde mi punto de vista, existen dos críticas importantes. La primera es que dicho derecho debería ir acompañado de información sobre los resultados del uso de algoritmos para la toma de decisiones en el ámbito laboral. Solamente mediante información estadística sobre el impacto del uso de esta tecnología inteligente sobre las contrataciones, promociones, salarios o despidos puede evaluarse su posible impacto discriminatorio o injusto.

Y, la segunda, resulta altamente criticable que el derecho de las personas trabajadoras a conocer las variables o métricas utilizadas por el algoritmo no se haya incluido en la versión final del Real Decreto-ley 9/2021. Porque, desgraciadamente, a mi entender el derecho de información *ex* artículo 64.4 ET no puede interpretarse como un derecho individual de información de las personas trabajadoras. No solamente porque no está específicamente regulado, sino porque la información sobre las métricas o parámetros utilizados por el algoritmo puede constituir un secreto empresarial y, en consecuencia, estar sujeta a sigilo profesional *ex* artículo 65 ET por parte de la representación legal.

Es más, uno de los puntos de desacuerdo más importantes entre agentes sociales en la mesa social para la regulación del trabajo en plataformas fue, precisamente, el derecho de las personas trabajadoras de conocer el algoritmo. Mientras que los sindicatos defendían la inclusión de este derecho, la patronal se oponía alegando que el algoritmo tiene la consideración de secreto empresarial.

Sin embargo, resulta sorprendente que esto fuera tan siquiera una discrepancia, teniendo en cuenta que el derecho de las personas trabajadoras de conocer la lógica del algoritmo ya es un derecho reconocido en los artículos 13 y 14 del Reglamento General de Protección de Datos. Efectivamente, estos preceptos reconocen un derecho de información individual a las personas que, en atención al artículo 22, están sujetas a decisiones íntegramente automatizadas, incluyendo la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos o significativamente similares -tales como oportunidades de empleo. En concreto, estos preceptos reconocen el derecho de obtener “*información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado*”. Es decir, información sobre (i) la utilización por parte de la empresa de algoritmos para la toma de decisiones automatizada, incluida la elaboración de perfiles, (ii) la lógica utilizada por el algoritmo para la adopción de dichas decisiones y (iii) las consecuencias que pueden derivarse de dichas decisiones automatizadas.

El derecho a obtener información sobre la lógica utilizada por el algoritmo para la adopción de decisiones automatizadas no puede identificarse, en cualquier caso, con el derecho a acceder al algoritmo -o algoritmos, en tanto muchas ocasiones el entramado de procesos de decisiones requiere el uso de múltiples algoritmos. No solo porque puede tratarse de un secreto empresarial, sino también porque esto implicaría páginas y páginas de códigos indescifrables que poco aportarían a las personas trabajadoras. Sin embargo, los artículos 13 y 14 del Reglamento General de Protección de Datos no incluyen mayor concreción sobre el contenido y alcance de este derecho. Siguiendo al Grupo de Trabajo del Artículo 29, a mi entender esta exigencia a obtener “*información significativa sobre la lógica aplicada*” por el algoritmo debe interpretarse como el derecho a obtener información clara y simple sobre el funcionamiento del algoritmo y, en concreto, sobre las métricas o variables utilizadas, su importancia relativa en la ecuación y las eventuales consecuencias que pueden derivarse por alcanzar y no alcanzar dichos estándares.

En cualquier caso, existe ya en el Reglamento General de Protección de Datos - directamente aplicable al ordenamiento jurídico español, por cierto- el derecho de las personas trabajadoras a obtener información individual y directamente por parte de la empresa sobre la lógica utilizada por el algoritmo o sistema de inteligencia artificial para la adopción de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. Y, por este motivo, sorprende tanto que el debate en la mesa de diálogo sobre la regulación del trabajo en plataformas se centrara en si debía regularse tal derecho o no, negligentemente obviando la existencia del Reglamento General de Protección de Datos.

Desde mi punto de vista, la falta de inclusión del derecho de información de la lógica del algoritmo a las personas trabajadoras es una oportunidad perdida. Una oportunidad perdida para recordar la existencia y aplicabilidad de un derecho ya reconocido en el Reglamento Europeo de Protección de Datos; y, por tanto, una oportunidad perdida para ofrecer la adecuada seguridad y protección a las personas sujetas a elaboración de perfiles y decisiones automatizadas en el ámbito laboral, al garantizarles acceso a los datos que la empresa recopila o puede inferir y a las variables utilizadas para determinar sus oportunidades de empleo. Y, por otro lado, es una oportunidad perdida para concretar el contenido del derecho de información. Aunque los artículos 13 y 14 del Reglamento General de Protección de Datos regulen este derecho de información, se trata de una regulación genérica que requiere mayor concreción; mayor concreción del significado que debe darse a “*información significativa sobre la lógica aplicada*” y mayor concreción del alcance del derecho de información, identificándose el momento, la periodicidad, la forma, etc. de ofrecerse la misma.

En fin, una norma con aciertos, sin duda, pero poco valiente para afrontar los verdaderos retos del uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial en el ámbito laboral.