

## DIGITALIZACIÓN Y PODER DE DIRECCIÓN EN LA EMPRESA: ENTRE LA DISTOPÍA Y LA ACCIÓN SINDICAL<sup>1</sup>

## DIGITALIZAÇÃO E PODER DE DIRECÇÃO NA EMPRESA: ENTRE A DISTOPIA E A AÇÃO SINDICAL

**RAFAEL GÓMEZ GORDILLO<sup>2</sup>**  
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España

**RESUMEN:** El impacto de la digitalización en el sistema de relaciones laborales está siendo objeto de una intensa atención por estudios de distintas disciplinas y desde ópticas diversas. La mayoría de estos trabajos parten de una premisa globalmente aceptada: los notables avances en las técnicas de recogida, tratamiento y análisis de datos mediante fórmulas algorítmicas o desarrollos de inteligencia artificial permiten facilitar la adopción automatizada de decisiones de gestión empresarial, tanto en las empresas que se organizan en forma de plataformas digitales como en las que se estructuran mediante fórmulas más tradicionales. Si, hace algunos años, la distopía laboral se anunciaba en forma de empresa megadescentralizada, que no necesita contratar directamente a ninguna persona porque todas sus actividades han sido externalizadas, en la actualidad, las amenazas futuristas tienen que ver con la posibilidad de eliminar también el concurso de personas trabajadoras en la empresa mediante la robotización de todas las tareas. Esta tendencia alcanza también a las labores de gestión de recursos humanos. El artículo estudia y propone fórmulas de control sindical del uso de estas tecnologías en el ejercicio de los poderes empresariales, con el objetivo de garantizar el goce de los derechos reconocidos a las personas trabajadoras.

**PALABRAS CLAVE:** Poder de dirección en la empresa; gestión automatizada; inteligencia artificial; algoritmos; participación sindical en el centro de trabajo.

**RESUMO:** O impacto da digitalização no sistema de relações trabalhistas tem sido objeto de intensa atenção de estudos de diferentes disciplinas há alguns anos. A maioria desses estudos parte de uma premissa globalmente aceita: os notáveis avanços nas técnicas de coleta, processamento e análise de dados por meio de fórmulas algorítmicas ou desenvolvimentos de inteligência artificial permitem facilitar a adoção automatizada de decisões de gestão empresarial, tanto em empresas organizadas sob a forma de plataformas digitais quanto naquelas estruturadas com fórmulas mais tradicionais. Se há alguns anos a distopia do trabalho era enunciada sob a forma de uma empresa megadescentralizada, que não precisa contratar pessoas diretamente porque todas as suas atividades foram terceirizadas, hoje as ameaças futuristas têm a ver com a possibilidade de eliminar a concorrência de trabalhadores por meio da robotização de todas as tarefas, mas também, e no que diz respeito a este estudo, com a eliminação do fator humano no exercício do poder gerencial do empregador. O artigo estuda e propõe fórmulas para o controle sindical do uso dessas tecnologias no exercício dos poderes da empresa, com o objetivo de garantir o efeito útil das normas trabalhistas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder de direção da empresa; gestão automatizada; inteligência artificial; algoritmos; participação sindical no centro de trabalho.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial”, PID 2021-122537NB-100

<sup>2</sup> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8149-8503>

## INTRODUCCIÓN

El interés por reducir, en términos cuantitativos, la contratación directa de personas para la materialización de los procesos de elaboración de bienes y servicios puede considerarse una constante en la evolución del ecosistema empresarial. Durante los años noventa, asistimos a una infundada idealización de los procesos de descentralización productiva, que contribuyó a proyectar la evolución de las empresas sobre la aspiración de subcontratar la mayoría de las tareas. En la actualidad, la ficción aviesa que se proyecta sobre el futuro de las relaciones laborales, la amenaza futurista que nos alerta de un proceso de alienación, que se difunde como cierto e inevitable, tiene que ver con el deseo y la posibilidad de reducir radicalmente el concurso humano en la empresa, mediante la robotización de todas las tareas, también las de dirección.

La digitalización de la gestión de la empresa está siendo objeto de una intensa atención por estudios de distintas disciplinas y desde plurales enfoques. Constatada la radicalidad de los cambios en las formas de elaboración de bienes y servicios (FABRELLAS, 2022, p. 295) y sus efectos sobre el sistema de relaciones laborales, es el turno de la actuación de los agentes sociales, del legislador y de los tribunales, instituciones y poderes que deben garantizar la contribución de esta nueva revolución tecnológica al bienestar humano. La participación del legislador laboral puede servir para promocionar cauces de entendimiento aceptables para todas las partes, mientras que su abstención favorecería un largo ciclo de conflictos laborales.

La asimilación de los relatos apocalípticos aconseja recordar algunos datos históricos, más allá de la afirmación que señala que, si el trabajo humano es una maldición bíblica, las tecnologías que permitan disminuir la necesidad de mano de obra deben ser, en principio, socialmente bienvenidas por sus efectos liberadores. Los cambios tecnológicos están en el origen de la revolución industrial y han perseguido invariablemente la mecanización de operaciones y procesos en la empresa. La desaparición de tareas y oficios tradicionales no ha provocado los devastadores efectos reiteradamente pronosticados. Las transformaciones en la organización empresarial suelen provocar efectos nocivos a corto plazo que, invariablemente, han afectado de manera más intensa a las personas más vulnerables. Pero, en mi opinión, esta realidad histórica no refleja la carencia de bondad de los cambios tecnológicos, sino la falta de acción política para establecer un marco de transición justo.

En un primer momento, la introducción de cambios tecnológicos suele generar resistencia entre las personas trabajadoras, para quienes resulta casi natural asumir los discursos que establecen una relación directa entre el incremento de la tecnología y la desaparición de puestos de trabajo (GORTAZAR, 2018)<sup>3</sup>. Esta correlación forma parte también del imaginario de los medios de comunicación, ámbito en el que triunfan los anuncios de catástrofes sociales asociadas a cambios tecnológicos. Frente a este fatalismo, conviene recordar que las transformaciones impulsadas por las tecnologías no se han detenido jamás y que el ritmo de avance de estos cambios se ha visto incrementado de manera geométrica en los últimos decenios (DEL CUVILLO, 2008)<sup>4</sup>. Aunque no conviene minimizar la potencialidad que poseen las tecnologías digitales para vulnerar los derechos de las personas que prestan servicio por cuenta ajena, tampoco resulta certero ignorar los beneficios que pueden derivarse de su implantación, ni la existencia de instituciones de control en el ámbito laboral.

A medio plazo, los cambios tecnológicos han permitido la mejora de las condiciones de trabajo y el crecimiento del empleo, y no existen razones para aventurar un desenlace opuesto en esta ocasión (GMYREK et al., 2023). El diálogo social, a todos los niveles, y la negociación colectiva han demostrado ser las herramientas más apropiadas para asegurar un proceso de transición justo, en términos cuantitativos y cualitativos. En otras palabras, el objetivo de la acción política ha de ser la minimización de los efectos negativos y la amplificación de las consecuencias positivas anudadas a la transición digital y que, tanto unos como otras, sean adecuadamente distribuidos.

## LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN LA EMPRESA

Una vez modificado el marco narrativo, procede profundizar en la descripción de las características propias del nuevo proceso. Las tecnologías digitales provocan una profunda transformación en el seno de las empresas, que afectan a todos los órdenes del sistema. Durante los últimos años, el teletrabajo y las plataformas digitales han concentrado buena parte de la

---

<sup>3</sup> Para una revisión bibliográfica sobre los efectos de las transformaciones del capital tecnológico implementadas en occidente desde los años 80 del siglo pasado, vid. Gortazar, L., *Transformación digital y consecuencias para el empleo en España. Una revisión de la investigación reciente*, Iseak, 2018.

<sup>4</sup> Para un detallado estudio sobre el proceso de adaptación al cambio tecnológico en la pequeña empresa, vid. Álvarez del Cuvillo, A. “La adaptación de los trabajadores a los cambios tecnológicos en la pequeña empresa”, RCE, nº 93/2008, pp. 3 a 51.

atención de las ciencias sociales, pero el potencial transformador asociado a los medios digitales se extiende al conjunto de la actividad empresarial, sin distinción de sectores productivos o de formas de organización empresarial. El uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial forma ya parte, o lo hará en breve, del proceder ordinario de las organizaciones empresariales. La digitalización de la actividad empresarial se consolida como un imperativo categórico para la totalidad de las empresas y, por consiguiente, en términos competitivos será imposible operar sin acometer, con mayor o menor intensidad, el correspondiente proceso de transformación digital.

La revolución digital avanza rápida y progresivamente, y posee potencial suficiente para modificar de forma notable alguna de las instituciones jurídicas básicas sobre las que se han construido los sistemas de relaciones laborales. Si, inicialmente, los cambios afectaban de manera exclusiva a las funciones y tareas realizadas por las personas trabajadoras (LANGER, 2021), comenzando por las tareas manuales para extenderse posteriormente al conjunto de las funciones que realizan quienes forman parte de los distintos grupos profesionales, el rápido desarrollo de estas tecnologías comienza a manifestarse también en la esfera del ejercicio de las facultades de dirección.

La popularización del uso de algoritmos para sustituir, completa o parcialmente, las tareas de gestión de la plantilla que, hasta ahora, han venido realizando los gestores humanos se presenta como una de las transformaciones más controvertidas y profundas del sistema de relaciones laborales. Este fenómeno, conocido como gestión automatizada o algorítmica (en adelante, GA), posee potencialidad suficiente para extenderse al conjunto de las decisiones que, en términos jurídicos, se engloban bajo el poder de dirección de la empresa. Históricamente, la evolución de los sistemas de gestión de personas se ha fundamentado y justificado mediante diverso instrumental técnico y tecnológico con el invariable objetivo de optimizar la gestión de la mano de obra, reduciendo costes e incrementando beneficios. Esta obvia afirmación resulta relevante para analizar la naturaleza de los cambios que aporta la digitalización.

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 consumidoras,

pueden ser igualmente utilizadas para orientar tareas relacionadas con la gestión de la empresa y, por lo que aquí interesa, para desarrollos de GA que se incorporan, progresivamente y de una manera casi natural, al ejercicio de las facultades organización, vigilancia y control de la actividad laboral, para afectar al conjunto de eventos que configuran la dinámica de las relaciones laborales.

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 en compañías con formatos organizativos más tradicionales. Pero estas tecnologías permiten también adoptar las anteriores decisiones sin intervención humana, aunque en términos aplicativos quizás nos encontremos en un estadio previo.

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, lo que aporta la tecnología digital en este eje de análisis es la posibilidad de 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 GA 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 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 prohíbe al empleador la adopción de decisiones de naturaleza discriminatoria, el conocimiento de las variables que pueden incorporar sesgos discriminatorios en la GA resulta una condición de posibilidad en orden a garantizar el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas. El respeto a las garantías legales requiere que las empleadoras, en un exigente ejercicio de transparencia, faciliten la información suficiente sobre la utilización de estos recursos en la toma de decisiones que puedan incidir en



las relaciones de trabajo<sup>5</sup>. Desde esta perspectiva, la actividad legislativa dirigida a garantizar que, tanto en términos individuales como colectivos, las personas trabajadoras puedan conocer cómo funcionan las herramientas digitales que se usan en la empresa cobra una relevancia superior, y pueden contribuir a mejorar la eficacia de los derechos individuales y colectivos reconocidos históricamente en normas nacionales y europeas.

La GA puede facilitar un mejor conocimiento de las motivaciones íntimas que impulsan las decisiones empresariales. En concreto, en la medida en que la GA siempre deja su rastro, será posible auditar con bastante rigor las razones que determinan las decisiones de la empleadora. Hasta la fecha, las empresas no se han visto obligadas, con carácter general, a dar a conocer las motivaciones últimas que, habitualmente, permanecían ocultas. De hecho, la evolución de las normas antidiscriminatorias ha tenido como objetivo desvelar mediante diferentes técnicas, fundamentalmente procesales, los supuestos de discriminación directa e indirecta. En este sentido, al menos cuando exista una norma jurídica que obligue a la empleadora a informar sobre la cámara oscura de las herramientas de GA, los sesgos discriminatorios podrán ser desvelados con mayor eficacia.

Pero, una vez establecida legalmente la obligación de transparencia de las empresas, el sistema de garantías difícilmente podrá alcanzar cierto grado de eficacia si los derechos de información se articulan desde una perspectiva exclusivamente individual. Por el contrario, considero de vital importancia la participación de las organizaciones sindicales en este ámbito, mediante el reconocimiento legal de facultades de información, consulta y negociación en materia de GA. La modernización de los contenidos tradicionales del derecho sindical a participar en la gestión de la empresa resulta vital para garantizar una transición digital justa. 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 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. Corresponde a las autoridades garantizar que el proceso de digitalización de las empresas se vea acompañado de un cumplimiento diligente de las

---

<sup>5</sup> 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.

obligaciones legales. 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, utilizados para la adopción de decisiones de gestión en la empresa y, con ello, afectar a la fijación de condiciones de trabajo y empleo. 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 los beneficios para la empresa que se derivan de la GA deben venir acompañados de cambios radicales 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, esta materia debe también convertirse en uno de los contenidos estrella de los convenios colectivos durante los próximos años (BAYLOS GRAU, 2021). 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 de representación de las personas trabajadoras deben ser convenientemente informados y consultados sobre la intención de introducir algoritmos en la gestión empresarial y sobre de la aplicación de los acuerdos adoptados sobre esta materia. En mi opinión, adecuadamente regulada, la empresa digitalizada debe tener un impacto positivo sobre las condiciones de trabajo<sup>6</sup>, siempre que como premisa se garantice el principio de que lo que es ilegal en las relaciones de trabajo en empresas tradicionales seguirá siendo ilegal en las empresas que acometan la transición digital<sup>7</sup>.

## **EL PODER DE DIRECCIÓN EN LA EMPRESA**

### **NATURALEZA Y JUSTIFICACIÓN DE LOS PODERES DE ORGANIZACIÓN Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD EN LA EMPRESA**

---

<sup>6</sup> Considerando 2 de la Declaración sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, de 23 de enero de 2023.

<sup>7</sup> Considerando 3 de la Declaración sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, de 23 de enero de 2023.

Suele señalarse que, en España, el fundamento constitucional del poder de dirección empresarial se encuentra en el art. 38 CE<sup>8</sup>. Esta afirmación es aceptada por la doctrina laboralista de manera pacífica y unánime (CRUZ VILLALÓN, 2021, p. 212), aunque la construcción doctrinal que da carta de naturaleza jurídica y legítima a la empleadora para asumir, de manera directa o delegada, la organización de la prestación de servicios de las personas que forman parte de la plantilla y de los recursos materiales e inmateriales que configuran la empresa precede cronológicamente al mandato constitucional (MONTOYA MELGAR, 1962). De hecho, ya en los primeros pasos de la ciencia iuslaboralista española, la discusión en torno al origen de la titularidad empresarial del poder de dirección se culminaba con dos afirmaciones de singular contenido y alcance. En primer lugar, se nominaba al ordenamiento legal como fuente próxima de la atribución de titularidades en este ámbito (OLEA ALONSO, 1965, p. 5); en segundo lugar, se indagaba sobre los motivos que impulsaban inexorablemente al legislador laboral a normar en tal sentido, para concluir que la norma legal reconoce la titularidad del poder de dirección a la empleadora porque (OLEA ALONSO, 1965, p. 6) “naturalmente lo exige el contrato de trabajo para el desarrollo ordenado de sus prestaciones, y porque naturalmente lo exige la empresa como institución para el cumplimiento de las actividades que le son propias”.

En resumen, la doctrina clásica considera que el empleador debe ser titular del poder dirección por imperativo natural y, por consiguiente, el legislador está obligado a positivizar dicho principio en los textos normativos aplicables. Esta actividad legislativa tendría como objetivo, según esa misma tesis, legitimar y facilitar la tutela privada de los derechos y libertades del empresario, en defensa de sus intereses, en términos unilaterales y sin necesidad de acudir a los tribunales. La libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE blindaría, aun en ausencia de referencia expresa, la atribución a la empleadora de estos poderes, imprescindibles para el ejercicio de esta libertad en el marco de la relación laboral. Así ha sido también interpretado por nuestra jurisprudencia constitucional, cuando vincula la buena marcha de la empresa al reconocimiento de la titularidad de este derecho al empleador<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> El art. 38 CE establece: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

<sup>9</sup> SSTC 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio; 241/2012, de 17 de diciembre; 39/2016, de 3 de marzo.



En mi opinión, la atribución del poder de dirección, con o sin reconocimiento constitucional, es consecuencia lógica de la arquitectura del contrato de trabajo, en el que el elemento de la subordinación posee naturaleza esencial. La persona trabajadora se compromete a realizar la prestación de servicios integrándose personalmente bajo el ámbito de organización y dirección de la empleadora (art. 1.1 ET), afirmación que obviamente engendra un correspondiente deber de obediencia diligente en la persona trabajadora (art. 5.b ET) (CRUZ VILLALÓN, 2021, p. 212). Por ello, sin ejercicio efectivo del poder de dirección no existiría relación de trabajo dependiente. Pero esta afirmación no puede realizarse sin tomar en consideración el protagonismo que el art. 129 CE reconoce a la participación de las personas trabajadoras en la empresa<sup>10</sup>, que, en el marco de la UE, han sido objeto de desarrollo mediante el reconocimiento de facultades de información y consulta en la empresa a los órganos de representación de la plantilla<sup>11</sup>, mediante norma legal (art. 64 ET) o mediante convenio colectivo (art. 85 ET).

Dicho lo anterior, más que hablar de poder de dirección en singular, conviene hacer uso de la forma plural, porque el ejercicio de los poderes directivos se extiende a ámbitos regulados por distintas disciplinas jurídicas (civil, mercantil, fiscal o administrativa), que otorgan a la persona que ostenta la titularidad de la empresa, de la manera más adecuada en atención a la forma jurídica adoptada por ésta, la facultad para ejercitar tales poderes (CRUZ VILLALÓN, 2021, p. 212). La libertad de empresa se expresa en términos similares que el derecho de propiedad, de forma que la norma legal reconoce a la persona propietaria los poderes que permiten ejercer el pleno dominio sobre la cosa, en términos muy amplios. Pero, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de propiedad y con las transacciones civiles o mercantiles realizadas por el empleador, cuando el ejercicio de estos poderes se proyecta sobre la esfera jurídica laboral es preciso introducir nuevos elementos en nuestro relato. En la medida en que el trabajo no es una mercancía y la prestación de trabajo tiene carácter personalísimo, los poderes de dirección deben ser objeto de la pertinente modulación cuando se ejercen en el plano

---

<sup>10</sup> El art. 129 CE establece: “Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

<sup>11</sup> 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)

laboral, con el objetivo de hacer compatible el interés empresarial con el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, específicos e inespecíficos, de las personas que trabajan en la empresa. Por esta razón, corresponde al legislador ordinario establecer un marco jurídico que permita, en el seno de la empresa, una distribución del poder de dirección respetuosa con el conjunto del texto constitucional y con los tratados internacionales.

De manera similar a lo que sucede con el resto de los derechos y de las libertades reconocidos interna o internacionalmente, también en la esfera laboral corresponde al legislador ordinario desarrollar y fijar los límites del ejercicio del poder de dirección, y garantizar los derechos de participación de las personas trabajadoras en la empresa. Por ello, las normas que configuran el derecho del trabajo tienen la ambivalente finalidad de garantizar el poder de dirección del empleador y de contener su extensión e intensidad. Si el poder de dirección del empleador se materializa, básicamente, sobre la determinación del contenido de la prestación laboral (poderes directivos), sobre su adecuada ejecución (poderes de vigilancia y control) y sobre la punición de los incumplimientos contractuales (poderes disciplinarios), tanto la norma legal como los convenios colectivos sirven al objetivo de garantizar que la actividad directiva no vulnera los derechos de las personas trabajadoras, pero también a la finalidad de promocionar o materializar fórmulas que permitan compartir el ejercicio de estos poderes con las personas trabajadoras y sus representantes en la empresa.

En esta lógica, la intensidad con la que se manifiestan las exigencias legales de participación debe ser directamente proporcional al nivel de excepcionalidad con el que se manifiesta el poder de dirección. A modo de ejemplo, en nuestra legislación laboral, el poder de dirección ordinario se manifiesta mediante decisiones unilaterales, de carácter discrecional pero no arbitrario, y de naturaleza temporal, materializadas previa notificación (art. 39 ET); por el contrario, las manifestaciones de carácter extraordinario de este poder suelen exigir la concurrencia de una justa causa, normalmente tasada, tienen carácter permanente y son materializadas mediante procedimientos de consulta o negociación con los órganos de representación de las personas trabajadoras en la empresa (art. 41 ET).

## LÍMITES JURÍDICOS DE LOS PODERES DE DIRECCIÓN EN LA EMPRESA

Como se ha señalado más arriba, el ejercicio regular de los poderes de dirección es incompatible con los rasgos generales de la antijuricidad. En primer lugar, la empleadora debe ejercer estos poderes con respeto de las normas legales y de los convenios colectivos. Como es obvio, las facultades directivas deben actualizarse en los términos establecidos en el conjunto del marco normativo y, en particular, dentro de los márgenes que permiten las normas legales y los convenios colectivos. Quizás sea esta la limitación más fácilmente reconocible de las facultades de la empleadora. Es por ello por lo que la doctrina laboralista suele afirmar que el contrato de trabajo en un contrato normado, un contrato sometido en su ejecución a una serie de reglas de origen legal o convencional que configuran un extenso marco regulatorio que, mediante el establecimiento de derechos sustantivos y procedimentales, pretende dignificar y equilibrar la relación de subordinación que aquel juridifica.

En segundo lugar, el poder de dirección deber cursar bajo las exigencias de la buena fe contractual, principio que, afectando al conjunto de los negocios jurídicos, posee una traducción específica en el ámbito de la libertad de empresa. La protección de la productividad y de la competitividad, que la norma constitucional encomienda a los poderes públicos, incide en este apartado de manera directa, para requerir a la empresa una cierta racionalidad en la toma de decisiones. De esta manera, la justificación del blindaje constitucional de este poder señala también los objetivos que deben conducir la acción empresarial. Bien es cierto que, en términos positivos, resulta jurídicamente complejo evaluar, a priori, si las decisiones empresariales cumplen o no este requisito; por el contrario, este principio resulta enormemente útil para identificar y rechazar decisiones empresariales de carácter arbitrario, carentes de legítima finalidad. Por consiguiente, puede afirmarse con rotundidad que, también en el ámbito laboral, cobra protagonismo el contenido del art. 7 del Código Civil que, en España, combate las conductas vertebradas por la mala fe y el abuso en el ejercicio de los derechos.

Por otra parte, y ya en el ámbito exclusivamente laboral, el art. 20 ET relaciona las obligaciones de colaboración de las personas trabajadoras con la buena fe y el ejercicio regular del poder de dirección excluyendo, interpretado en sentido contrario, toda obligación de acatar instrucciones irregulares o presididas por la mala fe. En definitiva, el deber de obediencia que el contrato de trabajo impone a las personas trabajadoras queda desactivado cuando las órdenes o instrucciones de la empleadora pueden tacharse de irregulares (art. 5.c ET).

Adicionalmente, la regulación legal española somete la adopción de determinadas decisiones a la existencia de una causa empresarial, en tales supuestos, el principio general de buena fe se concreta condicionando la legalidad de la actuación empresarial a la existencia, real, de causas tasadas. En otras palabras, el legislador permite hacer uso a la empleadora de algunas facultades excepcionales de configuración o modificación del contrato únicamente como respuesta y solución a necesidades empresariales legalmente tasadas, más allá de las cuales el poder de dirección se presume, *iuris et de iure*, ejercitado de mala fe. Es el caso de las causas que permiten la celebración de contratos de duración determinada (art. 15 ET) o de las causas que habilitan la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET) o su extinción (art. 51 ET). En tales supuestos, el control de legalidad de las decisiones empresariales es reforzado y precedido por la celebración de procedimientos de información o de información y consulta establecidos por la norma legal, en los que cobran especial protagonismo los órganos de representación de las personas trabajadoras en la empresa, ante quienes la empleadora, entre otras cuestiones, deberá acreditar documentalmente la existencia de las causas alegadas.

En tercer lugar, el ejercicio del poder de dirección debe respetar los derechos fundamentales y la prohibición de discriminación de las personas trabajadoras. A tales fines, el art. 17 ET declara la nulidad de las decisiones de la empleadora que den lugar a discriminaciones directas e indirectas, prescripción reforzada por la Ley Orgánica de Igualdad<sup>12</sup>, cuyos arts. 3 y 5 prohíben toda discriminación por razón de sexo, en el ámbito del empleo público y privado y, especialmente, “las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”. La proscripción de las conductas discriminatorias recobra un más amplio e intenso protagonismo en nuestro país con la reciente adopción de la Ley integral para la Igualdad de Trato (en adelante, LIT)<sup>13</sup>. La norma contiene un extenso cuerpo legal cuyo análisis requiere mayor tiempo y espacio, aunque es imperativo reconocer que constituye un paso adelante en la lucha contra las distintas causas y formas de discriminación que impactan, entre otros ámbitos, en el sistema de relaciones laborales.

La nueva norma define el derecho de igualdad de trato en términos negativos, al establecer que este implica la desaparición de toda discriminación por “razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o

---

<sup>12</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo).

<sup>13</sup> Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio).

identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 2.1). En mi opinión, la mayor aportación de la norma se sintetiza en la incorporación una serie de conceptos que, con mayor o menor desarrollo doctrinal, delimitan una variada tipología de comportamientos prohibidos. En concreto, la norma precisa qué debe entenderse por discriminación por asociación, por discriminación por error, por discriminación múltiple o interseccional, por denegación de ajustes razonables, por acoso, por inducción a la discriminación, por acciones intolerantes, por represalias, por incumplimiento de acciones positivas, por inacción, por incumplimiento de deberes o por dejación de funciones (art. 6).

Adicionalmente, la norma extiende la prohibición al conjunto de fases que conforman la relación laboral, como “el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, la formación para el empleo, la promoción profesional, la retribución, la jornada y el resto de las condiciones de trabajo, así como la suspensión y la extinción del contrato de trabajo” (art. 9). Por su parte, el art. 10 pone el foco sobre los convenios colectivos, fuente en la que todavía pueden encontrarse previsiones discriminatorias.

Sin perjuicio de lo anterior, y directamente relacionado con el objeto del presente trabajo, el art. 23 de la norma hace referencia a la inteligencia artificial y a los mecanismos de toma automatizada de decisiones, aspectos sobre los que se profundizará en los apartados posteriores. Pero, quizás el elemento de mayor novedad que contiene la LIT es el amplio capítulo de medidas de protección y reparación del daño, desarrollado en sus arts. 25 a 32. En virtud de estas previsiones, se obliga a las AAPP y a las empresas a la puesta en marcha de métodos o instrumentos suficientes para la detección de supuestos de discriminación, a la adopción de medidas preventivas y a la eliminación temprana de las situaciones de discriminación. El incumplimiento de estas obligaciones abre la vía de la responsabilidad administrativa, así como, en su caso, de otras responsabilidades en el ámbito penal y civil. En el ámbito laboral, la norma atribuye a la empleadora las responsabilidades por el daño causado cuando la discriminación se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones de prevención o cese del comportamiento discriminatorio correspondientes. Por último, la norma concreta el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos de discriminación, que debe incluir la adopción de todas las medidas



necesarias para el cese inmediato de la discriminación, la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho, con independencia de su nacionalidad, edad o legalidad de su situación administrativa (art. 28).

## **LA ORIENTACIÓN DE LOS PRIMEROS AVANCES NORMATIVOS Y DE LAS PROPUESTAS EN PROCESO DE ELABORACIÓN**

### **EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA UE**

La adaptación del marco normativo básico a un marco digitalizado de relaciones laborales se encuentra en proceso de construcción. Los ritmos de avances tecnológicos y de evolución normativa jamás se han relacionado en términos sincrónicos. En esta ocasión, puede advertirse el surgimiento de un incipiente bloque normativo, pendiente de ser completado, que tiene por objeto controlar la GA, cuando estas disposiciones puedan afectar a la esfera de intereses de las personas que forman parte de la plantilla. Si como premisa admitimos que la titularidad del poder efectivo de dirección corresponde a la empleadora, que puede delegar en los distintos escalafones jerárquicos de la empresa su ejercicio, debemos también señalar que, formalmente, la delegación de este poder debe realizarse en favor de una persona física. Por consiguiente, la GA, en términos absolutos, se situaría al margen de la ley. Dicho, en otros términos, el ordenamiento laboral no concibe que el jefe sea un algoritmo.

En apoyo de la anterior afirmación viene el Reglamento general de protección de datos<sup>14</sup>, cuando reconoce el derecho de toda persona a no ser objeto de una decisión

---

<sup>14</sup> El artículo 22 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos establece:

“Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles

1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión:

- a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;
- b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

automatizada. Sin embargo, tratándose de una regulación diseñada para actuar en un ámbito mucho más amplio, el consumo de bienes y de servicios, no sorprende que esta regla general admita importantes excepciones. En concreto, las contenidas en las letras a) y c) del propio precepto, podrían servir para abrir una vía legal de implantación de un sistema de GA. Frente a quienes defienden esta posibilidad, cabría plantearse que la empleadora tendría que demostrar la necesaria activación de estas tecnologías para la ejecución del contrato de trabajo, mientras que la posible aceptación por parte de la persona trabajadora podría colisionar, en España, con el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales previsto en el art. 3.5 ET.

En todo caso, nada impide que la empleadora en el proceso de toma de decisiones haga uso de información obtenida por vía algorítmica, como hasta ahora ha hecho con la información obtenida o elaborada por vías menos sofisticadas, salvo que haya sido obtenida de manera ilegal. La cuestión central, por tanto, en la medida en la que resulta relativamente difícil determinar el grado de intervención de una persona física en el proceso de conformación de la voluntad empresarial, es determinar si en la elaboración de la información que justifica la decisión empresarial se han producido sesgos que contravienen el ordenamiento jurídico vigente. Esto es, si la decisión de la empleadora respeta la legalidad vigente, el principio de buena fe y los derechos y libertades fundamentales de las personas trabajadoras.

## **LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE PLATAFORMAS DIGITALES Y LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES**

Las limitaciones que presenta el Reglamento general de protección de datos para controlar la capacidad de afectación de los derechos fundamentales por vía algorítmica han impulsado la generación de nuevas propuestas de regulación en el ámbito de la UE. En primer lugar, la propuesta de directiva sobre la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales sigue la senda marcada por la precedente norma española en la materia, popularmente

---

3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.”

conocida como Ley riders<sup>15</sup>, a la que haremos referencia en el apartado siguiente. Al margen de su contenido regulatorio, parece cada vez más evidente la imperiosa necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de esta propuesta de regulación europea al conjunto de empresas, tal y como hace la norma española. Como se ha visto hasta aquí, los riesgos asociados a los procesos de digitalización se extienden a la totalidad del universo empresarial y, por consiguiente, las nuevas garantías jurídicas deben extender su ámbito de manera similar.

En todo caso, el art. 6 de la propuesta de directiva establece un derecho de información sobre los sistemas automatizados de vigilancia y control de la actividad desarrollada por la persona trabajadora, y sobre los sistemas automatizados de toma de decisiones que afecten a las condiciones de trabajo, en sentido amplio. El mismo precepto reconoce la titularidad del derecho a la información tanto a las personas trabajadoras, individualmente consideradas, como a los órganos de representación de las personas trabajadoras en la empresa.

Con relación al contenido de la información, la propuesta no hace referencia expresa a los algoritmos, si bien detalla que se extiende a los principales parámetros que sirven a la empleadora para adoptar sus decisiones. En términos formales, la propuesta de directiva obliga a las empresas a facilitar la anterior información “de forma concisa, transparente, inteligible y fácilmente accesible, utilizando un lenguaje claro y sencillo”, previsiones que pretenden asegurar el efecto útil de la norma europea y proscribir comportamientos obstruccionistas que, mediante el exceso de información o la utilización de un lenguaje innecesariamente técnico, impidan a las personas trabajadoras o a sus órganos de representación el acceso material a la información precisa para defender sus intereses o cumplir con las funciones de control encomendadas.

Por su parte, el art. 7 de la propuesta de directiva obliga a las empresas a realizar una evaluación del impacto de sus sistemas de GA, que incluirá una valoración de los riesgos laborales y la introducción de medidas preventivas. Adicionalmente, el art. 8 obliga a las plataformas a facilitar una interlocución con un responsable de la empresa, ante cualquier solicitud de aclaración por parte de las personas trabajadoras afectadas por decisiones automatizadas. Por último, el art. 9 incluye en el ámbito de los derechos de información y consulta las decisiones sobre introducción de sistemas de GA. De esta manera, la introducción

---

<sup>15</sup> Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE de 29 de septiembre)

de sistemas de GA deberá formalizarse mediante los procedimientos de información y consulta reglados por la Directiva Marco<sup>16</sup>, para el conjunto de la UE y, en España, por el art. 64 ET.

En resumen, la principal crítica que puede verse sobre el enfoque de la propuesta está relacionada con la limitación de su ámbito de aplicación al trabajo en plataformas, que parece ignorar que la posibilidad de implementar sistemas de GA no afecta únicamente a este tipo de empresas que, en la práctica, suponen un porcentaje bastante poco significativo en el conjunto del sistema de relaciones laborales de la UE. Por ello, cabe reclamar una acción normativa europea que afecte al conjunto de las empresas, independientemente del sistema de organización que hayan adoptado. Por el contrario, resulta de innegable interés, y de un gran potencial de refuerzo de la normativa española, la referencia a la obligación de informar y consultar ante la introducción de sistemas de automatización del ejercicio del poder de dirección y control.

En segundo lugar, y con mayor alcance e impacto, la Carta Europea de Derechos Digitales<sup>17</sup> reúne una serie de principios que tienen como objetivo impulsar políticamente una transformación digital centrada en las personas (Capítulo 1), que permita reafirmar los derechos humanos y beneficie a la sociedad en su conjunto. Entre otros principios, por lo que aquí interesa, los Estados miembros se comprometen a adoptar las medidas necesarias para que los valores de la UE y los derechos de las personas reconocidos por las normas de la UE sean respetados también en el universo digital (Capítulo I.1) y, para ello, se entiende necesario garantizar el respeto a los derechos fundamentales en todas las fases de implantación de herramientas digitales, lo que abarca el diseño, el desarrollo, el despliegue y el uso de estas soluciones tecnológicas (Capítulo II.2).

Pero, aunque la Carta Europea de Derechos Digitales posee un ámbito mucho más general, su texto contiene algunas previsiones relativas a las condiciones de trabajo en entornos digitales (Capítulo 3.5). En aplicación de estos principios, los Estados Miembros deben asegurarse de que todas las personas que presten servicios en este tipo de entornos, según hemos afirmado más arriba la totalidad de las personas trabajadoras a corto plazo, tienen derecho a

---

<sup>16</sup> 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)

<sup>17</sup> Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, de 23 de enero de 2023.

disfrutar de unas condiciones de trabajo equitativas, justas, saludables y seguras, con independencia de su situación laboral y de la modalidad o la duración del contrato de trabajo.

En el plano colectivo, la Carta otorga a las organizaciones sindicales un papel importante en el desarrollo del proceso de transformación digital en las empresas (Capítulo 3.6), que debe vertebrarse a través de los medios clásicos de acción sindical, como la negociación colectiva sobre las condiciones de trabajo y sobre los procesos de introducción de sistemas de GA.

La exigencia de condiciones de trabajo justas y equitativas comprende, al menos, la obligación de los Estados Miembros de garantizar el derecho a la desconexión digital, con el objetivo de asegurar el equilibrio entre vida privada y vida laboral, la prevención de riesgos para la salud física y mental, el respeto de los derechos fundamentales en el entorno digital de las personas trabajadoras (en particular, derecho a la privacidad, la libertad sindical, el derecho a la negociación y al conflicto colectivo), así como la protección frente a sistemas de vigilancia o control ilegal o injustificada. A tales fines, la Carta impone a los Estados miembros la obligación de regular el uso de la GA con un enfoque antidiscriminatorio, preventivo, transparente y que asegure la intervención humana en la adopción de las decisiones que afecten a las condiciones de trabajo.

## **PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA, INFORMACIÓN Y CONSULTA SOBRE GA, DESCONEXIÓN DIGITAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

La intervención legislativa en la materia en nuestro país, durante los últimos años, ha precedido, en términos cronológicos, a las regulaciones efectivamente adoptadas en el marco de la UE. Esta intensa actividad legislativa sitúa al sistema de relaciones español entre los Estados que han reaccionado más rápidamente al nuevo contexto. Sin perjuicio de lo anterior, el marco normativo, en mi opinión, continúa siendo insuficiente para afrontar adecuadamente los restos de la GA.

En primer lugar, como ya se anunció más arriba, la Ley Integral de Igualdad de Trato, incorpora una previsión específica en la materia (art. 23). En virtud de dicho precepto, las administraciones públicas quedan obligadas a poner en marcha, en el marco de sus



procedimientos de gestión, mecanismos de GA que “tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas”. La obligación legal incluye expresamente cautelas en la fase de diseño y de entrenamiento, con el objetivo de conocer el potencial impacto discriminatorio que pudieran producir. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio de estas herramientas, que deberán ser interpretados conforme al principio de igualdad de trato definido en el art. 4 LIT. La previsión normativa afecta a todas las AA.PP, lo que incluye a la Administración Central, a las Administraciones Autonómicas y a las Corporaciones Legales.

Por otra parte, y ahora con relación a la actividad de las empresas privadas, la norma obliga a estas a promover el uso de una “Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales”, y crea un sello de calidad que permitirá evaluar positivamente el cumplimiento de estos principios. Aunque la norma no hace referencia expresa a la posición de las personas trabajadoras y de sus órganos de representación, como se ha dicho en los apartados posteriores, los esfuerzos que la LIT realiza para delimitar, reprimir y resarcir a las víctimas de actuaciones discriminatorias resultan plenamente aplicables a los supuestos de GA. Por ello, debe valorarse positivamente la actualización de los derechos de información a los órganos de representación de la plantilla operada vía Ley 12/2021<sup>18</sup>, que introduce una nueva letra d) en el art. 64.4 ET. La norma 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 previsión normativa comparte objetivos de control de legalidad con el resto de los derechos de información reconocidos a los órganos de representación de las personas trabajadoras en la empresa, pero el enfoque resulta bastante novedoso, pues señala hacia un elemento claramente mediato o instrumental. No se trata de acceder a datos concretos sobre la evolución de las variables de la empresa (ventas, empleo, contratación), sino de tratar de comprender cómo funciona el sistema de GA que se utiliza en la empresa y, eventualmente, en qué sesgos puede incurrir. La obligación de transparencia en esta materia se levanta contra un pretendido derecho a la opacidad empresarial, que cada vez encuentra mayores dificultades para ser objeto de fundamentada defensa. La digitalización de la economía, y de la sociedad de la

---

<sup>18</sup> Ley 12/2021, de 28 de septiembre (BOE de 29 de septiembre)

que forma parte, debe ir acompañada de un esfuerzo de transparencia que afecta tanto al sector público como a las empresas privadas. En caso contrario, resultará verdaderamente difícil proteger al conjunto de la ciudadanía, pero tampoco a las personas trabajadoras, de los efectos negativos que puede producir el cambio tecnológico. En este contexto, la información sobre el cuarto oscuro de la GA y las auditorías sobre sus eventuales sesgos constituyen una condición necesaria para la materialización de un proceso de transición justa.

Transcurrido un año de la introducción de esta nueva materia en el marco del art. 64 ET, el Gobierno ha querido reforzar la eficacia de la medida mediante la publicación de una Guía para su aplicación práctica. Entre otras cuestiones de interés, el documento promociona la posibilidad de establecer, vía negociación colectiva, la obligación de negociar con los órganos de representación de los trabajadores el diseño y la puesta en marcha de la GA en la empresa, considera incluido en el marco de los procedimientos de información y consulta previstos en distintos pasajes de la norma estatutaria (despidos colectivos, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, expedientes de regulación temporal de empleo) la obligación de negociar el algoritmo eventualmente utilizado para la determinación de las personas afectadas, señala la obligación de las empresas de realizar una evaluación de impacto, en aplicación de lo dispuesto en el art. 35 del Reglamento General de Protección de Datos, y considera necesario la realización de una auditoría algorítmica, en aplicación de lo dispuesto en el art. 14 LPRL.

Aunque alguna de estas afirmaciones pueden ser matizadas, y podrán ser objeto de resoluciones judiciales contrarias, no cabe duda de que este documento contribuye a visualizar la potencialidad de la acción legislativa y de su imprescindible complemento por la autonomía colectiva. Esta afirmación permite eludir la principal debilidad del modelo legal, pues el reconocimiento de derechos de información resulta de nula eficacia en ausencia de órganos de representación de los trabajadores en la empresa y, como es conocido, no todas las empresas poseen comités de empresa en nuestro país y, por otro lado, la optimización del modelo vía negociación colectiva únicamente será posible en sectores con amplia representación sindical. En conclusión, la automatización parcial del ejercicio del poder empresarial puede también facilitar una práctica más eficaz de las prerrogativas de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa aplicable, que el art. 64 ET reconoce a la representación de las personas trabajadoras en el centro de trabajo, pero para ser plenamente eficaz esta medida debiera ir

acompañada de una regulación complementaria vía convenio colectivo, inexistente hasta la fecha.

Por último, entre los denominados nuevos derechos, que encuentran su fundamentación y razón de existir en la digitalización de las condiciones de trabajo, destaca el derecho a la desconexión, como garantía del derecho al descanso y a las vacaciones de las personas trabajadoras. Sin duda, el reconocimiento efectivo de este derecho debe contribuir a la mejora de la salud y del ambiente de trabajo, y constituye un poderoso aliado para la conciliación de la vida personal y laboral. En nuestro sistema normativo, tanto el art. 88 Ley Orgánica de Protección de Datos (en adelante, LOPD)<sup>19</sup>, como el art. 20 bis ET<sup>20</sup> hacen un reconocimiento expreso, y en mi opinión bastante parco, del derecho a la desconexión digital. En términos de aplicabilidad, sendas normas adolecen de cierta falta de concreción. En un primer acercamiento, cabría interpretar que la ausencia de mayores precisiones se traduce directamente en la prohibición de todo intento de comunicación entre la empleadora y la persona trabajadora una vez finalizada la jornada de trabajo. Sin embargo, los apartados 2 y 3 del art. 88 LOPD indican que el desarrollo interpretativo debe ir por otro lado. En concreto, el apartado 2 encomienda a la negociación colectiva la adaptación de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión a la “naturaleza y objeto” de la prestación de trabajo, afirmación que, en la práctica, concede a los negociadores la posibilidad de regulación de supuestos de interrupción digital del descanso de las personas trabajadoras y, lo que es más grave, en ausencia de regulación convencional aplicable vacía, en buena medida, de contenido el mandato legal.

Por ello, el recientemente firmado V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (en adelante, AENC) recoge el guante lanzado por el legislador y establece una serie de criterios que deberán ser tenidos en cuenta en la negociación de los convenios colectivos. En primer lugar, se define el derecho a la desconexión digital como “un derecho a no atender dispositivos digitales fuera de la jornada de trabajo”, que abarcaría a todo tipo de dispositivos y herramientas. A diferencia de lo que sucede, con carácter general, para la mayoría de los

---

<sup>19</sup> El art. 88.1 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE de 6 de diciembre) establece: “Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”

<sup>20</sup> El art. 20 bis ET establece: “Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

derechos, por aplicación del principio de irrenunciabilidad, el acuerdo señala que la conexión voluntaria de la persona trabajadora no conllevará responsabilidades para la empleadora. A modo de cláusula de cierre, el AENC niega cualquier obligación de responder a llamadas o comunicaciones realizadas por la empleadora, salvo en situaciones de fuerza mayor, e impone a las empresas la prohibición de cualquier tipo de sanción, trato diferenciado o evaluación negativa de desempeño que traigan causa de este tipo de eventos. A modo de ejemplo, el AENC señala algunas buenas prácticas en la materia, como la programación de respuestas automáticas durante los periodos de ausencia o la utilización de sistemas de envío retardado.

Pero quizás en el apartado en que la legislación española, y sin duda la normativa de la UE, muestra mayores carencias es en la regulación del derecho a la intimidad informática de las personas trabajadoras. En mi opinión, el motivo principal que provoca esta falta de protección está relacionada con la inexistencia de una más amplia regulación específica y con la titubeante jurisprudencia de los tribunales internos y europeos sobre la materia. Es cierto que el art. 20 bis ET realiza un reconocimiento expreso del derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales que la empleadora pone a disposición de las personas trabajadoras, derecho que igualmente se extiende a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, sin embargo tales derechos quedan en buena medida vacíos de contenido cuando la propia norma hace referencia a la legislación vigente en materia de protección de datos personales, esto es, a los arts. 87 y 89 LOPD.

En primer lugar, el art. 87.2 LOPD reconoce el derecho de la empleadora a acceder, a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales, a los contenidos de los dispositivos y medios digitales facilitados a las personas trabajadoras. Aunque se afirma que corresponde al empresario la obligación de establecer protocolos de utilización de los dispositivos digitales, de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos por norma legal o constitucional, e informar a las personas trabajadoras de su existencia y contenido, la norma de protección de datos relega el protagonismo de los órganos de representación de las personas trabajadoras a un inconcreto papel de participación, fórmula extraña a la tradición iuslaboralista española que dificulta interpretar si estamos en el ámbito de la información o en el ámbito de la consulta e, incluso, en el ámbito de la negociación colectiva. En segundo lugar, el art. 89 LOPD permite la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo y el tratamiento de las imágenes obtenidas para el ejercicio de las funciones de vigilancia y control

de la actividad laboral por el empresario. La instalación de estos dispositivos requiere, salvo situaciones excepcionales, de previa comunicación a los trabajadores y a sus representantes, sin que en este caso se prevea la iniciación y conclusión de procedimiento alguno de consulta. En tales circunstancias, el contenido de aquellos protocolos y de estas prácticas permite actuaciones innecesarias e invasivas de la privacidad de las personas trabajadoras, sin que la jurisprudencia haya realizado, en mi opinión, un análisis ponderado de los intereses en juego, bajo los tradicionales elementos que configuran el test de proporcionalidad de los derechos fundamentales.

## CONCLUSIONES

El proceso de digitalización de la sociedad y, en particular, de la organización empresarial avanza de manera rápida e inexorable. Las especiales características de este fenómeno, con toda seguridad, alterarán la eficacia jurídica de algunos principios laborales básicos sobre los que se han construido los sistemas de relaciones laborales, pero las instituciones y las reglas esenciales, en el plano individual y colectivo, resultan igualmente válidas ante la nueva realidad empresarial.

La digitalización de las empresas se extenderá al conjunto de la actividad empresarial y, por consiguiente, en el corto plazo se convertirá en un elemento indispensable para el mantenimiento de la competitividad de estas. En este contexto, los sistemas de GA se convertirán progresivamente en una herramienta, cada vez más rentable, que acompañará de manera natural el ejercicio de los poderes empresariales en la empresa.

El soporte teórico y técnico que históricamente ha hecho posible el avance de los sistemas de gestión y control de la actividad laboral ha sido elaborado con el invariable objetivo de optimizar la gestión de la mano de obra, reduciendo costes e incrementando beneficios. Sin embargo, los sistemas de GA incorporan un gran potencial para vulnerar derechos fundamentales y eludir controles legales.

El respeto a las garantías legales y constitucionales requiere un cambio de paradigma en la gestión empresarial, el principio de transparencia debe presidir toda decisión en el ámbito de la GA. La actividad legislativa debe garantizar que, tanto en términos individuales como colectivos, las personas trabajadoras puedan conocer cómo funcionan las herramientas digitales



que se usan en la empresa, y cómo pueden contribuir a mejorar la eficacia de los derechos individuales y colectivos reconocidos legal o convencionalmente.

Los métodos de gestión ordinaria de la empresa, con carácter general, dificultaban el conocimiento de las motivaciones últimas que condicionan las decisiones empresariales que, habitualmente, permanecen ocultas. La evolución de las normas antidiscriminatorias señala la inexistencia de un pretendido derecho a la opacidad empresarial. La obligación de desvelar el contenido de la cámara oscura sobre la que operan las herramientas de GA es una condición necesaria que debe imponerse por vía legal.

El dispositivo normativo de garantía de derechos digitales avanza de manera lenta y su diseño resulta insuficiente y, en ocasiones, adolece de falta de regulación específica por normas laborales. Los cambios normativos deben impedir que la digitalización de la empresa transforme en legal aquellos comportamientos que han sido tradicionalmente considerados ilegales en la empresa tradicional. Tal y como establece la Carta Digital Europea, las próximas regulaciones de la GA deben diseñarse desde un enfoque preventivo, transparente y antidiscriminatorio, asegurando la intervención humana en la adopción de las decisiones que afecten a las condiciones de trabajo.

El legislador laboral debe asociar a la posibilidad de implementar sistemas de GA la obligación de aplicar protocolos claros de información en el plano individual, que permitan a las personas trabajadoras conocer las razones que determinan las decisiones empresariales, y procedimientos de información, consulta y negociación previa en el plano colectivo. La participación sindical deberá ser complementada con la elaboración de auditorías periódicas que, una vez implantados dichos sistemas, permitan conocer los eventuales sesgos discriminatorios no previstos.

Este dispositivo de garantías legales requiere de una mejora en la formación de todos los operadores que intervienen en el proceso, pero la materialización del objetivo declarado por las instituciones europeas de que, en esta ocasión, el proceso de transición empresarial será justo depende de su necesaria y pronta aplicación.

## REFERENCIAS

ÁLVAREZ CUESTA, Henar et al. El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa. **Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales**, n. 42, 2019.

ARROYO ABAD, Carlos. **Los retos del teletrabajo en la nueva sociedad tecnológica**. Aranzadi, 2021.

BAZ RODRÍGUEZ, Jesús. **Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España: vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, big data**. Wolters Kluwer, 2020.

BAYLOS GRAU, Antonio. **A vueltas con el algoritmo: Derechos de información y negociación colectiva**. Disponible em: <https://baylos.blogspot.com/2021/05/a-vueltas-con-el-algoritmo-derechos-de.html>.

CAPPELLI, Peter; ROGOVSKY, Nikolai. **Artificial intelligence in human resource management a challenge for the human-centred agenda?**. International Labour Organization, 2023.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales. In: **Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital**. Aranzadi Thomson Reuters, 2020.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. **Compendio de Derecho del Trabajo**, Tecnos, 2021.

DE CREMER, David. **Leadership by algorithm: Who leads and who follows in the AI era?**. Harriman House Limited, 2020.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. La adaptación de los trabajadores a los cambios tecnológicos en la pequeña empresa. **Revista de la contratación electrónica**, n. 93, p. 3-51, 2008.

DOMÍNGUEZ MORALES, Ana. Digitalización de la economía y relaciones laborales: los derechos colectivos en el entorno de las plataformas. In: **Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo**. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

DUEÑAS HERRERO, Laurentino Javier. The necessary recovery of social dialogue to address the regulation of the impact of new technologies on workers' rights. **e-Revista Internacional de la Protección Social**, 4 (2), 111-123, 2019.

EDWARD, Webster. The Uberisation of work: the challenge of regulating platform capitalism. A commentary. **International Review of Applied Economics**, v. 34, n. 4, p. 512-521, 2020.

ESPAÑA. **Constitución Española**.. Disponible em: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con). Acesso em: 21 out. 2023

\_\_\_\_\_. **Ley 12/2021, de 28 de septiembre**. Modifica la Ley del Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Madrid: Jefatura del Estado, [2021e]. Disponible em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-15767>. Acesso em: 24 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Ley 15/2022, de 12 de julio.** Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Madrid: Jefatura del Estado, [2022c]. Disponible em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-11589>. Acceso em: 24 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.** Para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Madrid: Jefatura del Estado, [2022a]. Disponible em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>. Acceso em: 24 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.** Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Madrid: Jefatura del Estado, [2018]. Disponible em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673>. Acceso em: 24 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional de España. Sentencia n. 98/2000.. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 119, 18 de maio de 2000. Disponible em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4082>. Acceso em: 21 out. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 186/2000. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 192, 11 de agosto de 2000. Disponible em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4170>. Acceso em: 21 out. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 241/2012. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 19, 22 de janeiro de 2013. Disponible em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23200>. Acceso em: 21 out. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 39/2016. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 85, 8 de abril de 2016. Disponible em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24843>. Acceso em: 21 out. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work.** 2021.

GINÉS FABRELLAS, Anna. La gestión algorítmica del trabajo: Nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos. In: VV.AA. **Digitalización, recuperación y reformas laborales.** Ministério de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022. pp. 295 e seguintes.

GÓMEZ GORDILLO, Rafael. Apuntes para una reforma de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios. **Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales**, n. 45, 2021.

GÓMEZ GORDILLO, Rafael et al. **Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo.** 2011. p. 111-163.

GÓMEZ GORDILLO, Rafael. Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras. **Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social**, n. 158, p. 161-182, 2021.

GÓMEZ GORDILLO, Rafael. Descentralización productiva en la negociación colectiva en Andalucía. **Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social**, n. 100, p. 1105-1146, 2009.

GORTAZAR, Lucas. **Transformación digital y consecuencias para el empleo en España. Una revisión de la investigación reciente**, n. 2018-04, 2018.

GRIESBACH, Kathleen et al. Algorithmic control in platform food delivery work. **Socius**, v. 5, p. 2378023119870041, 2019.

HERRAIZ MARTÍN, María del Sol. El impacto de la digitalización del trabajo en el empleo público y el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. **Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, n. 54, p. 3, 2019.

KEEGAN, Anne; MEIJERINK, Jeroen. Dynamism and realignment in the HR architecture: Online labor platform ecosystems and the key role of contractors. **Human Resource Management**, v. 62, n. 1, p. 15-29, 2023.

KELLOGG, Katherine C.; VALENTINE, Melissa A.; CHRISTIN, Angele. Algorithms at work: The new contested terrain of control. **Academy of Management Annals**, v. 14, n. 1, p. 366-410, 2020.

LANGER, Markus; LANDERS, Richard N. The future of artificial intelligence at work: A review on effects of decision automation and augmentation on workers targeted by algorithms and third-party observers. **Computers in Human Behavior**, v. 123, p. 106878, 2021.

OLEA ALONSO, Manuel. El poder de dirección del empresario, **Instituto de Estudios Políticos**, Madri, 1965.

LEE, Min Kyung et al. Working with machines: The impact of algorithmic and data-driven management on human workers. In: **Proceedings of the 33rd annual ACM conference on human factors in computing systems**. 2015. p. 1603-1612.

LEWNEY, Richard et al. **Energy Scenario: Employment Implications of the Paris Climate Agreement**. 2019.

MERCADER UGUINA, Jesús R. Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico. **Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales**, n. 63, p. 4, 2020.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL. Información algorítmica en el ámbito laboral. **Guía práctica y herramienta sobre la obligación Empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral**. Espanha, Maio de 2022.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL. **XXXII Congreso anual de la aedtss digitalización, recuperación y reformas laborales**. 2022. Tese de Doutorado. Universidad de Extremadura.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. **El poder de dirección del empresario**. 1962. Tese de Doutorado. Universidad de Sevilla.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy**. Penguin Books, Reino Unido, 2016.

LUQUE PARRA, Manuel; DEL REY Guanter, Salvador. **Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral**. Bosch, 1999.

PAZOS PÉREZ, Alexandre. **Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital**. Aranzadi/Civitas, 2021.

PRASSL, Jeremias. *Humans as a service: The promise and perils of work in the gig economy*. **Oxford University Press**, 2018.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. Régimen jurídico del teletrabajo: aspectos sustantivos y procesales. **Revista Jurídica de Castilla y León**, n. 54, 2021.

ROSENBLAT, Alex. *Uberland: How algorithms are rewriting the rules of work*. **Univ of California Press**, 2018.

SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, Beatriz. El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico. **El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico**, p. 31-37, 2021.

SUARÉZ CORUJO, Borja. La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social. **Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social**, n. 141, p. 37-66.

TERRADILLOS ORMAECHEA, Miren Edurne. **El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica**. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital**, 23 de jan. de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo**, 11 de março de 2002. DO UE, n. 80, p. 35-39.

**Sobre o autor:**

**Rafael Gómez Gordillo** | *E-mail:* [rgomgor@upo.es](mailto:rgomgor@upo.es)

É Doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social (Universidade de Sevilla). Professor Titular da Universidade Pablo de Olavide (UPO), Espanha.

Artigo Convidado