

EDITORIAL

Hacia una democracia digital en la empresa

Towards a digital democracy in the company

Jesús R. Mercader Uguina

*Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad Carlos III*

ORCID ID: 0000-0001-6301-6788

doi: 10.20318/labos.2023.7938

*“Creo que habría amado la libertad en todos los tiempos,
pero me siento inclinado a adorarla en la época en que estamos”*

[A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, 1835]

I. Hacia una democracia digital en la empresa

Con motivo de mi reciente participación en las XI Jornadas organizadas por la Mesa de la Audiencia Nacional tuve oportunidad de acercarme a un tema que considero de enorme interés y extraordinaria transcendencia para el futuro de nuestras relaciones laborales. “*Digitalización de la actividad empresarial y protección de los derechos de las personas trabajadoras a través de sus representantes*”, fue el título de la ponencia que se me asignó y su objeto me permitió reflexionar sobre la necesidad de afrontar esta era de las transformaciones en las que nos encontramos inmersos (la digital y la ecológica son buenos ejemplos) y los retos a ellas aparejadas poniendo en el centro la tutela de la representación colectiva de intereses. Las páginas que siguen reproducen, en gran medida, algunas de las ideas que trasladé a los participantes en tan interesante sesión e incorporan algunos resultados del debate posterior ⁽¹⁾

La agilidad y velocidad resultan fundamentales en el nuevo modelo tecnológico en el que nos encontramos. Los mercados globales requieren realidades dinámicas y con capacidad de permanente y flexible adaptación por lo que las organizaciones empresa-

¹ Quiero agradecer a los organizadores, la Mesa de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y, en particular, a su Presidente y a los sindicatos que la integran, así como a la Fundación del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje – SIMA FSP, la invitación para participar en tan interesante Jornada.

riales rígidas y adversas a los cambios se convierten en ineficientes y su destino es ser borradas del mercado. Lo que la empresa necesita es ser capaz de identificar y resolver rápidamente problemas y tener agilidad para cambiar rápidamente de dirección, es decir, combinar el punto de vista técnico con el conocimiento del mercado. Muestra de esta idea es la utilización intensiva de los medios electrónicos, puesta de manifiesto por las formas de e-business, que traen como consecuencia la deslocalización de las personas, la dispersión geográfica de las operaciones y la volatilización de la idea patrimonial de empresa. El nomadismo digital, la intangibilidad y aceleración de los cambios en las formas de producción que vienen de la mano del uso extensivo de algoritmos y sistemas de Inteligencia Artificial (entendido como “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”), constituyen el caldo de cultivo idóneo para poner en crisis las fórmulas clásicas de acción colectiva asentadas en modelos empresariales fundados sobre bases económicas y productivas bien distintas.

La gobernanza de la nueva economía digital requiere de una participación real y efectiva de los trabajadores y sus representantes en la transformación dinámica que se está produciendo y que debe situar al diálogo institucional, el diálogo social, la negociación colectiva y la participación de los trabajadores a todos los niveles en el centro mismo de ese objetivo. El principio 8 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, referido al diálogo social y la participación de los trabajadores, y el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado por la Comisión el 4 de marzo de 2021, señalan que “el diálogo social, la información, la consulta y la participación de los trabajadores y sus representantes en diferentes niveles (incluidos los niveles de empresa y sectorial) desempeñan un papel importante en la configuración de las transiciones económicas y en el fomento de la innovación en el lugar de trabajo, en particular con miras a la doble transición y los cambios en el mundo del trabajo”.

Por ello, resulta imprescindible reflexionar sobre cómo debe afrontarse el acercamiento a la nueva democracia digital en la empresa. El concepto de lo democrático es un ideal poderoso y que posee una elevada carga simbólica. Hablar de democracia digital en la empresa nos sugiere un universo de ideas y realidades que deben ser afrontadas a la hora de hacer realmente efectivo el ideal igualitario que subyace en la propia idea de gobierno participativo.

II. Repensando los modelos de representación de los trabajadores en la empresa postmaterial

Este conjunto de realidades exige repensar los instrumentos de representación tradicionales para, con una nueva mirada, valorar su adecuación al conjunto de exigencias que traen de la mano las transformaciones que lleva consigo el cambio digital. Pero el proceso de transformación exige de una revisión crítica sobre las funciones y disfunciones

del referido modelo para enfrentarse a los retos que lleva consigo la reformulación de los agentes que intervienen en la nueva realidad tecnológica.

Para ello es necesario partir de que la diversidad de instancias representativas en la empresa ha sido una constante a lo largo de la historia democrática de nuestro país en la que han convivido la representación sindical y la representación unitaria o colectiva integrando el doble canal de representación de los trabajadores. Un modelo que, andando el tiempo, ha terminado alumbrando una constelación de órganos de representación, constituidos en base a diferentes variables, “pero profundamente entrelazados entre sí y en interacción constante, dado su frecuente solapamiento tanto en el plano de su configuración subjetiva como en el funcional o de atribución de competencias” (2). Así, se ha pasado de un modelo dual, relativamente sencillo y construido sobre los órganos básicos de representación de los trabajadores en los centros de trabajo, como son los unitarios y los sindicales regulados en los títulos II del Estatuto de los Trabajadores (ET) y IV de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), a uno mucho más complejo, que o bien incorpora nuevos órganos en otros ámbitos funcionales o bien crea prolongaciones o derivaciones de los anteriores que se extienden al plano transnacional como ocurre con los comités de empresa europeos. Y, al mismo tiempo, conviven los órganos con competencias generales y particulares. La tradicional representación de los trabajadores en la empresa debe declinarse ya en plural (3).

Ciertamente, el reparto de espacios constituye una cuestión que ha dado lugar a valoraciones dispares. Probablemente tengan razón quienes han afirmado que el mismo “beneficia a los comités en perjuicio de los sindicatos, porque lo concreto y lo práctico, lo cotidiano y lo básico, se encuentra a nivel de empresa, y que la entrega de ese nivel a unos entes artificiales como son las representaciones unitarias, creadas por la ley o cuanto menos fuertemente respaldadas por ella, implica supeditar todo el sistema al arbitrio del legislador” (4). Pero lo cierto es que, en los últimos tiempos, la representación sindical en las empresas está ocupando un espacio protagonista hasta convertirse en el interlocutor preferente en este ámbito pues, como gráficamente se ha señalado, “el comité acaba por desempeñar una función auxiliar de bricolage sindical; de las grandes obras se encarga el sindicato fuera de la empresa” (5). Se ha dicho que una estrategia general para la defensa de los intereses de los trabajadores adecuada a la era de la globalización debe, ineludiblemente, ser simultáneamente local-nacional-regional-mundial en sus atribuciones y, es claro que en este modelo de actuación la representación sindical es, probablemente, la que mejor puede adaptarse a la lógica de cambio a la que nos enfrentamos.

² R. ESCUDERO RODRIGUEZ, *El doble canal de representación en la empresa y sus crecientes derivaciones*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA (Coord.), *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, Madrid, La Ley, 2004, p. 4.

³ P. NIETO ROJAS, *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, Valladolid, Lex Nova y Thomson Reuters, 2015.

⁴ A. OJEDA AVILÉS, *La representación unitaria: «el faux ami»*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, nº 58, p. 343.

⁵ En el agudo debate que llevan a cabo A. BAYLOS GRAU; J.L. LÓPEZ BULLA, *Sobre el actual modelo de representación*, Revista de Derecho Social, 2003, nº 22, p. 231.

La complejidad de estas realidades pone sobre la mesa la necesidad, tanto del uso de asesores expertos en las materias en las que el desarrollo tecnológico incorpora elevados grados de complejidad, como la posibilidad de creación de órganos de representación especializados (Comité de seguimiento de transformación digital; órganos de representación ad hoc específicos en materia medio ambiental). De igual modo, la creciente importancia de los sistemas multinivel de participación es un hecho. Su protagonismo ha aumentado debido a la globalización, la reestructuración y las transformaciones digitales o ecológicas de las empresas. Pero es necesario abordar lo que ello supone desde la perspectiva de la adecuación de los modelos de representación. Y es que se observa un desconocimiento legal de la realidad empresarial vinculada a los “grupos de empresa” o holdings empresariales que imposibilita, en ocasiones, la adopción de medidas de carácter colectivo al no existir modelos de representación adaptados a estos niveles de decisión.

Cuando esa realidad se proyecta en el plano transnacional también se aprecian retos y oportunidades. En el derecho comunitario se han promulgado diversas Directivas que vienen a regular, aunque de manera parcial, el derecho de participación en la toma de decisiones empresariales, como la constitución de Comités de Empresa Europeos, el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea o la Directiva sobre las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas en materia de participación de los trabajadores. De la mano de la misma se ha producido un importante refuerzo de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores. Pero, pese a esas líneas de tendencia, cuando escalamos el ámbito representativo los déficits estructurales de esas instituciones se observan con claridad.

Es el caso de los Comités de empresa europeos. Pese a su importancia, al encontrarse en el corazón mismo de los máximos niveles de decisión, con frecuencia funcionan de forma rudimentaria, se celebran muy pocas reuniones, hay problemas de idioma, barreras culturales, etc. y los delegados españoles a menudo juegan un papel muy marginal en comparación con los representantes de los centros de trabajo principales. Por tanto, los comités de empresa europeos son un ejemplo de la insuficiente europeización e integración internacional de los sindicatos y de los órganos unitarios de representación. Estos órganos carecen de los recursos y competencias necesarios por lo que la normativa comunitaria tiene que adaptarse mejor a las necesidades presentes y futuras de la que lleven consigo las reestructuraciones transnacionales.

En esta línea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la revisión de la Directiva sobre los comités de empresa europeos “lamenta profundamente que la dirección central no siempre facilite los recursos financieros, materiales y jurídicos necesarios para que los comités de empresa europeos puedan desempeñar sus funciones de manera adecuada; manifiesta su preocupación por las dificultades de los comités de empresa europeos para acceder a las ayudas financieras que concede la Comisión y hace hincapié en la necesidad urgente de facilitar el procedimiento de solicitud y de reducir todas las cargas administrativas para acceder a esta financiación; pide a la Comisión que haga un seguimiento de la transposición

de la Directiva 2009/38/CE y que incoe procedimientos de infracción cuando proceda”. Los Comités de empresa europeos deben disponer de los medios necesarios para dar forma a los nuevos retos sociales, tecnológicos y estructurales de la era digital. El fomento de la democracia en el trabajo requiere fortalecer las competencias de los comités de empresa europeos y su influencia en la toma de decisiones empresariales a nivel europeo.

Además, en los últimos tiempos se abre paso un debate de interés sobre la participación de los trabajadores en las instancias de dirección y en los consejos de vigilancia o de administración de las empresas, entendiendo que tal participación es un elemento fundamental y esencial para lograr el objetivo de una mayor implicación de los trabajadores y avanzar en la democracia económica además de resultar un instrumento que puede resultar funcional para una adecuada adaptación de las empresas a la transformación digital y ecológica. En este sentido, la ministra de Trabajo anunció su intención de negociar una ley de participación institucional con los interlocutores sociales. Explicó que el objetivo sería la aprobación de una ley que aplicara el art. 129.2 de la Constitución Española (CE), que establece que los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También se contemplaría la posibilidad de participación de los representantes de los trabajadores en los consejos de administración ⁽⁶⁾. Las organizaciones sindicales se han sumado a esta iniciativa, recordando que la participación de los sindicatos en la toma de decisiones es fundamental para impulsar la democracia en la empresa.

En Europa se han generalizado diferentes modelos de participación de los trabajadores en la empresa, con distintas adaptaciones en función del tamaño de las empresas, una participación que no se limita a los aspectos sociales y laborales, sino que comprende todos los campos de actuación empresarial, como los ámbitos económicos, financieros, industriales, medioambientales o tecnológicos. La cogestión alemana está muy bien valorada pero no es un ejemplo aislado: Francia y Suecia, son también buenos ejemplos. La Confederación Europea de Sindicatos se ha manifestado repetidamente en favor de más y mejor participación de los trabajadores, considerando la cogestión o la coparticipación, como el derecho de los representantes de los trabajadores de influir en la toma de decisiones, que frecuentemente se adoptan a nivel europeo o mundial. El Parlamento Europeo aprobó un informe, el 16 de diciembre de 2021, sobre “la democracia en el trabajo: un marco europeo para los derechos de participación de los trabajadores y revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo” y el Comité Económico y Social adoptó un dictamen, el 27 de abril de 2023, sobre la democracia en el trabajo en el que destaca que “la transición digital y ecológica está afectando en gran medida al mundo del trabajo y que las empresas más resilientes y sostenibles son las que tienen sistemas consolidados de participación de los trabajadores en los asuntos de la empresa”.

⁶ R. PASCUAL CORTÉS, *Díaz quiere legislar la presencia de los trabajadores en los consejos de administración de las empresas*, CincoDías, El País Economía https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/05/04/economia/1651652951_308150.html

III. La obsolescencia del centro de trabajo como eje de la actuación representativa en la era del trabajo virtual

El centro de trabajo ha venido constituyendo el centro de gravedad de nuestro modelo de representación. Como se ha señalado, “la cercanía física entre los representantes y los representados era en su momento más que comprensible y, ni las tecnologías de la información y la comunicación ni, lo que es más importante, la mentalidad de las personas, permitía pensar en un modelo de representación de los trabajadores que, primando la empresa compleja sobre cada uno de sus centros de trabajo, alejara a los representantes de los representados”. A ello hay que añadir que “el modelo empresarial del pasado, basado abrumadoramente en los trabajadores propios y fijos, con una mínima presencia de la descentralización productiva y con un menor peso del capital tecnológico que en la actualidad, las pocas empresas con estructura compleja solían tener amplias plantillas en sus diferentes centros de trabajo, sin que por tanto peligrase la organización colectiva de los trabajadores a resultas de la descentralización representativa” (7).

La inescindible relación física entre trabajador y centro de trabajo convirtió a este en el centro de gravedad del modelo de representación en nuestro país. Como gráficamente recordó la STS 14 de julio de 2016 (RJ 2016\3407), “*en lo que hace a la regulación de representación de los trabajadores en la empresa, el centro constituye el elemento esencial sobre el que se apoya la constitución misma de las estructuras de representación legal, siendo punto de referencia también para la representación sindical*”. Esta realidad viene condicionando severamente la efectividad real de los sistemas de representación en la medida en que las referidas disposiciones legales que definen el modelo de representación y que poseen carácter imperativo, dado que las mismas sirven de base para delimitar la representatividad sindical. Una rigidez que deja fuera la representación legal las empresas unicelulares y los centros de trabajo de menos de seis a diez trabajadores, sin que por analogía con el art. 63.2 ET sea posible designar delegados de personal para varios de centros cuando no alcanza ninguno de ellos el mínimo de once trabajadores ni se pueden agrupar centros de una misma provincia, para constituir un comité conjunto, cuando no sumen en total más de cincuenta trabajadores (8).

Pero lo cierto es que los modelos empresariales actuales parten de fundamentos radicalmente muy distintos. Por ello un entramado normativo y jurisprudencial que deviene claramente poco adaptado a un contexto organizativo empresarial en el que, al ya el reducido tamaño empresarial característico español, se le suma una más que

⁷ Los entrecomillados pertenecen a J.B. VIVERO SERRANO, “*La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial*”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo núm.194/2017.

⁸ Desde una perspectiva general se aportan reflexiones y soluciones de gran interés en el trabajo de T. SALA FRANCO, J. LAHERA FORTEZA, *La representación de los trabajadores en la empresa*, en T. SALA FRANCO (Dir. y Coord.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018, pp. 45-50. También, A. PASTOR MARTINEZ, *Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas “colaborativas” y en entornos virtuales*, IUSLabor 2/2018.

posible reducción de los centros de trabajo a través de la deslocalización que permite el desarrollo de sistemas de trabajo digitalizados. Resumidamente, el tamaño del centro de trabajo “condiciona la operatividad de los derechos laborales de información y consulta, la viabilidad de la negociación colectiva de empresa y, en un plano supraempresarial, hasta los propios cimientos de la representatividad sindical y, por tanto, de la democracia en el orden laboral” ⁽⁹⁾, lo cual es especialmente relevante si tenemos en cuenta nuestra estructura microempresarial y el hecho cierto de que la economía digital se asienta sobre fórmulas empresariales altamente flexibles (véase el ejemplo de las startups).

El desarrollo tecnológico, las transformaciones de las comunicaciones y la evolución de los modelos sociales nos han hecho ver o confirmar la extraordinaria complejidad de la sociedad contemporánea, en su composición y funcionamiento. En este nuevo contexto, en el que el agente económico fundamental transforma sus modos clásicos de actuación y es la empresa el eje de la dinámica económica de la era digital, resulta disfuncional un modelo que, como el nuestro, sitúa el marco de referencia de la acción representativa en el centro de trabajo lo que pone en riesgo la propia función representativa cuando la empresa se hace “virtual” y los centros de trabajo se volatilizan. Como se viene poniendo de manifiesto, la “obsolescencia del centro de trabajo como eje de la actuación representativa” ⁽¹⁰⁾ resulta más que evidente. Esta nueva realidad exige nuevos sistemas de representación. Por ello el Título II ET debe ser releído a la luz de este conjunto de cambios.

Pero el déficit que representa la conservación del modelo representativo de centro de trabajo y los riesgos que ello conlleva se pone todavía más claramente de manifiesto cuando el mismo se contrasta con el desarrollo de las fórmulas de trabajo a distancia. Y es que los artículos 7 e) y 19.1 de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia (LTD) se siguen asentando en la idea de la adscripción del trabajador a distancia al centro de trabajo y no a la empresa. Desde el indiscutido principio de simetría en la tutela de los derechos colectivos entre el trabajo presencial y el a distancia (“Las personas trabajadoras a distancia tendrán derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas”), la vinculación con el centro con el que mantengan la relación más estrecha constituye un nexo de unión esencial. Pero la evidencia de empresas sin centros de trabajo o el hecho de que la relación de trabajo se articule a través de la red informática empresarial sin mayor conexión con centro alguno obliga a repensar este nexo de conexión.

Por otro lado, la inescindible conexión entre el centro de trabajo y el mandato representativo tiene relevantes consecuencias cuando aquél desaparece. La STC 64/2016, de 11 de abril, confirmó que la condición de representante de los trabajadores se extin-

⁹ F. J. GOMEZ ABELLEIRA, *La representación de los trabajadores en las pequeñas empresas*, en J.R. MERCADER UGUINA (Dir.), *Las relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. Problemas actuales y perspectivas de futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 180-181.

¹⁰ J.B. VIVERO SERRANO, *La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial*, cit.

que cuando se cierra un centro de trabajo y los trabajadores son reubicados a otros centros preexistentes o de nueva creación de la misma empresa, sin que se haya producido una transmisión de la titularidad de los centros. El Tribunal Constitucional fundamenta su decisión declarando que no existe una previsión legal o convencional que garantice el mantenimiento de la condición de representante unitario de los trabajadores en supuestos como el analizado, y que no puede considerarse que la supresión de la condición de representante contraría un derecho atribuido por normas legales o convencionales (dado que las primeras no existen, y las segundas no constan probadas). Afirma por último el Tribunal Constitucional que, para que la limitación de la capacidad de obrar de los representantes de los trabajadores sea considerada como un atentado a la libertad sindical, el comportamiento del empresario debe ser arbitrario, injustificado o contrario a la ley.

La anterior problemática se ha proyectado en el terreno que analizamos en la STS de 28 de abril de 2017 (R^o 124/2016). En el caso, se había producido en la empresa un reajuste con el objetivo de centralizar la gestión que tuvo como consecuencia el cierre de varios centros de trabajo en los que venían prestando servicios un importante número de teletrabajadores que se encontraban adscritos a los referidos centros. Ello llevó consigo la extinción de los mandatos representativos de los trabajadores vinculados a aquéllos lo que supuso que un 41% de la plantilla careciese, a partir de ese momento, de representación legal. Un supuesto que ilustra con claridad sobre los efectos colectivos de la reorganización productiva en la era digital.

El Tribunal Supremo, tras recordar que el ET no contiene previsión alguna específica sobre las consecuencias de la desaparición del centro de trabajo, sostiene que: “En la medida en que la conservación del mandato representativo requiere la subsistencia del substrato objetivo y subjetivo o electoral de su representación, es decir, del ámbito en el que fueron elegidos los representantes, la conclusión resultante resulta ser que la desaparición de un centro de trabajo implica la finalización del mandato representativo de los representantes del indicado centro”. La sentencia se acompaña de un voto particular que considera que la decisión empresarial comportaba una vulneración del art. 28 CE, art. 4 ET y 1 LOLS, “en tanto que la adscripción de los representantes de los centros de trabajo cerrados donde fueron elegidos, al centro de trabajo de Madrid, al que han sido adscritos el 41% de los trabajadores de la empresa, no ha de comportar la pérdida de la condición de representantes de dichos trabajadores, que continuarán ostentándola hasta tanto no se hayan promovido y celebrado nuevas elecciones, a salvo de que se produzca alguno de los supuestos de extinción del mandato legalmente previstos, a tenor del artículo 67 ET”.

La cuestión plantea la necesidad, mientras se da el necesario paso, de reformular y revitalizar el papel de los comités intercentros en la medida en que el número de convenios que garantizan esta estructura central de representación de intereses es relativamente reducido. Esto significa que, en la práctica, este nivel de representación de intereses es casi inexistente, lo que parece ser una carencia de nuestro sistema de representación sustrayado, como venimos exponiendo, por el protagonismo del centro de trabajo. Todo ello anima a incluir una definición más flexible de los conceptos tradicionales de empresa y centro de trabajo, especialmente como consecuencia de la virtualización derivada de

la transformación digital, a fin de garantizar la existencia de instancias representativas coherentes con las nuevas formas organizativas empresariales.

IV. La e-democracia en la empresa: ¿El lugar del voto electrónico?

Nuestro ordenamiento jurídico no regula la implantación del voto electrónico dentro de nuestro sistema electoral general, si bien la normativa autonómica ofrece algunos ejemplos. Existe sobrada base jurídica para avalar esta forma de votación electrónica. El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), establece, en su art. 44.a), que: "...el procedimiento para la elección de la Junta de Personal y para la elección de los delegados de personal, se determinará reglamentariamente, teniendo en cuenta los siguientes criterios generales: a) La elección se realizará mediante sufragio personal, directo, libre y secreto, que podrá emitirse por correo o por otros medios telemáticos". Sin embargo, el art. 19 LTD, efectúa una decidida apuesta por el voto presencial: "deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal (...), en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio a del derecho a voto en las elecciones a representantes legales". La aplicación de la e-democracia en la empresa encuentra, pues, terrenos para la duda.

Primero un laudo arbitral y posteriormente un pronunciamiento judicial confirmaron la viabilidad del voto electrónico en las elecciones sindicales. Aunque el voto electrónico remoto se considerase un voto indirecto, llegado a la mesa electoral no de la mano física del elector, sino de una mano tecnológica y digital sustitutiva de la mano física del cartero, no habría ningún problema a la hora de admitirlo por analogía con el voto por correo. El requisito del voto directo por definición no puede cumplirse en los casos de voto por correo donde a la fuerza el voto es indirecto, llegando a la mesa electoral no a través del propio elector, sino del empleado de Correos (art. 10.4 del Reglamento de Elecciones aprobado por el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre). De esta manera, aunque el voto electrónico remoto se considerase un voto indirecto, no habría ningún problema a la hora de admitirlo por analogía con el voto por correo. A este respecto, "el sistema que dicha empresa presenta acredita de manera sobrada, (...), la seguridad del voto, la imposibilidad de su repetición y la confidencialidad del mismo por el sistema desarrollado" ⁽¹¹⁾.

La SAN 165/2022, 12 diciembre (Proc. 338/2022) ha llegado, sin embargo, a la conclusión opuesta pese a que las representaciones sindicales de múltiples empresas vienen reclamando que se facilite el voto a través de estos sistemas. La sentencia se basa en que el ET sólo admite el voto en papel. La interpretación gramatical (art. 3.1 CC) del art. 75.2 ET no admite otro tipo de voto que el emitido en papel impreso ya que señala

¹¹ Laudo dictado el 5 de mayo de 2015 por doña Esperanza Fernández Galán. Laudo nº 19/2015/3 y SJS nº 25 de Madrid de 21 de septiembre de 2015, St. nº 32. Un comentario a los mismos, J. B. VIVERO SERRANO, *El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa*, TYD, 2015, nº 14, pp. 113-116

al respecto: “El voto será libre, secreto, personal y directo, depositándose las papeletas, que en tamaño, color, impresión y calidad del papel serán de iguales características, en urnas cerradas”. La Sala no considera una interpretación sociológica del precepto, esto es, adecuada a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada esta norma admita el voto telemático por las razones siguientes: (i) el actual texto refundido del Estatuto de los Trabajadores data del 23 de octubre de 2015 momento en el que las comunicaciones telemáticas estaban suficientemente implantadas en la sociedad, por ello, consideramos que si el legislador hubiera querido admitir el voto telemático lo habría hecho así; (ii) de hecho cuando el legislador ha querido que en procesos electorales se admita el voto telemático así lo previsto expresamente, como lo ha hecho en normas anteriores y coetáneas al actual ET- así el art. 44 del EBEP, o Capítulo VIII del Real Decreto 555/2011, de 20 de abril, por el que se establece el régimen electoral del Consejo de Policía (arts. 19 y ss); (iii) es más, de la más reciente legislación en materia de representación de trabajadores por cuenta ajena como es la contenida en la LTD, se deduce una clara voluntad del legislador de excluir el voto telemático en las elecciones a representantes unitarios, pues de la lectura del art. 19.3 de dicha norma se deduce una clara opción por el voto presencial de las personas que trabajan a distancia. A todo lo anterior se une que: “las normas que regulan el procedimiento electoral son normas de derecho necesario no pudiendo ser obviado por acuerdo de las partes afectadas”..

El referido pronunciamiento ha merecido una respuesta crítica por parte de la doctrina que ha considerado que los argumentos utilizados por la Sala “son poco concluyentes” (12). A juicio de Goerlich, “no es correcto rechazar de plano la posibilidad de adecuar las normas a la realidad social”. Y ello porque “el art. 75.2 no es una norma dictada en un momento en que las comunicaciones telemáticas eran normales. Su redacción viene de la versión original del Estatuto de 1980. Nunca ha sido afectada por una reforma y, por tanto, ha transitado a través de dos refundiciones que, como no podía ser de otro modo, la han mantenida”. Tampoco acierta la Audiencia Nacional “al referirse al EBEP como norma casi coetánea: solo es de la misma época su refundición en 2015, pero la mención al voto telemático se introdujo cuando se aprobó en 2007. Hasta ese momento, la LORAP-1987 solo hacía referencia al voto por correo (art. 20)”. Para el comentarista tampoco el argumento basado en el art. 19.3 LTD “de un lado, lo anómala que es esta norma que, al límite, podría ser completamente inviable si la empresa carece de establecimiento; y, sobre todo, que la presencialidad que garantiza no impide que sigan siendo aplicables las reglas generales en materia de elecciones a la representación legal de los trabajadores y, por tanto, la posibilidad de que el voto se desarrolle por correo”. En conclusión, “una cosa es que se garantice la posibilidad de concurrir presencialmente y otra diferente que se prohíba el voto a distancia, sea por correo, sea on line”.

Argumentos al margen, lo cierto es que el art. 19.3 LTD deja poco espacio a la interpretación al establecer, tal y como hemos señalado, que debe garantizarse su par-

¹² J.M. GOERLICH, *La Audiencia Nacional, contra el voto telemático en las elecciones a la representación unitaria*, El Foro de Labos, 9 de febrero de 2023.

participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales. Es, probablemente, al legislador al que debemos volver la mirada para reclamar de él una clarificación en esta materia porque los agentes sociales se muestran dispuestos a seguir solicitando la apertura de esta vía de expresión democrática en muchos de los procesos electorales. Lo cierto es que existen numerosos sistemas de voto online y empresas dedicadas a ello, que permiten cumplir con estos requisitos y con el Real Decreto 1844/1994, garantizando debidamente la identidad de los votantes y la integridad de los datos. El primer aspecto hace referencia al proceso de identificación electrónica, que en Europa está regulada por el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. El segundo apunta a la emisión de certificados de voto admisibles en juicio como prueba documental en caso de impugnación. Estos sistemas de votos telemáticos cumplen, a la hora de implantar el voto electrónico, con las garantías de la protección de los datos personales. En resumen, garantías técnicas existen por lo que solo resta que la voluntad del legislador se manifieste al respecto.

V. Derechos de información y robustecimiento del principio de transparencia en la era de los algoritmos

La STC 281/2005, de 7 de noviembre dejó sentada una idea medular en relación con el principio de transparencia informativa: “el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical”. En juego estaba el uso de los medios informáticos de la empresa como medio y canal de información. Una realidad tecnológica que comenzaba, en aquellos días, a emerger. El referido pronunciamiento vino a sentar las bases del uso sindical de los referidos medios sometiendo el mismo a concretas limitaciones. Una doctrina que, andando, el tiempo, ha venido a ser matizada, concretada y ponderada por los tribunales ordinarios que han situado en sus estrictos términos las condiciones de su uso. Pero en este tiempo nuevo se abren, también, nuevos frentes de reflexión.

La lógica algorítmica como instrumento de toma de decisiones irradia sus efectos en múltiples campos del actuar humano y, como no podía ser de otro modo, también en el laboral. Aquí, es la empresa la que, hasta el momento, ha incorporado su uso hasta el punto de que parece que el empresario está dispuesto a delegar o, si se prefiere, a descentralizar parte de sus poderes tradicionales trasladando un importante número de decisiones a la presunta objetividad y plena fiabilidad que proporciona el recurso al Big Data y, por extensión, a la IA. Y ello en la medida en que su uso actual se proyecta sobre práctica-

mente la totalidad de las facetas que componen su autonomía organizativa, recorriendo transversalmente la libertad de actuación empresarial, abarcando desde la selección de trabajadores hasta la forma y modo de ejercicio del poder de dirección, incluyendo las decisiones empresariales de despedir. Por ello, la digitalización de las empresas supone nuevos desafíos para la efectividad de los derechos de información y consulta.

La anterior idea entronca con la necesidad de fortalecer los derechos de información y consulta, haciéndolos más sólidos y eficaces. Especialmente en lo concerniente a procesos de reestructuración, resulta necesario proceder a su actualización superando insuficiencias como las relativas a las garantías de los representantes de las personas trabajadoras. Un buen ejemplo de todo ello es el Real Decreto-ley 5/2023, por el que, entre otras, se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo de fecha 27 de noviembre de 2019, aprobando una nueva regulación en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles incorpora importantes novedades en esta materia y que ha venido a fortalecer de forma sustantiva los derechos de información consulta y participación de los trabajadores en estos procesos. Pero, sin duda, otros espacios deberán abrirse en esta materia. Un importante campo para la reflexión se abre en relación con las materias vinculadas con la transmisión de empresas dado que la intangibilidad y virtualización de los procesos conllevarán la necesidad de un reforzamiento de la exigencia de transparencia y, por ende, un incremento de los derechos de información de los representantes de los trabajadores que intervengan en ellos.

Pero el principio de transparencia posee una importancia extraordinaria en el conjunto de instrumentos de garantía frente al uso de algoritmos en el mundo laboral. Como ha señalado Molina Navarrete, dentro de este ámbito cabe distinguir dos espacios diferentes de transparencia, “aunque convergentes en la mayor efectividad posible de la misma”. Por un lado, “la garantía de transparencia informativa individual, contenido esencial de sus derechos” y, por otro, la “garantía de participación (presupone la transparencia previa, pues sin información no hay posibilidad de participación real) colectiva (información activa y pasiva, recibida y aportada por sus representaciones)”⁽¹³⁾.

La exigencia de transparencia resulta especialmente importante cuando los algoritmos suplen la función directora de la empresa como ocurre en el caso de las plataformas profesionales, pero también cuando se trata de cualquier otra intervención que afecta a los derechos y las libertades de las personas trabajadoras⁽¹⁴⁾. Por ello, es perfectamente generalizable la afirmación según la cual, “la opacidad en la configuración del algoritmo y la práctica de las empresas de modificar las métricas utilizadas para mejor adaptar la asignación de servicios y tareas a sus necesidades organizativas sin información a las personas trabajadoras genera una situación de especial inseguridad”, “una nueva forma de inseguridad, denominada inseguridad algorítmica, que obliga a las personas a conectarse a la plataforma, aceptar tareas y no rechazar servicios en contra de sus intereses

¹³ C. MOLINA NAVARRETE, *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos) covid19: Entre eficiencia, gestión y garantías*, Albacete, Bomarzo, 2021, pp.171-172.

¹⁴ De estas y otras muchas cuestiones vinculadas con este tema, me he ocupado en mi monografía, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

individuales para evitar el riesgo de afectar a sus puntuaciones y, en consecuencia, a sus capacidades para obtener ingresos en el futuro”⁽¹⁵⁾.

No debe sorprender que se llame, por ello, a una intervención efectiva de los representantes de los trabajadores en estos casos como instrumento de refuerzo de la garantía de transparencia⁽¹⁶⁾. En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano», ha recordado “la necesidad de consultar e informar a los trabajadores y sus representantes a la hora de introducir sistemas de IA que pudieran provocar cambios en la organización del trabajo, la vigilancia y su control, así como en los sistemas de evaluación y contratación de los trabajadores”.

Una primera materialización de esta idea la podemos encontrar en nuestro país en Ley 12/2021 que añadió un apartado d) en el art. 64.4 ET, para conferir a la representación legal de la plantilla el derecho 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”. De este modo, los cambios que vienen de la mano de los algoritmos al mundo del trabajo requieren de una importante reformulación y adaptación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre estos instrumentos delegados del poder de dirección y organización empresarial⁽¹⁷⁾.

La *Guía Práctica y Herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*⁽¹⁸⁾, formula un contenido común del deber de transparencia algorítmica que se estructura sobre tres niveles informativos. El primero de los niveles se refiere a la información sobre el uso de algoritmos o sistemas de IA para tomar decisiones automatizadas, incluyendo la elaboración de perfiles, identificando la tecnología utilizada y las decisiones de gestión de personas respecto de las que se utiliza tal tecnología. El segundo de los niveles informativos comprende la información sobre la lógica y funcionamiento del algoritmo, incluyendo las variables y parámetros utilizados: (i) La tipología de perfiles que elabora el algoritmo e información sobre la asignación concreta a uno de ellos. (ii) Las variables utilizadas por parte del algoritmo, entendidas como la información o factores utilizados para tomar la decisión o la elaboración del perfil, incluyendo si algunas de estas variables son datos personales. (iii) Los parámetros utilizados por parte del algoritmo para la toma de decisiones automatizadas, entendidos

¹⁵ Como lo califica A. GINÈS I FABRELLAS, *El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica*, Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, 2021, nº 1, Vol.2, 2021, pp. 19-42.

¹⁶ En esta dirección, G.F. MORAU, *Los derechos de comunicación de los representantes de los trabajadores. Nuevas dimensiones a la luz de las TIC*, Albacete, Bomarzo, 2020.

¹⁷ Una interesante lectura este precepto puede encontrarse en I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, Pamplona, Aranzadi, 2023, pp. 168-177..

¹⁸ <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2022/100622-algoritmos.aspx>

como la ponderación relativa de cada variable en el modelo para la toma de la decisión, así como cualquier cambio de estos parámetros que modifique el comportamiento del algoritmo. (iv) Las reglas e instrucciones utilizadas por el algoritmo, entendidas como las reglas programación (ya sea aquellas programadas de forma expresa o derivadas por aprendizaje automático del propio algoritmo) que conducen a la toma de la decisión. (v) Los datos de entrenamiento y, en su caso, validación, utilizados y sus características. La referencia a información sobre la lógica del algoritmo que deriva de los artículos 13.2.f) y 14.2.g) 15.1.h) Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y a “instrucciones” (artículo 64.4.d) ET) debe interpretarse en el sentido de que incluye también los datos de entrenamiento y, en su caso, validación del sistema. El último de los niveles se refiere a la información sobre las consecuencias que pueden derivarse de la decisión adoptada mediante el uso de algoritmos o sistemas de decisión automatizada.

El V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC) ha insistido en esta idea: (...) Las empresas facilitarán a los representantes legales de las personas trabajadoras información transparente y entendible sobre los procesos que se basen en ella en los procedimientos de recursos humanos (contratación, evaluación, promoción y despido) y garantizarán que no existen prejuicios ni discriminaciones (...) La negociación colectiva debe desempeñar un papel fundamental estableciendo criterios que garanticen un uso adecuado de la IA y sobre el desarrollo del deber de información periódica a la representación de los trabajadores”.

En la misma línea se mueve la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (en su texto de 7 de junio de 2023) relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. Allí subraya su Considerando (32) que: “Asimismo, debe facilitarse información sobre los sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones a los representantes de los trabajadores de plataformas y a las autoridades laborales nacionales, a fin de permitirles que ejerzan sus funciones”. Del mismo modo que el Considerando (39) precisa que: “Puesto que la introducción de sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones por parte de las plataformas digitales de trabajo, o los cambios sustanciales en el uso de esos sistemas, tienen repercusiones directas para la organización del trabajo y las condiciones de trabajo individuales de los trabajadores de plataformas, es fundamental garantizar que los derechos y las obligaciones de información y consulta, en particular los establecidos en la Directiva 2002/14/CE, puedan ser ejercidos directamente por los representantes de los trabajadores de plataformas y, cuando no haya representantes, por los trabajadores de plataformas”.

Indudablemente el principio de transparencia debe quedar sometido a limitaciones. Como se ocupa de precisar la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales: “(33) Esta obligación de información no debe implicar que las plataformas digitales de trabajo divulguen el funcionamiento detallado de sus sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones, como sus algoritmos, ni otros datos detallados que contengan secretos comerciales o estén protegidos por derechos de propiedad intelectual

e industrial. No obstante, estas consideraciones no deben tener como resultado la negativa a proporcionar toda la información exigida por la presente Directiva”.

Los límites que impone el derecho a la protección de datos personales y la tutela de la confidencialidad se convertirán seguramente en uno de los frentes de batalla a la hora de concretar el alcance de estos nuevos principios. Así se extrae también de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la revisión de la Directiva sobre los comités de empresa europeos, que “subraya el hecho de que la aplicación de las disposiciones de confidencialidad por parte de los Estados miembros es fragmentaria debido a la falta de una definición clara y pide, por lo tanto, una definición clara de información confidencial; señala, en este contexto, que es necesario que los Estados miembros realicen más esfuerzos para especificar y aclarar de forma precisa las condiciones en las que la dirección central no está obligada a transmitir información que pueda ser perjudicial; reitera su llamamiento de que se impida el uso abusivo de las normas de confidencialidad como una forma de limitar el acceso a la información y a la participación efectiva, y pide a la Comisión que, en el contexto de la revisión de la Directiva 2009/38/CE, exija a los Estados miembros que definan claramente los casos en los que la confidencialidad justifica la restricción del acceso a la información”. Evitar interpretaciones extensivas del concepto de confidencialidad que redunden en un impedimento a la efectividad del derecho de información y consulta, sin perjuicio de la protección de los secretos empresariales conforme al derecho de la Unión Europea, es un punto de equilibrio que, necesariamente debe alcanzarse.

VI. Instrumentos para una construcción colaborativa de la gobernanza digital

De nuevo el V AENC pone en el centro mismo de sus objetivos en esta materia la necesidad de una gestión compartida por empresas y trabajadores de este conjunto de cambios: “las partes firmantes (...) consideramos que los convenios colectivos de sector y de empresa deben promover e impulsar la transformación digital en el lugar de trabajo en el marco de procesos participativos y entendemos oportuno que establezcan procedimientos concretos de información previa a la representación legal de las personas trabajadoras, de los proyectos empresariales de digitalización y de sus efectos sobre el empleo, las condiciones de trabajo y las necesidades de formación y adaptación profesional de las plantillas, apostando por la formación continua para la mejora de las competencias digitales de las personas trabajadoras que facilite esta transición en la empresa”. La gobernanza de la transformación digital, lo que se ha llamado también la “gobernanza colectiva de la dirección algorítmica”¹⁹ debe resultar, esencialmente, colaborativa. Ello se pone de manifiesto en diversos terrenos. Uno de ellos es el espacio de la garantía de los derechos digitales.

¹⁹ A. TODOLÍ SIGNES, *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 89.

En relación con el control de dispositivos digitales en el trabajo, el legislador trasladada a la empresa el testigo a la hora de determinar cuál sea el alcance de la tolerancia permitida a la empresa. Será ésta la que deba definir la topografía del control y, por extensión, las fronteras del mismo, pero, para ello, deberá orientar a los trabajadores por los espacios en los que aquél podrá caminar. Siguiendo con el símil, la empresa deberá dotar al trabajador de una cartografía precisa: los trabajadores, dice la Ley, deben ser informados de los criterios de utilización [art. 87.3 Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)]. A tal fin, se da carta de naturaleza normativa a una nueva forma de soft law: los protocolos de control del uso de los dispositivos digitales añadiendo que en su elaboración deben “participar” los representantes de los trabajadores. La Sentencia de la Audiencia Nacional nº 114/2022, de 22 de julio (Proc. 178/2022) ha venido a robustecer la referida exigencia al concluir que no cabe el establecimiento o modificación de las políticas empresariales elaboradas de forma unilateral por la empresa de uso de los medios informáticos de la empresa sin participación de la representación de los trabajadores. El concepto “participación”, entendiendo que se debe interpretar como “consulta” conforme a lo previsto en los apartados 5 y 6 del artículo 64 del ET, y no como “información”. Y a tales efectos, resulta igualmente irrelevante que en los contratos de trabajo se advierta a los trabajadores que solo cabe efectuar un uso privado de los dispositivos digitales, pues para adoptar tal decisión el empleador no puede obviar a la representación legal de los trabajadores.

Dentro de la escala de durezas de la intervención de la representación de los trabajadores se hace necesario diferenciar la exigencia de “previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras”, que se impone a la hora de elaborar las políticas internas en materia de desconexión digital (art. 88 LOPD), de las obligaciones informativas que también poseen especial significado en esta materia. Ello se pone de relieve, tanto en la regulación del art. 89 (control laboral a través de captación de imágenes y sonidos) y como del art. 90 LOPD (control laboral a través de geolocalización) para concretar que empleadores deben de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, “acerca de la existencia y características de estos dispositivos”. Igualmente, deben informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión (art. 90.2 LOPD). Una información a los representantes de los trabajadores que, caso de omitirse, tiene efectos especialmente relevantes como se ocupó de subrayar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 febrero de 2019 (Proc. 338/18) y, posteriormente, confirmó la STS 8 de febrero de 2021 (Rº 84/2019).

Inserta en este panorama digital, la LTD ha otorgado una especial relevancia a la intervención de la representación legal de los trabajadores en la construcción del modelo del trabajo a distancia. Son por ello múltiples las llamadas y referencias a dicha participación con lo que puede afirmarse que el legislador ha querido someter al control de los representantes el desarrollo del marco de regulación en esta materia lo que queda subrayado de manera sobresaliente, como se ha dicho, por el papel protagonista que se

otorga a la negociación colectiva en la referida construcción ⁽²⁰⁾. La norma atribuye a la representación legal especiales facultades de vigilancia en el correcto cumplimiento y adaptación del modelo normativo. Partiendo de la acentuada individualización de las condiciones de trabajo, que se materializa a través del acuerdo de trabajo a distancia, el artículo 8.1 atribuye a la referida representación la facultad de conocimiento de la modificación de las condiciones pactadas que deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación. Especial significación tiene el hecho de que la empresa deba entregar, ex artículo 6 LTD, a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones con las limitaciones que la norma expresa. Igualmente, se atribuye a la representación legal de los trabajadores importantes facultades en relación con la organización y dirección en el trabajo a distancia. Se establece, de este modo, que las instrucciones dictadas por la empresa, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia deben contar con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras.

El convenio colectivo posee también un lugar importante en un terreno especialmente sensible a los algoritmos: la protección de datos personales. El RGPD incorpora una regulación específica en materia laboral al establecer que “los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral (...)” (art. 88 RGPD) ⁽²¹⁾. La llamada a la negociación colectiva también se ha producido por la legislación española. En concreto, el art. 91 LOPD prescribe que “los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”, lo que da entrada a la autonomía colectiva en la determinación del contenido de estos derechos ⁽²²⁾.

Los convenios y acuerdos colectivos pueden cumplir una tarea fundamental a la hora de determinar las modalidades, contenido y periodicidad de acceso de la representación de las personas trabajadoras a la información relativa a los parámetros y a las reglas en los que se basan los algoritmos utilizados por la empresa para la toma de las decisiones que puedan incidir directa o indirectamente en las condiciones de trabajo, el acceso o el mantenimiento del empleo. Es buen ejemplo el XXIV Convenio colectivo del sector

²⁰ Más ampliamente, me remito a J. R. MERCADER UGUINA, “Ejercicio de derechos colectivos/sindicales en el trabajo a distancia”, en Monereo Perez, J.L. (Dir.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales*, Granada, Comares, 2021, pp. 755-752

²¹ Particularmente importante para la comprensión del sentido y alcance del art. 88 RGPD es la STJUE de 30 de marzo de 2023, asunto C-34/21). Para su adecuado entendimiento, puede ser útil la lectura de mi entrada en El Foro de Labos de 11 de abril de 2023: ¿Hay vida más allá del RGPD?: Límites a las previsiones legales o convencionales de tratamiento de datos personales en materia laboral.

²² F.J. CALVO GALLEGU, *Derechos digitales en la negociación colectiva (Comentario al artículo 91 LOPD-GDD)*, en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Pamplona, Aranzadi, 2021,II, pp. 4225-4270.

de la banca que, en precepto dedicado a los “Derechos digitales”, dedica un elocuente apartado al “Derecho ante la IA”. En él se incorporan reglas reforzadas de transparencia colectiva en aquellos procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales que se basen, exclusivamente, en modelos digitales sin intervención humana. En estos casos, se dice, se informará a la representación legal de las personas trabajadoras sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial y dicha información abarcará, como mínimo, “los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados”.

Para la Gobernanza (con mayúsculas) de esta nueva era digital es fundamental la creatividad de los agentes sociales resultará fundamental. Los Sandboxes pueden resultar un instrumento de enorme interés. Lo verdaderamente importante de estos Sandboxes es que el procedimiento de ensayos finaliza con la autorización al promotor para ejercer la actividad, si el proyecto ha funcionado bien, o con su clausura, si no lo ha hecho. Igualmente, puede suceder que la prueba motive un cambio regulatorio en la legislación, una vez que el regulador ha entendido el modelo de negocio, lo ha visto funcionar en el mercado y ha comprobado los riesgos. Por ello no me sorprende que la negociación colectiva, aunque todavía de manera tímida, venga recogiendo el guante que le está lanzando esta nueva era. Buen ejemplo de ello es el Convenio Colectivo del Sector de Grandes Almacenes. El mismo incorpora una Disposición transitoria undécima (Compromisos para el gobierno de la transición digital y organizativa del sector) que creo que debe destacarse porque resulta toda una declaración de intenciones sobre cómo afrontar esta realidad desde una acción conjunta de los actores sociales.

El debate sobre las transformaciones de la democracia en la era de la inteligencia artificial trascienden con mucho nuestras capacidades y el objeto de estas páginas, pero, sin duda, sirve para situar las mismas en un horizonte más global. El uso de las nuevas herramientas tecnológicas puede ayudar a mejorar la democracia tradicional y fomentar una ciudadanía más activa, pero también posee indudables riesgos que deben ser controlados. La tutela de los intereses colectivos en la era de la transformación digital constituye un bien fundamental que debe ser, sin duda, garantizado. La consecución de más y mejor democracia en la empresa debe ser un objetivo irrenunciable en esta era digital.