
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Perez Ricaldi, Ulices Jhonayque; Cañabate Pérez, Josep, dir. El impacto de la Inteligencia Artificial en el ámbito laboral : una aproximación a la discriminación algorítmica. 2023. (Grau en Dret i Grau en Relacions Laborals)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/287221>

under the terms of the  license



Universitat Autònoma de Barcelona

Facultad de Derecho
Trabajo Fin de Grado en Derecho

EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ÁMBITO LABORAL: UNA APROXIMACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

Alumno: Ulices Pérez Ricaldi
Grado en Derecho y Grado en Relaciones Laborales
Director: Dr. Josep Cañabate Pérez
Curso: 2022-2023
Fecha de entrega: 14-05-2023

RESUMEN

La Inteligencia Artificial es una tecnología que cada vez tiene más impacto en nuestras vidas y, como en otros ámbitos, está siendo empleada en la esfera laboral como herramienta de gestión de los trabajadores.

La aplicación de los sistemas de Inteligencia Artificial en el ámbito laboral puede entrañar riesgos respecto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, ya que supone dejar en manos de una tecnología muy reciente el poder de decisión sobre ellos. Entre las posibles vulneraciones, se encuentra el hecho de ser objeto de decisiones discriminatorias causadas por sesgos que puedan contener los algoritmos en su lógica aplicada.

El objetivo de este trabajo es acabar afirmando o negando si la actual regulación, ofrecida por el derecho de la Unión Europea y el español, es suficiente para evitar las posibles discriminaciones que se puedan producir mediante esta tecnología. Para ello, veremos cómo surge el problema de la discriminación mediante algoritmos de los sistemas de Inteligencia Artificial, cuál es la regulación actual para tratar esta problemática y, finalmente, analizaremos la realidad práctica de la aplicación de estas normas.

Palabras clave: Inteligencia Artificial, discriminación, algoritmos, sesgos discriminatorios, relaciones laborales.

ABSTRACT

Artificial Intelligence is a technology that is having an increasing impact on our lives and, as in other areas, it is being used in the workplace as a management tool for workers.

The application of Artificial Intelligence systems in the field of employment may entail risks with regard to the fundamental rights of workers, as it means leaving the power of decision making over them in the hands of a very recent technology.

Potential violations include being subject to discriminatory decisions caused by biases that algorithms may contain in their applied logic.

The aim of this paper is to end up affirming or denying whether the current regulation, offered by European Union and Spanish law, is sufficient to prevent possible discrimination that may occur through this technology. To do so, we will see how the problem of discrimination by algorithms in Artificial Intelligence systems arises, what the current regulations are to deal with this problem and, finally, we will analyse the practical reality of the application of these rules.

Keywords: Artificial Intelligence, discrimination, algorithms, discriminating bias, labour relations.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	6
1.1. Aspectos metodológicos.....	7
2. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	8
2.1. Delimitación conceptual de la IA.....	8
2.2. Tipos de IA.....	9
2.3. Cómo funciona la discriminación algorítmica.....	10
3. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.....	12
4. MARCO NORMATIVO DE LA IA EN LA ESFERA LABORAL.....	14
4.1 Normativa europea.....	14
4.1.1 Propuesta de Reglamento Europeo sobre sobre IA.....	16
4.2 Normativa del derecho español.....	18
5. ANÁLISIS DE LA REALIDAD PRÁCTICA.....	21
5.1 Discriminación algorítmica en los procesos de selección.....	21
5.2 Discriminación algorítmica en las relaciones laborales.....	26
5.2.1. Cálculo del rendimiento y remuneración.....	26
5.2.2 Extinción del contrato de trabajo.....	29
5.3. Vulnerabilidad de los trabajos en plataformas digitales.....	31
5.4 El problema de la delimitación del responsable.....	33
6. TEORÍAS PALIATIVAS.....	34
7. CONCLUSIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA.....	39

ABREVIATURAS

CCOO	Comisiones Obreras
CE	Constitución Española de 1978
DDFF	Derechos Fundamentales
FJ	Fundamento Jurídico
IA	Inteligencia Artificial
LOIMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
LOPD	Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos Personales
RRHH	Recursos Humanos
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UGT	Unión General de Trabajadores

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, la implementación de la tecnología en nuestra vida ha supuesto un avance en nuestras actividades diarias, tanto domésticas y personales como en el ámbito laboral y profesional. Este fenómeno ha requerido una intervención del derecho con el fin de regular cada nuevo escenario que se podía crear por el uso de esta, intentando seguirle el ritmo a su evolución.

Así pues, concretamente en lo referente a los procesos productivos laborales, el empresario ha tratado de traducir el progreso tecnológico en mayores beneficios, hecho que ha creado nuevas formas de trabajo y nuevas formas de control empresarial, entre otros aspectos. La Inteligencia Artificial (en adelante, IA) ha supuesto uno de los mayores avances tecnológicos, el cual está en continuo desarrollo y mejora hoy en día.

Pese a que a lo largo de la historia ha habido grandes avances en la tecnología de la automatización, no fue hasta la segunda mitad del S. XX cuando se logró implementar ésta al ámbito de la producción económica, ya que la transición a la primera fase del capitalismo de alta tecnología se produjo con la utilización de la computadora en los procesos de producción¹. El uso de esta tecnología se comenzó a complementar con la aparición de un conjunto de tecnologías de la información y la comunicación, que han permitido que se pueda alcanzar un sistema híbrido de producción, combinando la fuerza de trabajo física de la mano de la implementación tecnológica, y este nuevo sistema en el que conviven ambos elementos en los procesos de producción es lo que nos ha llevado a hablar de una cuarta revolución industrial o “Industria 4.0”, la cual está caracterizada por la constante transformación digital. En este contexto, la IA es planteada como una tecnología fundamental para esta nueva industria, ya que supone dar un paso que va más allá en la era digital, puesto que no se trata simplemente de que los trabajadores hagan uso de la tecnología digital en el sistema productivo, sino de dotar de autonomía y capacidad a esta con razonamiento equivalente al de la inteligencia natural humana.

¹ HAUG, Wolfgang, “La digitalización: un cambio de época. El capitalismo de alta tecnología en el umbral de la clausura digital”. *El inquietante siglo XXI*. Trad.: Muñoz, Gustau. *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, nº50 (2016), p.23.

Para entender cómo funciona la IA, debemos tener en cuenta que las respuestas de la IA se calculan a través de datos que han sido analizados a través de algoritmos. Una consideración básica en este trabajo es no dejarnos llevar por la idea de que la IA es capaz de decidir y plantear una respuesta *ex novo*, sino que este ya parte de unos elementos básicos que han sido introducidos por el ser humano y que, como ya veremos, pueden generar controversias y conflictos.

En el ámbito empresarial, el uso de la IA se ve implementado mayoritariamente en las grandes empresas, ya que las pymes no cuentan con el avance tecnológico ni los recursos para hacer uso de esta, ni tampoco con el grado de necesidad con el que cuentan las primeras². Las compañías han visto en la IA una oportunidad de agilizar sus procesos, y en lo relativo al derecho del trabajo, también se ha convertido en una herramienta de gestión de personas.

El uso de la IA requiere valorar el impacto que genera esta nueva tecnología en los trabajadores y en sus derechos, ya que al tratarse de una tecnología que lleva poco tiempo presente en el ámbito laboral, deben marcarse unos límites y señalar los riesgos a los que pueden ser expuestos los trabajadores, nosotros nos centraremos en los casos de discriminación. La Comisión Europea sigue esta misma línea de opinión, puesto que en la Comunicación de 2018³ sobre Plan coordinado sobre la inteligencia artificial, dijo que “algunas aplicaciones de la IA pueden plantear nuevos problemas de carácter ético y jurídico, por ejemplo, en relación con la responsabilidad o la adopción de decisiones parcialmente sesgadas”.

1.1. Aspectos metodológicos

El contenido del presente trabajo tiene por objeto confirmar o desmentir la hipótesis de que “la actual regulación vigente europea y nacional es insuficiente para proteger a los trabajadores de la discriminación algorítmica de los sistemas de IA”. Para poder realizar dicha tarea, hemos estructurado el trabajo en 3 partes principales.

² GOÑI SEIN, José, “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el Trabajo”, *Documentación Laboral*, nº 117 (2019), p.59.

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 7.12.2018 COM (2018) 795 final.

La primera parte consiste en la presentación del problema, es decir, la discriminación algorítmica, además de una sucinta referencia a consideraciones necesarias para poder entender cómo se produce.

En segundo lugar, haremos una exposición de la regulación protectora vigente del derecho de la Unión Europea (en adelante, UE) y española para el ámbito laboral. Entre estos apartados también incluiremos el Reglamento, aún no vigente, de IA que incluye preceptos para la esfera laboral.

En último lugar, analizaremos la realidad práctica de estas normas, las problemáticas que se generan, incluyendo jurisprudencia, y acabaremos exponiendo las propuestas que realiza la doctrina iuslaboralista sobre la regulación de la IA en las relaciones laborales.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

2.1 Delimitación conceptual de la IA

Para poder comprender mejor los apartados siguientes, debemos definir 3 conceptos elementales que abordaremos a lo largo del presente trabajo.

El primero de ellos es el concepto de IA. En el Apéndice III de la Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno⁴, se definió la IA como “un conjunto de métodos, teorías y técnicas científicas cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina, las habilidades cognitivas de los seres humanos.”.

Por otro lado, el concepto de “algoritmo” fue definido también en el Apéndice III de la Carta Ética Europea mencionada anteriormente, como una “secuencia finita de reglas informales (operaciones lógicas e instrucciones) que permiten obtener un resultado de la entrada inicial de información.”. Además, aclara que “esta secuencia puede ser parte de un proceso de ejecución automatizado y aprovechar modelos diseñados a través del aprendizaje automático.”. Así pues, estos son la formulación de operaciones mediante las cuales los sistemas de IA llegarán a un resultado.

⁴ Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno. Adoptado por el CEPEJ durante su 31ª Reunión plenaria (Estrasburgo, 3-4 de diciembre de 2018).

En último lugar, la definición de “sistemas de IA” que nos brinda la propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial⁵, en su artículo 3, es la de “el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias (...) que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa.”

2.2 Tipos de IA

Los tipos de IA que podemos distinguir, según su funcionalidad, son los siguientes⁶:

- Máquinas reactivas: Este es el modelo de IA más básico, ya que se limita a realizar una actividad de respuesta ante una petición concreta, es decir, está programada para reaccionar ante la exigencia del mismo momento. Esta no tiene capacidad de aprender y evolucionar su criterio, por lo que tampoco basará sus decisiones en experiencias del pasado, sino que se limitará al presente.
- Máquinas de memoria limitada: Este tipo de IA, tiene también un comportamiento reactivo, aunque tiene la capacidad de almacenar experiencias pasadas y aprender de datos recientes, pero únicamente por un periodo limitado de tiempo.
- Teoría de la mente: Esta clase de IA tiene un nivel superior de complejidad en su toma de decisiones, pues este es capaz de comprender nuestro comportamiento y nuestros sentimientos, haciendo suposiciones a cerca de los que esperamos y como queremos que nos traten.
- Autoconciencia: Se trata del grado más alto de autonomía de esta tecnología, ya que supone dotarles de capacidad para que su interpretación no se limite al mundo, sino que tengan la facultad de tener conciencia y conocimiento de sus estados internos⁷.

⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Bruselas, 21.04.2021 COM 206 final 2021/0106 (COD).

⁶ Equipo de Gamco, “Tipos de inteligencia artificial según su capacidad y funcionalidad”, en: <https://gamco.es/tipos-de-inteligencia-artificial-capacidad-funcionalidad/> [visitado el 09.04.2023].

⁷ GARCÍA, Karla, “4 tipos de Inteligencia artificial”, (2021), en: <https://www.bbva.ch/noticia/4-tipos-de-inteligencia-artificial/> [visitado el 10.04.2023].

2.3 Cómo funciona la discriminación algorítmica

Tal y como ya se ha hecho mención anteriormente, uno de los mayores problemas que surgen a partir de la aplicación de sistemas de IA en la gestión de los trabajadores, es el riesgo existente en la producción de algún tipo de discriminación dirigida a los empleados o, en su caso, candidatos a un puesto de trabajo.

Para diferenciar las diferentes formas en las que el uso de sistemas de IA puede comportar conductas discriminatorias seguiremos la distinción que hace Eguíluz, J.⁸. Son cinco las formas en las que se puede producir discriminación a través de la toma de decisiones automatizadas, las cuales son:

- a) “La variable objetivo” y la definición de las “etiquetas de clase”:

En esta primera distinción se nos presentan dos conceptos, los cuales requieren ser diferenciados. El concepto de “variable objetivo” hace referencia a la definición de un modelo que permita automatizar los procesos. El segundo concepto, consiste en organizar los datos disponibles etiquetándolos en diferentes categorías, y es aquí donde surge la problemática discriminatoria, ya que la manera de categorizar puede producir efectos adversos en ciertos grupos. Para este caso, el autor nos menciona un ejemplo, que es el supuesto de una empresa que incluye, para sus procesos de selección, una etiqueta de clase de puntualidad, por ejemplo, “rara vez llega tarde”, y eso estará incluido en la categorización de “buen profesional”. Puede suceder que las grandes empresas estén situadas en el centro de la ciudad, y las personas con menos recursos vivan alejadas del este, lo provocaría que dichas personas tengan más dificultades para llegar a tiempo y, por consiguiente, tengan una etiqueta que les impida acceder a estas empresas. Así pues, en esta clasificación, la discriminación se produce al no tener en cuenta otros factores que pueden dificultar la consecución de ciertas etiquetas que incluye la empresa por parte de ciertos colectivos.

⁸ EGUÍLUZ, Josu, “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”. Estudios de Deusto. *Revista de Derecho Público*, nº68 (2), p.345.

b) Datos de entrenamiento: ejemplos de etiquetado:

En este segundo supuesto se hace referencia al hecho de que se pueden obtener resultados discriminatorios cuando se introducen datos sesgados para el aprendizaje y entrenamiento del sistema de IA. En este caso, el algoritmo no estaría introduciendo sesgos *ex novo*, sino que simplemente reproduciría los sesgos ya introducidos en los datos con los que se entrena. El ejemplo que se nos presenta para este supuesto es el de un proyecto de IA que Amazon abandonó en 2018 para la contratación por el sesgo sexista que contenía. El sistema de IA en ese caso había observado los patrones de los procesos de contratación de los últimos 10 años, en los que la gran mayoría de los contratados eran hombres, lo que se tradujo en una preferencia a los perfiles masculinos y un descarte a los currículums que incluían la palabra “femenino”.

c) Recopilación de datos de entrenamiento:

En este caso se hace énfasis en la procedencia de los datos que los algoritmos utilizan para tomar decisiones. Es decir, cuando el algoritmo aprende conductas a partir de una muestra anterior, la cual ya adoptaba un criterio de forma sesgada. Aquí la discriminación se producirá cuando en la muestra de la que aprende el algoritmo haya más o menos información sobre ciertos colectivos respecto a otros, ya que esa falta o exceso de información puede provocar una conducta discriminatoria.

d) Selección de características:

El cuarto supuesto hace referencia a la selección de características. Es decir, cuando una empresa utilice un sistema de IA para tomar una decisión, deberá decidir a qué elementos debe atribuir mayor importancia con tal de que el algoritmo dé prioridad a estos. El ejemplo que se da es el de una empresa que utiliza un algoritmo en un proceso de selección, en el cual se habrá incluido la característica prioritaria de haber estudiado en una universidad privada. Esta característica a la que se da importancia supone una discriminación a ciertos colectivos que no disponen de los recursos económicos como para acceder a estas instituciones.

e) Variables de aproximación (Proxy):

El último supuesto se refiere al hecho de que algunos datos que indican la pertenencia a un colectivo pueden correlacionar a los mismos con otro colectivo. El ejemplo que se nos presenta aquí es el de una empresa de mejoramiento del hogar (construcción y bricolaje) que condiciona los precios en función de la ubicación de los clientes, y será discriminatorio si la ubicación tiene una correlación con un colectivo vulnerable. Esto lo podríamos trasladar al ámbito laboral para los casos en los que una empresa deja una horquilla salarial en la publicación de la oferta, y se modifica el salario en función de la ubicación del candidato, de forma que ofrecerá un salario en función del poder adquisitivo de su zona residencial.

3. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Dado que este trabajo se centra en la protección a no ser objeto de decisiones discriminatorias mediante algoritmos, se requiere previamente hacer referencia a la legislación que hay hoy en día para proteger el principio fundamental de no discriminación. Es por ello, que haremos mención de la normativa europea y española.

En lo relativo al Derecho de la UE, se ha visto reflejado el esfuerzo de regular y garantizar este principio en las Directivas sobre igualdad racial (2000/43/CE)⁹, igualdad de trato en el empleo (2000/78/CE)¹⁰; igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición; 2006/54/CE)¹¹ e igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios (2004/113/CE)¹². En el derecho de la UE, y también a nivel nacional, se hace una distinción en lo que respecta a la forma de discriminación, ya que esta puede ser directa o indirecta.

⁹ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

¹⁰ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹¹ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

¹² Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y suministro.

Por un lado, la discriminación directa viene definida en el artículo 2.2.a) de todas las Directivas nombradas anteriormente, y se define como “la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable, por razón de sexo, origen racial o étnico, religión (...).”¹³. Por otro lado, la discriminación indirecta viene definida en el artículo 2.2.b) de todas las Directivas anteriormente mencionadas, que establecen que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra sitúe a personas de un origen racial o étnico, sexo, religión, (...) concreto en desventaja particular con respecto a otras personas salvo que (...) pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios (...) sean adecuados y necesarios”¹⁴.

En cuanto a la legislación nacional, debemos comenzar haciendo referencia al art.14 de la Constitución Española (en adelante, CE), en el que se recoge explícitamente la prohibición discriminatoria por razón de “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, con la consideración de derecho fundamental. Otros preceptos recogidos en la CE relacionados con el principio de no discriminación son los artículos 9.2 CE, ya que habla de “remover los obstáculos que impidan o dificulten” la igualdad del individuo y de los grupos, y el 35.1 CE que reconoce el deber y el derecho al trabajo de todos los españoles “sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. Por otro lado, se promulgaron la Ley 62/2003¹⁵, que en el Capítulo III de su Título II recoge una serie de preceptos para la aplicación de la igualdad de trato, y la LO 3/2007¹⁶, que recoge normativa para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, con el objetivo de transponer a la legislación española las Directivas anteriormente nombradas. También debemos mencionar otras normas como el Real Decreto-ley 6/2019¹⁷ sobre medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, la Ley

¹³ EGUÍLUZ, Josu, “Desafíos y retos”, cit., p.334.

¹⁴ *Ibid.*, p.335.

¹⁵ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

¹⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹⁷ Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

15/2022¹⁸ integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de la que hablaremos cuando veamos la normativa nacional de gestión de los trabajadores mediante sistemas de IA. Además, el Real Decreto 1069/2021, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024¹⁹, establece que el proceso de digitalización del empleo “con la incorporación del Big Data y la Inteligencia Artificial” debe realizarse “garantizando enfoques específicos basados en el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación”.

Asimismo, en cuanto a la legislación laboral española sobre el derecho de no discriminación, debemos nombrar el artículo 4.2.c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores²⁰ (en adelante, TRLET) que recoge el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente. De igual manera, el artículo 17.1 TRLET establece la nulidad de los preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario que produzcan discriminaciones directas o indirectas para los trabajadores. En último lugar, el art.23.2 TRLET dispone que se deben establecer criterios y garantías para la no discriminación en materia de formación, y el art.24.2 TRLET dice que los criterios y sistemas de promoción profesional y ascensos deben garantizar la ausencia de discriminación entre hombres y mujeres.

4. MARCO NORMATIVO DE LA IA EN LA ESFERA LABORAL

4.1 Normativa europea

En primer lugar, debe señalarse que el primer ámbito jurídico que se ha encargado de la labor de actualización normativa necesaria por la aplicación creciente de la IA en los procesos laborales ha sido el derecho de protección de datos. Esto encuentra su lógica en el hecho de que para que los sistemas de IA sean capaces de tomar decisiones de manera autónoma y predictiva, va a resultar necesario que previamente haya una acumulación de datos de los empleados que requieran de

¹⁸ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

¹⁹ Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024.

²⁰ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

interpretación. Es por ello, que el derecho de protección de datos ha sido pionero en regular la tutela respecto a las decisiones automatizadas. Concretamente, es el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD)²¹ el que se encarga de proteger a las personas frente a decisiones automatizadas, ya que en su art.22 se prohíben explícitamente las decisiones exclusivamente automatizadas, especificando también aquellos casos excepcionales en los que se admiten.

Así pues, es en el art.22.1 RGPD donde se encuentra la prohibición expresa de que, con carácter general, las decisiones puedan estar basadas totalmente de forma automatizada, puesto que establece que “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”. No obstante, con carácter excepcional se admiten unos supuestos en los que sí que será posible dicho tratamiento plenamente automatizado. Estos casos están recogidos en el apartado 2º del mismo artículo, ya que dice que “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.”.

Por lo tanto, solo sería admisible la toma de decisiones basadas en tratamiento exclusivamente automatizado cuando sean necesarias para la celebración o ejecución de un contrato; en los supuestos en que estén autorizadas por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros; o que el interesado haya prestado expresamente su consentimiento. Por otra parte, los artículos 13.2.f), 14.2.g) y art.15.1.h) recogen el derecho del que es titular el interesado a ser informado de la existencia de decisiones automatizadas, el derecho a conocer de la información a cerca de la lógica aplicada en estas decisiones, como también la importancia y las

²¹ 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD).

consecuencias para el interesado derivadas de dicho tratamiento automatizado. Así pues, estos derechos, trasladados al ámbito laboral, suponen que las decisiones exclusivamente automatizadas que conlleven efectos jurídicos estarían únicamente permitidas cuando sean necesarias para la celebración y la ejecución del contrato. De modo que solamente pueden tener un papel de complementario en la actividad de los responsables de recursos humanos (en adelante, RRHH), y deberán ser estos mismos los que analicen la información procesada y, si fuese necesario, modifiquen las decisiones automatizadas.

El RGPD, pese a regular el impacto de la IA sobre las personas en el marco del derecho fundamental de protección de datos, al establecer las garantías y derechos de transparencia sobre las decisiones automatizadas, es también, a su vez, un instrumento que sirve para garantizar el resto de derechos fundamentales (en adelante, DDFF), como el derecho de no discriminación.

4.1.1 Propuesta de Reglamento Europeo sobre IA

La Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial es el instrumento jurídico mediante el que se pretende regular la aplicación de la IA a nivel europeo, aunque de igual modo también podemos encontrar otros documentos previos que ya tenían la intención de abordar la misma materia. Entre estos podemos nombrar la Estrategia Europea en IA de 25/04/2018, el Plan Coordinado de 7/12/2018, las Directrices éticas sobre IA fiable de abril de 2019, la Resolución del Parlamento Europeo de 12/2/2019, el Libro Blanco sobre IA de 19/2/2020. En dichos documentos se hace constar una clara intención de respeto a los valores y DDFF en la implementación de la IA a nivel europeo²².

El principal objetivo de este Reglamento es que, en medio de la creciente tendencia del uso de sistemas de IA, la Comisión Europea pretende promover el uso y desarrollo de sistemas algorítmicos de una manera segura y ética, mediante el establecimiento de una serie de medidas legislativas que regulen el funcionamiento de estos sistemas y sus riesgos intrínsecos²³. Para conseguir este objetivo, la

²² SÁEZ, Carmen, “Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40(2), Ediciones Complutense (2022), p.290.

²³MORGADO, Claudia; ESTEBAN, Adaya, “Propuesta de reglamento de la UE sobre inteligencia artificial” (2021), en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/propuesta-reglamento-ue-inteligencia-artificial> [visitado el 18.04.2023].

Propuesta de Reglamento nos hace una clasificación de los diferentes sistemas de IA en cuatro niveles de riesgos, y en función de estos, su utilización implicará mayor o menor número de obligaciones. La división que nos presenta está basada en sistemas de IA que conllevan un riesgo inaceptable, un riesgo alto, un riesgo bajo, y el resto de sistemas que por representar un riesgo mínimo pueden elegir si se adhieren a sistemas voluntarios de cumplimiento. Así pues, en este marco de diferenciación de riesgos, el grado de alto riesgo, es el que engloba los sistemas que crean un “alto riesgo” para los derechos y libertades de los individuos. Este nivel de riesgo implica que, si bien no es un riesgo prohibido en el mercado europeo, tendrá que verse sometido al cumplimiento de requisitos obligatorios y medidas de evaluación. La Propuesta de Reglamento califica como sistemas de alto riesgo, según lo establecido en el art.6.2 y apartado 4º del anexo III , aquellos “a) sistemas de IA destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas; b) IA destinada a utilizarse para tomar decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones.”.

En el caso de los sistemas de alto riesgo, y, por tanto, para los sistemas de IA que regulan el empleo y la gestión de los trabajadores, los requisitos para su aplicación vienen recogidos en Capítulo 2 del Título III de la Propuesta. En este se dice que dichos sistemas deben ir acompañados de un sistema de gestión de riesgos (art.9), una adecuada práctica en materia de gestión y gobernanza de datos (art.10), exigencia de documentación técnica (art.11), registro de la actividad de los sistemas de IA (art.12), transparencia y comunicación de información a los usuarios (art.13), vigilancia humana (art.14) y precisión, solidez y ciberseguridad (art.15).

Como hemos podido observar, las exigencias de la Propuesta respecto a los sistemas de alto riesgo, suponen una ampliación de garantías para los trabajadores, y candidatos en procesos de selección, que sean objeto de una gestión empresarial algorítmica, ya que se pueden ver medidas de vigilancia en el funcionamiento de los sistemas de IA, lo que hará que su aplicación esté más controlada y supervisada.

En último lugar, es necesario señalar que justamente en la última etapa de la elaboración de este trabajo, el Parlamento Europeo finalmente aprobó la Propuesta de Reglamento, y ahora este será sometido a un periodo de negociaciones, el cual se prevé que será complejo.

4.2 Normativa del derecho español

En el ámbito del derecho del trabajo, la principal garantía que tienen los trabajadores, respecto al funcionamiento de los sistemas de IA, es de carácter colectivo, al otorgar un derecho de información en favor de los representantes de los trabajadores. El derecho de información permite al Comité de Empresa conocer sobre las reglas mediante las que basan las decisiones de los sistemas de IA en la gestión de los trabajadores. Esta garantía de transparencia para los trabajadores fue introducida a través de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre²⁴. La entrada en vigor de esta ley supuso la introducción de una nueva letra d) en el art.64.4 según el cual el Comité de Empresa tiene 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”. Lo dispuesto anteriormente implicó una ampliación al derecho del Comité de Empresa a ser informados y consultados sobre las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y otras materias, recogido en el art.64.5 TRLET. No obstante, pese a que este cambio fue introducido por la Ley 12/2021, que estaba dirigida a las personas trabajadoras dedicadas a la actividad de reparto en plataformas digitales, este derecho acaba teniendo más impacto en el resto de sectores, ya que las características de este sector hacen difícil su adaptación al esquema normativo existente para la representación unitaria²⁵. Por otro lado, actualmente hay un debate abierto entre este derecho de información sobre los sistemas algorítmicos del art.64.4.d) y el art.65.4 TRLET, pues este último dice

²⁴ 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.

²⁵ SÁEZ, Carmen, “Gestión algorítmica empresarial”, cit., p.293.

que, con carácter excepcional, “la empresa no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica”. Por lo tanto, esta disposición supone una excepción al derecho de información de los representantes de los trabajadores, y podría afectar, entre otras informaciones, al derecho a conocer los parámetros de los sistemas algorítmicos en la gestión de trabajadores. La existencia de este derecho de reserva de información entraña un riesgo a la efectividad del derecho de información de los representantes, ya que abre la puerta a que la empresa salvaguarde información relevante para los trabajadores bajo el paraguas de calificación de “información secreta”. En esta línea, la solución que proponen algunos autores para hacer frente a esta problemática, es la sujeción de la decisión de no proporcionar dicha información a un control administrativo o judicial previo²⁶.

En lo relativo a normativa estatal que recoge derechos individuales sobre la toma de decisiones automatizadas, debemos comenzar nombrando el art.11 Ley Orgánica de Protección de Datos (en adelante, LOPD)²⁷. Este artículo, que regula los derechos de las personas en cuanto a transparencia e información sobre el tratamiento de datos, en el segundo párrafo del apartado 2, recoge una protección en cuanto a decisiones automatizadas, ya que si los datos del afectado hubieran sido obtenidos para la elaboración de perfiles, “el afectado deberá ser informado de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas que produzcan efectos jurídicos sobre él o le afecten significativamente de modo similar, cuando concurra este derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679”. Por lo tanto, en la LOPD se recoge una garantía de información del derecho de oposición a ser objeto de decisiones individuales automatizadas.

²⁶GARRIDO PEREZ, Eva. “Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal (nuevos arts.64 y 65 ET)”, *Temas laborales*, nº 95 (2008), p.42.

²⁷ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

A este artículo, debemos añadir una nueva regulación que ha sido introducida en julio de 2022, que afecta a la gestión de personas mediante sistemas de IA. Se trata del art. 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. La regulación que nos ofrece este artículo va dirigida principalmente a la aplicación de algoritmos de IA por parte de las administraciones públicas, aunque en el tercer apartado de este se hace mención a las empresas. Este apartado establece una exigencia a las administraciones públicas y las empresas de promoción del uso de una IA ética, confiable y respetuosa con los DDFF, con atención a las recomendaciones de la UE en esta materia. En este artículo podemos ver como hay una mayor exigencia y control de la aplicación de los sistemas de la IA para las administraciones públicas, ya que, por ejemplo, en su primer apartado se exige la promoción de la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio en las decisiones que se utilicen en las administraciones públicas. No obstante, a esta regulación deberá acompañarse una tarea que deberá realizar el legislador para proporcionar los mecanismos jurídicos apropiados para que lo dispuesto en este precepto, y especialmente la aplicación de la IA de manera “ética, confiable y respetuosa” con los DDFF, pueda materializarse en acciones y prácticas concretas para garantizar los derechos de los ciudadanos²⁸. En último lugar, también debemos referirnos a la Carta de Derechos Digitales de 2021 que, tal y como establece en sus consideraciones previas, no tiene carácter normativo vinculante, sino que su objetivo es el de “reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea, así como sugerir principios y políticas” y “garantizar una digitalización humanista, que ponga a las personas en el centro”²⁹. En el Capítulo XIX se recogen una serie de derechos en el ámbito digital, donde en segundo párrafo del punto 2.b) queda regulado el derecho de información de la representación de los trabajadores de los parámetros en los que se basan las decisiones de los sistemas algorítmicos, recogido en el ya mencionado art.64.4.d) TRLET. Además, en el apartado d) del

²⁸ESTEBAN, Adaya; ANDONI, Josu, “Normas sobre el uso de algoritmos por las Administraciones Públicas” (2022), en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/espana-normas-sobre-el-uso-de-algoritmos-por-las-administraciones-publicas> [visitado el 22.04.2023].

²⁹Carta de derechos digitales, (2021). En: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf, pág. 6. [visitado el 22.04.2023].

mismo punto 2º, se hace referencia a la garantía de los derechos de las personas trabajadoras frente al uso de IA, con especial atención a la toma de decisiones automatizadas en los procesos de selección de personal, por parte de las empresas. En lo relativo a discriminación de los sistemas de IA, en el Capítulo XXV se recogen derechos ante la inteligencia artificial, en el que se establece en el punto 2.a) que en la aplicación de sistemas de IA “se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial”. Para ello, el apartado b) dispone que se deberán establecer “condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza” y “la información facilitada deberá ser accesible y comprensible”.

5. ANÁLISIS DE LA REALIDAD PRÁCTICA

5.1 Discriminación algorítmica en los procesos de selección

Como ya hemos comentado cuando hemos presentado la normativa de protección a la discriminación algorítmica, en el art.6.2 en relación con el apartado 4.a) del anexo III de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Ley de Inteligencia Artificial se califican de alto riesgo los “sistemas de IA destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas”. Por lo tanto, se prevé una regulación expresa para estos casos por la existente amenaza de producción de conductas discriminatorias cuando se apliquen sistemas algorítmicos en el desarrollo de estas tareas.

Los casos de discriminación precontractual se caracterizan porque pueden tener lugar en los distintos momentos de un proceso selectivo, ya que en todos estos se realizan valoraciones personales y en cualquiera de ellos se corre el riesgo de ser descartado por razones discriminatorias³⁰. Para analizar la forma en la que la

³⁰ Hay veces que la discriminación puede tener lugar en un momento anterior a la apertura del proceso de selección. Este fue el caso de la STJCE de 10 de julio de 2008, C-54/07 (TJCE 2008/157), en la que el TJCE resolvió una cuestión prejudicial por parte del órgano judicial belga, en el que consideró que las declaraciones publicas que hizo un empleador a cerca de su política de no contratar

discriminación puede tener lugar en estos procesos, debemos distinguir 2 momentos. Por un lado, fase de criba curricular, y por otro, la fase de entrevista y evaluación competencial de los candidatos.

El uso de algoritmos en la fase de selección o contratación de personas trabajadoras permite ahorrar mucho tiempo y esfuerzo al personal que se encarga de la adquisición del talento. En especial, las decisiones automatizadas pueden llegar a ser incluso necesarias en aquellos casos en los que una empresa sube a sus diferentes canales de empleo un *job posting* y este recibe un considerable número de solicitudes. En este caso se debería realizar una criba curricular masiva para poder descartar aquellos perfiles que, aun no contando con los requisitos que se piden, han aplicado a la oferta de empleo. Por lo tanto, en estos casos sería conveniente realizar dicha criba curricular con la ayuda de medios automatizados para así poder elaborar una lista con los perfiles de los candidatos que a la empresa le interesaría contactar para poder seguir con el proceso de selección con intención de contratarlos³¹. Este mismo ejemplo lo expuso el Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29, diciendo que “en este caso, puede ser necesario utilizar decisiones automatizadas para confeccionar una lista limitada de posibles candidatos, con la intención de celebrar un contrato con uno de los interesados”³², incluyéndolo en la excepción del art.22.2.a) RGPD dentro de los casos en los que hay necesidad “para la celebración o la ejecución de un contrato”. Esto se llevaría a cabo gracias a los algoritmos que, después de haber introducido las características del perfil profesional deseado (años de experiencia, formación académica, idiomas, etc.), podrían extraer, mediante el cálculo algorítmico, aquellos perfiles más atractivos de las candidaturas enviadas a la empresa. Lo anteriormente expuesto podría llevarnos a pensar que un proceso libre de prejuicios y de decisiones basadas en corazonadas, produce que la forma adecuada de llevar a cabo estos procesos de contratación sea mediante sistemas algorítmicos³³. No obstante, caer en esta

a trabajadores de un determinado origen étnico debían ser consideradas políticas de contratación de discriminación directa.

³¹ MERCADER UGUINA, Jesús, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p.75.

³² Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, adoptadas el 3 de octubre de 2017. Grupo de trabajo del Artículo 29, p.26.

³³ ASQUERINO LAMPARERO, María, “Algoritmos y discriminación: Procesos de selección, algoritmos y discriminación”, en: MORALES ORTEGA, José (Dir.), *Realidad social y*

consideración es un error, ya que este método de criba curricular conlleva también riesgos discriminatorios, uno en lo relativo a la hora de establecer los parámetros que va a emplear el algoritmo para descartar o mantener a los perfiles en el proceso, y otro riesgo vinculado a la escasa transparencia respecto a los candidatos³⁴.

Pese a que las cribas curriculares completamente automatizadas están permitidas, es necesario hacer un análisis sobre la efectividad de los derechos relacionados con estos 2 riesgos en esta fase. Como ya hemos mencionado, cuando analizamos el bloque normativo, existe el derecho de las personas a abstenerse a ser objeto de decisiones automatizadas para la elaboración de perfiles, recogido en el art.11.2 LOPD. Pese a la existencia de este derecho, su eficacia puede llegar a ser nula, ya que esto supone para los candidatos una autolimitación a la hora de participar en procesos de selección, y les obliga a hacer una ponderación entre su derecho a oponerse de ser objeto de decisiones automatizadas y obtener un puesto de trabajo en una gran empresa. Por lo tanto, al no hacer efectivo este derecho, aceptan exponerse al riesgo de que de dichas decisiones automatizadas pueda alcanzarse un resultado discriminatorio. Haciendo referencia al segundo riesgo, relativo de la escasa transparencia, también hemos hecho mención al derecho que recogen los artículos 13.2.f), 14.2.g) y art.15.1.h) RGPD sobre el derecho a conocer de la información a cerca de la lógica aplicada en estas decisiones. Este es un derecho que en la práctica tampoco llega a desplegar su eficacia, ya que a los candidatos descartados en cribas curriculares simplemente les llega la notificación de que ya no continúan siendo parte del proceso, y los que pasan a la siguiente fase suelen preferir no preguntar sobre esta temática y confiar en que han sido escogidos por criterios plenamente objetivos. De este modo, ni unos ni otros hacen valer su derecho a conocer de los parámetros algorítmicos de los que han sido objeto. Para poder hacer que estos derechos sirvan de garantía de decisiones discriminatorias, se debería informar los criterios que se han tenido en cuenta para considerarlos como “aptos” o “no aptos” para el puesto de trabajo, ya que muchas veces la

discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral, Murcia: Ediciones Laborum, 2022, p.360.

³⁴ MORENO CÁLIZ, Susana “Análisis del comportamiento de las plataformas de captación, selección u contratación de trabajadores que emplean algoritmos para la adopción de decisiones: evidencias”, en: RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Pamplona: Aranzadi, 2022, p.211 y ss.

notificación se limita a informar que han decidido seguir el proceso con otros candidatos o que esa persona sigue en el proceso sin añadir otra información adicional.

Por otro lado, en los procesos de selección podemos identificar un segundo momento, posterior a la criba curricular, en el que se pone en contacto con el candidato para evaluarlo de forma individualizada, esto es, la fase de entrevista y sus pruebas gamificadas. En primer lugar, los desarrolladores de IA afirman que la incorporación de sistemas de IA en las entrevistas pueden ser una buena alternativa a los sesgos que se producen por la intervención humana³⁵. Esto se llevaría a cabo gracias a que esta tecnología es capaz de reconocer las emociones de los candidatos a partir de gestos y movimientos que hagan en la entrevista. Sin embargo, para hacer un uso adecuado de esta tecnología debería darse importancia a dos efectos que pueden producir resultados discriminatorios³⁶:

- El efecto sesgo: Hace referencia a que hay que prestar atención a que el diseño del algoritmo no contenga sesgos por parte de los programadores. Para evitar los resultados discriminatorios deberá revisarse de manera periódica el sistema algorítmico con tal de que de su aprendizaje no resulten decisiones discriminatorias.
- El efecto de diferencias culturales: Al hecho de aplicar análisis de lenguajes no verbales, hay que tener en cuenta las diferencias culturales entre países o regiones del mismo país, a cerca de expresiones faciales con diferentes significados. Es por ello, que se deberán considerar dichas diferencias en los parámetros de interpretación de los algoritmos, ya que en caso de no tenerlas en cuenta se podría discriminar a determinados colectivos.

En segundo lugar, resulta relevante comentar que los algoritmos también se utilizan en los procesos de reclutamiento para realizar evaluaciones gamificadas, es decir, pruebas psicométricas que miden las habilidades de los candidatos. Estas incluyen pruebas para medir características como la destreza, tiempo de reacción o características de carácter físico o mental. Este tipo de evaluación cada vez está siendo implementada más por parte de los reclutadores, y sirven como

³⁵ DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.), *Inteligencia artificial y su impacto en los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*, Madrid: La Ley, 2018, p.112.

³⁶ *Ibid.*, p.114.

complemento a las pruebas psicométricas tradicionales, o incluso como una alternativa a estas. No obstante, el uso de estas evaluaciones combinadas con la implementación de algoritmos sin un control adecuado implica riesgos. En este caso, la utilización de algoritmos y los modelos de decisión automatizada, pueden suponer una limitación o exclusión a los solicitantes de empleo. Esto se debe a que un sistema de decisión automatizada que evalúa alguna de las características anteriormente mencionadas, puede excluir del proceso de selección a una persona con alguna discapacidad, dando lugar a una conducta discriminatoria.

Hay que señalar que el mayor riesgo está presente en aquellos sistemas de IA que cuentan con herramientas de IA que, en lugar de que sean los programadores los que decidan qué elementos son relevantes, sean estos los que los consideren por sí mismos, extrayendo patrones a partir de los datos. En estos últimos casos, resulta difícil interpretar los algoritmos resultantes de ese “autoaprendizaje”, lo que hace que, en muchos casos, ni los propios empresarios sean capaces de explicar los parámetros que se han tenido en cuenta para explicar la contratación resultante en un proceso de selección³⁷.

Pese a los problemas anteriormente comentados y la normativa existente a cerca de la protección de las personas frente a la elaboración de perfiles automatizados en procesos de selección, el mayor de ellos lo encontramos en la falta de efectividad de estos derechos por parte de las personas y por parte de las administraciones públicas. Esto lo podemos ver reflejado en la escasa intervención de la Inspección del Trabajo y la inexistencia de pronunciamientos en esta fase precontractual sobre discriminación algorítmica³⁸. Podemos pensar que esto se debe a una falta de adecuada información de que sus datos se tratarán de forma automatizada para la elaboración de perfiles y, por lo tanto, una carencia de concientización sobre el riesgo discriminatorio del que pueden ser objeto. Esto se acaba traduciendo en un problema latente, el cual a pesar de los intentos de la normativa de proteger a las personas en estos supuestos, es insuficiente por no imponer deberes de información

³⁷ MERCADER, *Algoritmos e inteligencia artificial*, cit., p.77.

³⁸ SERRANO FALCÓN, Carolina, *La selección a través de modelos de IA*. Discriminación algorítmica laboral, jornada de diciembre de 2021, UB – Youtube [Video]. En esta, la ponente expuso que había una ausencia de pronunciamientos judiciales de esta temática y escasas actuaciones de la inspección laboral.

más exigentes en la forma a las empresas que los recogidos en los artículos 13.2.f), 14.2.g) y art.15.1.h) RGPD.

Una de las pocas sentencias que trata la discriminación algorítmica en esta fase precontractual la encontramos en el ámbito de la contratación pública, en la que la Sentencia del Consiglio di Stato italiano de 13 de diciembre de 2019, anuló una decisión adoptada por parte de la administración pública al considerar que la adjudicación de plazas en un concurso de personal docente no tuvo en cuenta criterios subjetivos, además de no respetar los principios de imparcialidad, publicidad y transparencia³⁹. Pese a que esta sentencia tiene como objeto la restricción al acceso de un empleo público, nos permite ver la exigencia de respeto a unos principios que en nuestro ordenamiento encontramos en el art.23.2 de la Ley 15/2022, en la que también se pide que las Administraciones Públicas prioricen “la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas” mediante estos sistemas algorítmicos.

5.2 Discriminación algorítmica en las relaciones laborales

5.2.1. Cálculo del rendimiento y remuneración

En la actualidad, el rendimiento de los trabajadores y el cálculo de su trabajo efectivo resulta fácilmente cuantificable en aquellos puestos en los que los empleados realizan sus funciones a través de dispositivos digitales. Esto es una realidad gracias a que se puede controlar la actividad de cualquier persona dentro del centro de trabajo, como también queda registrada la navegación dentro de la red de la empresa. Es lo que se conoce como “huellas dactilares digitales”, las cuales son los registros de actividad de los trabajadores en los dispositivos digitales o buscadores⁴⁰. Estas herramientas de control facilitan a las empresas la tarea de evaluación del desempeño de los trabajadores, ya que tienen que valorar el rendimiento sobre la base de estos datos.

³⁹ DE LA SIERRA MORÓN, Susana, “Control judicial de los algoritmos: robots, administración y estado de derecho”, (2021), en: <https://elderecho.com/control-judicial-de-los-algoritmos-robots-administracion-y-estado-de-derecho> [visitado el 20.04.2023].

⁴⁰ DEL REY (Dir.), *Inteligencia artificial y su impacto*, cit., p.144.

Así pues, la IA también puede ser empleada como instrumento en el ámbito de la gestión de RRHH, puesto que mediante la introducción de una serie de parámetros, este se encarga de evaluar los datos obtenidos, y así fijar distintas formas de rendimiento y evaluación de desempeño. En el ámbito de la evaluación del rendimiento de los empleados a través de algoritmos adquiere una gran importancia el hecho de que los trabajadores se encuentran expuestos a ser objeto de discriminación. Esto encuentra su explicación cuando partimos de la base de que los sistemas de IA delimitan el tiempo para realizar tareas y evalúan el rendimiento del trabajador con unas expectativas de que las actividades estarán finalizadas en un momento determinado. Por lo tanto, el desconocimiento o falta de previsión de otras circunstancias que tienen lugar en la práctica, como pueden ser limitaciones físicas, de salud o de experiencia laboral, pueden desencadenar en evaluaciones discriminatorias a partir de este tratamiento de datos homogeneizado⁴¹. Así pues, para poder implementar estos sistemas se debería llevar a cabo una evaluación de carácter subjetivo, en la que se prevea la consideración de que, por múltiples factores, los trabajadores no parten de las mismas condiciones ni tienen todos las mismas características como para desempeñar sus tareas en el mismo tiempo. Sobre este aspecto se ha pronunciado la SAN 1855/2021 de 10 de mayo⁴², que versaba acerca del derecho de los trabajadores de una empresa de Contact Center a ir al lavabo y realizar sus necesidades fisiológicas, y la obligación que imponía la empresa a registrar dichas pausas de manera distinta al resto de descansos recogidos en el convenio colectivo de Contact Center. En este caso, la Audiencia Nacional dijo, en el apartado cuarto del FJ 4º *in fine*, que en el caso de los trabajadores que están conectados telefónica y digitalmente en todo momento, “el no permitir registrar pausas vulnera la dignidad del trabajador, que no es otra cosa que el derecho que tiene a ser tratado como una persona en todo momento” y además “puede constituir una discriminación indirecta por razón de edad proscrita en el art.17.1 del TRLET, pues resulta indiscutible que esta práctica, aparentemente neutra, implica en la práctica un trato peyorativo a los trabajadores de más edad respecto a los más jóvenes”. Así pues, de alguna forma el criterio de la Audiencia

⁴¹ ASQUERINO, *Algoritmos y discriminación*, cit., p. 370.

⁴² Audiencia Nacional. Sentencia núm.1855/2021, de 10 de mayo de 2021.

Nacional nos ofrece un criterio de que se deben contemplar las diferencias fisiológicas que hay entre las personas cuando los descansos repercutan a la retribución. Sin embargo, a raíz de este pronunciamiento, nos surge la duda de si la Audiencia Nacional, u otro órgano judicial español, hubiera tenido en cuenta dichas diferencias fisiológicas, en un caso de cuantificación de la retribución de un trabajador en función del rendimiento esperado por sistemas algorítmicos.

Podríamos pensar que los resultados discriminatorios algorítmicos a los que se puede llegar en materia retributiva, por razón de los criterios escogidos para medir el trabajo efectivo de los trabajadores, deben ser combatidos a través de derechos de información y transparencia sobre el cálculo de la remuneración. A esto se refiere la Directiva 2019/1152⁴³, ya que recoge unos derechos básicos como el derecho de información de los componentes retributivos recogidos en el art.4.2.k) de dicha norma. Sobre este mismo derecho relativo a la transparencia, también se pronuncia el art.64.5.f) TRLET cuando establece que la representación de los trabajadores, concretamente el Comité de Empresa, tiene derecho a emitir informe, previa facilitación de información por parte del empresario (art.64.6 TRLET), a cerca de “la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo”⁴⁴. Por lo tanto, la labor de la representación de los trabajadores tiene una especial consideración en este asunto, pues de ellos depende la responsabilidad de evitar que se apliquen criterios que discriminen a los trabajadores.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que cualquier alteración en el sistema de remuneración puede llegar a ser calificada como modificación sustancial de las condiciones del trabajo recogidas en el art.41.d) TRLET, en aquellos casos en los que la implementación de algoritmos suponga un cambio en los sistemas de remuneración. Es decir, tendrá dicha calificación en la medida en que se utilicen criterios diferentes de los que se venían aplicando previa introducción del sistema de IA⁴⁵.

⁴³ La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

⁴⁴ VALVERDE ASECIO, Antonio, *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*, Albacete: Ed. Bomarzo, 2020, p.55.

⁴⁵ *Ibid.*, p.57.

5.2.2 Extinción del contrato de trabajo

Este punto viene estrechamente vinculado con el anterior, ya que el algoritmo que realiza el cálculo de rendimiento de los trabajadores también podrá decidir qué trabajadores son prescindibles para la empresa o quienes serían los seleccionados en caso de que sea necesario hacer un ajuste en la plantilla. Este método ya está siendo utilizado por algunas empresas, y este es el caso de la compañía rusa Xsolla, dedicada a servicios de pago en videojuegos, la cual despidió a un total de 150 empleados (de 500 en la empresa) simultáneamente porque el sistema de big data e IA calificaba a estos trabajadores como “empleados no comprometidos e improductivos”⁴⁶. Así como otras grandes empresas conocidas, como Amazon, también consideran que el uso de algoritmos es esencial para el departamento de RRHH, ya que muchos de los despidos que se producen en esta son a raíz de su evaluación por algoritmos. En 2018 protagonizó un caso de despido masivo parecido al anterior, pues realizó 300 despidos simultáneos en el centro logístico situado en Baltimore (Estados Unidos) utilizando este sistema⁴⁷.

A nivel nacional, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) tuvo la oportunidad de expresar su criterio respecto a este tipo de casos de despidos colectivos, el cual fue manifestado en la STS de 25 de septiembre de 2018⁴⁸. En esta sentencia se nos presenta el supuesto de una empresa que realiza un despido colectivo de 25 trabajadores, cuyos trabajadores afectados se seleccionan utilizando el sistema Skill Matrix. Este es un programa que consiste en valorar (con niveles del cero al cuatro) a los trabajadores mediante una tabla informática que valora dieciocho competencias, y la puntuación es asignada por los responsables de producción de los correspondientes programas. Ante este suceso, tanto los abogados y representantes de Comisiones Obreras como UGT presentan una demanda solicitando que dicho despido colectivo se declare nulo o, en su caso, improcedente. En su demanda exponen que, además de no haber una negociación verdadera, ya que la posición de la parte empleadora era rígida, los criterios de evaluación no

⁴⁶ MERINO, Marcos, “Una tecnológica rusa despide al 30% de su plantilla amparándose en que una inteligencia artificial los juzgó “improductivos”. En: <https://www.genbeta.com/actualidad/tecnologica-rusa-despide-al-30-su-plantilla-amparandose-que-inteligencia-artificial-juzgo-improductivos> [visitado el 15.04.2023].

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ Tribunal Supremo. Sentencia núm.3463/2018, de 25 de septiembre de 2018.

fueron objetivos y que se produjo una discriminación por razón de afiliación sindical. El TS consideró, en su FJ 5º, que el indicio de discriminación aportado por la parte recurrente (CCOO y UGT) de que 17 de los 25 trabajadores afectados por el despido colectivo estaban afiliados a CCOO, sí que constituía propiamente un indicio de discriminación. Sin embargo, añadió que la empresa, además de acreditar debidamente la concurrencia de causas económicas y productivas, también acreditó que los criterios empleados en la selección de estos trabajadores eran objetivos, razonables y no arbitrarios, de forma que en su decisión acabó descartando cualquier existencia de discriminación.

Algunos autores⁴⁹ consideran que el hecho de acudir a esta clase de sistemas para seleccionar a trabajadores con menor rendimiento cuya extinción de contrato es necesaria por razones productivo u organizativas, puede resultar muy útil y eficiente. Sin embargo, otros⁵⁰, consideran que se podría evitar llegar a instancias judiciales como la que hemos visto si, para aquellos casos en los que se deja en manos de estos sistemas la selección de trabajadores afectados por un despido, se incluyera el algoritmo utilizado dentro del periodo de consultas para despidos colectivos. De este modo se ofrecería una garantía de transparencia en su diseño e incluso podría proponerse hacer partícipes a los trabajadores o, en su caso, representantes, en la definición de la lógica aplicada por estos sistemas.

Otro aspecto en el que podrían afectar los sistemas algorítmicos en el ámbito de los despidos laborales es en el cálculo de las indemnizaciones. Actualmente, el sistema ordenamiento jurídico-laboral español recoge un modelo indemnizatorio rígido respecto a los parámetros para el cálculo de indemnizaciones, como puede ser el de antigüedad en la plantilla⁵¹. Por lo tanto, actualmente no hay la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias personales de cada trabajador, yendo más allá de los parámetros establecidos por la ley, como puede ser la productividad o el daño sufrido por la parte trabajadora.

⁴⁹ MERCADER, *Algoritmos e inteligencia artificial*, cit., p.108.

⁵⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “El despido por causas empresariales”, en: *Reestructuraciones empresariales: XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p.206.

⁵¹ MERCADER, *Algoritmos e inteligencia artificial*, cit., p.108.

5.3. Vulnerabilidad de los trabajos en plataformas digitales

Como hemos visto anteriormente, los algoritmos están alcanzando un gran nivel de impacto en las relaciones laborales, aunque el trabajo desarrollado mediante plataformas digitales merece una especial mención, puesto que es en este dónde los empleados están sometidos a un grado elevado de dependencia y control. Esto es debido a que en dichas plataformas profesionales se realizan asignaciones de actividades a los trabajadores mediante la aplicación de algoritmos, los cuales tienen en cuenta las características más adecuadas a las necesidades de los clientes⁵². De esta manera, podemos afirmar que en este tipo de trabajos, toda la relación laboral dependerá de algoritmos, lo que nos puede llevar a la idea de que en estos casos son los “jefes”.

La jurisprudencia del TS se pronunció a cerca de esta especial relevancia de los algoritmos respecto al trabajo en plataformas digitales, ya que en el FJ 21 de la STS 805/2020, de 25 de septiembre⁵³. En esta señala el condicionamiento y dependencia que causan los algoritmos en estas plataformas respecto a las condiciones de trabajo, diciendo que en ese caso la empresa “se sirve de un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor, lo que condiciona decisivamente la teórica libertad de elección de horarios y de rechazar pedidos”. Además, se pronunció a cerca del especial control que había sobre los trabajadores en estas plataformas cuando dijo en el mismo FJ que la empresa “ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante”.

Este especial poder de decisión que adquieren los algoritmos en este sector, produce un mayor nivel de exposición a ser objeto de decisiones algorítmicas discriminatorias. Este fue el caso de la sentencia del Tribunale Ordinario di Bologna de 31 de diciembre de 2020 (N.R.G. 2949/2019)⁵⁴, que consideró que el algoritmo Frank que utilizó en su plataforma para clasificar el “ranking reputacional” de los riders era discriminatorio. En esta plataforma los repartidores podían recibir encargos de viajes mediante la reserva de sesiones con antelación o iniciando la

⁵² MERCADER, *Algoritmos e inteligencia artificial*, cit p.81.

⁵³ Tribunal Supremo. Sentencia núm. 805/2020, de 25 de septiembre de 2020.

⁵⁴ MERCADER, *Algoritmos e inteligencia artificial*, cit., p.86.

sesión en el mismo momento. En el sistema de reserva se ponía a disposición de los riders un calendario de disponibilidad de la semana siguiente para poder recibir encargos que clasificaba a los riders mediante un ranking. Los elementos que el sistema tenía en cuenta para realizar dicho ranking eran la “tasa de fiabilidad” (número de veces que el rider no realizó su trabajo que reservó en una sesión) y la “tasa de participación en picos” (veces que el rider estuvo disponible en las horas con más pedidos). El Tribunal consideró que el algoritmo Frank era discriminatorio por realizar el ranking, teniendo en cuenta los anteriores criterios, sin distinguir las sesiones en que los riders que se ausentaron injustificadamente como de los que lo hicieron justificadamente por enfermedad, cuidado de menores o ejercicio de su derecho a huelga. Por tanto, el Tribunal concluyó que la no distinción de los motivos de ausencia constituía una discriminación en el acceso al trabajo, independientemente de si a los repartidores se les consideraba trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia.

En España el TS también ha tenido la oportunidad de pronunciarse a cerca del sistema de puntuación que se emplean en estas plataformas, diciendo en el FJ 18 de la STS de 25 de septiembre de 2020 mencionada anteriormente, que “este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios (...), lo que equivale a perder empleo y retribución”. Sin embargo, en este caso solo se penalizaba a los trabajadores que no hayan estado operativos en las franjas reservadas “salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada”, aunque en este caso el TS no entra a concretar qué entiende la empresa cuando se refiere a dichas causas, y si hay riesgo de vulneración del derecho a la conciliación, a la acción sindical, a la salud o a la huelga en la alegación de estas causas y en su forma de realizarlas. En caso de obstaculizar y penalizar a las personas trabajadoras por ejercer los derechos anteriormente nombrados, nos encontraríamos en una medida que genera una discriminación indirecta para las mujeres, pues aunque parezca un criterio aparentemente neutro que premia la disponibilidad, tiene un impacto negativo para las mujeres, ya que en

su caso, al tener mayor carga de trabajo reproductivo serían las más afectadas por este tipo de parámetros⁵⁵.

5.4 El problema de la delimitación del responsable

Sobre el repartimiento de la carga de la prueba, debemos comentar que, en cuanto a normativa española antidiscriminatoria, los artículos 96 LRJS y 13 LOIMH disponen que habrá inversión de la carga de la prueba en materia discriminatoria, de forma que corresponde a la parte demandada demostrar la ausencia de discriminación. Además, en el ámbito del derecho de protección de datos, en virtud del principio de responsabilidad proactiva recogido en el artículo 5.2 RGPD, corresponde al responsable del tratamiento de datos demostrar que el algoritmo no produce resultados discriminatorios.

El problema surge cuando se debe delimitar quien es el responsable de la discriminación algorítmica. Sobre este punto, debemos recordar que, tal y como ya hemos señalado en el presente trabajo, los algoritmos no son por sí mismos discriminatorios, sino que es la interacción con los seres humanos la que hace de este sistema un medio que puede causar discriminación. Por esta razón, los sujetos que han tenido un poder de creación, modificación, aplicación o influencia sobre el algoritmo no pueden excusarse de la responsabilidad con el argumento de que fue el algoritmo el responsable de la decisión discriminatoria⁵⁶. La misma propuesta de Reglamento sobre una Ley de Inteligencia Artificial rechaza la idea de que la IA pueda tener la consideración de persona jurídica con derecho y deberes⁵⁷. Por tanto, en el marco de las relaciones laborales, los sujetos responsables serían “el empresario como gestor de las relaciones laborales en empresa y usuario de sistemas de IA y el fabricante, desarrollador del algoritmo (prestadores, en el lenguaje de la Propuesta de reglamento, ‘que introducen en el mercado o ponen en servicio sistema de IA’)”⁵⁸. No obstante, los algoritmos son implementados normalmente con finalidades comerciales, y están protegidos por el derecho de

⁵⁵ SÁEZ, Carmen, “Gestión algorítmica empresarial”, cit., p.287.

⁵⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, *Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento*, Navarra: Aranzadi, 2022, p.107.

⁵⁷ FLORIDI, Luciano, “The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach”, *Philosophy & Technology*, nº34 (3) (2021), p.219.

⁵⁸ ALMEDA CASTILLO, María, “Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 159 (2021), p.44.

propiedad intelectual e industrial, lo que supone un obstáculo a la garantía de transparencia, y también dificultará la determinación de la responsabilidad⁵⁹. Por otro lado, el tipo de IA que dificulta más este aspecto, son los que tienen capacidad de aprendizaje, pues estos se caracterizan por tener unos procedimientos que son incomprensibles para las personas, e incluso para las expertas en este ámbito, lo que supone un obstáculo más en la búsqueda de la causa del resultado discriminatorio. Además, el dinamismo que caracteriza a los algoritmos de aprendizaje automático complica más este aspecto, pues desde que tuvo lugar la discriminación hasta que se analizan los parámetros que tienen en cuenta, ha pasado un lapso de tiempo, lo que hará más difícil la interpretación de la lógica que tuvo el algoritmo en ese momento, pues este habrá cambiado.

6. TEORÍAS PALIATIVAS

La introducción de los sistemas de IA en como herramienta de gestión en el ámbito laboral ha supuesto un reforzamiento del poder empresarial, de modo que ha afectado en el equilibrio entre el poder empresarial y el poder sindical en la empresa⁶⁰. Ya hemos observado como el poder de la empresa ha aumentado también en las nuevas formas de trabajo, concretamente en los relativos a las plataformas digitales, en las que el algoritmo asume el pleno control en las condiciones de trabajo, lo que se traduce en mayor poder empresarial.

La doctrina iuslaboralista ha realizado una serie de propuestas distintas para poder afrontar la discriminación algorítmica de la forma adecuada, aunque todos coinciden en la relevancia del papel de la representación colectiva de los trabajadores en esta temática. En primer lugar, debe recordarse que la representación de los trabajadores es titular de un derecho de información, reconocido en el art.64.4.d) TRLET a cerca de los algoritmos que se emplean para la gestión de trabajadores, lo que constituye una garantía de transparencia y cumplimiento de la regulación en esta materia. Pero este derecho de información debería tener mayor alcance, debiéndose introducir en nuestra legislación laboral la

⁵⁹ CAPELLÀ RICART, Anna, “Discriminació algorítmica. Límits de la regulació antidiscriminació europea i recomanacions preliminars”, (2022), *Quaderns IEE: Revista de l’Institut d’Estudis Europeus*, Vol. 1, nº2, p. 47.

⁶⁰ SÁEZ, Carmen, “Gestión algorítmica empresarial”, cit., p.296.

obligación de evaluar el impacto de las decisiones automatizadas en el respeto al principio de no discriminación, desprendiéndose así la necesidad de reformar el art.17 TRLET⁶¹. En esta misma línea, también existe la necesidad que los representantes legales adquieran competencias de participación en las auditorías algorítmicas. Un ejemplo de un convenio que siguió estas exigencias es el XXIX Convenio Colectivo del sector de la banca de 2021, en el que se reconocía el derecho de la representación legal de los trabajadores a conocer a cerca de los datos que nutren los algoritmos, su lógica aplicada y la evaluación de resultados⁶².

No obstante, hemos observado que las competencias de la representación de los trabajadores debe ir más allá del derecho de información, pues hemos visto que se requiere que el derecho de negociación colectiva despliegue sus efectos en lo concerniente a esta materia. Así pues, los convenios colectivos pueden ser una vía importante para establecer límites concretos, ya sea fijando criterios para aumentar la transparencia en la toma de decisiones mediante algoritmos o facilitando la comprensión de la lógica empleada por estos sistemas⁶³. Esto lo podemos asimilar a los artículos 88 RGPD y 91 LOPD, que hacen un llamamiento a la negociación colectiva para intervenir en los procesos de digitalización empresarial en materia de protección de datos. Por lo tanto, la inclusión de la representación legal en la negociación de la implementación sistemas algorítmicos es un elemento fundamental de garantía de los derechos de los trabajadores, estableciendo así, no tan solo un derecho de información, sino de consulta.

También debemos poner de manifiesto algunos obstáculos que se deben resolver a cerca de la intervención de la representación legal de los trabajadores. El primero de ellos es la dificultad que hay de enmarcar el modelo de representación legal de los trabajadores y la acción colectiva en las plataformas digitales, ya que pese a que estos son los que están expuestos a mayor poder de decisión algorítmica, pueden quedar excluidos de la tutela colectiva⁶⁴. Este problema actualmente se está resolviendo poco a poco, por ejemplo, el pasado año (2022) Glovo celebró sus

⁶¹ SÁEZ, Carmen, “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº155 (2020), p. 59.

⁶² ALMEDA, “Reclutamiento tecnológico”, cit., p.49-50.

⁶³ SÁEZ, Carmen, “Gestión algorítmica empresarial”, cit., p.298.

⁶⁴ *Id.*

primeras elecciones sindicales desde su fundación en 2014⁶⁵. El segundo obstáculo relacionado con la representación legal está relacionado con la necesidad de formación y capacitación de los representantes en materia de IA, ya que si no tienen conocimientos en esta materia, difícilmente podrán ser capaces de hacer útil el derecho de información, y un posible derecho de negociación, sobre la aplicación de algoritmos⁶⁶.

En lo relativo a otras propuestas distintas a la tutela colectiva, diferentes autores han hecho referencia a principalmente 3 medidas para combatir la discriminación algorítmica. En primer lugar, se propone la intervención del Estado mediante la exigencia de que los sistemas algorítmicos, antes de ser aplicados, sean objeto de evaluación y certificación por autoridades públicas para evitar la existencia de sesgos discriminatorios⁶⁷. En segundo lugar, otra vía, relacionada con aspectos de gestión empresarial, es alcanzar el respeto y garantía del principio de no discriminación, mediante el fomento de los comportamientos éticos en la aplicación y manejo de algoritmos como prioridad en la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas⁶⁸. La tercera propuesta, y la más innovadora, tiene que ver con la posibilidad de utilizar sistemas algorítmicos para el análisis de patrones históricos discriminatorios, facilitando la detección de sesgos discriminatorios que servirían para probar una decisión discriminatoria⁶⁹. De esta manera, la última propuesta consistiría en resolver el problema de la discriminación algorítmica mediante el uso de algoritmos.

⁶⁵MERCADER, Aleix, “CCOO gana las primeras elecciones sindicales en Glovo”, (2022), en: https://cronicaglobal.elespanol.com/business/ccoo-gana-primeras-elecciones-sindicales-glovo_665150_102.html [visitado el 03.05.2023].

⁶⁶ ASQUERINO, *Algoritmos y discriminación*, cit., p.380.

⁶⁷ *Ibid.*, p.381.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ ALMEDA, “Reclutamiento tecnológico”, cit., p.51.

7. CONCLUSIONES

En suma, una vez realizado el análisis del problema que supone la discriminación algorítmica, su regulación protectora vigente, la realidad práctica y sus soluciones propuestas, podemos afirmar que su actual regulación no es suficiente para proteger debidamente a los trabajadores. El principal problema radica en la forma en la que estas normas enfocan los derechos en esta materia, puesto que lo hacen de una manera individualizada, dejando a los trabajadores que detecten posibles decisiones discriminatorias por su cuenta y las reclamen contra ellas por sí mismos. El remedio a esta problemática debería ser cambiar este enfoque sobre el individuo por uno colectivo, atribuyendo y ampliando las competencias de la representación legal para poder velar por el cumplimiento normativo del uso de los sistemas de IA, y así evitar decisiones discriminatorias.

La entrada en vigor de la Propuesta de Reglamento de IA supondrá una ampliación de las garantías antidiscriminatorias en favor de los trabajadores, aunque aun en esta norma encontramos carencias no cubiertas en lo referido a lo anteriormente comentado. Pese a que la Propuesta de Reglamento dispone que los sistemas de IA de alto riesgo deben ir acompañados de una exigencia de documentación técnica, registro de la actividad de los sistemas de IA, transparencia y comunicación de información a los usuarios, entre otras obligaciones, esta norma continúa realizando un enfoque individual de derechos. Sin embargo, en el ámbito laboral se requiere de la acción colectiva para una correcta protección de los trabajadores a ser objeto de decisiones discriminatorias. Es por ello, que considero que, el hecho de que únicamente se dedique un artículo en el TRLET que otorgue competencias a la representación legal para abordar este problema, sea insuficiente. Asimismo, se necesita una ampliación de competencias que vayan más allá del derecho de información, haciendo partícipes a los representantes de los trabajadores en lo relativo a gestión algorítmica. Con esta competencia, se podría asegurar una verdadera garantía antidiscriminatoria, y se podría prevenir el nacimiento de posibles litigios, como el que hemos visto en la STS de 25 de septiembre de 2018, en el que se podría haber evitado llegar a esas instancias si se hubieran incluido en las negociaciones la información de la lógica empleada por los algoritmos para seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo.

Así pues, podemos acabar concluyendo este trabajo afirmando que se requiere de una necesaria actualización del TRLET que satisfaga las recientes necesidades y conflictos que carecen de la regulación adecuada, causados por la evolución tecnológica y su creciente presencia en las relaciones laborales y sus etapas precontractuales.

BIBLIOGRAFÍA

ALMEDA CASTILLO, María, “Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 159 (2021).

ASQUERINO LAMPARERO, María, “Algoritmos y discriminación: Procesos de selección, algoritmos y discriminación”, en: MORALES ORTEGA, José (Dir.), *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Murcia: Ediciones Laborum, 2022.

CAPELLÀ RICART, Anna, “Discriminació algorítmica. Límits de la regulació antidiscriminació europea i recomanacions preliminars”, (2022), *Quaderns IEE: Revista de l’Institut d’Estudis Europeus*, Vol. 1, nº2.

DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “El despido por causas empresariales”, en: *Reestructuraciones empresariales: XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

DE LA SIERRA MORÓN, Susana, “Control judicial de los algoritmos: robots, administración y estado de derecho”, (2021), en: <https://elderecho.com/control-judicial-de-los-algoritmos-robots-administracion-y-estado-de-derecho> [visitado el 20.04.2023].

DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.), *Inteligencia artificial y su impacto en los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*, Madrid: La Ley, 2018.

EGUÍLUZ, Josu, “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”. Estudios de Deusto. *Revista de Derecho Público*, nº68 (2).

EQUIPO GAMCO, “Tipos de inteligencia artificial según su capacidad y funcionalidad”, en: <https://gamco.es/tipos-de-inteligencia-artificial-capacidad-funcionalidad/> [visitado el 09.04.2023].

ESTEBAN, Adaya; ANDONI, Josu, “Normas sobre el uso de algoritmos por las Administraciones Públicas” (2022), en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/espana-normas-sobre-el-uso-de-algoritmos-por-las-administraciones-publicas> [visitado el 22.04.2023].

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, *Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento*, Navarra: Aranzadi, 2022.

FLORIDI, Luciano, “The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach”, *Philosophy & Technology*, nº34 (3) (2021).

GARCÍA, Karla, “4 tipos de Inteligencia artificial”, (2021), en: <https://www.bbva.ch/noticia/4-tipos-de-inteligencia-artificial/> [visitado el 10.04.2023].

GARRIDO PEREZ, Eva. “Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal (nuevos arts.64 y 65 ET)”, *Temas laborales*, nº 95 (2008).

GINÉS I FABRELLAS, Anna (Dir.), *Algoritmos, Inteligencia Artificial y relación laboral*, Navarra: Ed. Aranzadi, 2023.

GÓMEZ, Rafael, “Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº158 (2021).

GOÑI SEIN, José, “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el Trabajo”, *Documentación Laboral*, nº 117 (2019).

HAUG, Wolfgang, “La digitalización: un cambio de época. El capitalismo de alta tecnología en el umbral de la clausura digital”. *El inquietante siglo XXI*. Trad.: Muñoz, Gustau. *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, nº50 (2016).

LLEDÓ, Francisco, “Realidades y disrupciones en torno al robot inteligente (el futuro del hombre quebradizo)”, en: LLEDÓ, Francisco; LLEDÓ, Ignacio; CRUZ, María José; BENITEZ, Ignacio; MONJE, Oscar. *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0. Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes*. Madrid: DYKINSON S.L, 2021.

MERCADER UGUINA, Jesús, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

MORENO CÁLIZ, Susana “Análisis del comportamiento de las plataformas de captación, selección u contratación de trabajadores que emplean algoritmos para la adopción de decisiones: evidencias”, en: RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Pamplona: Aranzadi, 2022.

MORGADO, Claudia; ESTEBAN, Adaya, “Propuesta de reglamento de la UE sobre inteligencia artificial” (2021), en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/propuesta-reglamento-ue-inteligencia-artificial> [visitado el 18.04.2023].

PRECIADO, Carlos, “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 223 (2021).

SÁEZ, Carmen, “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº155 (2020).

SÁEZ, Carmen, “Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40(2), Ediciones Complutense (2022).

SEPÚLVEDA, María, “Derecho del trabajo, inteligencia artificial y robótica”, en: LLANO, Fernando (Dir.); GARRIDO, Joaquín (Coord.); VALDIVIA, Ramón (Coord.). *Inteligencia artificial y filosofía del derecho* (p.359-380). Murcia: Laborum, 2022.

VALVERDE ASECIO, Antonio, *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*, Albacete: Ed. Bomarzo, 2020.