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

Azagra Liébana, Paula; Purcalla Bonilla, Miguel Ángel, Dir. La Inteligencia artificial en los procesos de selección de personal. 2024. (Grau de Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/303613>

under the terms of the  license



**TÍTULO: LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS PROCESOS
DE SELECCIÓN DE PERSONAL**

AUTORA: PAULA AZAGRA LIÉBANA

GRADO EN DERECHO

TUTOR: DR. MIGUEL ÁNGEL PURCALLA BONILLA

FECHA DE ENTREGA: 13 DE MAYO DE 2024

RESUMEN

En los últimos años, las nuevas herramientas algorítmicas han irrumpido y se han integrado rápidamente en el ámbito laboral, siendo utilizadas por los empleadores en diversas tareas y acompañando a los trabajadores en distintas etapas de la relación laboral. Estos instrumentos son de gran ayuda para los empresarios debido a la automatización y agilización de procesos, el análisis de grandes cantidades de datos y la reducción de costes y errores humanos. Sin embargo, el uso de algoritmos o inteligencia artificial ha dado lugar a nuevas problemáticas vinculadas a su implementación.

El presente trabajo se adentrará en el análisis del papel de la inteligencia artificial en el derecho del trabajo, concretamente en los procesos de selección de personal. Primeramente se realizará una serie de precisiones de los conceptos claves sobre estas nuevas tecnologías, seguidamente se examinará su marco jurídico, se observarán las aplicaciones que puede tener la inteligencia artificial en el proceso de selección de personal como herramienta del empresario para ejercer sus poderes de dirección y control, y se estudiará la incidencia que estas nuevas tecnologías pueden tener en los derechos fundamentales de los trabajadores así como las vulneraciones que supongan a sus derechos, especialmente al derecho a la no discriminación y al derecho a la protección de datos personales.

PALABRAS CLAVE

Algoritmo, inteligencia artificial, selección de personal, discriminación, protección de datos.

ABSTRACT

In recent years, new algorithmic tools have emerged and have been rapidly integrated into the workplace, being used by employers in various tasks and assisting workers in different stages of the employment relationship. These instruments are of great help to employers due to the automation and streamlining of processes, the analysis of large amounts of data and the reduction of costs and human errors. However, the use of algorithms or artificial intelligence has given rise to new problems linked to their implementation.

This work will delve into the analysis of the role of artificial intelligence in labor law, specifically in personnel selection processes. First, a series of clarifications of the key concepts about these new technologies will be made. Second, their legal framework will be examined. Third, the applications that artificial intelligence can have in the personnel selection process will be observed as a tool for the businessman to exercise his management powers and control. And last, the impact that these new technologies may have on the fundamental rights of workers as well as the violations that they entail to their rights will be studied, especially the right to non-discrimination and the right to the protection of personal data.

KEY WORDS

Algorithm, artificial intelligence, personnel selection, discrimination, data protection.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
1. INTRODUCCIÓN.....	5
1.1. Objetivo.....	8
1.2. Metodología utilizada.....	9
2. REGULACIÓN ACTUAL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO.....	10
2.1. Estatuto de los Trabajadores.....	10
2.1.1. Presunción de laboralidad de los repartidores.....	10
2.1.2. Derecho de información de los representantes de los trabajadores sobre los algoritmos.....	13
2.2. Reglamento General de Protección de Datos.....	16
2.3. Regulación mediante convenio colectivo.....	19
3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE PERSONAL.....	21
3.2. Derecho a la no discriminación.....	25
3.2. Derecho a la protección de datos personales.....	29
4. FUTURA NORMATIVA COMUNITARIA.....	33
5. CONCLUSIONES.....	36
6. BIBLIOGRAFÍA.....	39

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CC	Convenio Colectivo
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CV	Curriculum Vitae
ET	Estatuto de los Trabajadores
IA	Inteligencia Artificial
<i>Idem</i>	El mismo
INE	Instituto Nacional de Estadística
LOI	Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
OIT	Organización Internacional del Trabajo
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (en la obra citada)
PRIA	Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial
RAE	Real Academia Española
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
RRHH	Recursos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito empresarial existe interés en conseguir la máxima información de los trabajadores y con la entrada de la inteligencia artificial y el análisis de macrodatos en el ámbito laboral, la posibilidad de obtener y tratar la información, así como de tomar decisiones automatizadas –que pueden ser tanto lícitas como ilícitas–, ha aumentado vertiginosamente.

El Instituto Nacional de Estadística (INE) nos muestra el aumento del uso de estas nuevas tecnologías en su “Encuesta sobre el uso de TIC y del comercio electrónico en las empresas” (Año 2022 – Primer trimestre 2023). El 9,6% de las empresas de 10 o más empleados utiliza Inteligencia Artificial en el primer trimestre de 2023, a diferencia del primer trimestre de 2021 cuando un 8,3% de las empresas de 10 o más trabajadores la utilizaban.

La doctrina¹ también viene señalando que cada vez es más común que las empresas utilicen algoritmos o inteligencia artificial para tomar decisiones que impactan a los trabajadores, métodos que, en muchos casos, son desconocidos para los propios empleados.

Antes de nada, es importante establecer lo que se entiende por inteligencia artificial (IA). Podemos definir la IA como una disciplina científica que incluye diferentes enfoques y técnicas, como el aprendizaje automático (del que el aprendizaje profundo y el aprendizaje por refuerzo constituyen algunos ejemplos), el razonamiento automático (que incluye la planificación, programación, representación y razonamiento de conocimientos, búsqueda y optimización) y la robótica (que incluye el control, la percepción, los sensores y los accionadores así como la integración de todas las demás técnicas en sistemas ciberfísicos)².

¹ Domeinski, J. (2018) “Human redundancy in automation monitoring: Effects of social loafing and social compensation”, en Proceeding of human factors and ergonomics Society 51st Annual meeting, 2007, p. 587-591; EU-OSHA, Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025, disponible en <https://osha.europa.eu/en/tools-andpublications/publications/foresight-new-and-emerging-occupational-safety-and-health-risks/view>; Pérez Zapata, O. (2019), “Digitalización, intensificación del trabajo y salud de los trabajadores españoles”, disponible en <https://www.ccoo.es/24c0e370fa4b4d1f3682b1780854af9c000001.pdf>.

² Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial (2019): *Directrices éticas para una IA fiable*, Comisión Europea, Bruselas, p. 50.

Por otro lado, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM/2021/206 final), de 21 de abril de 2021, establece en su artículo 3.1, la siguiente definición más amplia: “un sistema de IA es un «software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y 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”.

El anexo I detalla las siguientes técnicas: «(i) estrategias de aprendizaje automático (machine learning), incluidos el aprendizaje supervisado, el no supervisado y el realizado por refuerzo, que emplean una amplia variedad de métodos, entre ellos el aprendizaje profundo; (ii) estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, especialmente la representación del conocimiento, la programación (lógica) inductiva, las bases de conocimiento, los motores de inferencia y deducción, los sistemas expertos y de razonamiento (simbólico); (iii) estrategias estadísticas, estimación bayesiana, métodos de búsqueda y optimización».

Otra tecnología sumamente relacionada con los sistemas de IA y que es importante definir para poder diferenciarlas, es el análisis de macrodatos o *bigdata* definido como la «recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, incluidos datos personales, procedentes de diferentes fuentes y objeto de un tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos y avanzadas técnicas de tratamiento de datos, utilizando tanto datos almacenados como datos transmitidos en flujo continuo, con el fin de generar correlaciones, tendencias y patrones»³.

Por tanto, los datos son relevantes para los sistemas de IA, ya que los sistemas de IA basan sus decisiones automatizadas en esos datos⁴.

También es importante fijar el concepto de algoritmo. Según la RAE se entiende por algoritmo: “Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un

³ Considerando a) de la Resolución del Parlamento Europeo, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225/INI), de 14 de marzo de 2017.

⁴ Fernández García, A. (2023). Capítulo III: Los algoritmos y la inteligencia artificial en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre. En *Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica* (1.^a ed., p. 167). Valencia: Tirant lo Blanch.

<https://biblioteca-tirant-com.are.uab.cat/cloudLibrary/ebook/info/9788411693257>

problema”. De esta manera, lo primero que se debe hacer es desligar el concepto de algoritmo del de programa informático (software). En efecto, un algoritmo no es más que un procedimiento metodológico que permite solucionar un problema, sin que sea necesario que para ello se use un programa informático –aunque habitualmente se haga para agilizar y simplificar la aplicación del procedimiento o de las operaciones necesarias⁵.

La inteligencia artificial ha provocado –y sigue provocando– una gran preocupación en todos los ámbitos en los que incide, desde cuestiones éticas y sociales hasta preocupaciones sobre el impacto que tiene en el trabajo. Esta preocupación la podemos ver reflejada en las innumerables actuaciones mundiales referentes a la IA.

En el ámbito internacional destaca: la Declaración sobre ética y protección de datos en el sector de la inteligencia artificial en el marco de la 40 Conferencia Internacional de Bruselas, de octubre de 2018; la Declaración de Montreal de 2017 sobre un desarrollo responsable de la inteligencia artificial; desde Naciones Unidas cabe destacar el centro UNICRI de Inteligencia Artificial y Robótica en La Haya, del que han surgido varios estudios.

Entre la actividad de algunos países resalta: en Estados Unidos el análisis de la Comisión Federal del Comercio de 2016, que realiza especial énfasis en los peligros de discriminación; en el Reino Unido son relevantes los trabajos parlamentarios, en particular el 29 de junio de 2017 la Cámara de los Lores eligió un comité de inteligencia “para considerar las implicaciones económicas, éticas y sociales de los avances en inteligencia artificial”; Singapur en 2019 lanza la necesidad de un modelo de marco de gobernanza de IA vinculada a principios.⁶

En el ámbito de la Unión Europea son múltiples y muy activos los diversos focos de actuación a partir de diversos grupos técnicos y de expertos que asesoran en mayor o menor medida a la Comisión o al Parlamento Europeo; lo que lleva a actuaciones más formalizadas

⁵ Todolí Signes, A. (2021). Cambios normativos en la digitalización del trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos. IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball, n.º 2, p. 45.

<https://adriantodoli.com/2021/07/12/nuevo-articulo-publicado-comentario-a-la-ley-rider-en-la-revista-iuslabor/>

⁶ Cotino Hueso, L. (2019). Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho. *Revista Catalana de Dret Públic*, (58), p. 32. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?código=7005055&orden=0&info=link>

a través de importantes resoluciones del Parlamento Europeo o comunicaciones de la Comisión⁷. Esta actividad ha situado a la UE en la vanguardia mundial de la atención ética y normativa en la materia (Cotino, 2019).

Es por todo ello que elegí realizar el presente Trabajo de Final de Grado sobre el impacto que tiene la inteligencia artificial en el trabajo, concretamente en los procesos de selección de personal, porque no se trata de inquietudes utópicas o ficticias, sino que estamos hablando de una problemática real que conllevará un gran desafío para el derecho laboral.

1.1. Objetivo

El presente trabajo tiene como propósito principal estudiar la hipótesis relativa a si los sistemas de IA utilizados en un proceso de selección toman decisiones discriminatorias y que, además, la actual regulación tanto nacional como europea resulta insuficiente para proteger a los trabajadores de dicha discriminación algorítmica.

Para ello, se llevarán a cabo los siguientes objetivos específicos:

- ❖ Se estudiará la normativa existente relativa a la aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito laboral,
- ❖ Se examinarán las aplicaciones que puede tener la IA en el proceso de selección de personal como herramienta del empresario,
- ❖ Se analizará como pueden afectar estas nuevas tecnologías a los derechos fundamentales de los trabajadores, poniendo especial énfasis en el derecho a la no discriminación y en el derecho a la protección de datos personales y,
- ❖ Finalmente, se analizará la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial.

⁷ Entre las que se encuentran: *Declaración sobre el impacto del desarrollo de big data en la protección de las personas con respecto al procesamiento de sus datos personales en la UE; La Resolución del Parlamento Europeo (2017a), de 16 de febrero de 2017, sobre normas de derecho civil sobre robótica; Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales (Parlamento Europeo, 2017b); Declaración sobre inteligencia artificial, robótica y sistemas autónomos de 2018 de la Comisión Europea.*

1.2. Metodología utilizada

Con la finalidad de lograr los objetivos anteriormente descritos, se ha realizado un estudio de la literatura disponible relacionada con el tema escogido.

Principalmente, se han utilizado bases de datos jurídicas y bibliográficas como la Biblioteca Virtual Tirant, Aranzadi, Dialnet o la biblioteca digital de la UAB para la búsqueda y posterior estudio de libros o capítulos de libros relacionados con la Inteligencia Artificial en el Derecho del Trabajo y, específicamente en los procesos de selección de personal.

Asimismo, se ha analizado artículos de revistas en línea como “IUSLabor: Revista d’anàlisi de Dret del Treball” o “La Revista Catalana de Dret Públic”.

Por otro lado, también se ha realizado una revisión minuciosa de la jurisprudencia relacionada con la materia mediante las bases de datos CENDOJ y Lefebvre.

Por último, se ha analizado la legislación vigente sobre la inteligencia artificial o los algoritmos en el Estatuto de los Trabajadores, en el Reglamento General de Protección de datos y, finalmente, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial.

2. REGULACIÓN ACTUAL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO

2.1. Estatuto de los Trabajadores

La primera norma que habla explícitamente sobre inteligencia artificial y algoritmos en el derecho del trabajo es la 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.

La Ley 12/2021, también conocida como “Ley Rider” establece dos cambios relevantes del Estatuto de los Trabajadores donde se hace referencia a los algoritmos y a la IA.

2.1.1. Presunción de laboralidad de los repartidores

Una de las novedades es la incorporación de la disposición adicional vigesimotercera (DA 23^a) titulada “Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto” que establece lo siguiente: *Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma.*

Podemos observar que la disposición afecta solamente al *reparto*, por ser la actividad más problemática dentro del sector de las plataformas digitales. Pero realmente esta disposición no se trata de una novedad, sino de una plasmación normativa del criterio jurisprudencial ya existente (Fernández, 2023). La laboralidad de la actividad del reparto ya contaba con el aval del Tribunal Supremo (TS), que en numerosas resoluciones ha dictaminado que existe contrato de trabajo, aunque el trabajador tenga libertad para elegir sus propios horarios o su jornada de trabajo⁸.

⁸ STS 20 de enero de 2015 (rec. 587/2014) –caso de limpiadores de escaleras–; STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009) –limpiador de oficinas–; STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007)

El TS también ha admitido que puede existir laboralidad, aunque no haya instrucciones por parte del empleador⁹. Incluso se entiende que la facultad del trabajador para rechazar trabajos encargados por el empresario no excluye automáticamente la laboralidad¹⁰. Por lo que, los clásicos indicios de dependencia como son la fijación de horarios, las instrucciones dictadas por el empresario, el control del trabajo, así como la elección empresarial del lugar de prestación de servicios, parecen servir para confirmar la laboralidad, pero no para excluirla cuando se dan otros indicios¹¹.

Volviendo a la DA 23^a, en lo que respecta al presente trabajo nos interesa la mención que se hace a la “gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo”.

Como bien es sabido dentro de la organización empresarial uno de los ámbitos donde más se han utilizado los algoritmos ha sido y es en el trabajo prestado mediante plataformas digitales como por ejemplo Cabify, Uber, Glovo, Deliveroo, etc. En la empresa Glovo, por ejemplo, se utilizan los algoritmos para asignar los pedidos a los repartidores, en la distribución de sus horarios, en la valoración del desempeño de su trabajo, en su salario o retribución y en la extinción de la relación laboral. En la STS de 25 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019, concretamente en su fundamento jurídico 21, se habla de “gestión algorítmica del servicio” de la misma forma que en la DA 23^a de la Ley 12/2021.

En cuanto a la asignación de pedidos, la IA de Glovo realiza la asignación buscando la mejor combinación pedido-repartidor que minimice los costes (STS de 25 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019). Además, los trabajadores mejor valorados tienen preferencia en esa asignación. Para ello se tienen en cuenta diferentes factores: encargos que el trabajador ha

–Transportistas con vehículo propio–; STS de 30 de abril de 2009 (rec. 1701/2008) –recogedor productos higiénicos–; STS de 16 de julio de 2010 (rec. 3391/2009 y 2830/2009) de 19 de julio 2010 (rec. 1623/2009 y 2233/2009) –artistas y dobladores–; STS 3 de mayo de 2005 (rec. 2606/2004) –abogados–; STS 21 de junio de 2011 (rec. 2355/2010) –subagentes de seguros–; STS de 14 de julio de 2016 (rec. 539/2015) –agentes de Seguros–; STS de 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) –traductores–; STS 8 de febrero de 2018 (rec. 3205/2015) –montadores de ascensores–).

⁹ STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009) –limpiador de oficinas–; STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) –Transportistas con vehículo propio–; STS de 30 de abril de 2009 (1701/2008) –recogedor productos higiénicos–; STS de 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) –traductores–; STS 8 de febrero de 2018 (rec. 3205/2015) –montadores de ascensores–.

¹⁰ STS de 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) –traductores–; STS de 16 de julio de 2010 (rec. 3391/2009 y 2830/2009) de 19 de julio 2010 (rec. 1623/2009 y 2233/2009) –artistas y dobladores–.

¹¹ Todolí Signes, A. (2021) «Cambios normativos en la digitalización del trabajo...» *op. cit.*, p. 34.

aceptado anteriormente, valoración de los clientes, climatología, estado del tráfico, servicios realizados en horas de alta demanda, ausencias, etc. (STSJ Madrid de 3 de febrero de 2020, rec. 749/2019).

En relación con la distribución de horarios de los repartidores, la IA de Glovo la realiza mediante una puntuación del trabajador distribuida de la siguiente manera: el 35% por la eficacia, medida por el algoritmo en función de la variable coste-beneficio para minimizar el tiempo de gestión entre la recogida y la entrega, tomando en consideración los 40 últimos pedidos realizados por el repartidor; el 35% por el número de pedidos realizados en las últimas 72 horas de alta demanda; el 10% por el volumen total histórico de pedidos entregados, valorados porcentualmente sobre un total de 750 pedidos; el 15% por la valoración de los usuarios en los últimos pedidos evaluados; y el 5% a partir de la valoración de los establecimientos (STSJ Asturias de 25 de julio de 2019, rec. nº 1143/2019)¹².

La plataforma de reparto Glovo también utiliza sistemas de IA para calcular el salario, para ello tiene en cuenta diferentes variables como el porcentaje fijado sobre el precio cobrado al cliente final, el precio por km recorrido y el tiempo de espera para la retirada del producto por parte del repartidor (STSJ Asturias de 25 de julio de 2019, rec. nº 1143/2019 y STSJ Madrid de 3 de febrero de 2020, rec. nº 749/2019). También influyen las condiciones climatológicas, la nocturnidad (STSJ Cataluña de 21 de febrero de 2020, rec. nº 5613/2019), la ausencia del cliente y la cancelación del pedido (STS de 25 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019).

Y, como se ha mencionado *supra*, también se utilizan los sistemas de IA para realizar despidos automatizados o como llaman las plataformas digitales: *desactivación*. El despido automatizado se da por no conseguir los objetivos, disminuir el rendimiento de trabajo, la impuntualidad o inasistencia, el rechazo de tareas, las malas valoraciones de los clientes, etc. (STSJ Madrid de 17 de enero de 2020, rec. nº 1323/2019 y (STSJ Cataluña de 21 de febrero de 2020, rec. nº 5613/2019).

Por tanto, la DA 23^a especifica que se presumirán laborables las prestaciones de servicios que se realicen en el marco de plataformas digitales usando un algoritmo para la gestión de los trabajadores. Esta aclaración sustantivamente no aporta nada nuevo como hemos visto, pero

¹² Fernández García, A. (2023). Capítulo III: Los algoritmos y la inteligencia artificial en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre. En *Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica* (1.^a ed., p. 167). Valencia: Tirant lo Blanch.

<https://biblioteca-tirant-com.are.uab.cat/cloudLibrary/ebook/info/9788411693257>

puede tener relevancia a efectos prácticos para reducir la alta conflictividad –número de juicios– y dispersión judicial –sentencias contradictorias– que se estaban produciendo¹³.

2.1.2. Derecho de información de los representantes de los trabajadores sobre los algoritmos

La Ley 12/2021 añade una nueva letra d) al artículo 64.4 ET, relativo a los derechos de información y consulta del comité de empresa, con la redacción siguiente: «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».

Esta reforma es muy relevante ya que la utilización de sistemas de IA se caracterizaba por el desconocimiento por parte de los trabajadores de las variables que tenían en cuenta estos sistemas para tomar decisiones. Además, se ha comprobado que los sistemas de IA pueden infringir derechos fundamentales y suponen retos éticos sobre justicia, transparencia y responsabilidad empresarial, al existir el riesgo de que la empresa se esconda detrás de «cajas negras» sin entender ni comprender las decisiones que adopta a través de dichas herramientas informáticas¹⁴. Por todo ello es crucial poder conocer los parámetros en los que se basan estas tecnologías.

La UE ya venía señalando esta problemática, como podemos observar en la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2017 (2016/2225/INI), en el considerando m) se afirmó que los algoritmos informáticos, los sistemas de IA, el *big data* y las decisiones automatizadas podrían dar lugar a «algoritmos sesgados, correlaciones falsas, errores, una subestimación de las repercusiones éticas, sociales y legales, el riesgo de utilización de los datos con fines discriminatorios o fraudulentos y la marginación del papel de los seres humanos en esos procesos».

En la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (COM/2022/28 final), de 26 de enero de 2022, se afirma en el capítulo III que las

¹³ Todolí Signes, A. (2021) «Cambios normativos en la digitalización del trabajo...» *op. cit.*, p. 35

¹⁴ Ginès i Fabrellas, A. (2021) «El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la “Ley Rider”», IUSLabor, núm. 2, p. 3.

instituciones comunitarias se comprometen a: (i) velar por la transparencia en el uso de los algoritmos y la IA; (ii) asegurar que esos sistemas se basen en conjuntos de datos adecuados para evitar la discriminación ilegal y permitir la supervisión humana de los resultados que afectan a las personas; (iii) garantizar que estas tecnologías no se utilicen para predeterminar las decisiones de las personas en ámbitos como, por ejemplo, la salud, la educación, el empleo y la vida privada; (iv) proporcionar salvaguardias que garanticen que la IA es segura y se utiliza con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) también ha resaltado los peligros originados por la digitalización, la automatización, el uso de la IA y la robótica en la transformación del mundo del trabajo¹⁵.

a) Alcance subjetivo

Hasta el momento solo existía un derecho individual a ser informado de decisiones automatizadas y elaboración de perfiles en el Reglamento General de Protección de Datos, que se detallará más adelante.

Con este nuevo apartado d) del art. 64.4 ET se configura un derecho colectivo que se activa con el mero uso¹⁶ de algoritmos o sistemas IA.

Respecto al alcance subjetivo, este derecho corresponde al comité de empresa (art. 64) pero también se extiende a los delegados de personal (art. 62.2 ET) y a los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS)

b) Alcance objetivo

Se trata de una información que la empresa deberá ofrecer *ex ante*, incluyendo el contexto de su uso¹⁷, con lo cual como mínimo deberá informarse para qué se usará ese algoritmo (procesos de selección, evaluación de trabajadores, ascensos, despidos, etc.). El precepto habla de «parámetros, reglas e instrucciones» lo que no parece abarcar el código fuente del

¹⁵ OIT (2019). Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, pp. 46-47.

¹⁶ Todolí Signes, A. (2021). «Cambios normativos en la digitalización del trabajo...» *op. cit.*, p. 46.

¹⁷ Todolí Signes, A. (2021). «Cambios normativos en la digitalización del trabajo...» *op. cit.*, p. 50

algoritmo, esto es, una serie de códigos indescifrables que poco aportarían a las personas trabajadoras y que además está sometido al secreto empresarial¹⁸. Más bien nos encontramos ante un derecho «a obtener información clara y simple sobre el funcionamiento del algoritmo y, en concreto, sobre las métricas o variables utilizadas, su importancia relativa en la ecuación y las eventuales consecuencias que pueden derivarse por alcanzar y no alcanzar dichos estándares»¹⁹.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el algoritmo o sistema de IA es posible que no sea propiedad de la empresa, sino una herramienta proporcionada por un tercero que cede temporalmente su uso. Esto es habitual en caso de reclutamiento y selección de personal, pues existen empresas especializadas, así como portales de empleo y redes sociales profesionales como LinkedIn, que poseen sistemas de IA que ayudan en esta actividad precontractual. En estos casos se debería informar a la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones de dichos sistemas para que, a su vez, informase a los representantes de los trabajadores, cumpliéndose así lo dispuesto en el nuevo precepto²⁰.

Con la redacción actual del precepto, lo que no parece que puedan exigir los representantes de los trabajadores es información sobre todas y cada una de las decisiones tomadas por el algoritmo a posteriori, es decir, una vez ya tomadas. Es por ello que este nuevo apartado d) del art 64.4 ET ha recibido cierta crítica doctrinal, consistente en que la norma no parece incluir el derecho a conocer los resultados del uso del sistema IA, sus efectos concretos²¹, lo que dificultará que los representantes de los trabajadores puedan analizar y evaluar el buen funcionamiento del propio algoritmo con objeto de poder garantizar que este no discrimina, no vulnera derechos fundamentales o, sencillamente, que no está tomando decisiones arbitrarias²².

¹⁸ Rivas Vallejo, P. (2020). La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

¹⁹ Ginès i Fabrellas, A. (2021) «El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la “Ley Rider”», IUSLabor, núm. 2, p. 5

²⁰ Fernández García, A. (2023). Capítulo III: Los algoritmos y la inteligencia artificial en la Ley 12/2021... *op. cit.*, p. 176

²¹ Ginès i Fabrellas, A. (2021). «El derecho a conocer el algoritmo...», *op. cit.*, p. 4

²² Todolí Signes, A. (2021). Cambios normativos en la digitalización del trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos. IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball, n.º 2, p. 49

Otra cuestión es que el precepto tampoco parece que obligue a la empresa a identificar qué información ha proporcionado al algoritmo para que tome decisiones. Para que los algoritmos puedan relacionar los datos y tomar decisiones primero necesitan nutrirse de una gran cantidad de datos. Como apunta la doctrina²³, la calidad de esos datos será clave para asegurar que el algoritmo no discrimina y es que, si se “alimenta” al algoritmo con datos sesgados, el algoritmo entenderá que discriminar es la mejor forma de tomar decisiones. De esta forma, de nuevo, sin un conocimiento claro de los datos utilizados por la empresa para “entrenar” al algoritmo será difícil analizar el buen funcionamiento del mismo (Todolí, 2021).

2.2. Reglamento General de Protección de Datos

Con anterioridad a la aprobación del Real Decreto-ley 9/2021 que introdujo el nuevo derecho colectivo de información que recoge el art. 64.4 d) ET, ya existía otro derecho de información previsto en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD, en adelante). Se trata del derecho contemplado por los arts. 13.2 f), 14.2 g) y 15.1 h) RGPD en conexión con el art. 22 RGPD.

Los artículos 13.2 f) y 14.2 g) prevén que el responsable del tratamiento de datos facilitará al interesado, en el momento en que se obtengan los datos personales, la información necesaria relativa a la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

Además, el artículo 15.1 h) RGPD dispone que el interesado tiene derecho a que el responsable del tratamiento le confirme si se están tratando datos personales suyos y, en caso afirmativo, a acceder a ellos.

Por otro lado, el art. 22 RGPD establece lo siguiente: «1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar».

²³ Hardt, M. (2014, 26 septiembre). How big data is unfair. Medium.
<https://medium.com/@mrtz/how-big-data-is-unfair-9aa544d739de>

Por tanto, dicho precepto prohíbe en general la toma de decisiones automatizada. Es importante mencionar que el artículo 22 debe interpretarse como una prohibición en vez de como un derecho que debe invocarse, lo cual conlleva que las personas están protegidas automáticamente frente a las posibles consecuencias que pueda tener este tipo de tratamiento²⁴.

No obstante, se trata de una prohibición relativa ya que existen excepciones: «a) que sea necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato; b) que esté autorizada por el Derecho interno de un Estado Miembro; c) que se cuente con el consentimiento explícito del interesado».

Ahora bien, dado que, en el contrato de trabajo, el consentimiento del trabajador, por regla general, no será válido²⁵ –y a falta de una regulación nacional–, solamente se podrá entender válida la decisión automatizada si es necesaria para la celebración o ejecución del contrato de trabajo (excepción (a))²⁶.

Además, cuando se aplicara una de las excepciones del art. 22.2 RGPD a la prohibición de uso de los algoritmos, el art. 22.3 RGPD establece una serie de garantías que la empresa debe cumplir para «salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión».

Si realizamos una comparativa entre la regulación del art. 22 RGPD y el nuevo derecho de información del art. 64.4 d) ET observamos las siguientes diferencias.

²⁴ Así lo expresa el Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT29, en adelante) en sus Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, p. 22.

²⁵ El considerando 43 del RGPD establece que no es posible aceptar la licitud para el tratamiento y procesamiento de datos en base al consentimiento en una relación donde existe un fuerte desequilibrio de poder entre las partes. El Reglamento hace referencia a la relación entre Administraciones Públicas y ciudadanos, no obstante, esta consideración parece perfectamente aplicable a la relación laboral.

De hecho, el GT29, en sus *Directrices sobre el consentimiento* en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 (p. 8) entiende que el consentimiento de un trabajador difícilmente puede ser otorgado cumpliendo dichos requisitos (específicamente de forma “libre”). Por esta razón, el Grupo de Trabajo dictamina que, dada la naturaleza de la relación entre empresario y trabajador, como regla general, no se deberá entender válido el otorgamiento de consentimiento por parte del trabajador, teniendo que ser solamente aceptado como válido de forma excepcional.

²⁶ Todolí Signes, A. (2021). «Cambios normativos en la digitalización del trabajo...» *op. cit.*, p. 47.

Primeramente, que la regulación del art. 22 tiene una vertiente individual frente al art. 64.4 d) ET que ofrece un derecho de información de carácter colectivo.

A parte de lo anterior, la gran diferencia entre ellos reside en que el art. 64.4 d) ET cuenta con una aplicación mucho mayor que la del art. 22 RGPD, pero con unos efectos menores.

Para la activación del art. 22 RGPD se precisa que las decisiones automáticas se tomen *sin intervención humana significativa*²⁷. En cambio, el art. 64.4 d) ET solamente requiere que los algoritmos *afecten* a la toma de decisiones que *pueden incidir* sobre el trabajador. De esta forma, aunque el algoritmo sea utilizado como un simple apoyo en la toma de decisiones del empleador, se aplicará el art. 64.4 d) ET. Por tanto, solo con el uso del algoritmo ya nacerá el derecho de información de los representantes de los trabajadores resultando, en definitiva, una aplicación más extensa, es decir, se aplicará en muchos más casos, el art. 64.4 d) ET que el art. 22 RGPD²⁸.

Visto de otro modo, el art. 22 RGPD despliega unos efectos mucho mayores cuando es de aplicación, que los meros derechos de información de carácter colectivo del art. 64.4 d) ET. De acuerdo con el artículo 22 RGPD, como se ha visto *supra*, se establece como garantía la prohibición de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos, es decir, dicho artículo concede el derecho a no ser objeto de este tipo de decisiones. Además, los artículos 13.2 f) y 14.2 g) RGPD exigen que cuando el sujeto es objeto de decisiones automatizadas, incluyendo la elaboración de perfiles, el responsable de datos deberá entregar a éste información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

Así se evidencia que la configuración como derecho colectivo dentro del derecho nacional tiene un mayor alcance debido a que se extiende a un mayor número de supuestos que la regulación europea de índole individual. No obstante, esta última, cuando produce efectos, abarca un contenido más amplio que no se limita únicamente al derecho de información, sino que también otorga al trabajador de forma individual el derecho a solicitar la intervención humana en las decisiones tomadas por el algoritmo, así como, el derecho del trabajador a expresar su punto de vista.

²⁷ Como establece el GT29 en *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, p. 21.

²⁸ Todolí Signes, A. (2021). «Cambios normativos en la digitalización del trabajo...» *op. cit.*, p. 46.

2.3. Regulación mediante convenio colectivo

La entrada en vigor del derecho colectivo de información del art. 64.4 d) ET empieza a tener reflejo en algunos convenios colectivos (CC).

El pionero en ello ha sido el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca 2019-2023 (BOE de 30 de marzo de 2021), que en su artículo 80.5 bajo el título «Derecho ante la inteligencia artificial» fija el derecho de los trabajadores a «no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos previstos por la Ley, así como el derecho a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos, pudiendo solicitar, en estos supuestos, el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la Empresa en caso de discrepancia».

Asimismo, se establece que las empresas informarán a la representación legal de los trabajadores «sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados».

Como se observa, el presente CC mejora lo establecido en el ET ya que no solamente se deberá informar sobre parámetros, reglas e instrucciones como expresa el ET, sino que como mínimo, se deberá informar sobre los datos que alimentan el algoritmo, la lógica de éstos y la evaluación de resultados.

Una regulación prácticamente idéntica realiza el Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito 2021 (BOE de 15 de octubre de 2021), que en su artículo 35.5 establece que las empresas deberán informar a la representación legal de los trabajadores sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados.

Un tercer ejemplo lo encontramos en el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes 2021-2022 (BOE de 11 de junio de 2021). En el primer punto de la disposición transitoria 11 se aprueba la creación de un observatorio sectorial, es decir, de un órgano paritario que realizará análisis conjuntos de la situación en el sector, añadiendo aspectos como la digitalización, las tendencias de consumo, la competitividad, el posicionamiento de las empresas en el mercado, la mejora de las condiciones laborales y de la calidad en el empleo, la formación y la igualdad de oportunidades. En el punto segundo de la mencionada disposición transitoria se establece que dicho observatorio «prestará especial atención a la utilización de algoritmos que incidan en las condiciones de trabajo».

3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE PERSONAL

Cuando se busca contratar nuevos empleados, los empleadores tienen la opción de gestionar el proceso de selección por sus propios medios o de utilizar intermediarios como agencias de colocación o consultoras de RRHH.

La mayoría de dichos intermediarios operan de manera digital y emplean sistemas de inteligencia artificial en su funcionamiento. Por ejemplo, hay portales de empleo virtuales como InfoJobs que indican al empleador el aspirante más adecuado para su vacante anunciada. Primero examina las características de los candidatos, después las cruzan con las de la oferta de empleo y, finalmente, se obtiene como resultado una lista jerarquizada de los candidatos. También cuentan con mecanismos para filtrar y descartar a los usuarios inscritos en la oferta según las respuestas que dan a las preguntas eliminatorias (*killer questions*), su titulación, lugar de residencia, etc. (Fernández García, 2020, p. 127).

De forma similar funciona la red profesional LinkedIn, que utiliza un algoritmo para recomendar ofertas de trabajo a los usuarios basándose en su perfil y su manera de interactuar dentro de esta red. La IA de LinkedIn aprende gracias a la información que le suministra el usuario, incluyendo sus intereses en ofertas laborales previas, preferencias de sectores profesionales, de puestos específicos o de salarios deseados, entre otros aspectos. La IA también tiene en cuenta las valoraciones de aptitudes, conocimientos, experiencias, etc., que dejan otros usuarios en el perfil del aspirante.

Cuando es la empresa la que pretende realizar los procesos de reclutamiento y selección puede usar diferentes herramientas donde la IA tiene un papel importante.

El estudio “Talento conectado. Nuevas realidades en el mercado de trabajo” (2019) elaborado por Infoempleo y Ernest & Young, señala que se ha digitalizado un 54,3% del proceso de selección de personal de las empresas españolas.

El apartado “Case Studies” de dicho estudio muestra grandes empresas como BBVA, Iberdrola, ING, Mahou San Miguel, MAPFRE, Procter & Gamble o Telefónica que están usando tecnologías como Chatbot, Gamificación, HR Analytics²⁹ cuestionarios de

²⁹ También conocida como people analytics, consiste en la aplicación de modelos matemáticos y estadísticos a la gran cantidad de datos –big data- que existe sobre los candidatos. Fruto de esta

competencias en formato digital, IA, algoritmos de machine learning o test de aptitudes en formato digital (psicotécnicos).

A continuación, se analizarán las herramientas más utilizadas por la selección algorítmica:

a) *Bots*

Los *bots* o robots inteligentes son asistentes virtuales que se encargan de mantener informados a los candidatos sobre el estado de su solicitud en todo momento y de orientarlos a lo largo del proceso y resolver sus dudas. Además, pueden realizar otras actividades de carácter administrativo como programar entrevistas y convocar a los candidatos para su realización, enviar e-mails de confirmación, comunicar rechazos, etc.³⁰

b) *Entrevista digital*

La entrevista digital realizada por la IA vendría a sustituir la tradicional entrevista personal. Un ejemplo de su implementación lo encontramos en la empresa Unilever España, creadora del programa *Futuros Líderes*³¹, que basa su sistema de selección en la gamificación – recurso que se detallará a continuación – y en la entrevista digital sin intervención humana y, si los aspirantes resultan aptos en estas dos primeras fases, pasarán a la tercera y última fase que sí será presencial. De esta forma utilizan la IA para realizar el cribado de la mayor parte de candidaturas.

La IA es capaz de valorar las entrevistas mediante técnicas de “computación afectiva”, esto es, el uso de algoritmos que pueden leer las emociones humanas y predecir respuestas

operación se obtienen patrones que permiten predecir, de forma rápida y científica, el éxito o fracaso de la contratación de cada perfil analizado (Infoempleo y Ernest & Young, 2019).

³⁰ Infoempleo y Ernest & Young. (2019). *Talento conectado. Nuevas realidades en el mercado de trabajo*. Recuperado 11 de abril de 2024.

https://cdn.infoempleo.com/infoempleo/documentacion/publicaciones/Informe_talento_conectado_2019.pdf

³¹ Rius, M. (2017, 16 septiembre). Así revoluciona la inteligencia artificial la selección de personal. *La Vanguardia*.

<https://www.lavanguardia.com/vida/20170916/431305811534/revolucion-inteligencia-artificial-seleccion-personal.html>

emocionales³². HireVue es un ejemplo de sistema utilizado para la selección automática de trabajadores mediante el análisis gestual y facial (lenguaje corporal) en entrevistas realizadas digitalmente, que también se ha enfrentado a reclamaciones por sesgos injustificados en su algoritmo de análisis^{33 34}. Otro ejemplo es el algoritmo ADNe, usado en Latinoamérica para seleccionar personal y en empresas españolas para analizar aspectos emocionales como la fidelidad a la organización o la felicidad de los trabajadores³⁵.

De la misma forma que la entrevista digital, las pruebas tradicionales como los cuestionarios que evalúan habilidades individuales, interpersonales y directivas, los test de aptitudes y psicotécnicos, las pruebas de idiomas, etc., se llevan a cabo en formato digital y multidispositivo (móvil, tableta, ordenador) y han incorporado la IA en su desarrollo.

c) Gamificación

El nombre de esta técnica proviene de la palabra “juego” en inglés (*game*) y, como su propio nombre indica, consiste en que durante el desarrollo de un juego un sistema IA mide las habilidades, competencias y conocimientos de un candidato, sus fortalezas y debilidades, en base a su comportamiento. Puede consistir en, por ejemplo, simulaciones del trabajo en entornos digitales o mediante realidad virtual, tanto para comprobar habilidades blandas (*soft skills*) como técnicas (*hard skills*) o también en *keeper tests*, basados en *killer questions*, que realizan preguntas y, si obtienen la respuesta no deseada, la candidatura no continua en el proceso de selección.

³² Fernández García, A. (2020). La inteligencia artificial, su uso en la gestión de recursos humanos y los riesgos para los trabajadores. En *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, 1.a ed., p. 128. Editorial Aranzadi.

https://bibcercador.uab.cat/permalink/34CSUC_UAB/1465v8/ctx6212428230006709

³³ Harwell, D. (2019, 6 de noviembre). *Rights group files federal complaint against AI-hiring firm citing unfair, deceptive practices*, Washington Post.

<https://www.washingtonpost.com/technology/2019/11/06/prominent-rights-group-files-federal-complaint-against-ai-hiring-firm-hirevue-citing-unfair-deceptive-practices/>

³⁴ Rivas Vallejo, Ma. P. (2020). La Aplicación de la inteligencia artificial al trabajo: su impacto discriminatorio (Primera edición). Editorial Aranzadi, S.A.U.

https://bibcercador.uab.cat/discovery/fulldisplay?docid=alma991010694735606709&context=L&vid=34CSUC_UAB:VU1&lang=ca&search_scope=MyInst_and_CI&adaptor=Local%20Search%20Engine&tab=Everything&query=any.contains,pilar%20rivas

³⁵ *Idem*.

Un famoso caso es el de la plataforma digital audiovisual Netflix, que cuenta con un sistema de selección y contratación que funciona mediante un “keeper test”, que consiste en tan solo una pregunta hipotética muy concreta: “Si uno de los miembros del equipo estuviera pensando en irse a otra empresa, ¿te esforzarías como gerente para evitarlo?”³⁶.

d) Captación de talento directa: headhunters digitales

Las agencias de talentos también conocidas como *headhunters digitales* o *empresas de e-recruiting* realizan la búsqueda directa de candidatos sin procesos de selección abiertos. Gracias a la minería de datos, y a través de la búsqueda en redes sociales profesionales y de todo tipo de buscadores de empleo, la empresa puede contactar directamente con trabajadores que el algoritmo de búsqueda entienda idóneos a las necesidades requeridas³⁷.

El sistema de *e-recruiting* se basa en el siguiente procedimiento³⁸:

1. La empresa crea indicadores internos para poder evaluar y medir las competencias y habilidades de sus potenciales candidatos.
2. La empresa define exactamente qué rango competencial y perfil debe tener el empleado para el puesto de trabajo sobre el que van a llevar a cabo un proceso de selección.
3. La empresa lleva todo el proceso de selección a una plataforma digital en la que vuelca todos los datos recopilados, lo que le permite hacer un ranking y comparaciones exhaustivas.

³⁶ Noticia consultada en
https://www.elconfidencial.com/alfa-corazon-vida/2019-03-30/trabajo-entrevistas-netflix-trabajadores-empleo_1911958/

³⁷ Rivas Vallejo, Ma. P. (2020). La Aplicación de la inteligencia artificial al trabajo: su impacto discriminatorio... *op. cit.*

³⁸ *Idem.*

3.2. Derecho a la no discriminación

El derecho a no sufrir discriminación se proclama en el art. 14 CE, así como en los arts. 4.2 c) y 17.1 ET y en el art. 5 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Asimismo, existe diferente normativa comunitaria que reconoce el mencionado derecho, como la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio (sobre la igualdad entre hombres y mujeres); la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre (relativa a la edad, orientación sexual, discapacidad, religión y convicciones) y la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio (respecto al origen racial o étnico).

La STC 173/1994, de 7 de junio (RTC 1994, 173), ha precisado que se entiende por discriminación aquella conducta que se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre y que ve limitados sus derechos por la concurrencia en él de un factor cuya justificación ha sido expresamente descartada por la Constitución, por atentar dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). Los mencionados factores se encuentran en el art. 14 CE, son: el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión o cualquier otra condición personal o social. A esta lista se deben sumar los factores recogidos en el art. 3 y 8 LOI (embarazo, maternidad y asunción de obligaciones familiares) y también los de los arts. 4.2 c) ET y 17.1 ET (estado civil, edad, ideología política, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, condición sexual, etc.). Asimismo, se incluye la condición de trabajador con contrato de duración determinada o temporal.

La prohibición de discriminación hace referencia tanto a la discriminación directa como a la indirecta según los artículos 4.2 c) y 17.1 ET. La primera hace referencia a tratar a una persona de forma menos favorable que a otra en una situación comparable a causa de factores discriminatorios (sexo, raza, religión, discapacidad, edad...), mientras que la segunda consiste en una práctica o criterio aparentemente neutro que ocasiona una desventaja particular a personas por factores discriminatorios.

Uno de los motivos por los que se suele recurrir a los sistemas de IA o a los algoritmos es precisamente para eliminar la intervención del ser humano con el objetivo de conseguir neutralidad en la toma de decisiones, evitando así consecuencias “muy humanas” como son las conductas discriminatorias. Pero nos hemos topado con que los sistemas de IA también toman decisiones discriminatorias o basadas en datos discriminatorios.

Un caso de sistema de IA discriminatorio es el de la empresa HireVue, que realizaba entrevistas virtuales a los candidatos al puesto de trabajo utilizando una herramienta para identificar la expresión facial, las indicaciones de voz y/o la elección de palabras. Sin embargo, el sistema de análisis facial utilizado tiene problemas para leer las caras de mujeres de piel oscura, debido a que en su diseño no se habían incorporado datos de estas personas³⁹. Como consecuencia no se pueden valorar a mujeres de determinadas razas y acaban resultando desestimadas siendo víctimas de una discriminación por razón de sexo y de origen racial o étnico⁴⁰.

Existen diferentes explicaciones por las que los sistemas de IA toman decisiones discriminatorias, las cuales analizaremos a continuación.

Primeramente, la construcción de los sistemas de IA requiere de datos que pueden estar sesgados por parámetros discriminatorios. La IA toma la realidad como factor de aprendizaje a la hora de procesar datos, lo que implica que los resultados obtenidos de esos datos vendrán a perpetuar sesgos existentes en nuestra sociedad. Un ejemplo de ello es el caso de la empresa Amazon, que en 2014 comenzó a implementar un sistema de IA para seleccionar personal. El problema de este sistema es que tenía en cuenta los datos de perfiles de trabajadores de los últimos 10 años, los cuales en su mayoría eran hombres. Lo que sucedía es que el sistema IA incluso excluía los currículums que contenían la palabra “mujer” para puestos de trabajo que históricamente habían estado ocupados por hombres, debido a que, al tener solamente datos de hombres para dichos puestos, el sistema IA consideraba que ser hombre era requisito indispensable para el puesto y que, por tanto, resultaba la mejor opción. Finalmente, Amazon modificó el sistema IA para que fuera neutral y no incurriera en resultados sexistas, pero no tuvo éxito ya que el sesgo se mantuvo, de manera que a principios de 2017 la compañía decidió eliminar el programa. La plataforma digital sigue reclutando a trabajadores con técnicas digitales, pero se ignora qué procedimientos concretos emplean⁴¹. Otro ejemplo lo

³⁹ O’Neil, C. (2016). Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy, Crown.

⁴⁰ Sáez Lara, C. (2022). Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales, Cuadernos de Relaciones Laborales, 38(2), p. 283.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8565471&orden=0&info=link>

⁴¹ Rivas Vallejo, Ma. P. (2020). La Aplicación de la inteligencia artificial al trabajo: su impacto discriminatorio (Primera edición). Editorial Aranzadi, S.A.U., p. 232.

vemos en que, dado que 9 de cada 10 consejeros en empresas del IBEX 35 son hombres⁴², un algoritmo entenderá que es “más probable” que un hombre encaje mejor como consejero en una de estas empresas debido a que así lo confirma estadísticamente los datos de los que dispone. De esta forma, se ve frustrado el objetivo de hallar una neutralidad algorítmica debido a que estos continúan perpetuando los sesgos discriminatorios que hay en nuestra sociedad.

En segundo lugar, otra forma de discriminar es mediante las ofertas de empleo dirigidas. En este caso no se descartan a los candidatos inscritos por su sexo, raza o etnia o cualquier otra característica personal, sino que directamente el algoritmo – siguiendo las instrucciones que lo diseñaron – decide a quien mostrarle la oferta de empleo y a quien no, lo que provoca que no todos los usuarios podrán acceder a las mismas ofertas. En consecuencia, el anuncio en sí no contiene un sesgo concreto, sino que en este caso el sesgo se deposita en la audiencia que podrá acceder al anuncio. El público al que se quiere dirigir el anuncio está estrechamente relacionado con la ubicación en la que se encuentra el mismo. Hay sitios web o servicios que pueden ser consumidos mayoritariamente por un colectivo. De esta forma, deliberadamente se pueden excluir a los que no son usuarios de la página web donde se publicita la vacante. Un estudio realizado por la Universidad Carnegie Mellon⁴³ sobre el funcionamiento de la página web de configuración de anuncios de Google demostró mediante diferentes experimentos que a las mujeres se les muestran menos empleos bien remunerados en comparación a los hombres. Un caso real sobre las ofertas de empleo dirigidas lo protagonizó Facebook, que recibió varias demandas por colocar anuncios de empleo en su sitio web dirigidos a usuarios seleccionados en función de su edad o género, sin ser necesario usar lenguaje excluyente⁴⁴.

⁴² Nueve de cada diez miembros de los comités directivos del Ibex 35 son hombres. (2017, 15 septiembre). *Público*. Recuperado 18 de marzo de 2024, de <https://www.publico.es/economia/igualdad-laboral-nueve-diez-miembros-comites-directivos-ibex35-son-hombres-88-5-miembros-comites-directivos-empresas-ibex35-son-hombres-frente-11-5-mujeres.html>

⁴³ Noticia consultada en
<https://www.cmu.edu/news/stories/archives/2015/july/online-ads-research.html>

⁴⁴ Kraham, K. y Fask, S.B. (2019, 21 de marzo). *Facebook Settles Claims Alleging Discriminatory Ad Targeting*, Litter.

<https://www.littler.com/publication-press/publication/facebook-settles-claims-alleging-discriminatory-ad-targeting>

En tercer lugar, los sistemas de IA son capaces de deducir características personales basadas en otros datos, es decir, aunque se prohíba recabar datos en materia de afiliación sindical, religión, sexo, orientación sexual o discapacidad, estos son capaces de obtener esta información indirectamente a través de otros datos. Por ejemplo, la religión o la raza pueden estar estadísticamente muy relacionadas con el código postal o el barrio dónde la persona vive.⁴⁵ De modo que, tomar decisiones basadas en la ubicación de la vivienda resultará en el fondo una decisión basada en la raza. Otro ejemplo es que los sistemas de IA pueden predecir la afiliación política o sindical en base al tiempo dedicado a leer determinadas noticias en Facebook o Google.

En cuarto lugar, la propia ciencia de la estadística da más valor a las decisiones adoptadas con la mayor cantidad de información disponible. Eso provoca que en las minorías (raza, religión, orientación sexual, etc.) habrá menos datos disponibles lo que implica que la IA entienda que tomar una decisión favorable a un colectivo minoritario sea más arriesgado que tomarla a favor de un colectivo mayoritario. De esta forma, para seleccionar un candidato de un colectivo minoritario, el algoritmo exigirá más que para hacerlo con el de un colectivo mayoritario, por el simple hecho de que es más fácil predecir el comportamiento de alguien perteneciente a un colectivo mayoritario y más difícil a uno minoritario⁴⁶.

Puede concluirse, por tanto, mediante los múltiples casos expuestos, que se ha comprobado la posibilidad de que los sistemas IA vulneren la prohibición de discriminación establecida tanto por la normativa española como europea.

⁴⁵ Todolí Signes, A. (2019). En cumplimiento de la primera Ley de la robótica... *op. cit.*

⁴⁶ Todolí Signes, A. (2019). En cumplimiento de la primera Ley de la robótica... *op. cit.*

3.2. Derecho a la protección de datos personales

La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal es un derecho fundamental garantizado en el ámbito europeo por dos instrumentos:

- 1) Por el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, convenio 108, elaborado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, y modificado por el Protocolo adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 18 de mayo de 2018.
- 2) Por el Reglamento de protección de datos (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* (RGPD).

En el ámbito nacional este derecho se encuentra reconocido en el artículo 18.4 CE y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, para la protección del derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales*, remitiéndose esta última al RGPD.

La STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 292), expone que el derecho a la protección de datos de carácter personal atribuye a su titular una serie de facultades que le permite ejercer “un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”.

El contenido de este derecho fundamental consiste en “un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso” (Fernández García, 2020, p. 135).

Como se ha venido señalando a lo largo del presente trabajo, los datos son de gran relevancia para el funcionamiento de la inteligencia artificial. Según Mercader Uguina, éstos son “el aire de los nuevos ecosistemas productivos, su nutriente fundamental”.

Es necesario definir el ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos en relación con la IA puesto que no todo uso de datos realizado mediante este medio está sujeto a dicha normativa. Según el art. 2.1 RGPD, el Reglamento se aplica “al tratamiento total o

parcialmente automatizado de datos personales”. Por tanto, un sistema IA deberá someterse al RGPD cuando trate datos de carácter personal.

En este punto cabe preguntarnos qué se considera “datos personales”. Según el artículo 4.1 del RGPD, son datos personales: “Toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

Para que el tratamiento de datos realizado por un sistema de IA sea lícito será necesario que cumpla alguna de las condiciones del artículo 6 RGPD:

- “a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;
- b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;
- c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;
- d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;
- e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;
- f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.”

Otra importante limitación es la recogida por el artículo 9.1 RGPD que prohíbe obtener datos que revelen el origen étnico o racial, la afiliación sindical, las opiniones políticas, convicciones religiosas, el sexo o la orientación sexual de una persona física.

Como hemos podido observar, la normativa comunitaria sobre protección de datos únicamente garantiza la protección de los datos considerados de carácter personal.

Hasta la actualidad en los procesos de selección de personal ha sido habitual que los datos se obtuvieran directamente del candidato, por ejemplo, a través del CV o de entrevistas. La novedad radica en que los sistemas de IA también son capaces de rastrear la información de una persona disponible en Internet, lo que se denomina como “huella digital”. De esta forma, cuando un sistema de IA obtenga datos de esta índole deberá cumplir con alguna de las condiciones del art. 6 RGPD para que el tratamiento de esos datos sea lícito y, además, deberá atenerse a la prohibición del art. 9.1 RGPD.

Pero nos encontramos con un primer problema, y es que debido a la falta de transparencia de estos sistemas de IA y a falta de una regulación que permita saber qué datos ha utilizado el algoritmo o el sistema de IA, no hay forma de saber si está obteniendo datos personales ni tampoco si está obteniendo datos que revelen alguna de las condiciones que prohíbe el art. 9.1 RGPD. Con lo cual, no podemos afirmar con certeza que el tratamiento de datos que se está llevando a cabo por el algoritmo o sistema de IA sea ilícito.

Por otro lado, como se ha mencionado el RGPD únicamente protege el tratamiento de datos de carácter personal sin tener en cuenta que los datos de alimentación de los algoritmos o de los sistemas de IA no son necesariamente personales, sino, por el contrario, anónimos o anonimizados, y que su impacto discriminatorio reside en la persona que experimenta su aplicación en forma de conclusión predictiva, sin que sus propios datos personales estén comprometidos en ello más allá de facilitarlos con carácter voluntario en el marco de una relación contractual, como es el contrato de trabajo⁴⁷.

Como se ha explicado *supra*, aunque esté prohibido obtener información que revele datos de categoría especial como son el origen étnico o racial, la afiliación sindical, las opiniones políticas, etc., cuya prohibición se determina en el art. 9.1 RGPD, los sistemas de IA son capaces de deducir estas características personales basándose en otros datos. Es decir, aunque

⁴⁷ Rivas Vallejo, Ma. P. (2020). La Aplicación de la inteligencia artificial al trabajo: su impacto discriminatorio... *op. cit.*

el sistema de IA no obtenga datos de carácter personal ni datos considerados de categoría especial, estos son capaces de realizar predicciones a partir de otros datos y, finalmente, tomar decisiones discriminatorias.

El reglamento busca la garantía de los derechos fundamentales relacionados con la privacidad individual de los datos y su uso con fines discriminatorios frente al interesado que los cedió, pero no se proyecta con el mismo interés sobre el tratamiento informático de los datos desde un punto de vista estadístico para su aplicación a un conjunto distinto de interesados⁴⁸.

Como se ha expuesto en el apartado 2.2, la única referencia que realiza el RGPD sobre las decisiones automatizadas se encuentra en su art. 22, pero éste tiene un carácter muy limitado en cuanto al ámbito que nos interesa relativo a los procesos de selección de personal, debido a la excepción a) de su apartado segundo que establece: “a) que el apartado 1 no se aplicará si la decisión es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento”. Este es un obstáculo que provoca que en la selección de personal y, consecuentemente en la contratación laboral, no resulte aplicable el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado que establece el art. 22 RGPD.

Por tanto, podemos concluir que el Reglamento General de Protección de Datos resulta claramente insuficiente. En primer lugar, porque no hace referencia alguna al procesamiento de datos globales, que no comprometen la privacidad de los individuos integrantes del colectivo, pero que pueden ser utilizados para realizar conclusiones sobre tendencias y predecir necesidades que se proyectarán en la futura selección de personal mediante el uso de un algoritmo de selección, dando como resultado decisiones discriminatorias. En segundo lugar, debido a que no protege al trabajador de las decisiones basadas únicamente en las respuestas automatizadas que proporciona un algoritmo o sistema de IA, teniendo en cuenta los peligros que ello conlleva.

⁴⁸ *Idem.*

4. FUTURA NORMATIVA COMUNITARIA

La UE promueve alcanzar una «IA fiable» y para ello debe cumplir con tres características: debe ser lícita, es decir, debe cumplir todas las leyes y todos los reglamentos aplicables; ha de ser ética, respetando y garantizando el cumplimiento de los principios y valores éticos; finalmente, debe ser robusta, tanto desde el punto de vista técnico como social, puesto que los sistemas de IA, aunque su uso sea bien intencionado, pueden provocar daños accidentales. La fiabilidad de la IA no concierne únicamente a la fiabilidad del propio sistema de inteligencia artificial, sino también a la de todos los procesos y agentes implicados en el ciclo de vida del sistema⁴⁹.

A su vez, para saber si una IA es fiable deben tenerse en cuenta siete requisitos esenciales:

- (i) intervención y supervisión humanas;
- (ii) solidez y seguridad técnicas;
- (iii) privacidad y gestión de datos;
- (iv) transparencia;
- (v) diversidad, no discriminación y equidad;
- (vi) bienestar social y medioambiental;
- (vii) rendición de cuentas.

Esta filosofía impregna la futura normativa relacionada con la IA que se está desarrollando a nivel comunitario, concretamente la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM/2021/206 final), de 21 de abril de 2021 (PRIA, en adelante).

La PRIA tiene como finalidad asegurar que los sistemas de IA introducidos en el mercado y utilizados en la UE sean seguros y respeten los derechos fundamentales. En ese sentido, ofrece una gran variedad de definiciones y distingue entre cuatro tipos de sistemas de IA en atención a su nivel de riesgo: sistemas de IA prohibidos, de alto riesgo, de riesgo limitado y de riesgo mínimo.

⁴⁹ Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial (2019): Directrices éticas..., *op. cit.*, p. 50.

Dentro del grupo de alto riesgo – detallado en el anexo III PRIA– se encuentran los relacionados con el ámbito laboral, es decir, los destinados a utilizarse para:

- a) Contratación o selección de personas físicas, anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas;
- b) Tomar decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones;

Para los sistemas de IA de alto riesgo se establecen una serie de requisitos que deben ser cumplidos, así como diferentes obligaciones para los proveedores (fabricantes) y usuarios (empleadores) de dichos sistemas:

- (i) establecimiento de un sistema de gestión de riesgos (art. 9);
- (ii) empleo de prácticas adecuadas de gobernanza y gestión de datos (art. 10);
- (iii) preparación y actualización de documentación técnica para evaluar que el sistema de IA cumple con todos los requisitos (art. 11);
- (iv) diseño de sistemas con capacidad de registro automático de eventos que garanticen la trazabilidad de su funcionamiento (art. 12);
- (v) garantía de transparencia e información a los usuarios sobre el fabricante y las características, capacidades y limitaciones del sistema (art. 13);
- (vi) garantía de que el sistema puede ser vigilado de forma efectiva por personas físicas para prevenir o minimizar riesgos (art. 14);
- (vii) nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad (art. 15).

Después de analizar la PRIA con relación a los procesos de selección de personal, se extraen las siguientes conclusiones.

En primer lugar, la PRIA ha tenido en cuenta la aplicación que tiene la IA en los procesos de selección de personal al incluir éste ámbito en el anexo III donde se detallan los sistemas de IA de alto riesgo, lo cual supone un gran avance hacia una normativa que proteja a los trabajadores de las vulneraciones a sus derechos.

En segundo lugar, considero un acierto muy necesario la garantía de transparencia e información que se establece en el artículo 13. En dicho precepto se garantiza que los usuarios tendrán acceso a información concisa, completa, correcta y clara, relativa – entre otras cosas– a:

- a) la identidad y datos de contacto del proveedor;
- b) las características, capacidades y limitaciones del funcionamiento del sistema de IA.

En particular:

- i) su finalidad prevista.
- ii) cuando proceda, especificaciones relativas a los datos de entrada o cualquier otra información pertinente en relación con los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba usados, teniendo en cuenta la finalidad prevista del sistema de IA.

Respecto a este último punto, considero un error añadir “cuando proceda” con relación a informar a los usuarios sobre los datos que ha utilizado el sistema de IA. Personalmente pienso que además de ser ambiguo supondrá un obstáculo para los trabajadores, ya que en numerosas ocasiones les dificultará o impedirá saber qué datos se han utilizado para tomar una decisión concreta.

En tercer lugar, otro aspecto sumamente positivo es la vigilancia humana de los sistemas de IA, establecida en el art. 14 PRIA, que tiene como objetivo prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de los trabajadores que puedan surgir cuando un sistema de IA de alto riesgo se utiliza conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible.

La vigilancia humana junto con el establecimiento de un sistema de gestión de riesgos considero que reducirán exponencialmente las transgresiones a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Finalmente, es importante señalar que la PRIA no menciona ni tiene en cuenta la intervención de los representantes de los trabajadores, por lo que se puede afirmar que nuestra normativa nacional superará en ese sentido a la primera mientras no se produzcan cambios antes de su entrada en vigor.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA: Es evidente el aumento del uso de los sistemas de inteligencia artificial en las diferentes áreas empresariales, entre las que se encuentra la selección de personal. Esta tendencia provoca una gran preocupación por los riesgos que suponen los sistemas de IA para los derechos de los trabajadores, especialmente para el derecho a la no discriminación y para el derecho a la protección de datos.

SEGUNDA: Después de analizar la normativa estatal existente relativa a la inteligencia artificial en el derecho del trabajo, observamos que aquella es escasa e insuficiente para poder abordar las variadas problemáticas que conlleva la implementación de los sistemas de IA.

La Ley 12/2021 o “Ley Rider” es la primera norma que habla explícitamente sobre la inteligencia artificial y los algoritmos en el derecho del trabajo estableciendo dos cambios relevantes en el ET, donde se hace referencia a los mismos.

La primera novedad analizada es la incorporación de la disposición adicional vigesimotercera (DA 23^a), que presume laborales las prestaciones de servicios consistentes en el reparto de productos que se realicen en el marco de plataformas digitales, usando un algoritmo para la gestión de las condiciones de trabajo. Pero la laboralidad de la actividad de reparto ya contaba con el aval del Tribunal Supremo, por lo que la incorporación de la DA 23^a no supone ninguna novedad, sino una plasmación en el ET del criterio jurisprudencial que ya existía. La relevancia que puede tener la aclaración de la DA 23^a es que reducirá el número de juicios y de sentencias contradictorias que se estaban produciendo.

La segunda novedad es la incorporación de la letra d) al art. 64.4 ET, que otorga un nuevo derecho de información al comité de empresa consistente en 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 el acceso al empleo. No obstante, este precepto tiene algunos contras. Uno de ellos es que no incluye el derecho a conocer los resultados del uso del sistema IA, es decir, no permite al comité de empresa obtener información sobre todas y cada una de las decisiones tomadas por el algoritmo una vez ya tomadas. Esto dificulta que los representantes de los trabajadores puedan analizar y evaluar el buen funcionamiento del propio algoritmo con objeto de poder garantizar que no vulnera derechos fundamentales. Otro inconveniente del precepto es que

tampoco da derecho a conocer qué datos han nutrido al algoritmo, con lo cual dificulta más aún analizar el buen funcionamiento del sistema de IA.

TERCERA: El RGPD anteriormente preveía un derecho de información individual contemplado por los arts. 13.2 f), 14.2 g) y 15.1 h) RGPD en conexión con el art. 22 RGPD. Se establece una prohibición en el art. 22 RGPD referente a no ser objeto de una decisión basada en el tratamiento automatizado, pero esta prohibición se ve anulada a causa de la excepción consistente en que el uso de sistemas de IA sea necesario para la celebración de un contrato, lo que conlleva que para los procesos de selección de personal no sea de aplicación la prohibición del art. 22 RGPD.

CUARTA: Se ha podido comprobar mediante los múltiples casos expuestos que los sistemas IA pueden vulnerar la prohibición de discriminación de diferentes formas; tomando la realidad como ejemplo y perpetuando los sesgos existentes en nuestra sociedad (Caso Amazon); a través de las ofertas de empleo dirigidas (Caso Facebook); mediante la deducción de características personales basadas en otros datos; u otorgando más valor a las decisiones adoptadas con mayor información disponible.

QUINTA: El derecho a la protección de datos personales también se encuentra en riesgo por los sistemas de IA. Un primer problema que encontramos es que, a causa de la opacidad y la falta de transparencia de dichos sistemas, no sabemos qué datos utilizan para tomar las decisiones ni si el tratamiento de esos datos es lícito en base al art. 6 del RGPD. Un segundo problema es que, aunque pudiéramos saber con qué datos cuenta un sistema de IA, nos encontramos con que el RGPD resulta sumamente insuficiente para la protección de este derecho en el contexto de los procesos de selección, ya que solamente garantiza la protección de los datos considerados de carácter personal. El RGPD no tiene en cuenta que los datos de alimentación de los sistemas de IA pueden ser anónimos o anonimizados, y que su impacto discriminatorio reside en la persona que experimenta su aplicación en forma de conclusión predictiva sin que sus propios datos personales estén comprometidos.

SEXTA: La regulación específica de las aplicaciones de inteligencia artificial en el derecho del trabajo y concretamente en los procesos de selección de personal, se está convirtiendo en una necesidad a corto plazo. Personalmente no creo que la batalla deba librarse contra el avance de la inteligencia artificial, sino contra el uso y la transparencia que las empresas hacen de sus aplicaciones. No se debe pretender dificultar su avance, sino disciplinar

jurídicamente los derechos de los trabajadores en este nuevo marco y garantizar en particular el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

SÉPTIMA: La PRIA es un gran avance hacia la determinación del marco normativo en esta materia que, sin duda, resulta necesario para consolidar y esclarecer su adaptación al mundo laboral, ya que su integración y evolución está siendo inmediata. Aporta importantes aspectos como el sistema de gestión de riesgos, la vigilancia humana y la garantía de transparencia e información. Dicho esto, pienso que debería proporcionarse mayor transparencia respecto a los datos utilizados por el sistema de IA y no garantizar el acceso al usuario a esta información solamente “cuando proceda”. Asimismo, considero que la PRIA debería tener en cuenta la intervención de los representantes de los trabajadores para una mayor protección de los derechos de estos.

OCTAVA: Como reflexión final pienso que todavía queda mucho camino por recorrer en este gran desafío que nos ha traído la irrupción de la inteligencia artificial en los procesos de selección. Ante este reto, el derecho del trabajo tiene un papel esencial, al ser necesario que en el futuro más próximo posible elabore un marco normativo que salvaguarde los derechos fundamentales de los trabajadores.

En un contexto donde la tecnología avanza a pasos agigantados y el derecho apenas consigue mantenerse actualizado a las constantes novedades, hemos visto cómo la IA empieza a sustituir al factor humano en los procesos de selección debido a su rapidez y agilización de procesos. Habiendo observado esto, quién sabe si la regulación jurídica no será una de las próximas afectadas...

6. BIBLIOGRAFÍA

Cotino Hueso, L. (2019). Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho. *Revista Catalana de Dret Pùbllic*, (58), p. 29-48.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?código=7005055&orden=0&info=link>

Domeinski, J. (2007), “Human redundancy in automation monitoring: Effects of social loafing and social compensation”, en Proceeding of human factors and ergonomics Society 51st Annual meeting, p. 587-591.

EU-OSHA (2018) Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025, disponible en

<https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/foresight-new-and-emerging-occupational-safety-and-health-risks/view>

Fernández García, A. (2023). Capítulo III: Los algoritmos y la inteligencia artificial en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre. En *Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica*, 1.^a ed., pp. 159-189. Valencia: Tirant lo Blanch.

<https://biblioteca-tirant-com.are.uab.cat/cloudLibrary/ebook/info/9788411693257>

Fernández García, A. (2023). Inteligencia artificial y discriminación en el trabajo. En *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, 1.^a ed., pp. 73-102. Aranzadi.

https://bibcercador.uab.cat/discovery/fulldisplay?docid=ctx36588359790006706&context=SP&vid=34CSUC_UAB:VU1&lang=ca

Fernández García, A. (2020). La inteligencia artificial, su uso en la gestión de recursos humanos y los riesgos para los trabajadores. En *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, 1.a ed., pp. 125-141. Editorial Aranzadi.

https://bibcercador.uab.cat/permalink/34CSUC_UAB/1465v8/ctx6212428230006709

Ginès i Fabrellas, A. (2021) El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la "Ley Rider". IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball, n.º 2, pp. 1-5.

<https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/389840>

Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial (2019): Directrices éticas para una IA fiable, Comisión Europea, Bruselas.

https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60423

GT29 (2017). *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*. Disponible en

<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en>

GT29 (2017). *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*. Disponible en <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051/en>

Hardt, M. (2014, 26 septiembre). How big data is unfair. Medium.

<https://medium.com/@mrtz/how-big-data-is-unfair-9aa544d739de>

Harwell, D. (2019, 6 de noviembre). *Rights group files federal complaint against AI-hiring firm citing unfair, deceptive practices*, Washington Post,

<https://www.washingtonpost.com/technology/2019/11/06/prominent-rights-group-files-federal-complaint-against-ai-hiring-firm-hirevue-citing-unfair-deceptive-practices/>

Infoempleo y Ernest & Young. (2019). *Talento conectado. Nuevas realidades en el mercado de trabajo*. Recuperado 11 de abril de 2024.

https://cdn.infoempleo.com/infoempleo/documentacion/publicaciones/Informe_talento_conectado_2019.pdf

Kraham, K. y Fask, S.B. (2019, 21 de marzo). *Facebook Settles Claims Alleging Discriminatory Ad Targeting*, Litter.

<https://www.littler.com/publication-press/publication/facebook-settles-claims-alleging-discriminatory-ad-targeting>

Mercader Uguina, J. R., & Peña, D. (2022). Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo. Tirant lo Blanch.

https://bibcercador.uab.cat/discovery/fulldisplay?docid=cdi_casalini_monographs_5278252&context=PC&vid=34CSUC_UAB:VU1&lang=ca&search_scope=MyInst_and_CI&adaptor=Primo%20Central&tab=Everything&query=any%2Ccontains%2Cmercader%20uguina&offset=0

Nueve de cada diez miembros de los comités directivos del Ibex 35 son hombres. (2017, 15 septiembre). *Público*. Recuperado el 18 de marzo de 2024.

<https://www.publico.es/economia/igualdad-laboral-nueve-diez-miembros-comites-directivos-ibex35-son-hombres-88-5-miembros-comites-directivos-empresas-ibex35-son-hombres-frente-11-5-mujeres.html>

OIT (2019). Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

O’Neil, C. (2016). Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy, Crown.

Pérez Zapata, O. (2019), “Digitalización, intensificación del trabajo y salud de los trabajadores españoles”, disponible en

<https://www.ccoo.es/24c0e370fa4b4d1f3682b1780854af9c000001.pdf>.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM/2021/206 final), de 21 de abril de 2021.

https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1_0008.02/DOC_1&format=PDF

Rivas Vallejo, Ma. P. (2020). La Aplicación de la inteligencia artificial al trabajo: su impacto discriminatorio (Primera edición). Editorial Aranzadi, S.A.U.

https://bibcercador.uab.cat/discovery/fulldisplay?docid=alma991010694735606709&context=L&vid=34CSUC_UAB:VU1&lang=ca&search_scope=MyInst_and_CI&adaptor=Local%20Search%20Engine&tab=Everything&query=any,contains,pilar%20rivas

Sáez Lara, C. (2022). Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales, Cuadernos de Relaciones Laborales, 38(2), p. 283-3.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8565471&orden=0&info=link>

Todolí Signes, A. (2021). Cambios normativos en la digitalización del trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos. IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball, n.º 2, pp. 28-65.

<https://adriantodoli.com/2021/07/12/nuevo-articulo-publicado-comentario-a-la-ley-rider-en-la-revista-iuslabor/>

Todolí Signes, A. (2019). En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo. *Labour & Law Issues*, vol. 5, núm 2.

https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3506584_code2489716.pdf?abstractid=3506584&mirid=1

STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 292)

STC 173/1994, de 7 de junio (RTC 1994, 173)

STS 3 de mayo de 2005 (rec. 2606/2004)

STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007)

STS 30 de abril de 2009 (1701/2008)

STS 16 de julio de 2010 (rec. 3391/2009 y 2830/2009)

STS 19 de julio 2010 (rec. 1623/2009 y 2233/2009)

STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009)

STS 21 de junio de 2011 (rec. 2355/2010)

STS 20 de enero de 2015 (rec. 587/2014)

STS 14 de julio de 2016 (rec. 539/2015)

STS 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015)

STS 8 de febrero de 2018 (rec. 3205/2015)

STS 25 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019

STSJ Asturias de 25 de julio de 2019, rec. nº 1143/2019

STSJ Cataluña de 21 de febrero de 2020, rec. nº 5613/2019

STSJ Madrid de 17 de enero de 2020, rec. nº 1323/2019

STSJ Madrid de 3 de febrero de 2020, rec. 749/2019