

LA APLICACIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE PERSONAL Y OFERTAS DE EMPLEO: IMPACTO SOBRE EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN*

Sofía Olarte Encabo*
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción: reflexiones generales sobre los derechos fundamentales de los trabajadores en la sociedad digital. –2. El tratamiento de datos en el acceso al empleo. Marco jurídico. –3. Inteligencia artificial en el mercado de trabajo online. –4. Aproximación ilustrativa a la realidad de las redes sociales y plataformas digitales. –5. Competencia del orden jurisdiccional social.

RESUMEN

En el presente estudio se analiza la incidencia de la infotecnología en los derechos fundamentales en el ámbito laboral en sentido amplio, es decir, incluyendo los estadios o fases previas al contrato de trabajo. En el ámbito del acceso al empleo, lejos de plantearse los mismos problemas de siempre –discriminación– con la diferencia única del acortamiento del tiempo para su consecución, la infotecnología y la inteligencia artificial añaden elementos nuevos que hacen a las personas que buscan un empleo mucho más vulnerables a la violación de sus derechos fundamentales. La acumulación masiva y el cruce de datos en tiempo real de los demandantes de empleo y candidatos, permite, mediante su tratamiento, obtener una información de estas personas reveladora de aspectos tanto profesionales como personales. Escenario que describimos como ambivalente, en la medida en que, a la vez que puede redundar en la mayor eficiencia en la intermediación laboral y la gestión de personal para las empresas, ello genera una mayor vulnerabilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores, no sólo de la intimidad y la dignidad, sino del derecho a la no discriminación en el acceso al empleo. Riesgos que aumentan exponencialmente cuando se da el salto del mero tratamiento de datos al empleo de la inteligencia artificial, ya que ésta comporta la reproducción de habilidades cognitivas humanas, generalmente aplicando algoritmos que se basan en modelos diseñados a través de aprendizaje automático, con resultados, como se expone aquí, tales como las exclusiones apriorísticas de personas con las competencias profesionales requeridas. Todo ello redundará en una mayor dificultad de tutela judicial, ya que estas prácticas discriminatorias son más opacas, estando además su soporte técnico –generalmente algoritmos– amparado por el secreto industrial. Por ello se concluye en la necesidad de regulación de mecanismos garantía y tutela de los derechos fundamentales de los candidatos frente a la inteligencia artificial –IA.

*Recibido el 04 de febrero de 2020. Aceptado el 17 de abril de 2020.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Doc. Labor., núm. 119-Año 2020-Vol. I. ISSN: 0211-8556. La aplicación de inteligencia... págs. 79 a 98

80 La aplicación de inteligencia artificial a los procesos...

DL

ABSTRACT

This study analyzes the incidence of infotechnology on fundamental rights in the workplace in a broad sense, that is, including the stages or phases prior to the employment contract. In the field of access to employment, far from posing the same usual problems –discrimination– with the unique difference of shortening the time to achieve it, infotechnology and artificial intelligence add new elements that make people looking for a job much more vulnerable to the violation of their fundamental rights. The massive accumulation and the crossing of data in real time of the job seekers and candidates, allows, by means of their treatment, to obtain information from these people that reveals both professional and personal aspects. Scenario that we describe as ambivalent, insofar as, while it can result in greater efficiency in labor intermediation and personnel management for companies, this generates a greater vulnerability of the fundamental rights of workers, not only of privacy and dignity, but of the right to non-discrimination in access to employment. Risks that increase exponentially when the jump is made from the mere processing of data to the use of artificial intelligence, since it involves the reproduction of human cognitive skills, generally applying algorithms that are based on models designed through machine learning, with results, as set out here, such as a priori exclusions of people with the required professional skills. All this results in a greater difficulty of judicial protection, since these discriminatory practices are more opaque, and their technical support –generally algorithms– is protected by industrial secrecy. For this reason, the need to regulate mechanisms guaranteeing and protecting the fundamental rights of candidates against artificial intelligence –IA– is concluded.

Palabras clave: derechos fundamentales, tratamiento de datos, inteligencia artificial, acceso al empleo, candidatos, algoritmos, macro datos, exclusión a priori, no discriminación, dignidad, intimidad.

Key words: fundamental rights, data processing, artificial intelligence, access to employment, candidates, algorithms, macro data, a priori exclusion, no discrimination, dignity, privacy.

1. INTRODUCCIÓN: REFLEXIONES GENERALES SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD DIGITAL

La revolución infotecnológica en que nos hallamos inmersos, además de generar profundos cambios culturales, económicos y sociales, está produciendo múltiples y heterogéneas mutaciones en el mundo del trabajo, cuyos efectos a largo plazo apenas podemos llegar a vislumbrar. Se trata de un tema complejo y transversal, cuyo análisis jurídico se halla en una fase aún muy incipiente y parcial. Así, a título ilustrativo, en el ámbito jurídico-laboral vienen siendo objeto de atención científica y/o jurisprudencial temas tan diversos como la introducción de tecnologías digitales e inteligencia artificial en la gestión de las relaciones de trabajo, particularmente en el control de los trabajadores –uso y acceso a correo electrónico, videocámaras, geolocalizadores, grabaciones–; el uso de tecnología frente al ejercicio del derecho de huelga con fines antisindicales, la ampliación del teletrabajo y formas atípicas de empleo, la permeabilidad de las fronteras entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia o, entre otros aspectos, el impacto tecnológico en la deslocalización empresarial. También se siguen con atención en nuestra disciplina los análisis económicos sobre el cambio tecnológico en el mercado de trabajo, con posiciones encontradas sobre sus efectos sobre el empleo –destrucción de empleo versus creación de nuevos empleos y trasvases de empleos entre sectores de actividad–. Y, relacionado con ello, también abundan estudios sobre las condiciones de trabajo en las plataformas digitales y, más ampliamente, la precarización del trabajo en materia de salario y tiempo de trabajo, las dificultades de deslindar tiempo de trabajo y tiempo de descanso en un contexto de permanente conectividad (problemas que no terminan con el reconocimiento del derecho a la desconexión digital). No faltando estudios que destacan la mejora que estas tecnologías pueden comportar en términos de reducción de la brecha de género y las mayores posibilidades de conciliación y calidad de vida.

Doc. Labor., núm. 119-Año 2020-Vol. I. ISSN: 0211-8556. La aplicación de inteligencia... págs. 79 a 98

Finalmente, y esta perspectiva es la que nos interesa aquí, la doctrina ius laboralista también presta especial atención a la tutela de los derechos fundamentales –genéricos y específicamente laborales– en el contexto digital¹. El empleo de estas tecnologías de la información para la gestión de personal afecta o puede afectar a la dignidad e intimidad de las personas trabajadoras, e incluso a su honor e imagen, además de que el acceso a datos de la vida privada publicados en la red puede ser empleado con fines laborales discriminatorios sin conocimiento del propio trabajador titular de estos datos.

Limitándonos al ordenamiento jurídico vigente en la materia, la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales ha supuesto la consagración del derecho fundamental inespecífico a la protección de datos de carácter personal (derecho de autodeterminación informativa) consagrado en el art. 18.4 CE en el ámbito laboral. Pero, además, y con claro reflejo en la sistemática de esta ley orgánica, esta norma ha supuesto un avance específico en el ámbito laboral al reconocer la existencia de derechos digitales específicamente laborales. Más concretamente: por un lado, los títulos I a IX regulan la protección de datos con carácter general (incluido el ámbito laboral aunque no se haga referencia específica a ello) y, de otro lado, el Título X relativo a los denominados “derechos digitales”, contiene algunos específicamente laborales que limitan el poder de vigilancia y control del empresario –a tal efecto la disposición décimo tercera de la LO 3/2018, añadió un nuevo párrafo, el nuevo art. 20.3 bis, en el ET–². No se puede negar, por tanto, el avance normativo que esta Ley ha supuesto en el ámbito de las relaciones de trabajo, sin embargo, como vamos a tratar de poner de manifiesto, dicho avance se limita (tanto tratamiento de datos como derechos digitales) al contrato (a aspectos relativos a la ejecución o desarrollo del mismo), dejando sin tratamiento específico las fases previas al contrato, particularmente la selección de personal y la “intermediación” laboral online.

En el ámbito del acceso al empleo podría pensarse que estamos ante los mismos problemas de siempre –discriminación– y que estas tecnologías no hacen sino acelerar o acortar el tiempo para su consecución. Sin embargo, como vamos a tratar de fundamentar, más allá de este aspecto, la infotecnología y la inteligencia artificial añaden elementos nuevos que hacen a las personas que buscan un empleo mucho más vulnerable a la discriminación. Estas tecnologías permiten la acumulación masiva y el cruce de datos en tiempo real. Cada vez más datos y datos más precisos y pormenorizados de los demandantes de empleo y candidatos, lo que, mediante su tratamiento, permite obtener una información de estas personas reveladora de aspectos

¹ En la UE ha sido el Parlamento Europeo quien ha lanzado la voz de alarma en relación con el potencial de la analítica de macrodatos en orden a la vulneración de los derechos fundamentales, incluyendo expresamente la vulnerabilidad social frente a la discriminación de grupos de personas con características similares en relación con sus oportunidades de empleo, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225 INI), la número 19. También alude expresamente a la necesidad de que las autoridades de protección de datos evalúen de manera específica la transparencia algorítmica y en relación con posibles sesgos en los datos de capacitación utilizados para hacer inferencias sobre la base de los macrodatos.

² Sobre la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPD) y su importante impacto en el ámbito laboral, vid. García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I.A.: “La protección de los datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019 Rodríguez Escanciano, S.: *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Albacete (Bombarzo), 2019 y *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2019; Gofri Sein, J.L.: *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (Incluido el Real Decreto-Ley 5/2018)*, Albacete (Bombarzo), 2018, Valdés Dal-Ré, F.: “Nuevas tecnologías y derechos fundamentales de los trabajadores”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 2/2019; Mifarro Yanini, M.: “Impacto del Reglamento comunitario de protección de datos en las relaciones laborales: un pretendido cambio cultural”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, n.º 423, 2018.

Doc. Labor., núm. 119-Año 2020-Vol. I. ISSN: 0211-8556. La aplicación de inteligencia... págs. 79 a 98

82 La aplicación de inteligencia artificial a los procesos...

DL

tanto profesionales como personales que pueden ser tenidos en cuenta para valorar el desempeño profesional. Pero la aplicación de esta tecnología que implica posesión y tratamiento de datos personales, constituye una realidad ambivalente, en la medida en que, a la vez que puede redundar en la mayor eficiencia en la intermediación laboral y la gestión de personal para las empresas, ello genera una mayor vulnerabilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores, no sólo de la intimidad y la dignidad, sino del derecho a la no discriminación en el acceso al empleo, que es un derecho consagrado en el art. 35.1 CE cuyo contenido se concreta, según doctrina constitucional consolidada, en el derecho de acceso al empleo sin discriminación, así como en el derecho a no ser privado del trabajo sin una causa justa en derecho.

Riesgos que aumentan exponencialmente cuando se da el salto del mero tratamiento de datos al empleo de la inteligencia artificial, ya que ésta comporta la reproducción, mediante una máquina de habilidades cognitivas humanas, generalmente aplicando algoritmos que se basan en modelos diseñados a través de aprendizaje automático a partir de la entrada de información, en muchos casos, de datos personales, no siempre estrictamente profesionales. Aparentemente, la aplicación de IA a los procesos de intermediación laboral y de selección de personal, por su objetividad y asepsia, podría dar lugar a un funcionamiento más eficiente del mercado de trabajo, blindado, además, frente a cualquier forma de discriminación, pero la realidad es bien distinta, ya que no se controla ni se conocen los datos que se suministran, ni de donde se obtienen, ni los perfiles que interesan o se descartan, con el resultado de una exclusión apriorística de personas con las competencias profesionales requeridas; tampoco se conocen las instrucciones que va automatizando la máquina, es decir, los *inputs* y *data input*. Por tanto, el avance digital plantea nuevos desafíos jurídicos en la efectividad y tutela del derecho fundamental de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo ya que, por su complejidad técnico-informática, las prácticas discriminatorias se hacen opacas e inextricables, estando además su soporte técnico –generalmente algoritmos– amparado por el secreto industrial (y esto sí constituye una novedad).

La evaluación de candidatos mediante inteligencia artificial se articula mediante la priorización de características que se asocian a determinados rasgos o competencias que el diseñador del algoritmo introduce según instrucciones del empleador ofertante de puestos de trabajo. Por tanto, hemos de partir de la existencia de una responsabilidad del empleador frente a la violación de derechos fundamentales que puedan generar estos procesos de selección basados en IA, ya que el empresario tiene una responsabilidad no solo de medios sino también de resultados respecto a sus obligaciones laborales.

En este trabajo se van a tratar de identificar las formas en que la IA puede afectar al derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo en los anuncios de trabajo de plataformas digitales, en procesos de selección externalizados y en la toma de decisiones de contratación laboral por parte del empresario, dejando por tanto el tema de la protección de datos en los portales de empleo de los servicios públicos de colocación. Más allá del mero tratamiento de datos por parte de estos operadores del mercado de trabajo, como decíamos, la delegación empresarial en la IA, automatizando decisiones de selección y contratación de personal, se torna un tema más complejo, pues supone un paso más allá del tratamiento de datos personales que, pese a su aparente neutralidad, puede, como sostenemos aquí, contribuir a invisibilizar prácticas de selección y contratación discriminatorias incrementando la vulnerabilidad de la persona que busca empleo. Es cierto que, aun cuando por el momento nos encontramos ante una práctica empresarial poco extendida que sólo afecta a grandes empresas, todo indica que es una realidad que tiende a instalarse y generalizarse³. Por ello, y ante su potencialidad lesiva

³ Es paradigmático el caso norteamericano, donde la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo ya advierte del uso de datos personales ajenos a las características del puesto de trabajo a cubrir, como antecedentes penales o informes de solvencia, con efectos discriminatorios por motivos étnicos, de sexo o de origen nacional Desde 2018 se han adoptado leyes prohibitivas de la investigación y el uso de antecedentes penales por parte de los empleadores, en treinta y cinco Estados, a partir de la primera adoptada en el Estado de California.

Doc. Labor., núm. 119-Año 2020-Vol. I. ISSN: 0211-8556. La aplicación de inteligencia... págs. 79 a 98

—el incremento de los riesgos de lesión- de derechos fundamentales como la intimidad, la propia imagen o la dignidad, pero también y fundamentalmente la no discriminación, es preciso que nuestro ordenamiento identifique el problema y proporcione en un futuro mecanismos específicos de tutela no contemplados en la normativa de protección de datos ni en de empleo.

Pero ello ha de hacerse reconociendo que, a la vez que existen riesgos reales de vulneración de derechos fundamentales, el tratamiento de datos y la IA pueden contribuir a una mayor agilidad y eficiencia en los procesos de colocación, selección y contratación de personal, contribuyendo a conectar los perfiles profesionales idóneos con las demandas de trabajadores, acortando significativamente la duración de estos procesos y la toma de decisiones. Razones por las que no se puede caer en el mero negacionismo al avance de la inteligencia artificial en la gestión del mercado de trabajo.

Por tanto, nos encontramos en un escenario ambivalente de nuevas oportunidades, pero también de nuevos desafíos y riesgos ante el que no se puede perder de vista la asimetría estructural del contrato de trabajo, porque precisamente éste es un factor a considerar tanto en clave legislativa como en clave judicial. Y ello porque esta tecnología no hace sino reforzar la superior posición contractual y precontractual del empresario, al permitirle un ejercicio más rápido y mejor fundamentado en términos de eficiencia económica de sus poderes y libertades, a la vez que debilita la posición del trabajador como ciudadano y titular de derechos fundamentales. Y ello aun cuando, al menos teóricamente (y siempre que no se pertenezca a un grupo discriminado), el demandante de empleo o candidato acortaría los tiempos de paro forzoso —las transiciones y las posibilidades de cambio— y encontraría el empleo más adecuado a su perfil profesional. En definitiva, lo que queremos poner de manifiesto es que a la asimetría contractual estructural del contrato de trabajo, se añaden aquí elementos que vienen a reforzarla, de un lado, la mayor vulnerabilidad derivada del uso de infotecnología (velocidad y opacidad) y, de otro lado, la posición del **mejor** aspirante a ser contratado cuyo estatuto jurídico es sensiblemente menos garantista que el del trabajador ya contratado.

Finalmente, también es objeto de este estudio determinar si nuestro ordenamiento cuenta con mecanismos de tutela adecuados y suficientes de los derechos fundamentales de los titulares de estos datos, fundamentalmente garantizando que los mismos (los datos y su tratamiento) sean utilizados para fines legítimos y no como instrumentos al servicio de una discriminación laboral encubierta por cualquiera de las causas prohibidas. Y es que en el ámbito laboral, la tutela de la intimidad informática tiene una naturaleza mediana respecto al derecho a la no discriminación, pues la mejor tutela antidiscriminatoria en el empleo parte del respeto a la intimidad informática, a los límites al tratamiento de datos personales con fines laborales y a la no aplicación de IA de base y/o con efectos discriminatorios.

El estado actual de los ordenamientos jurídicos, ante la creciente incorporación de estas herramientas informáticas en las empresas, es realmente insuficiente, pese a lo que ya se ha avanzado en el ámbito de la protección de datos personales tanto en el Derecho de la UE como en el ordenamiento interno. La libertad empresarial de contratar libremente a uno u otro trabajador es un derecho constitucionalmente garantizado que no se cuestiona, pero sí es urgente establecer límites específicos a dicha libertad cuando este derecho empresarial se ejercita con un soporte tecnológico que en la práctica permite al empresario conocer historiales médicos, situación familiar (pareja, hijos, separación, divorcio, custodia de menores...), aficiones personales, hábitos tóxicos o saludables, tendencia sexuales... La situación de desprotección es real, aun tratándose de datos que las personas ceden libremente a plataformas digitales para fines ajenos a la dimensión profesional (redes sociales), pero que son recogidos y tratados por máquinas que construyen perfiles y que de forma automática, y a veces anónima, llegan incluso más lejos, descartando a personas con determinados perfiles personales antes siquiera de poder participar en procesos de selección.

Y en este punto hemos de anticipar ya que cuando la ley interna la vigente LOPD regula en su Título X, bajo la rúbrica de "Garantía de los derechos digitales" (artículos 79 y ss.), una serie

Doc. Labor., núm. 119-Año 2020-Vol. I. ISSN: 0211-8556. La aplicación de inteligencia..., págs. 79 a 98

84 La aplicación de inteligencia artificial a los procesos...

DL

de derechos digitales novedosos (a la neutralidad de internet, al acceso universal, a la seguridad digital, a la educación digital...) vemos que, sin embargo, no regula garantías específicas respecto a los derechos fundamentales tradicionales (salvo la intimidad), necesitados hoy de mecanismos de tutela frente a la infotecnología y la inteligencia artificial. Siendo un caso elocuente de esta falta de previsión entre los derechos digitales el silencio en la LOPD sobre el derecho de acceso al empleo en condiciones de igualdad y no discriminación en las plataformas digitales y sistemas de decisiones sobre contratación automatizados (algoritmos).

2. EL TRATAMIENTO DE DATOS EN EL ACCESO AL EMPLEO. MARCO JURÍDICO

El derecho a la protección de datos personales (derecho a la intimidad informática) se considera hoy como un derecho fundamental de tercera generación, cuyo reconocimiento en el art. 18.4 CE ha determinado su progresiva configuración como un derecho fundamental autónomo o diferenciado respecto al derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la propia imagen y el derecho al secreto de las comunicaciones. Un derecho fundamental, aun inespecífico o general, de acusado impacto en las relaciones de trabajo.

Los datos de los trabajadores y de las personas que buscan empleo participando en procesos de intermediación laboral o de selección de personal se consideran datos personales en el sentido en que lo define el art. 4.1 del Reglamento UE 2016/679⁴, según el que 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. Por tanto, el tratamiento de datos que se realice en el ámbito de las ofertas y anuncios de empleo y de procesos de selección de personal está incluido en el ámbito de aplicación tanto del RPD-UE como de la LOPD.

De otro lado, por su importancia en la temática aquí tratada, es preciso señalar que el RPD establece un régimen jurídico diferenciado para algunas categorías de datos personales con carácter general, es decir, en cualquier tipo de relación jurídica. Pero, como veremos, el tratamiento de este tipo de datos merece una especial atención en el ámbito laboral y de la Seguridad y Protección Social. Se trata de los denominados «datos de categorías especiales». Concretamente, el artículo 9.1 del Reglamento prohíbe (con carácter general o no específicamente laboral) el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos, dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física. Todos estos datos personales podemos decir son altamente sensibles en el ámbito de la selección de personal, no solo por su elevado grado invasivo del derecho a la intimidad, sino por su alta potencialidad instrumental para las prácticas discriminatorias prohibidas. Sin embargo, el apartado 2 del mismo precepto (art. 9 RPD-UE) exceptúa de dicha prohibición de tratar estos datos, aparentemente absoluta, una serie de supuestos cuya aplicación al ámbito laboral se torna dificultosa, por no decir inviable. Concretamente, en nuestro ámbito, la colocación (ya que el precepto contempla hasta diez excepciones) debemos analizar cómo pueden jugar las excepciones previstas en los siguientes apartados:

⁴ 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 (Reglamento general de protección de datos) —en adelante, RPD-UE.

—en primer lugar (apartado a), cuando el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales "con uno o más de los fines especificados". Previsión que se ha de conectar con lo dispuesto en el art. 6.1.b) del mismo texto legal donde se alude de forma expresa al consentimiento del titular de los datos ("a petición de éste") para la aplicación de medidas precontractuales, como es el caso aquí analizado.

—en segundo lugar (en el apartado b) cuando ello sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la Seguridad y Protección Social, en la medida que así lo autorice el Derecho de la Unión, de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y del respeto de los intereses del titular de los datos.

—en tercer lugar (apartado h), se exceptúa de la prohibición de tratamiento de estos datos personales especiales, los supuestos en que ello sea necesario "para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario social...", sobre la base de disposiciones de la UE o el Derecho de los Estados miembros.

A partir de lo dispuesto en el Reglamento UE, cabría pensar que cabe el tratamiento de estos datos personales sensibles en los procesos de selección siempre que se cuente con la petición y consentimiento por parte del titular de los mismos. Sin embargo, dentro del marco de mejora que de nuestra Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales —en adelante LOPD, siendo esta la norma vigente que ha procedido a la adaptación del RPD-UE a nuestro ordenamiento jurídico—, establece que "a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para llevar a cabo la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico". En relación con estos datos "especiales", por ser especialmente sensibles o generadores de situaciones de mayor vulnerabilidad de los derechos fundamentales, particularmente el de no discriminación, nuestro ordenamiento adopta un régimen restrictivo del valor del consentimiento del titular respecto a este tipo de datos, limitando la libertad de disposición de éste e indicando implícitamente la necesidad de mayores garantías que, ciertamente, el precepto no concreta. De ello, podríamos concluir que se está ante una prohibición absoluta de tratar estos datos, en tanto no se desarrollen esas garantías adicionales, siendo esta tesis aun más firmemente sostenible en el ámbito de la relación laboral por la especial situación de inferioridad contractual del trabajador —ya contratado, ya demandante de empleo—.

Ciertamente, el párrafo segundo del art. 9.1 de la LOPD deja a salvo la posibilidad de tratamiento de estos "datos especiales" o sensibles en los restantes supuestos contemplados en el RPD-UE, por tanto, en los supuestos en que ello sea necesario, en nuestro caso para el ejercicio de derechos por parte del responsable del tratamiento —el empresario, los agentes de intermediación laboral, agencias de colocación, empresas de trabajo temporal— o del titular de los datos. Así como la excepción relativa a la medicina preventiva o salud laboral —que no interesa aquí—.

Por todo ello, en mi opinión, a partir de este precepto legal, hemos de entender que la obtención y tratamiento de estos datos por parte de los diferentes operadores en el ámbito del empleo y de la intermediación laboral o por parte de empresarios no es lícita, ni siquiera contando con el consentimiento del interesado o candidato a un empleo, ya que, de un lado, nuestra norma interna parece excluir el mero consentimiento como causa de excepción a la prohibición (al menos si no se prevén garantías adicionales); y de otro lado porque ni el derecho de acceso al empleo ni el derecho a contratar libremente a los trabajadores más adecuados al puesto de trabajo exigen necesariamente que estos datos se recaben y puedan ser objeto de tratamiento. Es más, su obtención y tratamiento pueden ser el origen de un tratamiento discriminatorio, no debiendo reconocer al consentimiento del titular de los datos el valor suficiente para exceptuar la prohibición general, porque nuestro ordenamiento exige algo más que ese "mero consenti-

Doc. Labor., núm. 119-Año 2020-Vol. I. ISSN: 0211-8556. La aplicación de inteligencia..., págs. 79 a 98

86 La aplicación de inteligencia artificial a los procesos...

DL

miento" y porque el contrato de trabajo se caracteriza por la desigualdad estructural de los contratantes lo que determina más fuertes restricciones a la autonomía individual de la voluntad en este ámbito y, finalmente porque dichos datos no son necesarios para evaluar la adecuación del candidato a las exigencias profesionales derivadas del puesto de trabajo, salvo que se tratara de una empresa ideológica o de tendencia. A estas consideraciones hemos de añadir la doctrina sentada recientemente por el TC en relación con un dato personal especial o sensible que es la recopilación por los partidos políticos de datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos (STC de 25 de junio de 2019), que juzga la constitucionalidad del artículo 58 bis apartado 1 la Ley Electoral General (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio), incorporado por la disposición final tercera, apartado 2) de la LPDD. El TC lo ha declarado inconstitucional, entre otros motivos, porque la norma impugnada no ha previsto garantías adecuadas frente a la recopilación de estos datos personales, sin que ello pueda quedar pendiente de un desarrollo posterior. En nuestro caso, ni tenemos previsión legal de tratamiento de estos datos sensibles ni menos aún con garantías específicas.

3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL MERCADO DE TRABAJO ON LINE

La gestión de las ofertas de empleo (un estadio previo y desvinculado del contrato en el que no hay aún ningún trato preliminar) hoy se aleja cada vez más de los mecanismos tradicionales, para situarse casi totalmente en la red y preferentemente se articula no de forma espontánea sino perfectamente estudiada, calculada y dirigida por sistemas diversos de inteligencia artificial (preferentemente algoritmos). A diferencia de los procesos de selección, donde el empleo de inteligencia artificial es aún incipiente, las ofertas o anuncios de empleo están siendo canalizados ya mayoritariamente por esta vía a través de plataformas digitales que, partiendo del acopio masivo de datos personales o anónimos (estructurados, semi estructurados o desestructurados), lo que se conoce como big data, son objeto de tratamiento para la obtención de una información precisa y útil (Smart data) de la que pueden disponer los empleadores.

Hoy no se cuestiona que, como expresamente reconoce el artículo 79 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales —todos ellos— sean plenamente aplicables en Internet, debiendo los proveedores y prestadores de servicios de la sociedad de la información "contribuir a garantizar su aplicación". Esta previsión alcanza todos los derechos y libertades fundamentales y no sólo el derecho a la intimidad de los trabajadores y empleados públicos, como expresamente consagra el art. 87 (uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral), el artículo 88 (derecho a la desconexión digital), el art. 89 (intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y grabación) y el art. 90 (intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización) del mismo texto legal.

Junto al derecho fundamental a la intimidad personal, la no discriminación es uno de los bienes jurídicos más frontalmente afectados y aunque en la fase de oferta no se pueda determinar la existencia de sujetos lesionados directamente, su impacto ulterior en las oportunidades reales de concurrir a procesos selectivos por parte de colectivos concretos es una consecuencia innegable.

El tratamiento de datos masivos y el empleo de IA en la confección de las ofertas de empleo, está determinando que lo relevante en primera instancia no sea la aptitud necesaria para un puesto de trabajo concreto, sino los perfiles o rasgos priorizados de los candidatos, como ya ha advertido la Agencia de la Unión Europea de Derechos Fundamentales⁵. Los algoritmos se han entrenado para obtener un resultado a partir de la combinación de datos con una serie de va-

⁵ Cfr. Big data, algorithms and discrimination, 2018, <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2018-in-brief-big-data-algorithms-discrimination.pdf>

riables en función del objetivo, partiendo del *big data*; sin embargo, esta potencialidad técnica no siempre tiene en cuenta la dimensión jurídica —especialmente los límites derivados de los derechos fundamentales— ni ética. Desde la perspectiva laboral, y específicamente antidiscriminatoria, a diferencia de otros ámbitos, es importante tener en cuenta que es más relevante la forma en que se tratan los datos que la forma en que éstos se obtienen.

En la doctrina laboral se ha prestado atención a los estudios previos al contrato de trabajo, particularmente al precontrato y los tratos preliminares⁶, analizando incluso los mecanismos de tutela frente a la discriminación por razón de género en los procesos de selección de personal. Sin embargo, el uso de IA en este ámbito (selección de personal), apenas comienza a ser objeto de atención doctrinal ni *judicial*, y ello aun cuando la realidad pone de manifiesto la necesidad de que los ordenamientos laborales incorporen este nuevo contexto en orden a garantizar los derechos fundamentales, particularmente el derecho de acceso al trabajo en condiciones de igualdad y no discriminación (art. 14 CE en relación con el art. 35.1 CE).

Hemos de partir del hecho de que, según datos del Eurobarómetro⁷, de la totalidad de contextos y situaciones de discriminación, un 14 % se relacionan con el acceso al empleo y de ellas, un 39,8 % son por razón de género (frente al superior porcentaje, el 49 %, por motivos étnicos, por ejemplo). La no discriminación en el acceso al empleo es un límite, a la vez que un punto de fricción, del derecho de libertad de empresa, en el que la mejor opción está amparada igualmente por el principio de libertad contractual. La doctrina constitucional, sin cuestionar estas libertades, sí ha señalado que las mismas no pueden servir de cobertura a decisiones atentatorias contra el derecho al trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades y de no discriminación, lo que llevará a la exigencia de la prueba de existencia de una razón objetiva.

Siendo incontestable, hoy por hoy, la subsistencia de trato discriminatorio por diversas causas (género, origen, orientación o identidad sexual, discapacidad, edad, apariencia, humanidad) en el acceso al empleo en el sector privado, el desplazamiento de los procesos humanos de selección hacia los sistemas automatizados basados en inteligencia artificial —preferentemente algorítmicos— y sus efectos, es un campo a penas explorado. La introducción de mecanismos automatizados para la selección de personal plantea nuevos desafíos por varios motivos:

—La complejidad de la base tecnológica determina que apenas sean comprensibles las razones de los resultados. Por ello, aun cuando se tengan indicios de tratamiento discriminatorio, los procesos selectivos son difícilmente atacables (mayor dificultad probatoria), fundamentalmente por desconocimiento técnico y falta de información.

—La apariencia de objetividad hace que los resultados se perciban como incontestables, generando pasividad y aceptación acrítica. Por tanto, se bajan las defensas y la discriminación encubierta o indirecta pasa desapercibida.

—La protección jurídica del código fuente del algoritmo por la Ley de Propiedad Intelectual y la Directiva 2009/24/CE, a la que también alude el considerando 63 de la LPD como límite del derecho de transparencia.

⁶Tempranamente, vid Martínez Girón, J. "El precontrato de trabajo en la jurisprudencia", REDT, n.º 19, 1984, Mella Méndez, L. *El precontrato de trabajo*, ed. Reus, Madrid, 2010 y Sánchez-Rodas Navarro, C. *El precontrato de trabajo: régimen jurídico*, ed. Aranzadi, 2010. Más recientemente y entrando más directamente en la cuestión aquí analizada, vid. Alameda Castillo, M.ª T.: *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

⁷Un trabajo que se publicará de forma inminente y cuya consulta se recomienda, es el estudio sobre algoritmos en la gestión de las relaciones de trabajo de la Prof.ª Rivas Vallejo, cuyo contenido constituyó su segundo ejercicio en el concurso a cátedra celebrado en 2019.

⁸Comisión Europea: La discriminación en la UE en 2015, <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/SP%20ECIA/SL/surveyKy/2077>

88 La aplicación de inteligencia artificial a los procesos...

DL

Hemos de tener en cuenta, además, que los efectos discriminatorios, además, no son siempre resultado de una estrategia selectiva deliberada. De hecho, en algunos casos a los que luego aludiremos, se ha visto que los resultados no eran controlables, porque la decisión humana participa solo en el diseño, pero el funcionamiento de un algoritmo es autónomo mediante o a partir del aprendizaje profundo.

Los desafíos que el ordenamiento jurídico-laboral ha de afrontar para tutelar a las personas frente a la discriminación indirecta producida por estos nuevos mecanismos de selección automatizada de personal son de orden procesal y sustantivo. Desde un punto de vista procesal, la cuestión nos remite a un problema fundamentalmente de prueba debido a la característica opacidad de estos mecanismos. Desde un punto de vista sustantivo, destaca la necesidad de introducir garantías adicionales (o mejorar las existentes), entre las que ocupan un lugar destacado medidas preventivas, de control público, de participación de los representantes de los trabajadores y previsión de garantías adicionales por la negociación colectiva dirigidas a salvaguardar los derechos y libertades de los trabajadores relacionados con el tratamiento de datos personales de los trabajadores.

En el caso de planteamiento de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, aunque se trataría siempre de la exigencia de responsabilidades de origen precontractual, o un eventual recurso de amparo, es claro que, dada la concurrencia de intereses en juego se ha de aplicar un juicio de ponderación entre los derechos en juego, valorando si el uso indiscriminado de datos personales es indispensable para el objeto propuesto, si ello es necesario y no hay otra medida menos lesiva para uno de los derechos en colisión y si se trata de una medida equilibrada (valorando ventajas e inconvenientes). Desde mi punto de vista, y refiriéndonos exclusivamente a la fase precontractual laboral —procesos de selección y tratamiento de ofertas y demandas de empleo— es claro que la forma en que operan muchas plataformas, agentes de intermediación privados y determinadas empresas, al aplicar algoritmos selectivos, que en su nivel más básico parten de un tratamiento indiscriminado de datos personales y no personales, están impidiendo —por el descarte o exclusión de perfiles personales— no ya el derecho al trabajo sino incluso la oportunidad de acceder a un anuncio o una oferta empleo por causas discriminatorias ajenas a las exigencias profesionales del puesto de trabajo, porque el sesgo discriminatorio se produce precisamente en los datos de entrenamiento del algoritmo.

En este punto es donde se puede afirmar que los tribunales no cuentan con los mecanismos ni soportes técnicos necesarios para valorar cuándo en estos mecanismos de selección basados en inteligencia artificial subyace una estrategia de discriminación de personas por su aspecto físico, su peso, su situación personal y familiar, su orientación, sus hábitos... o cuando, aun no existiendo tal estrategia el resultado es discriminatorio. Y es que realmente, para poder cumplir con su función jurisdiccional el poder judicial requiere del apoyo técnico-informático que sustente cualquier sentencia o resolución judicial al respecto. Apoyo que puede venir articulado mediante mecanismos de control previo —esto es de certificación que han de obtener estos algoritmos o máquinas inteligentes antes de poder ser utilizados—, o bien, mecanismos de control a posteriori en fase ya judicializada a través de una auditoría informática especializada. La importancia —y a la vez urgencia— de ir avanzando en esta dirección se eleva si tenemos en cuenta la dimensión colectiva de este tipo de técnicas de gestión de personal que afecta, de forma anónima pero altamente lesiva, a grupos de personas, sin siquiera su conocimiento y menos aún su consentimiento, pese a que cedieron datos personales en plataformas sociales no profesionales expresando un consentimiento genérico.

En relación con los derechos de los interesados frente al uso de IA, el RPD-UE —no así la LOPD—, contiene algunos preceptos que parecen referirse a la IA. El artículo 22.1 (dentro del capítulo III donde se regulan los derechos del interesado, en la sección 4.^a relativa al derecho de oposición y decisiones individuales automatizadas) reconoce el derecho de todo interesado "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 similar⁹. Por tanto, establece una prohibición a la toma de decisiones sin intervención humana. El apartado 2 de dicho precepto establece una serie de excepciones a tal prohibición y alguna de ellas posiblemente de aplicación a los procesos de selección, concretamente, cuando la decisión basada únicamente en el tratamiento de datos sea necesaria para la celebración de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento, cuando ello esté autorizado por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, siempre que se establezcan medidas adecuadas para salvaguardar derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o, finalmente cuando se basa en el consentimiento explícito del interesado. El apartado 3 del mismo precepto legal, contempla garantías adicionales para los casos en que excepcionalmente se permitan las decisiones automatizadas sin intervención humana y exige que en estos supuestos excepcionados de la prohibición el responsable del tratamiento adopte medidas de salvaguarda de los derechos, libertades e intereses legítimos del interesado y como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. Se trata de una prohibición de adoptar decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado sin intervención humana. Pero, además (apartado 4 del art. 22) se prevé, respecto a estas excepciones a la prohibición de adoptar decisiones únicamente basadas en tratamiento de datos automatizado, que dichas decisiones sin intervención humana "no se basarán en las categorías especiales de datos contempladas en el artículo 9 apartado 1". Es decir, que el tratamiento de automatizado y la decisión, incluida la elaboración de perfiles, en ningún caso podría basarse en el tratamiento de datos de origen racial, étnico, opinión política, confesión religiosa o filosófica, afiliación sindical, datos genéticos, biométricos, de la salud, la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

La LOPD desarrolla lo previsto en el Reglamento de la UE en el artículo 11 —cuya rúbrica es *transparencia e información al afectado*—, y aunque añade pocas novedades en este punto, sí establece expresamente que cuando los datos fueran obtenidos del afectado para la elaboración de perfiles, la información básica debe hacer mención a esta circunstancia y el interesado debe 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.

Aplicando lo previsto en el Reglamento a los procesos de selección de personal o adopción de decisiones sobre contratación por parte de empresas, basados únicamente en tratamiento automatizado, podríamos entender que la aplicación de algoritmos de selección de personal (que comportan la adopción de una decisión sin intervención humana) en ningún caso se podría amparar en las excepciones previstas en el Reglamento, pero en el caso de admitirse alguna de ellas (necesidad para celebrar un contrato o basada en el consentimiento explícito del interesado), en una interpretación amplia de dichas excepciones, nunca sería lícito, entiendo, que las decisiones automatizadas se basaran, ni mediata ni inmediatamente, en las categorías especiales de datos ya referidos. No obstante, ambas prohibiciones son fácilmente eludibles porque es más que posible que el acopio indiscriminado de datos personales en las redes sociales sea autorizado de forma irreflexiva por el propio interesado, que no presta atención a lo que da conformidad con tal de participar en la red y porque la complejidad técnica de los algoritmos hace indescifrable su *iter* y el mismo borra huellas de cualquier uso abusivo de los datos con los que se entrenó y aprendió. Además, aunque muchas empresas de selección o empleadores cumplan con la exigencia legal previendo la entrevista en la fase final (y así ya no sería una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado), lo cierto es que se han podido producir exclusiones o descartes de grupos enteros de personas en función de sus perfiles personales, en fases anteriores, a veces sin ser ellas conscientes, afectando ello a su derecho a no ser discriminado en el derecho de acceso al trabajo.

⁹Recordemos que el RPD define en el artículo 4.4) la "elaboración de perfiles" como: "toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física".

90 La aplicación de inteligencia artificial a los procesos...

DL

De otro lado, y directamente relacionado con ello, el RGPD-UE regula en su artículo 13 la información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado, estableciendo su apartado 2 una obligación de información adicional que deberá facilitar el responsable del tratamiento al interesado para garantizar un tratamiento de datos legal y transparente. Entre otras, el apartado f) se refiere a las decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, en las que se ha de proporcionar "al menos en estos casos" información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y consecuencias previstas de dicho tratamiento". Previsión que desde nuestro punto de vista obligaría a los titulares de los algoritmos de selección de personal a informar sobre estos aspectos, justificando su incumplimiento una reacción sancionadora, pero como la anterior, es también fácilmente salvable con una información al interesado. Junto a ello, dentro de este mismo número, el apartado 3 se refiere al supuesto de que el responsable del tratamiento proyecte el tratamiento ulterior de datos personales para un fin que no sea aquél para el que se recogieron, proporcionando al interesado (con anterioridad a dicho tratamiento ulterior) información. Del mismo modo, esta previsión será fácilmente llevada a cabo por el responsable sin que ello comporte un verdadero conocimiento por el titular.

En lo que a la utilización de algoritmos se refiere, podemos concluir que el RPD reconoce con carácter general (aun con excepciones) el derecho a una intervención humana, el derecho a impugnar la decisión y el principio de transparencia (lo que no implica derecho de acceso al código fuente¹⁰), todo ello como elementos en los que sustentar una eventual demanda por discriminación algorítmica en el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo¹¹.

El Consejo de Europa, cuya orientación político-jurídica se proyecta en este campo dando una mayor visibilidad y tutela a los derechos fundamentales, ha dado un paso más al referirse a la discriminación resultante de los algoritmos predictivos, que puede ser de aplicación a las situaciones de desprotección que las plataformas de empleo y redes sociales pueden producir por su uso para la elaboración de algoritmos de selección de personal, siendo posible invocar los mecanismos de tutela en el Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, adoptado en Estrasburgo el 29 de enero de 1981, modificado por el Protocolo de 2001 (Convenio 108+), adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 18 de mayo de 2018 (y cuya firma por los estados miembros de la UE se autorizó por decisión del Consejo de 8 de abril de 2019). Se trata sin duda de la norma más avanzada¹² en lo que a tratamiento automatizado de

¹⁰El código fuente es una secuencia o secuenciación de órdenes en lenguaje de programación cuya dificultad técnica sería de poca utilidad a un trabajador. Sobre la protección del código fuente del algoritmo bajo la normativa de propiedad industrial y el derecho de transparencia de la normativa de protección de datos se están dictando ya sentencias tanto en el TJUE (STJUE, Sala Segunda de 10 de julio de 2008, C-54/07, Asunto Feryn NV; STJUE de 25 de abril de 2013, C-81/12, Asunto Asociația Accept) como en nuestros tribunales, aunque en otros órdenes jurisdiccionales. Así el caso del bono eléctrico, Sentencia del Juzgado central contencioso administrativo n.º 8, proceso ordinario 18/2019, que estima parcialmente la demanda, no reconociendo el derecho de acceso al código fuente, considera existe obligación de proporcionar especificación técnica de la aplicación informática y resultado de las pruebas realizadas. Vid. También SAP Madrid 19/2019, de 18 de enero, STSJ País Vasco de 18 de febrero de 2018.

¹¹Transparencia y derechos de impugnación a los que alude también la Recomendación sobre Inteligencia Artificial del Consejo de la OCDE de 25 de mayo de 2019 y la propia Estrategia Española de Inteligencia Artificial.

¹²Más específicamente sobre IA, el Consejo de Europa ha adoptado la primera Carta Ética Europea sobre el uso de inteligencia artificial en los sistemas judiciales, con fecha 3-4 de diciembre de 2018 adoptado por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), donde se hace especial llamamiento al respeto a los derechos fundamentales en la aplicación judicial de IA. Establece cinco principios: respeto a derechos fundamentales; principio de no discriminación; calidad y seguridad del procesamiento de decisiones y datos judiciales; transparencia, imparcialidad y equidad; y principio "bajo control del usuario". La llegada de la IA a los sistemas judiciales, o justicia algorítmica, pese a su potencial es objeto de muchas críticas precisamente por los riesgos de discriminación y alta potencialidad lesiva de los derechos fundamentales. Sobre la ética de la IA desde una perspectiva técnica y jurídica y la conveniencia de disponer de un instrumento normativo específico, también se está avanzando en el seno de la UNESCO.

datos se refiere en el ámbito europeo y cuenta, además, con una útil Guía con las directrices más importantes para su aplicación –*Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*–. El aspecto más relevante, en lo que aquí se refiere, es que esta norma contempla con carácter general o no específicamente laboral la discriminación que puede resultar del procesamiento de datos mediante uso de algoritmos predictivos. Un avance, no obstante, insuficiente, ya que no prohíbe expresamente el tratamiento de datos por parte de un empleador con la finalidad de uso en un futuro un algoritmo predictivo, ni tampoco el procesamiento de datos globales que no comprometen la privacidad del individuo de un colectivo determinado, pero que pueden ser utilizados para predecir necesidades o concluir tendencias.

Però volviendo a la UE, y más específicamente referido al uso de la Inteligencia Artificial en el ámbito laboral, el Consejo Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre “*Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa*”¹³, también se ha pronunciado sobre la IA. Entre sus conclusiones y recomendaciones interesa destacar aquí (aunque tiene otros de interés, como la repercusión de la introducción de la IA sobre el empleo y los procesos de producción, las reestructuraciones socialmente responsables...) que el CESE pone de relieve la creciente importancia de los algoritmos en las condiciones de contratación, de trabajo y en la evaluación profesional, por lo que expresamente apoya el principio de transparencia algorítmica, que según señala el dictamen, “*no consiste en revelar códigos, sino en hacer inteligibles los parámetros y criterios de las decisiones que se toman*”, además de “*que el recurso humano ha de ser posible en todo momento*”. Se trata de una conclusión general sobre la IA en el ámbito laboral, junto a la que se también se refiere al tema de los sesgos de los algoritmos, los datos de entrenamiento y los posibles efectos perversos sobre discriminación, que considera, “*siguen siendo controvertidos*” en cuanto unos consideran que reducirán las discriminaciones en las contrataciones favoreciendo contrataciones más inteligentes; y otros que consideran que los programas y algoritmos reflejarán sesgos de los programadores y/ de sus clientes (opiniones revestidas de matemáticas). Ante lo cual recomienda que se garantice la transparencia del algoritmo, el derecho a solicitar los criterios de decisión, el derecho a intervención humana y se respeten los principios de proporcionalidad y finalidad de los datos.

En la misma línea se sitúa, además de la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2018, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales¹⁴, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “*Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*”, en abril de 2019, que igualmente apunta a la necesidad de garantizar la transparencia (trazabilidad, explicabilidad, comunicabilidad adecuada), la diversidad, no discriminación y la equidad, así como la instauración de mecanismos de rendición de cuentas (auditorías)¹⁵.

¹³ Dictamen de iniciativa (2018/C 440/01), en el DOUE de 6.12.2018.

¹⁴ Aunque se refiere a los macrodatos con fines coercitivos en el número 32, sobre discriminación, señala la necesidad de normas éticas más elevadas en el análisis de datos y que se garantice la intervención humana y la rendición de cuentas a lo largo de las distintas etapas de la toma de decisiones, no solo para evaluar la representatividad, la exactitud y la calidad de los datos sino también la idoneidad de cada decisión que vaya a adoptarse sobre la base de dicha información.

¹⁵ Con posterioridad, la Comisión ha presentado los pasos a dar para generar confianza en la inteligencia artificial a partir del trabajo del grupo de expertos independientes, el 8 de abril de 2019, fijando sus Directrices Éticas y estableciendo siete requisitos esenciales para una inteligencia artificial fiable: 1) intervención y supervisión humanas; 2) robustez y seguridad de los algoritmos; 3) privacidad y gestión de datos (control de los propios datos y uso perjudicial ni discriminación); 4) transparencia (trazabilidad); 5) diversidad, no discriminación y equidad; 6) bienestar social y medioambiental; 7) rendición de cuentas. La Confederación Europea de Sindicatos hizo pública su posición –adoptada por el Comité Ejecutivo de 24 de abril de 2019– que viene en lo esencial a considerar adecuadas dichas directrices, sin embargo, desarrolla los siete puntos y plantea algunas observaciones críticas. Primero que es un texto de recomendaciones no vinculantes y una guía de autoevaluación, pero no anuncia iniciativa legislativa o reguladora. Y segundo, en el texto no se prevé ningún “botón de emergencia” ni solución para la auto exclusión voluntaria de trabajadores y ciudadanos europeos.

92 La aplicación de inteligencia artificial a los procesos...

DL

Pautas parecidas marca también la Recomendación sobre Inteligencia Artificial, adoptada por el Consejo de la OCDE, de 22 de mayo de 2019, que en relación con la IA propugna la implantación de valores centrados en el ser humano y la equidad, por lo que recuerda la obligación de los actores de IA de respetar los derechos humanos y valores democráticos a lo largo del ciclo de vida del sistema de IA. Menciona, junto a la libertad, la dignidad y autonomía personal, la privacidad, la protección de datos, precisamente la igualdad y no discriminación y los derechos laborales internacionalmente reconocidos. Y para garantizarlos conmina a los actores de IA a comprometerse con la transparencia y la “explicabilidad” de la IA. En España se ha avanzado poco en la implantación de estas recomendaciones y sólo muy parcialmente se alude al uso ético de la IA en todos sus campos de aplicación, en la Estrategia Española de I+D+i en Inteligencia Artificial (como primer paso hacia una Estrategia Nacional de IA).

4. APROXIMACIÓN ILUSTRATIVA A LA REALIDAD DE LAS REDES Y PLATAFORMAS DIGITALES

Para comprender la dimensión del problema y las insuficiencias de la normativa de protección de datos en relación con las fases previas a la contratación laboral y el derecho fundamental a la no discriminación en el acceso al empleo es preciso analizar mínimamente como operan las plataformas y redes digitales, tanto las profesionales como las redes sociales pretendidamente ajenas a estos procesos de selección. Hemos de tener en cuenta que la inteligencia artificial ya automatiza la calificación y la evaluación de las demandas de empleo en la búsqueda del candidato óptimo, mediante la delegación de la decisión humana en algoritmos de aprendizaje automático. Este es el caso, por poner un ejemplo, de empresas como Irditex, Decathlon, Kiabi, Natura, Telefónica, BBVA o Amazon. Junto a las empresas, las plataformas de selección o portales de empleo captan un volumen masivo de ofertas y demandas de empleo. Por ejemplo, Infojobs gestiona mensualmente unos 2.5 millones de demandas de empleo y 100.000 ofertas de trabajo *on line*.

En el momento presente se puede pues afirmar que coexisten un mercado de trabajo que se gestiona de la forma tradicional y un mercado de trabajo *on line*. Y aunque en ambos casos se plantea el mismo problema de base en relación con la discriminación, sin embargo la potencialidad lesiva del derecho de no discriminación en el acceso al empleo del segundo es muy superior al primero, ya que en el mercado de trabajo tradicional, la lesión se limita a la fase de la elección, mientras que el mercado *on line* la potencialidad discriminatoria se proyecta más ampliamente, incluso en la publicidad de la oferta de trabajo (cómo se presenta la oferta de trabajo a los posibles interesados) y en la preselección que comporta seleccionar quienes pueden o no visualizar una determinada oferta de trabajo. En manos de la IA las personas son conducidas por los laberintos de la red, a través de su propia cesión de datos personales, como ratones, unos hacia el queso, otros hacia la trampa mortal de la exclusión o descarte. La exigencia legal de transparencia es fácilmente eludida por estas plataformas que deciden discriminatoriamente sobre ofertas y sobre demandas, en la absoluta ignorancia o indefensión de sus usuarios.

Plataformas sociales como Facebook en 2012 contaba con mil millones de usuarios interconectados, o que supone la datificación del 10 por 100 de la población mundial. En Estados Unidos esta red se ha enfrentado a una reclamación por selección discriminatoria de potenciales candidatos –por razón de edad y género–, por parte de la American Civil Liberties Union. La práctica discriminatoria no se efectuaba abiertamente, sino simplemente haciendo que solo determinadas personas con unas características concretas pudieran ver “de modo accidental” una oferta de trabajo, lo que Facebook y los empleadores anunciantes justificaban en que los anuncios se segmentaban por razón del tipo de personas que podían estar más interesadas en las vacantes ofertadas. El litigio no se judicializó al llegar a un acuerdo indemnizatorio con los perjudicados y además Facebook procedió a modificar su portal significativamente eliminando rangos de edad, género, rasgos demográficos asociados a raza o patrimonio, también a solicitar a los anunciantes certificación de cumplimiento de la legislación y a someterse a audiencia periódica.

El caso de Amazon es igualmente interesante a estos efectos. Emplea un algoritmo (k-vecino más cercano o KNN) para informar al cliente de los productos que le pueden interesar, pero a la vez también se emplea para detectar rasgos de proximidad con el perfil de un puesto de trabajo o para captar perfiles profesionales concretos. Es interesante saber cómo funciona el sistema de trabajo en esta plataforma: los trabajadores de Amazon Mechanical Turk bajo el sistema de economía colaborativa, operan como trabajadores por cuenta ajena en una red social de forma subordinada con tareas relacionadas con la recolección y tratamiento de datos, entre otros, buscar tareas lucrativas y empleadores de buena reputación. En este caso, la herramienta digital, el software que emplea esa compañía, se desvió discriminatoria por razón de género, ya que el algoritmo se había entrenado con currículos de candidatos compilados a lo largo de una década y en su mayoría eran hombres, de lo que la inteligencia artificial concluía que ser hombre era requisito necesario para puestos técnicos, excluyendo sistemáticamente a mujeres con formación técnica adecuada. Tras intentos por parte de Amazon de modificar el sesgo, tres años más tarde de su creación, eliminó el programa de reclutamiento.

La plataforma Uber (que cuenta con 91 millones de consumidores mensuales y 3,9 millones de conductores y 22.000 empleados en todo el mundo), es caso paradigmático del empleo de mecanismos de branding (marca de prestigio). Los clientes contribuyen a la conformación de una imagen reputacional, haciendo que sean los usuarios los colaboradores necesarios en la conformación de su índice de reputación, lo que genera que los prejuicios o sesgos de los usuarios influyan directamente en la valoración de los trabajadores (estereotipos como peor conducción de las mujeres, la negativa de mujeres a dar cobertura en algunas zonas o en algunos horarios...). Todo ello acaba condicionando la política de contratación de esta empresa.

Sobre la justificación de decisiones del empresario basadas en las opiniones y gustos de los usuarios, el TJUE ya se ha pronunciado sobre su no acomodo al Derecho de la UE. En el asunto de la STJUE de 12 de marzo de 2008 (C-54/07), Asunto Reyn, el Tribunal analiza la existencia de criterios discriminatorios en materia de selección de personal contra esta empresa, política de personal que la empresa justifica precisamente en la no contratación de extranjeros en las preferencias de sus clientes. Dando respuesta a la cuestión prejudicial presentada por un Tribunal belga e interpretando la Directiva 2000/43/CE (art. 2.2.a) y 8.1), califica la declaración pública de la empresa de que no realizará contrataciones de personas por razones de raza o etnia como una discriminación directa, correspondiendo a la empresa la carga de la prueba de que dicha política de contratación laboral no se llevó a efecto en la práctica. De igual forma, podemos calificar de discriminatoria la política de contratación de Uber, sin embargo, al operar mediante sistemas digitales de reputación automatizados, puede introducir el sesgo de forma mucho más diluida, menos transparente, ya que se introducen muchas capas de datos como criterios de mejora de la prestación de servicios haciendo muy difícil la trazabilidad de los mismos. Pero lo que sí que es evidente que su servicio de satisfacción del cliente *on line* que aparece en la aplicación de usuario, no se ajusta a las exigencias de la normativa de protección de datos personales de sus trabajadores, ya que estos datos son introducidos por los usuarios y objeto de tratamiento, son de conocimiento público y, además, pueden penetrar en otros entornos digitales ajenos a la empresa en multitud de redes sociales.

Nos interesa profundizar más en el caso de Uber, al ser una empresa de gran dimensión y públicamente implicada en la lucha por la igualdad y no discriminación. Concretamente Uber participa en la Coalición Empresarial por la ley de igualdad de la Fundación Human Rights Campaign y además apuesta públicamente por la diversidad y la inclusión. De hecho cuenta con recursos en la línea para diferentes colectivos (diversidad): para empleados con discapacidad (Uber Able), para la inclusión de colectivo LGTBQ+ (Uber Pride), para la inclusión socio económica (Uber Equal) para mujeres en ingeniería (LadyEng), para empleados de color (UberHUE) para empleados de origen latino (Los Ubers), para asiáticos (herencia asiática), para empleados de género no binario y sus simpatizantes (Mujeres de Uber)... entre otros. Pese a ello en 2018 UBER fue investigada en Estados Unidos por la Comisión de Igualdad de Oportunidades por discriminación de género y racial, tanto en materia retributiva como en política de contratación de personal, sin que se hayan publicado aun las conclusiones.

94 La aplicación de inteligencia artificial a los procesos...

DL

Igualmente problemáticas resultan las ofertas flotantes (sistema Looklike), se trata de anuncios que se insertan de forma flotante en diversas redes sociales y plataformas digitales (Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, Twinty, Myspace, Google+, Vine...). e incluso en sistemas de mensajería instantánea como Whatsapp y que se dirigen selectivamente a personas en función de la decisión que adopta un algoritmo en función de semejanzas detectadas. Podríamos decir que es publicidad selectiva de anuncios de empleo efectuada mediante aplicación de un algoritmo, cuyo resultado es que las vacantes solo se ofrecerán a un tipo de personas.

A través de estos ejemplos, podemos ver como la creciente digitalización de los procesos de selección de personal se basa en datos personales. Datos que la persona que busca empleo ha de ceder voluntariamente para poder participar en ellos. De esta manera la empresa que ofrece un empleo accede a datos personales de todos los aspirantes que puede, además, ampliar cruzándolos con todo rastro digital de estas personas y, evidentemente proceder a su tratamiento. Lo mismo sucede cuando se produce una cesión de datos por parte del aspirante a la plataforma de reclutamiento, la que puede usar datos extralaborales como criterios de selección digital. En ambos casos la incorporación de algoritmos predictivos puede permitir priorizar características imprescindibles para el puesto pero también incluir unos criterios extra laborales o valores tradicionales propios de un género u otro, o incluir criterios nuevos neutros.

En definitiva, tras mucha IA hay una decisión humana y es ahí donde hay que apuntar jurídicamente, tanto para prevenir como para reparar las discriminaciones en el acceso al empleo. Ver en la IA una oportunidad para una mayor objetividad y neutralidad en los procesos de selección no es ser optimista, de la misma manera que verla como una amenaza para los derechos fundamentales, no es ser pesimista, porque la tecnología no es neutra, la IA tampoco, debiendo ser el ser humano quien decida su uso como instrumento de avance o retroceso social.

El uso de las redes sociales y buscadores de empleo *on line* para reclutar candidatos o buscar empleo es una práctica que ya en el año 2012 afectaba el 48,7% de las empresas españolas¹⁶. La política de privacidad de las distintas web suele considerarse que cumple con las exigencias de la LOPD de informar a los titulares de los datos sobre la finalidad, destino o uso de esos datos que ha suministrado, junto con la inclusión de “avisos legales” que permiten la identificación del titular de la web o plataforma digital. Junto a ello algunas plataformas informan al usuario de la posibilidad de restringir el acceso a sus datos implantando niveles de privacidad según su propio criterio, pero lo hacen de forma poco transparente o dificultosa, de forma que en la práctica los usuarios no hacen uso de ninguna posibilidad de restricción.

Desde un punto de vista jurídico laboral, las plataformas y portales de empleo, se sitúan en una zona de “alegalidad” en cuanto generalmente no son considerados agentes de intermediación laboral (no son agencias de colocación) y amparan su no ilegalidad en que su actividad se limita a la publicación de ofertas de trabajo y trabajadores disponibles, es decir, que, supuestamente se limitan a una actividad informativa que no implica intermediación, ya que una vez el usuario se inscribe es él quien entra en contacto con la empresa o agencia de selección, sin actuación por parte de la plataforma o portal de empleo. Sin embargo, si se aplican criterios de interpretación realista o no meramente formalista, lo cierto es que cuando estos portales no se limitan a dar publicidad sino que gestionan la base de datos analizando perfiles, idoneidad, dirigiendo las ofertas y demandas en la red, aun mediante algoritmos o procesos automatizados de decisión sin intervención humana, se trata materialmente de una actividad de intermediación que opera sin los requisitos ni garantías exigidos a las agencias de colocación, lo que los sitúa al margen de la ley¹⁷. Y ello aunque se trate de plataformas que tienen su sede fuera de nuestro territorio, pues operan aquí y la ley laboral interna se conforma como norma de orden público laboral.

¹⁶ Vid. III Estudio Adecco Profesional, diciembre 2012.

¹⁷ De hecho, se ha interpuesto por una de estas plataformas denominada “Red Trabajar” S.L. una demanda contra el Servicio Público de Empleo del Estado por coincidencia de nombre en el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Al

5. COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

Los estadios previos al contrato, aunque no exista precontrato o promesa de contrato, no son ajenos al ámbito de la jurisdicción social. Concretamente el art. 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social –LRJS–, en su apartado p) incluye dentro del ámbito del orden jurisdiccional social p) *En materia de intermediación laboral, en los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquéllos y entre estas últimas entidades y el servicio público de empleo correspondiente.* Sobre la base de esta disposición, es posible plantear una demanda por discriminación en el derecho de acceso al empleo sin discriminación, mediante la modalidad de tutela de derechos fundamentales, siempre que intervenga un servicio público de empleo, una agencia de colocación autorizada y "otras entidades colaboradoras de aquéllos". Para determinar el alcance normativo de estos conceptos hemos de acudir a la Ley de Empleo.

Qué hemos de entender por estas "entidades colaboradoras" de los servicios públicos, desde luego las empresas de selección de personal, las propias empresas en sus departamentos de recursos humanos o las plataformas digitales profesionales, al amparo de lo previsto en la Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto de la Ley de Empleo), no pueden ser consideradas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo. Es cierto que la Ley de Empleo establece entre los objetivos generales de la política de empleo (art. 2) "a) Garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 9.2 de la Constitución Española, en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, así como la libre elección de profesión u oficio sin que pueda prevalecer discriminación alguna, en los términos establecidos en el artículo 17 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores" y –apartado d)– "asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, personas con discapacidad y parados de larga duración, mayores de 45 años". Siendo el principio de igualdad y no discriminación uno de los bienes constitucionales que mayor centralidad tiene en esta Ley, siendo ello una de las principales razones del intervencionismo público en el mercado de trabajo, tal y como se expresa en el art. 7 d) en que la igualdad y no discriminación limitan el libre juego de oferta y demanda, que va más allá de lo previsto en el art. 14 CE al vincularse expresamente en esta Ley con lo dispuesto en el art. 9 CE que nos remite a las acciones positivas para la consecución real y efectiva.

Pese a ello, para que el orden social pudiera admitir demandas por discriminación debida a un tratamiento de datos o tratamientos automatizado de datos procesos selectivos en empresas o externalizados, es preciso que la Ley de Empleo considerara a éstos como "otras entidades autorizadas", lo que no contempla el art. 32, que contiene una enumeración cerrada, además de que los procesos de selección o actividades instrumentales a estos procesos no entran en la definición que el art. 31.1 LE realiza de la actividad de intermediación, como es sabido, limitada a la puesta en contacto entre oferta y demanda. No obstante, las plataformas digitales profesionales que propiamente no realizan procesos de selección, sino que se limitan a la recogida y cruce de datos, elaboración de perfiles o de algoritmos que luego se venden a empresas y agencias de selección, podrían incluirse implícitamente en el concepto de agentes intermediadores en sentido literal, pero nunca como entidades colaboradoras que realizan un servicio público en los términos del art. 31.3 de la LE.

canle, con sentencia favorable de 23 de febrero de 2012 (rec. 445/2010). En la doctrina, en defensa de la necesaria regulación de estas plataformas, portales y redes, vid. Aguilar Castillo, M.C.: "Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera", en VV.AA., dir. Rodríguez-Piñero Royo y Hernández Bejarano, *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, 2017, pág. 313 y ss.

Doc. Labor., núm. 119-Año 2020-Vol. I. ISSN: 0211-8556. La aplicación de inteligencia..., págs. 79 a 98

96 La aplicación de inteligencia artificial a los procesos...

DL

En definitiva, la Ley de Empleo, repetimos, pese a la centralidad en toda la ley del principio de igualdad y no discriminación –recogido de forma reiterativa a lo largo de todo su articulado y muy especialmente en el art. 35– y la previsión de medidas de acción positiva, no ha previsto en modo alguno ni las acciones de selección de personal, ni de publicidad, ni el empleo de *big data* y su tratamiento automatizado al servicio de dichas actividades. Ello a la postre comporta la dificultad de articular una demanda en el ámbito laboral, no tanto por tratarse de una responsabilidad extracontractual sino porque, aunque el orden social tiene competencias en materia de colocación y empleo, ello se condiciona a que el conflicto surja entre trabajadores y servicios públicos de empleo, agencias de colocación autorizadas y "otras entidades colaboradoras de aquéllos".

El artículo 34 LE que regula los principios básicos de la intermediación laboral, puede aportar algún elemento para determinar cuáles pueden ser esas "otras entidades colaboradoras", estableciendo que:

1. *La intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras entidades colaboradoras de aquéllos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos.*

Los servicios públicos de empleo, agencias y entidades señalados en el párrafo anterior someterán su actuación en el tratamiento de datos de los trabajadores a la normativa aplicable en materia de protección de datos.

2. *Con el fin de asegurar el cumplimiento de los citados principios, los servicios públicos de empleo garantizarán que el proceso específico de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo corresponda, con carácter general, al servicio público de empleo y a las agencias de colocación.*

En el supuesto de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, los servicios públicos de empleo podrán contar con entidades colaboradoras especializadas para realizar el proceso a que se refiere el párrafo anterior.

3. *Los servicios públicos de empleo asumen la dimensión pública de la intermediación laboral, si bien podrán establecer con otras entidades y con agencias de colocación, convenios, acuerdos u otros instrumentos de coordinación que tengan por objeto favorecer la colocación de demandantes de empleo.*

Este precepto legal viene a determinar dos aspectos de interés para el tema que nos ocupa: de un lado, la exigencia del respeto al principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo y la transparencia, también a dichas "entidades colaboradoras" de los agentes de intermediación laboral; y de otro que dichas entidades no pueden ser consideradas como colaboradoras si no se cuenta con convenios, acuerdos u otros instrumentos de coordinación. Lo que nos lleva a hallar un argumento más en favor de la imposibilidad de considerar que plataformas digitales, agencias de selección o empresas con departamentos propios de selección puedan ser consideradas de forma generalizada como entidades colaboradoras que mencionan tanto la LRJS como reiteradamente la LE.

Por tanto, la tutela frente a la discriminación en procesos de selección o en redes digitales profesionales quedaría paradójicamente fuera del ámbito de la jurisdicción social, siendo sólo posible articular una demanda por violación de derechos fundamentales en el orden civil¹⁸. De

¹⁸ De hecho, fue la Sala Civil del TS la que entró en esta materia en su Sentencia de 15 de octubre de 2015 (ROJ STS 4132/2015), a partir de la doctrina sentada por el TJUE en el "caso Google", donde se reconoció el derecho

hecho, la Sala de lo Civil del TS es la que ya se ha pronunciado sobre los derechos fundamentales –el de no discriminación en el acceso al empleo–, siendo especialmente interesante la STS de 12 de noviembre de 2015 (núm. 609/2015) en la que sin procedimiento de casación en infracción procesal, el TS admite el recurso por vulneración del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en relación con el acceso al empleo¹⁹.

La competencia del orden social para tutelar este derecho fundamental exigiría efectuar cambios legales: bien una ampliación de la previsión del art. 2 p) LRJS para incluir expresamente los conflictos entre demandantes de empleo y las agencias de selección de personal, plataformas digitales y empresas con algoritmos de selección propios. O bien, alternativamente, incluir a estas agencias de selección (o empresas con estos servicios), plataformas digitales o servicios *on line* como sujetos incluidos en el ámbito de la LE, como agentes colaboradoras de intermediación a través de la obligatoria suscripción de convenios con los servicios públicos, que permitan a éstos mantener un control sobre las prácticas de estas agencias, plataformas o grandes empresas con servicios de selección propios. En muchos casos, como por ejemplo sucede con las agencias de selección de personal, no se lleva a cabo una actividad de mera intermediación, sino que su actividad va más allá y se proyecta directamente sobre el momento de la decisión sobre contratación o no contratación, por ello la necesidad de tutela frente a prácticas discriminatorias es si cabe más necesaria. Y en este punto es donde el derecho a la no discriminación viene a limitar la libertad de empresa y la libertad contractual, porque no discriminar no comporta imponer una contratación ni la contratación de persona determinada, sino simplemente objetivar una decisión en base a criterios profesionales.

Otra opción, que no requeriría de modificación legal alguna, es la posibilidad de demandar a estas plataformas, agencias o empresas por actuar como agencias de colocación al margen de las exigencias legales, es decir, considerarlas verdaderas agencias de colocación ilegales. Esta vía, para atacar judicialmente estas plataformas o agencias de selección, requeriría un planteamiento, caso por caso, y requeriría probar que en el caso concreto hay una puesta en contacto entre oferta y demanda, lo que no siempre se produce, como hemos visto. Además, ésta es una vía lenta y, lo que es peor, va contra la realidad, además de que no va dirigida a la tutela de los individuos frente a prácticas discriminatorias, por lo que parece más razonable proceder a su regulación como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo.

Carencia en la normativa que disciplina el mercado de trabajo que tampoco cubre la de protección de datos, ya que, tras el análisis de la Ley 3/2018 –LOPD–, se constata que, aun reconociéndose derechos digitales específicamente laborales, todos ellos se refieren a la fase contractual, concretamente a la de desarrollo o ejecución del contrato, excluyendo un trata-

al "olvido digital" en relación con información personal perjudicial, salvo personas de relevancia pública y su eliminación de los buscadores de internet como Google. En esta sentencia se advierte del efecto estigmatizador y de las dificultades para una plena integración social, de mantener indexada la información, ya que no se cumple con los principios de adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud exigida en la normativa de tratamiento de datos.

¹⁹ Se plantea en este supuesto la cesión de datos personales de un trabajador por parte de la empresa Cotronic. Particularmente interesante es el planteamiento que esta sentencia efectúa sobre la carga de la prueba en relación con las listas negras de empresarios a partir de ficheros de datos personales, sosteniendo la existencia de una acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias de una y otra parte procesal. En este caso el TS se apoya en la dificultad probatoria del demandante procesal –trabajador en proceso de selección de personal– por su alejamiento de la fuente probatoria, siendo relevante como aportación de indicios la declaración de un miembro del comité de empresa de Telefónica sobre la existencia de un fichero de trabajadores conflictivos, construido no sólo con los datos de Telefónica sino también con las comunicaciones de datos de otras empresas contratistas y subcontratistas.

Doc. Labor., núm. 119-Año 2020-Vol. I. ISSN: 0211-8556. La aplicación de inteligencia..., págs. 79 a 98