

DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA EN EL EMPLEO Y EN LA RELACIÓN LABORAL

TATIANA RODIÑO DOMINGUES

Personal Investigador
Universidade de Vigo (España)
tati.rodino16@gmail.com

RESUMEN

La proliferación de la inteligencia artificial y de los algoritmos en el ámbito jurídico laboral, ha creado un debate jurídico acerca de las consecuencias que su uso puede conllevar en torno a los derechos fundamentales. También, en lo referido a la aplicación de estos mecanismos automatizados en los procesos de acceso al empleo, el derecho a una intervención humana mínima y el obligado deber de transparencia. Por ello, tras diversa normativa soft law, la Unión Europea ha definido como prioridad, la aprobación de la futura "Ley de inteligencia Artificial", que supondrá un antes y un después a la hora de configurar el uso y los límites de la IA.

Palabras clave: Inteligencia artificial; Big Data; Algoritmos; Transparencia; Discriminación algorítmica; Acceso al empleo; Decisiones automatizadas; Protección de datos.

RESUMO

A proliferación da intelixencia artificial e dos algoritmos no ámbito xurídico laboral, creou un debate xurídico acerca das consecuencias que o seu uso pode conllevar entorno aos dereitos fundamentais. Tamén, no referido as aplicacións destes mecanismos automatizados nos procesos de acceso ao empleo, o dereito a unha intervención humana mínima e o obligado deber de transparencia. Por iso, tras diversa normativa soft law, a Unión Europea definiu como prioridade, a aprobación dunha futura "Lei de Intelixencia Artificial", que

supondrá un antes e un despois á hora de configurar o uso e os límites da IA.

Palabras chave: Intelixencia artificial; Big Data; Algoritmos; Transparencia; Discriminación Algorítmica; Acceso ao emprego; Decisións automatizadas; Protección de Datos.

ABSTRACT

The proliferation of artificial intelligence and algorithms in the field of labour law, has created a legal debate about the consequences of their use on fundamental rights. Also, with regard to the application of these automated mechanisms in the employment access processes, the right to minimum human intervention and the obligatory duty of transparency. For this reason, after several soft law regulations, the European Union has defined as a priority the approval of the future "Artificial Intelligence Law", which will mark a turning point in the definition of the use and limits of AI.

Keywords: Artificial intelligence; Big Data; Algorithms; Transparency; Algorithmic discrimination; Access to employment; Automated decisions; Data protection.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. BIG DATA Y PROTECCIÓN DE DATOS; 3. USO ALGORÍTMICO EN EL ACCESO AL EMPLEO; 4. ¿REGULACIÓN DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL?; 4.1. LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS ALGORITMOS; 4.2. EL DERECHO INTERNO ANTE LOS ALGORITMOS; 5. DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA; 5.1. ESPECIAL MENCIÓN A LA DISCRIMINACIÓN EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN; 6. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO POR USO DE SISTEMAS ALGORÍTMICOS; 7. DIFICULTAD A LA HORA DE IMPUGNAR DECISIONES ALGORÍTMICAS EN UN PROCESO DE SELECCIÓN; 8. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La aparición de la inteligencia artificial ha provocado grandes cambios en la sociedad, esto es indiscutible. La Comisión Europea definió el término "inteligencia artificial" como aquel

que “se refiere a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción -con cierto grado de autonomía- con el fin de alcanzar objetivos específicos”¹ En efecto, durante los últimos años, la implementación del tratamiento y procesamiento automatizado de datos ha introducido un nuevo factor a tener en cuenta en la sociedad y por ende en el ordenamiento jurídico de los países. Cada vez es más habitual delegar en los algoritmos funciones que en el pasado eran esencialmente humanas y esto se debe principalmente a la facultad que se le otorga al empresario para tomar decisiones de forma automatizada, la mayor rapidez y el ahorro de costes que esto supone. Surgen, en consecuencia, nuevos supuestos de hecho y regulaciones de carácter novedoso que tienen o deben dar respuesta a cada vez más interrogantes.

El presente artículo se divide en seis partes. En primer lugar, se trata de establecer las bases sobre las cuales funciona la inteligencia artificial: el big data y la consecuente regulación de los datos a través del Reglamento General de Protección de Datos. En segundo lugar, se explica el uso algorítmico en el acceso al empleo desde un punto de vista genérico y trayendo a colación la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo, y el papel fundamental que los algoritmos van a tener en el funcionamiento del Sistema de Información de los Servicios de Empleo (SISPE). En tercer lugar, se ahonda en la regulación existente a día de hoy tanto a nivel europeo como a nivel estatal y se resalta la ausencia de una normativa específica en materia laboral. En cuarto lugar, se expone la discriminación algorítmica existente y, en concreto, se hace especial mención a dicha discriminación en los procesos de selección y la posible vulneración de derechos que ello supone. En quinto lugar, se resaltan las obligaciones que le surgen al empresario por la aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito laboral. Por último, y para concluir, se trae a colación un evidente problema actual en relación con

¹ Comunicación de la Comisión del Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia Artificial para Europa, 26 de junio de 2018, COM (2018) 237.

la impugnación de las decisiones algorítmicas por parte del trabajador cuando entiende vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación.

2. BIG DATA Y PROTECCIÓN DE DATOS

La aparición de la inteligencia artificial y su aplicabilidad, entre otros, al ámbito del Derecho del Trabajo, constituye una realidad sin precedentes. En este contexto, el Big Data aparece como un elemento esencial para que los algoritmos puedan realizar un tratamiento posterior. Sin datos no hay inteligencia artificial. Por ello, estos conceptos que no deberían ser considerados baladíes en ninguna de sus vertientes, suponen la base y los cimientos para que normas tan ambiciosas como la Ley 3/2023, de Empleo², puedan tener una visión realmente práctica y efectiva.

Como primer asunto de relevancia, es preciso definir qué se debe entender por Big Data y por algoritmo. En cuanto al primero y como concepto amplio cuando se trata de inteligencia artificial, consiste en "un conjunto de datos que son tan grandes y complejos que no pueden almacenarse o procesarse eficazmente mediante métodos tradicionales"³. Por otro lado, el algoritmo se entiende como "un conjunto de reglas que definen cómo realizar una tarea o resolver un problema" y que se constituye en el ámbito de la IA, como el "código informático que define cómo procesar los datos".⁴ Esto último es relevante en cuanto a la comprensión del tratamiento masivo de datos personales o del porqué de los sesgos algorítmicos.

En estrecha relación con el uso del Big Data, no debe obviarse la necesidad de que exista un equilibrio efectivo entre el interés legítimo que pueda tener un empresario en relación al tratamiento de datos de sus trabajadores y el derecho fundamental a la privacidad recogido con carácter general en el artículo 18 de la Constitución Española. Así, que el derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales

² Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

³ BOUCHER, P. "Artificial Intelligence: How does it work, why does it matter and what can we do about it?", Brussels: European Parliament, 2020, pág. 2.

⁴ Idem.

forma parte del contenido del artículo 18.4 CE ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones. A modo ilustrativo, la STC 292/2000 en virtud de la cual: "el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales" y prosigue "ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen y con qué fin"⁵

En efecto, en la normativa actual se resalta dicho interés como un presupuesto necesario que debe concurrir para que dicho tratamiento pueda efectuarse legítimamente tal y como refleja el Dictamen 2/2017: "Basándose en la actual Directiva sobre protección de datos, los empresarios solo podrán recoger datos para fines legítimos y el tratamiento se llevará a cabo en condiciones adecuadas (por ejemplo, proporcionadas y necesarias, para un interés real y presente, de forma lícita, articulada y transparente), con una base jurídica para el tratamiento de datos personales recogidos o generados a través de comunicaciones electrónicas".⁶

De esta manera, el Reglamento General de Protección de Datos⁷, en su afán por establecer normas para la protección

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre (BOE núm. 4, de 04 de enero de 2001), ECLI:ES:TC:2000:292.

⁶ Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, WP249, pág 24. Adoptado el 8 de junio de 2017. Disponible en: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/610169>

⁷ 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

del tratamiento de datos personales de las personas físicas, ha concretado este concepto tan amplio y relevante en el artículo 6. Este precepto establece un listado numerus clausus de las condiciones de un tratamiento lícito. Se parte de la premisa de que, debido a la ausencia de igualdad material en la que se encuentran empresario y trabajador para negociar realmente un otorgamiento libre del consentimiento, no cabría justificar dicho uso aplicando el apartado a) tal y como se menciona en el artículo 7.4 RGPD, en virtud del cual: "Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato".

Asimismo, el RGPD, que vino a sustituir a la ya derogada, pero relevante y novedosa en su tiempo, Directiva 95/46 CE sobre protección de datos sienta, así como lo hacía su antecesora, las bases sobre transparencia y decisiones automatizadas. En primer lugar, el RGPD define, en su 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 para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, (...), de dicha persona física". En concreto, se refiere a la acción de tratar datos, pero en la medida en que su uso supone la intromisión en el derecho fundamental a la intimidad y privacidad de un determinado particular se establecen unos límites. Por este motivo, el artículo 6 RGPD dispone que se puede invocar el interés legítimo si dicho tratamiento de datos es estrictamente necesario para un fin legítimo y cumple los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. En otras palabras, se debe realizar una prueba de proporcionalidad antes de utilizar cualquier herramienta de observación⁸ para determinar si realmente esos datos son o no necesarios, si el tratamiento

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.

⁸ Op. cit. Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento..., pág.25

prevalece sobre los derechos generales de privacidad que tienen los trabajadores, así como qué medidas deben adoptarse para garantizar que no se producen violaciones del derecho a la vida privada.

3. USO ALGORÍTMICO EN EL ACCESO AL EMPLEO

En el ámbito laboral, observar el uso de la inteligencia artificial desde una perspectiva positiva abriría la posibilidad de alcanzar políticas activas de empleo más eficaces. No hay mayor prueba de ello en la actualidad que la novedosa Ley 3/2023, de Empleo, que establece el marco de ordenación de las mismas y cuyo fundamento se encuentra en una necesaria colaboración público-privada en cuanto al intercambio de datos se refiere.

A modo introductorio, el artículo 31 de la Ley 3/2023, de Empleo, hace mención a una serie de objetivos prioritarios, tales como elevar la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios de empleo, reducir las brechas de género, y conseguir el ajuste simultáneo entre oferta y demanda de empleo, a través de una mayor fluidez de la información y de unos servicios de empleo eficaces y eficientes.

No obstante, el artículo 17 de la Ley excluye expresamente, como reflejo de las garantías que se deben imponer en este ámbito, los datos personales regulados en el artículo 9.1 del Reglamento 2016/679, de todo tipo de uso por las herramientas de apoyo referidas en el mismo. Es más, en su apartado 2º se presta especial atención a la necesidad de evitar todo tipo de discriminación directa e indirecta en la toma de decisiones. Este contenido se reitera debido a su gran trascendencia y relevancia en el artículo 39, donde se expresa que se guardará especial cuidado con la toma de cualquier decisión que pueda implicar un sesgo o estereotipo negativo de las personas. Asimismo, se debe recordar que en este contexto, en virtud del artículo 4, se reconoce que debe llevarse a cabo una atención especializada de colectivos prioritarios en cuanto a la aplicación de las políticas de empleo; así como, eliminarse todo tipo de discriminación en el acceso en virtud del artículo 5 de la Ley 3/2023 en el que se configuran como principios rectores de la política de

empleo los principios de igualdad y no discriminación. Parece que, con todo ello, la Ley 3/2023 de Empleo se anticipa al riesgo de que se produzcan sesgos a la hora de utilizar sistemas de inteligencia artificial en la elaboración de índices de empleabilidad, toma de decisiones, etc.

Además, un aspecto bastante reseñable es el recogido en el artículo 17.4 de la Ley en virtud del cual: “el conjunto de instrucciones que compondrán el algoritmo subyacente a las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas, se desarrollarán reglamentariamente”. En otras palabras, se está realizando una remisión amplia a una norma reglamentaria, la cual estará sujeta a una serie de criterios y principios que deberán seguirse en su desarrollo y cuya competencia será conferida, en virtud de la Ley 39/2015, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno. No obstante, a pesar de que dicha remisión pueda producir cierta inseguridad jurídica, el hecho de que se desarrolle por esta vía tiene plena intencionalidad por parte del legislador. Con ello, se pretende dotar a la Ley de cierta flexibilidad y capacidad de adaptación a los cambios de gobierno que puedan ocurrir evitando una hipotética derogación del texto legal y asegurando en cierta forma su permanencia en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, este desarrollo reglamentario se efectúa dentro de unos límites que permiten alcanzar realmente los fines para los que se añade dicha especificación en la Ley de Empleo 3/2023. En concreto, el artículo 129 de la LPAC, establece que se actuará de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia⁹.

Es importante resaltar que el origen de este “desarrollo reglamentario” y la delimitación del concepto no carecían de problemática jurídica tanto a nivel general como en el ordenamiento laboral en particular. Así, se reflejaba en jurisprudencia pasada “que la línea fronteriza entre lo que es materia reservada a la ley, especialmente en el mundo jurídico-laboral y la zona que el Ejecutivo puede y debe

⁹ Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

ocupar en el desarrollo de la protestad reglamentaria, constitucionalmente conferida, no siempre es fácil de determinar y decidir con perfiles inequívocos, porque acaso en este sector del ordenamiento, tan complejo y vario y tan difícil de reconducción a unidad de tratamiento por su propia diversidad y dinamismo, es donde el Gobierno ha de tener unas mayores posibilidades de ejercicio de la referida potestad reglamentaria.”¹⁰ En conclusión, dicha norma reglamentaria no podrá vulnerar lo establecido en una norma con rango de ley sea estatal o autonómica.¹¹

Sin duda, la correcta centralidad que se le pretende dar en la actualidad al concepto “empleabilidad” pone de relieve el papel del Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo (SISPE). En virtud del mismo, se pretenden establecer una serie de protocolos para el registro de datos comunes basando su funcionamiento en la integración de algoritmos. En otras palabras, siendo la Inteligencia Artificial una realidad en los procesos de búsqueda de un empleo o en la propia definición de una determinada oferta, se constituye una red de información común para el SISPE y se impulsa en gran medida el uso de esta IA. En consecuencia directa, resulta evidente que el uso de herramientas tecnológicas y algoritmos es un pilar fundamental para dar cumplimiento a todas estas medidas sobre la empleabilidad en el ordenamiento jurídico-laboral español, que siendo cuanto menos ambiciosas, constituyen un cambio fundamental y positivo en el modo de entender el concepto actual de empleo y su mantenimiento y cuya aplicación incluye a las entidades privadas.

Para la consecución de un sistema público eficaz, resulta de gran relevancia una cierta colaboración público-privada. Y es por ello por lo que, en cuanto a la regulación aprobada a través de la Ley 3/2023 y, en concreto, a los términos del acceso y mantenimiento del empleo, cabría hacer una reflexión sobre el funcionamiento y encuadramiento normativo que se les debe dar a diversos portales digitales de empleo como Infojobs, linkedIn, entre otros. Debido a la

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 25 de junio 1985, Considerando 4º.

¹¹ Entre otros, destacar los Dictámenes 33/2010, de 18 de febrero, 165/2013, de 27 de marzo.

orientación mercantilista que ostentan estas entidades de intermediación, colocación y búsqueda de empleo, resulta evidente que la aplicación de la Ley 3/2023 de Empleo a su funcionamiento interno puede ser considerada ciertamente controvertida debido al sometimiento a un nuevo marco legal y a la cesión de información que ello supondría.

En concreto, a través de un sistema de inteligencia artificial y del uso del Big Data dirigen ofertas y llevan a cabo el propio proceso de selección de personal. Se entiende que el principal problema sería la sujeción o no de su actividad a esta nueva Ley de Empleo ya que, de serlo, el intercambio de información entre estos portales y los servicios de empleo públicos, el sometimiento a los principios rectores de la ley y la propia gratuidad de la actividad de intermediación serían de obligado cumplimiento. En efecto, el Convenio 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas del año 1997¹² establece en este punto gratuidad de los servicios de intermediación por parte de estas agencias para los trabajadores así como la obligación de garantizar la protección de derechos fundamentales.

Es tal la relevancia del Big Data, que resulta de especial interés traer a colación un caso mediático que tuvo lugar en Estados Unidos y que enfrentó a LinkedIn Corp. contra hiQ Labs¹³. La controversia surge en 2017 en el momento en el que LinkedIn exige a la parte demandada que se abstenga de llevar a cabo prácticas de barrido de red, conocida como web scraping. En este contexto, HiQ Labs llevaba a cabo una conducta basada en obtener y analizar toda la información pública extraída de la currícula de los demandantes de empleo. Se analizaba por parte de esta compañía qué tipo de trabajadores ocupados estaban más solicitados en el mercado y así se les vendía a las compañías tal información para que tomasen medidas al respecto a la hora de retener a sus talentos más demandados. Todo ello, expone en cierta manera lo relevante que es el Big Data y los algoritmos en estas agencias de intermediación y la problemática que el

¹² C181- Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181)

¹³ Caso HiQ Labs vs. LinkedIn Corp., 938 F.3 985 (oth Cir. 2019), <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2019/09/09/17-16783.pdf>

intercambio de datos con las agencias públicas de empleo puede suponer hacia su economía empresarial.

De esta manera, resulta imprescindible que se garantice que dichas entidades de intermediación actúan de manera coordinada, complementaria y no competitiva con los servicios públicos de empleo compartiendo lo que se podría denominar el tan relevante a día de hoy Big Data.¹⁴ Este término ha cambiado la manera de obtener y procesar información y supone una fuente de conocimiento de gran valor. Así, es de gran relieve la enorme cantidad de datos que tratan estas entidades y cuyo uso supondría otorgarles una eficacia aún mayor en el contexto de la Ley 3/2023 de Empleo, que debe redundar en beneficio del sistema público. En efecto, su artículo 43.3 apartado a) establece expresamente que las agencias de colocación deberán suministrar a los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre las personas trabajadoras atendidas y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas.

Para generar un modelo social de no competencia y en el cual el papel de los servicios públicos sea garantista y eficaz, se debe evitar como premisa principal todo tipo de discriminación. Así, el artículo 4 de la Ley 3/2023, establece como objetivos de la política de empleo la no discriminación en el acceso así como en las acciones orientadas a conseguirlo. La cuestión es si realmente, a la hora de realizar el tratamiento de datos, estas entidades de intermediación laboral cumplirían dentro del eje central de su actividad con dichos propósitos integradores e inclusivos en los que se garantice la igualdad de oportunidades.

En un principio, la Ley 56/2003¹⁵ establecía una diferenciación entre las políticas activas de empleo y la propia intermediación resultando esta separación de conceptos ciertamente controvertida. No obstante, la presente Ley

¹⁴ APARICIO TOVAR, J. , BAYLOS G. A y CABEZA PEREIRO J., "Estado social, derecho al trabajo y política de empleo", Revista de Derecho Social, Ed. Bomarzo, nº100, 2022, pág. 29.

¹⁵ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (disposición derogada)

3/2023 la ha corregido en su artículo 31 y a día de hoy se entiende dentro de las políticas públicas y activas de empleo. El artículo 3, apartado c) de la Ley expone qué debe entenderse por intermediación laboral. En concreto, el conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades. Incluye actividades de prospección y captación de ofertas de empleo, puesta en contacto y colocación, recolocación y selección de personas trabajadoras.

No obstante, el precepto introduce un último párrafo que induce a error o, en ciertos escenarios, a un cajón de sastre para ver excluida una determinada actividad empresarial de la Ley 3/2023: añade que, para considerarse intermediación o colocación laboral, el conjunto de acciones descritas no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados. Es relevante el motivo por el cual estas plataformas digitales de empleo, en principio, parece que se acogerían a dicha excepción, pues se excluiría su actuación del ámbito de aplicación de la Ley de Empleo. En otras palabras, alegarían como fundamento que su actividad se desarrolla sin ningún tipo de intervención humana.

A pesar de lo expuesto, se debe concluir con una rotunda afirmación que destruiría todo argumento en contrario. Una vez más, se trae a colación el artículo 22.3 del RGPD en el que se regula explícitamente el derecho a obtener una intervención humana por parte del responsable. Si se entiende, tal y como se debe hacer, que la elaboración de perfiles (profiling) entra dentro de este precepto, se estaría excluyendo por lo tanto dicha actividad del artículo 3 de la Ley de Empleo. En otras palabras, si se pretende excluir su actividad del ámbito de aplicación de la Ley de Empleo, aplicando el RGPD continuaría siendo contrario a la regulación existente por no cumplir lo dispuesto en dicho artículo.

4. ¿REGULACIÓN DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL?

4.1. LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS ALGORITMOS

Como primera aproximación normativa, debe resaltarse la ausencia a día de hoy de una norma tanto europea como estatal que regule y establezca medidas sobre el uso de los mismos. A pesar de que no han sido escasos los intentos por regular este escenario, la Unión Europea ha elaborado una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, en un futuro Ley de Inteligencia Artificial¹⁶. Debido a la idiosincrasia existente entre los países de la UE a la hora de diseñar un marco normativo, tan solo se puede esbozar un marco común cuyo acuerdo se pretende que llegue antes de que finalice el presente año. Se debe recordar al respecto que este semestre le corresponde la presidencia del Consejo de la Unión Europea a España por lo que ostenta gran responsabilidad en cuanto a conseguir el objetivo de aprobar con las mayores garantías dicha Propuesta. A pesar de que de su articulado se extrae como prioridad la necesaria transparencia y no discriminación por parte de los sistemas de IA, se hace patente una ausencia de medidas específicas en el ámbito laboral o incluso de los representantes de los trabajadores en atención al control de estos sistemas.¹⁷

A través de esta regulación, la Unión Europea clasifica los sistemas de Inteligencia Artificial en función del riesgo que pueda entrañar para los usuarios. Dicha calificación del riesgo

¹⁶ 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. Presentada el 21 de abril de 2021.

¹⁷ No obstante, en las recientes enmiendas efectuadas a la Propuesta de Reglamento de IA, cabe destacar la nº 408 que se produce sobre el nuevo artículo 29 -apartado 5 bis, en virtud del cual se establecería: "Antes de la puesta en servicio o del uso de un sistema de IA en el lugar de trabajo, los implementadores consultarán a los representantes de los trabajadores con vistas a alcanzar un acuerdo de conformidad con la Directiva 2002/14/UE e informarán a los empleados afectados de que estarán expuestos al sistema". Véase el conjunto de enmiendas efectuadas en: en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html

tendrá como consecuencia la mayor o menor regulación: riesgo inaceptable, riesgo alto, limitado y mínimo. Lo relevante aquí es que el empleo se configura dentro del riesgo alto, al poder verse vulnerados ciertos derechos fundamentales y, por tanto, deben ser evaluados tanto antes de su comercialización como a lo largo de su ciclo de vida.

No obstante, en defecto de una norma aplicable de manera vinculante y concreta a los procesos de selección, el uso de estos algoritmos en el Derecho del Trabajo se limita a aplicar ciertos artículos o disposiciones generales preexistentes. Por otra parte, y más allá del Libro Blanco del año 2020, la Comisión Europea pretende articular más propuestas sobre la Inteligencia Artificial.

A día de hoy, en términos de empleo, cabe destacar las Directivas antidiscriminatorias 2000/43/CE¹⁸, 2000/78/CE¹⁹ y 2006/54/CE²⁰. La primera prohíbe la discriminación por origen racial o étnico aplicándose el principio de igualdad de trato, entre otros, en el acceso y condiciones de empleo y trabajo. La segunda establece un marco general para evitar la discriminación en el empleo por motivos de religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual siendo ambas incorporadas al Derecho interno posteriormente a través de la Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social al ordenamiento jurídico español. Por último, la Directiva del 5 de julio de 2006 es la relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. En su articulado se protege cualquier discriminación sea directa o indirecta con la salvedad común a todas las causas de discriminación de que en el caso de la indirecta cabría justificación para que su existencia sea

¹⁸ Directiva 2000/43/CE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Presentada el 29 de junio de 2000.

¹⁹ Directiva 2000/78/CE de Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Presentada el 29 de junio de 2000.

²⁰ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Presentada el 5 de julio de 2006.

legítima. Además, cabe destacar que en el ámbito de aplicación de dichas Directivas, se incluyen las condiciones de acceso al empleo -los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción-.

Asimismo, se plantea la aplicación en cierta forma de disposiciones de la Propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales donde se establecen las primeras reglas de la UE sobre el uso de la IA en el seno del mismo. De esta manera, se incorpora la necesidad de supervisión humana en los procesos algorítmicos, el derecho de información de las personas trabajadoras, así como la transparencia del trabajo en plataformas digitales. Se está trabajando también con carácter complementario en un Código Ético de Inteligencia Artificial que supondrá un complemento adicional a la regulación actual.

4.2. EL DERECHO INTERNO ANTE LOS ALGORITMOS

El Estatuto de los Trabajadores no ha sido ajeno al uso de algoritmos en el ámbito laboral. A través del RD 9/2021 se introdujo una modificación en el artículo 64, cuyo apartado d) en la actualidad expresa: "el comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles".

A mayores, debe destacarse que en el plano de la negociación colectiva tan solo unos cuantos convenios colectivos, entre otros el Convenio de la Banca, hacen mención al uso de los mismos en el ámbito del Derecho del Trabajo y las repercusiones que ello puede tener. En concreto, su artículo 80.5 introduce una regulación en relación a las garantías de los procesos de decisión empresarial basados exclusivamente en la gestión artificial de datos sin intervención humana alguna. En cierta manera, la aprobación de este tipo de regulación supone un avance en términos de transparencia y gobernanza siendo evidente el predominio de normativa

softlaw.²¹ Si bien es cierto que la justificación de esas normas convencionales se debe principalmente a que son los sectores en los que la Inteligencia Artificial tiene mayor impacto y uso. De la misma manera, en el ámbito estatal la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, incluye expresamente en su ámbito de aplicación el uso de la Inteligencia Artificial, así como regula los mecanismos de toma de decisiones automatizados. Concretamente, en su artículo 23 se establece que: "...las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas (...)" . A mayores, la Ley 3/2023, de Empleo, expresa en su artículo 17.4 lo siguiente: "el conjunto de instrucciones que compondrán el algoritmo subyacente a las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas,(...), se desarrollarán reglamentariamente".

Por último, ha de destacarse la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial y la Estrategia Española de I+D+I en IA del año 2019, cuyo objetivo es dotar de un marco de referencia para el desarrollo de estas tecnologías, además de remarcar la necesidad de que concurra una vertiente ética en su uso.

5. DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

Como en todo avance tecnológico, y aún más si se hace referencia al uso de la inteligencia artificial en el ámbito empresarial, se debe prestar especial atención a la finalidad que se le puede dar. En concreto, el punto 147 del apartado 5.2 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia y robótica, hace especial mención a que "estas tecnologías deben basarse en principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia; así como, prosigue el legislador, estableciendo la igualdad, no

²¹ FERNÁNDEZ VILLARINO, R. "El derecho ante la inteligencia artificial. A propósito de lo dispuesto en el artículo 80.5 del Convenio Colectivo Nacional de la Banca", Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 4, 2021.

discriminación, transparencia, entre otras”²². En efecto, lo relevante e imprescindible en este punto ha de ser establecer una serie de garantías necesarias para que la aplicación de estas nuevas tecnologías no vulneren derechos fundamentales de los trabajadores.

El principal problema no procede, en sí mismo, del mero uso de la inteligencia artificial y sistemas algorítmicos, sino en el riesgo de que de su uso surjan sesgos entendidos, como errores o desviaciones sistemáticas en las que puede incurrir el algoritmo y que tienen como consecuencia una determinada decisión discriminatoria. Es de tal índole y trascendencia la problemática existente, que en la sociedad actual ya se introdujo un nuevo concepto que le da nombre: la discriminación algorítmica, que resulta de la toma de decisiones automatizadas.

Se parte de la premisa de que dicho tratamiento automatizado de datos va a resultar en una decisión más objetiva que si actuase un ser humano. No obstante, entender cuál es el funcionamiento de estos algoritmos y cómo se programan es de gran relevancia. En concreto, el empresario decidirá e introducirá los parámetros e instrucciones en base a las cuales quiere que el algoritmo decida. Es decir, a través de estos sistemas de machine learning (aprendizaje automático) que utilizan las empresas, se encontrarían patrones en los datos de los candidatos a un determinado puesto de trabajo con el fin de alcanzar la mejor decisión para el empresario.

La principal consecuencia de todo ello es que la decisión parte de ideas subjetivas que pueden contener en sí mismas parámetros discriminatorios o incluso pueden aparecer con posterioridad. Si bien, podría darse el caso de una discriminación producida involuntariamente (no se pueden explicar porque ocurren dentro de la “caja negra” del algoritmo), también es importante tener en cuenta que se puede tratar de una discriminación directamente perseguida

²² Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)),

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_ES.html

por el empresario, realizada de manera encubierta y voluntaria. El algoritmo cuando busca ciertos rasgos que le ayuden a tomar la mejor decisión, puede valorar información ilegítima de la esfera privada del trabajador y cuya decisión, de tomarse en base a dicha información, resultaría discriminatoria. Es decir, se hace una revisión inicial de las hojas de vida en base a las palabras claves introducidas por el empleador y se lleva a cabo una búsqueda de información adicional sobre el solicitante en internet. Incluso, hay una serie de sistemas de machine learning que analizan, mientras que son grabados, patrones del habla y expresiones faciales de los candidatos; proporcionándole al empleador millones de datos que son analizados por estos sistemas.

Sin perjuicio de que, en un futuro a lo mejor no tan cercano, los algoritmos puedan ofrecer una respuesta no tan ecuánime a los problemas que se plantean, son evidentes los casos en los que se produce este tipo de discriminación. La no ya tan reciente Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia de 31 de diciembre de 2020²³ o Caso Deliveroo puso de manifiesto la patente discriminación algorítmica existente. No solo sentó jurisprudencia en el ámbito laboral a la hora de determinar si se consideraban o no autónomos o falsos autónomos sino también en cuanto a la existencia de una discriminación indirecta llevada a cabo a través de un algoritmo que afecta a derechos fundamentales de los trabajadores. En este caso, el algoritmo FranK privilegiaba a ciertos trabajadores a la hora de acceder a la prestación de trabajo teniendo como punto de partida un ranking reputacional. El principal problema es que se transgredía el derecho a la salud, a la conciliación, a la huelga o incluso a la acción sindical. En concreto, este algoritmo, en base a los parámetros introducidos por Deliveroo Italia, premiaba a aquellos riders que estuviesen disponibles sin tener en cuenta otro tipo de circunstancias legalmente justificadas cuya inobservancia puede resultar en discriminación algorítmica. En efecto, esta Sentencia del Tribunal e Bolonia expresa que "el algoritmo no es neutral a la hora de tomar decisiones, sino que,

²³ Sentencia del Tribunal de Bolonia 2949/2020 -Caso Deliveroo-, de 31 de diciembre de 2020. Núm. 29491.

conscientemente, podría discriminar, pues reproduce al infinito la lógica de sus programadores". No obstante, a pesar de ciertas críticas doctrinales en relación a esta sentencia²⁴ sobre la base de que el pronunciamiento tan solo se limita a condenar a Deliveroo en cuanto a la potencialidad lesiva del algoritmo adoptado, sin haber individualizado situaciones de objetiva y real discriminación, es jurisprudencia ya consolidada en la Unión Europea, el hecho de que la tutela antidiscriminatoria se da aun cuando no haya una víctima identificable²⁵.

5.1. ESPECIAL MENCIÓN A LA DISCRIMINACIÓN EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

Como continuación de lo anterior, si se analiza pormenorizadamente el terreno de las relaciones laborales, destaca en la actualidad el uso de algoritmos en la fase precontractual de un proceso de selección. No es un asunto baladí, pues en 2018, el 98% de las compañías en el ranking Fortune 500 ya habían introducido en su funcionamiento interno estos sistemas de IA²⁶. A modo ejemplificativo, una empresa de grandes dimensiones recibe todos los días miles de hojas de vida con información de todo tipo. En estos campos, el uso de la inteligencia artificial supone que, en cuestión de segundos, un algoritmo valorará toda esa información debido a su gran capacidad de procesamiento y determinará la mejor opción en virtud de los patrones que han sido introducidos por el empresario. Asimismo, se puede decir que, en cierta forma, el hecho de que un proceso de selección se desarrolle con sistemas de inteligencia artificial, elimina las inconsistencias y diferencias que existen entre las entrevistas a diversos candidatos, como puede ser el ánimo del entrevistador o ciertos aspectos que se analizan por el ser

²⁴ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S. "Frank, Deliveroo's conscious algorithm. Commentary on Bologna Court ruling 2949/2020, of 31 December". Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 457, pág. 182.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-54/07, de 10 de julio 2008.

²⁶ SHIELDS J. "Over 98% of Fortune 500 Companies Use Applicant Tracking Systems (ATS)", Jobscan, 2018, <https://www.jobscan.co/blog/fortune-500-use-applicant-tracking-systems/>.

humano y que muchas veces nada tienen que ver con el puesto concreto al que se presenta.

Es primordial comprender la forma en la que los algoritmos influyen en la toma de decisiones, así como que, a pesar de que en un inicio pueda parecer que la decisión va a ser plenamente objetiva o sin ideas preconcebidas, el problema radica en la propia configuración del algoritmo. Es un ser humano el que introduce parámetros y define el perfil requerido para un determinado puesto de trabajo, y es el algoritmo el que, con toda la información, otorga las mejores opciones. Ello provoca que, si se introduce información sesgada, como consecuencia directa, el sistema de inteligencia artificial también va a producir propuestas o decisiones sesgadas.

La enorme cantidad de datos con las que trabaja hoy en día un departamento de recursos humanos provoca que el uso de estos algoritmos como filtro resulte de gran utilidad para el empleador, que ve reducidos los costes al mismo tiempo que se agiliza el proceso. No obstante, su uso entraña un riesgo materializado en sesgos discriminatorios que provocan cierta preocupación, en cuanto a su tratamiento se refiere.

De ello es consciente la Unión Europea, que en la Propuesta de Reglamento sobre IA cuyo artículo 6 hace una remisión al Anexo III y en su apartado 4º expone: "se considerará como riesgo alto los sistemas de IA destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas". Ello significa que el propio proceso precontractual, en el que se analizan currícula, sería de riesgo alto. Deben estar sujetos a una evaluación de conformidad para minimizar los riesgos y para mantener los registros de transparencia y precisión.

Uno de los casos más polémicos sobre discriminación algorítmica en los procesos de selección es el relacionado con la empresa Amazon.²⁷ Se decidió introducir en el departamento de recursos humanos un algoritmo que

²⁷ Cremades & Calvo-Sotelo, "Discriminación en el uso de inteligencia artificial", 22 Junio 2023. Disponible en: <https://www.cremadescalvosotelo.com/insights/discriminacion-en-el-uso-de-inteligencia-artificial/>

permitiese analizar con gran rapidez todos y cada uno de los currícula que recibían por parte de los candidatos a puestos de la compañía. El problema surge cuando se detectan fuertes sesgos de género que el propio algoritmo creó a partir de unos parámetros que en principio se consideraban objetivos²⁸. Ello fue debido a que el entrenamiento de estos algoritmos se basó en las hojas de vida de trabajadores de gran éxito en los últimos años, empleados que en gran medida eran hombres. En consecuencia, el algoritmo decidía descartar a los que contenían la palabra “mujer”, entendiendo que, por este simple hecho, no suponían la mejor opción para el empleador. En consecuencia, los técnicos intentaron arreglar ese defecto, pero el algoritmo de una forma u otra volvía a extraer patrones para detectar el género del candidato. Por ejemplo, si el algoritmo detectaba ciertas palabras como “ejecuté” y “capturé” mayoritariamente utilizadas por ingenieros hombres, se producía acto seguido una mejora a la hora de puntuar y valorar al candidato²⁹.

Es en este punto en el que debe determinarse la responsabilidad de una hipotética discriminación involuntaria por parte del empleador. Resulta imprescindible tener un conocimiento amplio sobre el funcionamiento de los algoritmos, controlar las decisiones que se tomen y desarrollar en gran medida mecanismos o vías que garanticen la responsabilidad social del empleador.

6. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO POR USO DE SISTEMAS ALGORÍTMICOS

En el marco de esta revolución tecnológica y del continuo uso de algoritmos en las relaciones laborales, el legislador

²⁸ CHANDER, A. “The Racist Algorithm?” Michigan Law Review 115, nº 6, 2017.

²⁹ DASTIN, J. “Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool that Showed Bias against Women”, Reuters, 9 octubre 2018. Disponible en <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>.

español aprobó el Real Decreto-ley 9/2021³⁰, cuya exposición de motivos advierte de: "la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral y la necesidad de que la legislación laboral tenga en cuenta esta repercusión (...) en los derechos colectivos e individuales de las personas trabajadoras". Por ello, la presencia de la inteligencia artificial en el ámbito empresarial de nuestro país, se materializa en el ordenamiento jurídico laboral mediante la imposición de una serie de obligaciones que debe cumplir el empresario acerca del tratamiento de datos.

En cuanto a los derechos individuales, se ha determinado en virtud del artículo 22 del RGPD la obligación de llevar a cabo una revisión humana de las decisiones automatizadas. En otras palabras, supone este precepto la obligación de informar a los trabajadores en el supuesto de que las decisiones que les afecten se hayan elaborado íntegramente de manera automatizada, sin intervención humana alguna. Dicho concepto debe concretarse entendiendo que la intervención debe ser "significativa". Es decir, no resulta suficiente una actuación parcial en alguna parte del proceso sino que debe ser apreciable en cada una de las decisiones que se lleven a cabo siempre y cuando tengan cierta relevancia para la toma de decisiones.

Por otra parte, desde el punto de vista de los derechos individuales de los trabajadores, es de especial relevancia la modificación efectuada en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores. En su apartado 4º, y como consecuencia de la entrada en vigor de la "Ley Rider", se introduce como obligación la de informar a los representantes de los trabajadores sobre el uso de los sistemas de inteligencia artificial y algoritmos que afecten a la toma de decisiones, constituyendo este nuevo derecho de información una regla pionera en Europa³¹.

Por último, el hecho de articular una serie de herramientas que garanticen una efectiva protección de los derechos

³⁰ Real Decreto 9/2021, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, 12 agosto 2021 (Disposición derogada)

³¹ GINÉS FABRELLAS, A. "El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la Ley Rider", Iuslabor, 2021, nº2, pág.3.

fundamentales frente a la Inteligencia Artificial, constituye un factor esencial para la transparencia y explicabilidad.³² De hecho, el RGPD ha promulgado el “derecho a una explicación” por parte de los perjudicados por una decisión algorítmica y el derecho a recibir información significativa acerca de la lógica utilizada en la decisión concreta. Es a través de una guía publicada por el Ministerio de Trabajo donde se detalla la información que el empresario debe proporcionar como consecuencia del uso de algoritmos en su actividad interna. Como síntesis de su contenido, cabría destacar la obligación de informar de manera “significativa, clara y simple” sobre el uso de los algoritmos y su funcionamiento y lógica³³. En cualquier caso, la doctrina ha señalado que se incluyen tanto las decisiones tomadas en una fase más precontractual, como podría ser la selección de personal donde se elige o descartan candidatos en base a un algoritmo, como decisiones en cuanto a control de la productividad, ascensos, despidos, entre otros³⁴. Asimismo, y como valor añadido a lo anterior, se debe informar sobre las consecuencias que una determinada decisión puede conllevar sobre una determinada persona y resaltar que, cuando se habla de uso de algoritmos en el marco de un despido colectivo u otras medidas colectivas, se debe llevar a cabo un proceso de negociación del algoritmo.

7. DIFICULTAD A LA HORA DE IMPUGNAR DECISIONES ALGORÍTMICAS EN UN PROCESO DE SELECCIÓN

En la actualidad, estos sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones carecen de suficiente transparencia. Consecuentemente, los perjudicados carecen de un acceso eficiente a vías de recurso frente a las decisiones adoptadas por dichos sistemas. La gestión algorítmica es un fenómeno de la economía de plataformas

³² FERNÁNDEZ VILLARINO, R. “El derecho ante la inteligencia...”, op.cit.

³³ Wp.251 Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29 (2018). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, pág. 28.

³⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Algoritmos y transparencia: ¿pueden mentir los números? Los derechos de información. Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº86, 2022, pág. 19.

relativamente nuevo y en gran medida no regulado que plantea ciertos retos.

Tal y como se mencionaba anteriormente, el artículo 22.3 RGPD reconoce a los particulares el derecho a obtener una intervención humana por parte del responsable, el derecho a expresar su punto de vista y justificar de esta manera ciertos aspectos que estime relevantes y, a mayores, el derecho a impugnar toda decisión automatizada. Una interpretación finalista del precepto conllevaría que dicha explicación tendría lugar *ex post* a la toma de decisión. Desde la perspectiva del trabajador que pretende ejercer este último derecho a impugnar una decisión aparentemente discriminatoria, destaca tanto la clara opacidad algorítmica como la dificultad para detectar cuándo y cómo se ha producido tal discriminación. De este modo, la no transparencia constituye uno de los principales impedimentos para demostrar si realmente concurre discriminación a la hora de elegir o descartar a uno u otro candidato.

Y, es en este punto en el que se habla de opacidad y transparencia donde el denominado “código fuente” tiene un papel imprescindible. Se define como un archivo o conjunto de archivos, que contienen instrucciones concretas, escritas en un lenguaje de programación y que permiten que cualquier programa, sitio web o app puedan funcionar.³⁵ Por ello, su conocimiento supondría una herramienta de gran valor a la hora de conocer si realmente se ha producido o no una decisión discriminatoria. No obstante, la colaboración necesaria del sector privado no resulta del todo clara, pues se faculta a los empleadores con herramientas suficientes para negar la cesión de los datos del código fuente. En concreto, se alega en la práctica que esa cesión se contrapone al derecho de propiedad industrial e intelectual del código fuente regulado en el artículo 133.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, así como al propio secreto empresarial con la única excepción de que se trate de un procedimiento administrativo o judicial. En este sentido, se sostiene que “en ningún caso nos encontramos ante una obligación de revelar

³⁵ Arimetrics, “Qué es Código fuente”. Disponible en: <https://www.arimetrics.com/glosario-digital/codigo-fuente>

el contenido completo y exacto de la totalidad del código fuente, sino más bien ante una limitada obligación de ilustrar sobre los criterios a partir de los cuales opera el mismo".³⁶ Actualmente, la única norma vinculante que por el momento pretende fomentar la transparencia de los algoritmos es el Reglamento 1150/2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. En sus artículos 5 y 7 obligan a plataformas y motores de búsqueda a dar publicidad a los parámetros principales de funcionamiento de sus algoritmos. No obstante, si se habla en términos de transparencia, resulta interesante traer a colación la Directiva 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en el marco de la Unión Europea³⁷, publicada el 11 de julio de 2019. El principal objetivo de este texto legal es el de mejorar las condiciones laborales mediante la promoción de un empleo transparente y previsible, además de establecer unos "derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral" (art. 1). Se pretende además asegurar que los empresarios informen a los trabajadores sobre las condiciones esenciales de su relación contractual, la calidad del puesto de trabajo, la jornada laboral habitual, entre otras. Por último, la carga de la prueba resulta de especial trascendencia si se habla de impugnar una determinada decisión algorítmica. En España, la Ley orgánica 3/2007 establece que, en caso de aportar indicios razonables de discriminación, corresponde al empleador demostrar que no se ha producido tal discriminación. Esta prueba indiciaria es fundamental ya que sobre todo si se trata de discriminación algorítmica, existe gran complejidad a la hora de probar su existencia. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión

³⁶ BOIX PALOP, A. "Algorithms as Regulations: Considering Algorithms, when used by the public administration for decision-making, as legal norms in order to guarantee the proper adoption of administrative decisions", European Review of Digital Administration & Law, Volume 1, Issue 1-2, 2020, pág. 88.

³⁷ Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Publicada el 11 de julio 2019. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81159>

Europea, en el asunto C-395/15³⁸ que tuvo por objeto una cuestión prejudicial planteada, recuerda que “Las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual”. Es más, si por ejemplo se acude al artículo 10 de la Directiva 2000/78 sobre la carga de la prueba, se expone: “Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (...”).

8. CONCLUSIONES

En los últimos años, la irrupción de la tecnología y la Inteligencia Artificial en la sociedad, ha supuesto un claro avance sin retorno. Este avance trae consigo consecuencias tanto positivas como negativas. El desafío y la amenaza que suponen para ambas partes contractuales (empresario y trabajador), hace que sea necesaria una regulación exhaustiva con presupuestos y medidas de actuación que permitan controlar los riesgos del uso de la inteligencia artificial. Sobre todo, en el ámbito laboral es necesaria una regulación con medidas que protejan a la parte débil en el acceso al empleo y la posterior contratación. No obstante, dicho proceso reviste complejidad por la rapidez con la que avanza y cambia el propio sistema algorítmico, que está en plena etapa de desarrollo e implementación en la sociedad. Como respuesta del legislador a esta nueva realidad, la Unión Europea está trabajando en una Propuesta de Reglamento en

³⁸ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 3º, asunto C-395/15, fecha 1 diciembre de 2016. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=185743&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=792978>

materia de inteligencia artificial, que supondrá en un futuro la nueva Ley de Inteligencia Artificial y que nace con ciertas carencias en cuanto a normas y medidas en el ámbito laboral. Pero también se han producido cambios en importantes textos legales, como el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, donde se introduce un nuevo derecho de información a los representantes de los trabajadores. Este derecho que a día de hoy quizás no cuenta con las herramientas necesarias para que sea garantista y eficaz realmente con los derechos de los trabajadores tendrá que ser desarrollado y concretado jurisprudencialmente. Asimismo, preocupan aspectos como las vías existentes para las impugnaciones de posibles resoluciones algorítmicas discriminatorias ya que actualmente no existe vía legal que otorgue realmente una solución a este problema.

Resulta imprescindible caminar hacia un futuro, pero un futuro jurídicamente seguro y con unas pautas a seguir. Por ello, interesará prestar mucha atención y valorar pormenorizadamente las posibles contingencias y riesgos que supone el uso de estos algoritmos. La solución no es tanto la aprobación de textos legales, sino dotar realmente a estas normas de herramientas para que se puedan aplicar y garanticen realmente los derechos de la sociedad en general, y más concretamente del derecho de los trabajadores.