

CAPÍTULO. PROCESO DE CONTRATACIÓN, POLÍTICA DE EMPLEO Y USO DE ALGORITMOS

Carolina Serrano Falcón. Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.

Sumario: I. Introducción y cuestiones previas. II. Las fases en un proceso de contratación. 1. Identificación de las necesidades. 2. La búsqueda de candidatos. 2.1. La alarmante situación actual. 2.2. La desprotección jurídica de las personas candidatas. 2.3. Propuestas urgentes. Una necesaria regulación internacional; el impulso en España del Portal Público de Empleo “Empléate” y una nueva regulación jurídica de la intermediación laboral adaptada a la realidad. 3. La preselección a través de decisiones automatizadas: los algoritmos y las plataformas de contratación. 3.1. Descripción y análisis jurídico. 3.2. Propuestas. 4. Las pruebas y la entrevista digital. 5. Valoración y toma de decisiones. 6. Reflexión final. Bibliografía

I. Introducción y cuestiones previas.

El proceso de contratación en el sector privado, según lo vamos a entender en este trabajo, se refiere al conjunto de pasos y fases a seguir por una empresa, bien por ella misma o de forma externalizada a través de consultoras o empresas de selección, hasta que se decide finalmente qué candidatos se incorporan a los puestos de trabajo ofertados. Para ello se siguen una serie de fases: en primer lugar, se identifican las necesidades de la empresa, es decir, qué puestos de trabajo tienen que cubrirse y sus características. A continuación, se buscan los candidatos por diferentes vías, para realizar posteriormente un filtrado o cribado sobre los candidatos encontrados. En una siguiente fase, se hacen pruebas y entrevistas para seguir el proceso de cribado para poder finalmente tomar la decisión de qué personas se incorporan a la empresa a través de un contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta cómo se lleva a cabo un proceso de contratación en la práctica, en este estudio se analizarán por separado cada una de las fases, y su análisis jurídico. Es muy poco frecuente (si lo comparamos con otras materias de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) el análisis en profundidad de los aspectos jurídicos de la fase previa a la contratación¹. Tampoco son frecuentes en esta fase los litigios laborales² y la

¹ Entre otros, MARTÍNEZ GIRÓN (1984); MELLLA MÉNDEZ (2010); SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (2010); ALAMEDA CASTILLO, María Teresa (2012).

² Quizá porque todos sabemos que, aunque exista una protección jurídica teórica ante situaciones de discriminación, es poco efectiva en la práctica. ¿Conocemos muchas personas que han comenzado a buscar trabajo y no han sido finalmente contratadas e inician un proceso judicial para alegar discriminación en la fase previa a la contratación? No es habitual, porque además de los gastos que ocasiona al trabajador un proceso judicial, el demandante de empleo no conseguiría el trabajo, sino una indemnización por daños y perjuicios por no haber sido contratado.

actuación de la Inspección de Trabajo es menor que en otros ámbitos de las relaciones laborales³.

A pesar de este escaso interés jurídico por la fase previa a la contratación, creemos que hoy en día, más que nunca, adquiere una especial importancia, y ello porque la inteligencia artificial, que poco a poco se está empezando a utilizar en numerosos sectores⁴, está irrumpiendo con mucha fuerza en el sector de los recursos humanos y sobre todo en la selección de personal⁵. Esto hace que a las cuestiones jurídicas que ya se planteaban en el proceso de contratación, aparezcan otras nuevas a resolver, en una tecnología que ha llegado para quedarse y que además es valorada de forma muy positiva por los especialistas en técnicas de selección de personal⁶, aunque también cada vez más se es consciente de sus fallos y debilidades⁷.

Ante esta situación, ¿cuáles son los nuevos desafíos que se plantean en el proceso de contratación?⁸ Los desafíos van relacionados principalmente con las nuevas tecnologías utilizadas. Partimos de la base que cuando una empresa comienza un proceso de selección se va a producir un cribado, y se van a dejar numerosas personas fuera durante el proceso porque finalmente no van a poder ser contratados todos los candidatos que se presentan. Cuando las decisiones se toman en este proceso por seres humanos, claro que se producen situaciones discriminatorias, pero son más fáciles de ver y observar. Pero cuando las decisiones están automatizadas, es más complejo detectar dónde se

³ Las actuaciones en discriminación en el acceso al empleo son realmente mínimas, concretamente, 260 actuaciones. Véase https://www.mites.gob.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/docs/2019/08_2019.pdf [consultado el 8 de noviembre de 2021].

⁴ La IA no es la tecnología ahora más utilizada en las empresas, (en el informe INE el 8.3% total de las empresas en España en el año 2020/2021 es de un 8.3, pero está más avanzada sobre todo en la fase de selección de personal, https://www.ine.es/prensa/tic_e_2020_2021.pdf

⁵ La Propia AEPD hace un listado de servicios actuales basados en IA, y entre ellos está la selección de candidatos en los recursos humanos. Véase AEPD. “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial. Una introducción”. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>, pág. 52.

⁶ Son varios informes que así lo acreditan: El informe 2019 de *Hireright* (localizado en la noticia <https://www.iproup.com/innovacion/9619-electronic-privacy-information-center-estados-unidos-responsabilidad-algoritmica-ia-para-contratar-trabajadores-sus-implicancias-legales>) o del “Estudio sobre la inteligencia artificial en los Recursos Humanos” de la consultora Adecco. https://www.abc.es/economia/abci-escuadron-algoritmos-para-revolucionar-recursos-humanos-202012140138_noticia.html

⁷ Puede consultarse en el estudio de FULLER, RAMAN, SAGE-GAVIN, HINES (2021) en el que se relata cómo las herramientas de selección basadas en la inteligencia artificial también dejan fuera a muchos candidatos antes de llegar a la fase de entrevistas.

⁸ No vamos a realizar propuestas técnicas porque la formación de quien escribe este capítulo de libro no es técnica, pero sí es importante señalar que desde el campo de la ciencia de datos están aumentando cada vez más las investigaciones en “*Fairness Machine Learning*”. Para un análisis sobre discriminación y aprendizaje automático realizado por expertos en IA, pero para que se pueda comprender por los que no somos expertos en la materia, véase el video divulgativo de CASILLAS, J.: “Desmontando mitos de la inteligencia artificial”, en <https://ccia.ugr.es/~casillas/talks.html> [consultado el 7/11/2021]; ZIYUAN ZHONG. A tutorial on Fairness in Machine Learning, <https://towardsdatascience.com/a-tutorial-on-fairness-in-machine-learning-3ff8ba1040cb>; o la Web “Fairness, Accountability, and transparency in Machine Learning”, en <https://www.fatml.org> [consultado el 7 de noviembre de 2021]. También se puede profundizar en VALDIVIA, SANCHEZ-MONEDERO, CASILLAS (2020).

produce el sesgo y se convierte en particularmente grave cuando deriva en discriminación de un grupo en favor de otro (AEPD, 2020, 7).

También adquiere una gran importancia, más que nunca, plantearse si es necesario regular el proceso de contratación y qué políticas de empleo tienen que ser prioritarias para que la IA sea siempre un instrumento positivo para la ciudadanía en general y no deje fuera a colectivos con más dificultades para acceder al mercado de trabajo. Recordemos que la política de empleo tiene como objetivo principal ayudar a la inserción laboral de colectivos vulnerables⁹. Todas estas cuestiones son las que se van a tratar aquí. Pero antes de ello, es necesario tener en cuenta algunas consideraciones previas que pueden ayudar a entender el contenido de este trabajo.

1. Utilizaremos el término “proceso de contratación”. Hemos preferido este término frente al término “proceso de selección” porque este último incluye también fases después de la contratación (acompañamiento en su incorporación, la formación y el seguimiento del candidato en el puesto de trabajo).¹⁰ Aquí nos centramos en todo lo que ocurre desde que se inicia el proceso hasta el momento en el que se decide quién se va a contratar.

2. El proceso de contratación que aquí se va a analizar se refiere al realizado en el sector privado, es decir, para la contratación de trabajadores por cuenta ajena. Es preciso hacer esta advertencia, porque no estamos analizando el proceso de contratación para el empleo público. Según lo establecido en el artículo 103.3 CE, el acceso a la función pública se tiene que realizar en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad y ello lleva en la práctica a que el proceso de contratación sea diferente si lo comparamos con el proceso de selección en el sector privado. Tampoco en este trabajo se analiza el proceso de contratación que se lleva a cabo para contratar a personas que prestarán servicios en plataformas digitales, aunque esto no significa que no haya aspectos jurídicos aquí tratados que sirvan para este colectivo.

3. En la práctica, cuando se inicia por parte de una empresa un proceso de contratación, a veces se dan todas las fases (es decir, búsqueda de candidatos, preselección, entrevistas y toma final de decisiones) y otras veces no. Incluso con la utilización de la IA, puede que se incluyan todas las fases en una sola. Todo ello va a depender de los recursos económicos de la empresa, del número de trabajadores a contratar en un mismo proceso, o del grado de especialización del puesto de trabajo a cubrir. Aquí hemos optado por analizar las fases por separado.

4. Hay que tener en cuenta también que las grandes empresas son y serán las primeras que vayan a utilizar técnicas de IA durante el proceso de contratación. Sin embargo, las

⁹ La OIT en la Conferencia Internacional del Trabajo (109 reunión) ha advertido de la necesidad de promover una política de empleo inclusiva” en OIT (2020 “Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante”, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_738283.pdf

¹⁰ Para conocer las fases de un proceso de selección, se puede consultar, “Las 10 fases de un proceso de selección efectivo” en <https://www.up-spain.com/blog/10-fases-del-proceso-de-seleccion/> [consulta el 10 de noviembre de 2021]. También a CHIAVENATO (2017); DIAZ y RODRÍGUEZ, (2002), DOLAN, VALLE y LÓPEZ (2014).

pequeñas y medianas empresas (y no olvidemos que son muy numerosas en España) no cuentan con departamentos de recursos humanos propios y no todas externalizan la selección para que la realice una empresa especializada (empresas de selección o consultoras). Pero, la IA también está presente en los instrumentos que utilizan para buscar y seleccionar candidatos. Por ejemplo, cuando una pequeña empresa utiliza una red social para buscar empleo, se utiliza la IA, o también en un portal de empleo, entre otros.

5. Las conclusiones a las que se llegan en este trabajo son provisionales, probablemente con una necesidad de ir actualizándolas a medida que tengamos más normativa y más uso de la IA, dada la velocidad con la que se están produciendo los cambios tecnológicos en la actualidad FUNDACIÓN 1 MAYO (2021, 51). La utilización de la IA en las empresas es aún débil, y aunque en el sector de los recursos humanos se está utilizado cada vez más, no contamos con demasiados estudios que analicen de forma exhaustiva el proceso de contratación¹¹ y además la normativa es escasa, aunque irá apareciendo. Un ejemplo muy reciente de la constante transformación en esta materia, y de incorporación de la Inteligencia artificial al ámbito del empleo, lo encontramos en la “Proposición de ley integral para la igualdad de trato y no discriminación presentada el 29 de enero de 2021”¹², donde hay una referencia a la inteligencia artificial en su artículo 21, así como a los procesos de selección. Y también, muy reciente, en el momento de cierre de este trabajo, se ha presentado por el Consejo de Ministros celebrado el 3 de diciembre de 2021 el Anteproyecto de Ley de Empleo¹³, donde encontramos referencias al uso de algoritmos por parte de la Agencia Española de Empleo (el actual SEPE), que se tendrán que analizar con detenimiento una vez publicada la norma. No obstante, haremos referencia en este trabajo a las mismas.

5. Es necesario advertir (para los lectores sin formación jurídica), y recordar (para aquellos que sí la tienen) que el proceso de contratación en el sector privado no está regulado, es decir, no encontramos una norma que lo regule de forma completa. En este estudio se explicará el proceso de contratación siguiendo las fases que se suelen utilizar en el ámbito de los recursos humanos, pero que no están recogidas en ninguna norma. Ahora bien, esto no significa, que durante el proceso no se tengan que respetar los derechos fundamentales, principalmente los relativos a la privacidad y protección de datos y la igualdad y no discriminación. Y que, además, haya que analizar todos los nuevos aspectos jurídicos que se van introduciendo en materia de inteligencia artificial, decisiones automatizadas, y derechos digitales en general. Por ello, tendremos en cuenta toda la normativa (general) sobre igualdad y no discriminación, concretamente la regulada en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se

¹¹ El estudio completo, que desde nuestro ordenamiento jurídico laboral ha analizado específicamente la IA es el realizado por RIVAS VALLEJO, Pilar. (2020).

¹² https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-146-1.PDF (última consulta el 1 de diciembre de 2021).

¹³

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2021/refc20211203.aspx#empleado> En esta dirección se puede consultar un resumen del anteproyecto, pero no el texto completo del mismo. Para conocer más aspectos del texto normativo se puede consultar la entrada de blog de ROJO TORRECILLA “La reforma de las políticas de empleo en España. Un paso adelante con el Anteproyecto de Ley de Empleo (actualización a 7 de diciembre), (última consulta el 15 de diciembre de 2021).

aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (en adelante, LE), así como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (en adelante, LOIEMH)¹⁴.

Para aspectos relacionados con la protección de datos durante el proceso de contratación, son imprescindibles el 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 (en adelante, RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGD). Pero esta última ley se ha centrado sobre todo en la regulación del contrato de trabajo una vez ya comenzado, y se han dejado fuera los estados previos al mismo (RODRÍGUEZ ESCANCIANO (2019); OLARTE ENCABO, (2020). Por este motivo, van a tenerse muy en cuenta en este trabajo los recientes documentos de la AEPD (no vinculantes pero útiles). Destacamos la reciente Guía sobre la protección de datos en las relaciones laborales¹⁵, (en adelante, Guía 2021 AEPD), que sí hace mención a la fase de selección de personal, y el documento sobre “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial. Una introducción” (2020).

La negociación colectiva es un instrumento poco utilizado a tener en cuenta en el análisis de los aspectos jurídicos del proceso de contratación y es debido a que está poco (o nada) regulado. No ha habido tradición de incluir en los convenios colectivos la fase previa a la contratación (si lo hacen, le denominan “ingreso al trabajo). Y tampoco hay ahora mismo una regulación sobre aspectos relacionados con la digitalización¹⁶, y cuando lo hacen, se centran sobre todo en los aspectos relacionados con la desconexión digital. Pero sería muy positivo que se incluyeran en la negociación colectiva aspectos relacionados con el uso de la IA en el trabajo, como así también se defiende desde el ámbito sindical CCOO (2020); COLCLOUGH (2020).

La regulación internacional en la materia que estamos analizando es inexistente¹⁷, aunque la Unión Europea está muy comprometida en generar confianza en la IA

¹⁴ Además, aunque no hay una regulación específica sobre el proceso de contratación, empresas y consultoras (sobre todo grandes empresas y consultoras) pueden implementar la norma ISO 10667 sobre procedimientos y métodos para la evaluación de personas en entornos laborales y organizacionales, que nace en el año 2011. En esta se encuentran decisiones relacionadas con el empleo como pueden ser el reclutamiento y la selección. Pero recordemos que estos instrumentos no tienen carácter vinculante. Se puede consultar en <https://www.aenor.com/certificacion/calidad/evaluacion-personas> (última consulta el 15/12/2021).

¹⁵ Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf> [consulta el 25 de julio de 2021].

¹⁶ Es de destacar, a pesar de la escasez de análisis de estos temas en la Negociación colectiva, el *II Convenio colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias*, BOE, núm 9 de 11 de enero de 2006 (*apartado 2.1*), donde se explica que se utilizarán algoritmos en los procesos de selección y que están a disposición de la comisión local. Citado y analizado, en MUÑOZ RUIZ (2020).

¹⁷ Aunque es de destacar, por ejemplo, el interés de la ciudad de Nueva York por regular los algoritmos en la fase de contratación. “La ciudad de Nueva York propone regular los algoritmos utilizados en la contratación”, <https://nuevoperiodico.com/la-ciudad-de-nueva-york-propone-regular-los-algoritmos-utilizados-en-la-contratacion/> [consulta el 12 de noviembre de 2021].

centrada en el ser humano y garantizar la transparencia de su uso¹⁸. Además del RGPD que tiene en cuenta el tratamiento de datos cuando se utilizan decisiones automatizadas, son numerosas las iniciativas de *soft law*¹⁹ de la Unión Europea que marcan una hoja de ruta sobre la IA²⁰. Pero también la Unión Europea va más allá, y actualmente existe una propuesta de Reglamento de IA²¹, que en un futuro no muy lejano se convertirá en un Reglamento, y precisamente los sistemas de IA que afectan a la relación laboral los considera de alto riesgo, concretamente los “Sistemas de IA destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas”.

6. Por último, y antes de comenzar el análisis de cada una de las fases de un proceso de contratación, vaya por delante que aquí partimos de una visión positiva de la transformación digital en el trabajo. Ahora bien, por este motivo hay que ajustar el derecho a la nueva realidad, para que la tecnología esté al servicio de la persona y de las empresas, y que el progreso se realice de forma justa y equilibrada.

II. Las fases en un proceso de contratación

1. Identificación de las necesidades

Las empresas, en mayor o menor medida, llevan a cabo, antes de contratar nuevos trabajadores, una identificación de sus necesidades. Esta fase inicial, se puede ya hacer de forma automatizada y es la “máquina” la que pronostica el tipo y número de trabajadores que necesitará, o sus competencias para ocupar el puesto de trabajo. Realmente la novedad aquí radica en que se utiliza una nueva herramienta que pretende

¹⁸ Es de destacar también la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de febrero sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_ES.html [consulta el 1 de septiembre de 2021]) donde se muestra como prioridad “generar confianza en la Inteligencia artificial centrada en el ser humano”, y para ello pide que las personas tengan derecho a conocer cuándo la IA se utilice para decisiones que le afecten y que además los algoritmos de los sistemas de toma de decisiones no se utilicen sin una evaluación algorítmica; en definitiva, que haya transparencia y una explicación de los algoritmos.

¹⁹ Tan sólo existe una norma en la Unión Europea, pues son más comunes las iniciativas de *soft law*. Concretamente, es el Reglamento UE 1150/2019, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Explicado y citado en CASTILLO PARRILLA (2021), pág 5.

²⁰ Por citar lo más reciente, en la Asamblea Digital Europea celebrada el 1 de junio de 2021 se adoptó la Declaración de Lisboa “Digital Democracy with a purpose” Disponible en <https://www.lisbondeclaration.eu/> [consulta el 25 de julio de 2021]

y, además, se inició un período de consulta pública para la preparación de la “Declaración Europea de Principios Digitales” cuyo objetivo es realizar una declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, para que sea un referente para responsables políticos y en general para el entorno digital.

²¹ La propuesta de Reglamento sobre IA que la Comisión Europea presentó el 21 de abril de 2021, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206>, considera sistema de IA de alto riesgo los que afectan a la relación laboral.

diagnosticar el futuro de la empresa, así como optimizar y rentabilizar su planificación, todo ello en el marco legal del principio de libertad de empresa (38 CE). De momento, con la regulación existente (pues recordemos que vamos a plantearnos preguntas y respuestas jurídicas teniendo en cuenta la normativa vigente), esta herramienta se podría utilizar. Y la empresa lo que tendría que hacer es informar de su uso a los representantes de los trabajadores, tal y como establece la nueva letra d) del artículo 64.4 introducido por la conocida “Ley Rider”²².

Hay que advertir, además, para tenerlo en cuenta en la identificación de necesidades algunos aspectos jurídicos de interés:

-Existen una serie de obligaciones en esta fase para las empresas con más de cincuenta trabajadores: tienen que cumplir con una cuota de reserva del 2% para las personas con discapacidad²³ y, además, como es obligatorio elaborar un plan de igualdad en empresas de cincuenta o más trabajadores (o de menos, si lo indica la negociación colectiva) (45.2 LOIEMH), tendrán que elaborar un “diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras”, en la que contenga, entre otras materias, “el proceso de selección y contratación” (art. 46. 2 LOIEMH).

Estas obligaciones previas a la contratación pueden ser un adecuado instrumento preventivo contra los sesgos que se puedan producir durante el proceso de contratación. La empresa ya sabe de antemano que hay puestos de trabajo que son destinados a personas con discapacidad (aunque la ley contempla medidas alternativas para no cumplir con esta cuota de reserva²⁴) y también para mujeres. De este modo se garantiza una política inclusiva en las empresas. Parece que el Anteproyecto de Ley de Empleo va en esta línea de incorporar nuevas medidas de acción positiva para la contratación de determinados colectivos.

-Además, a la hora de hacer dicha planificación, la empresa antes de iniciar tal proceso de contratación tiene que comprobar si en la negociación colectiva hay alguna referencia a esta fase previa a la contratación. Aunque ya hemos adelantado que es proco frecuente que en los convenios colectivos lo traten.

2. La búsqueda de candidatos

2.1. La alarmante situación actual.

Una vez que la empresa tiene claro qué perfil/es necesita, comienza a pensar cómo reunir posibles aspirantes al empleo. En definitiva, es un abastecimiento de candidaturas, o también llamado “*data collection*”. Esta es probablemente la fase más compleja, como ahora veremos. Si hacemos un análisis de lo que ocurre en la realidad, tenemos que hacer una distinción entre grandes empresas y pequeñas/medianas. Y ello porque los canales de búsqueda no son los mismos. La elección de una vía u otra para

²² Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales.

²³ Recordemos que el artículo 17 ET señala que se pueden regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo, y actualmente la que hay regulada es la cuota de personas con discapacidad. Para el análisis de otras posibles preferencias en el empleo, véase RUEDA MONROY (2020).

²⁴ Previstas en el RD 364/2005, de 8 de abril.

abastecerse de candidaturas va a depender del número de candidatos a contratar, de los recursos económicos de los que disponga la empresa para iniciar el proceso de selección, así como de la especialización de las personas que tiene que contratar. Podríamos hacer la siguiente clasificación de lo que ocurre en la realidad (luego analizaremos las cuestiones jurídicas):

- Las grandes empresas tienen dos vías principales a la hora de buscar candidatos: o externalizan esta función, a través de las llamadas empresas de selección o consultoras, o lo hacen ellas mismas, a través de su departamento de recursos humanos. En estos casos, las grandes empresas suelen tener su propia Web donde los candidatos registran ahí directamente sus currículums.
- Las pequeñas empresas (las medianas dependiendo de su capacidad económica) carecen de recursos para iniciar un proceso de selección a través de consultoras. Lo suelen hacer ellas mismas, y la fase de búsqueda de candidatos la realizan por diferentes vías o canales: desde los currículums que le llegan directamente, o a través de los servicios públicos de empleo, agencias de colocación, centros de estudios, empresas de trabajo temporal, o incluso por *whatsapp*. Y además, utilizan con mucha frecuencia en la actualidad los buscadores de empleo, portales de empleo y las redes sociales²⁵.

Pero sean grandes o pequeñas empresas, hay una cuestión alarmante en cómo se desarrolla actualmente esta fase. Se utilizan numerosos canales para buscar candidatos, de los cuales muchos canales no están regulados ni controlados en la práctica. En casi todos ellos se utilizan algoritmos para la búsqueda de candidatos sin control y sin recibir información los que se les aplica el algoritmo (candidatos y empresas). Pero, lo que es más preocupante es que la gran cantidad de canales de búsqueda de candidatos perjudica a las dos partes, es decir, a candidatos y a empresas. A continuación, lo explicamos de forma más detallada:

*Las empresas, en el momento en el que inician la fase de búsqueda de candidatos, no tienen ninguna obligación jurídica de acudir a un canal de empleo determinado (por ejemplo, el Servicio Público de Empleo). Recordemos que es en la Ley de Empleo donde se establecen cuáles son los agentes de la intermediación (artículo 32 LE), pero la Ley de

²⁵ Datos de informe de Infoempleo-Ernst&Young (2019), citados en FERNANDEZ GARCÍA, Antonio (2020), "Intermediación laboral digital y discriminación", presentación de la ponencia presentada en Lleida, el 4 de marzo de 2020. <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/113946/1/Ponencia%20Intermediaci%c3%b3n%20laboral%20digital%20y%20discriminaci%c3%b3n.pdf>

En el Instituto Nacional de Estadística podemos encontrar las diferentes formas utilizadas de búsqueda de empleo por las personas que están desempleadas. De la consulta realizada en el último trimestre de 2020, los desempleados que buscan trabajo a través de amigos, parientes o un sindicato es de un 77.6%; la solicitud directa a un empresario presentando su currículum, un 65.4%, o quien ha mirado o escuchado un anuncio u oferta de empleo (incluido internet) es de 74.%. Hay otras formas de búsqueda de empleo, destacando los que se han puesto en contacto con una Oficina Pública de Empleo es del 44.8% y los que se han puesto en contacto con una oficina privada de empleo un 31.7%. <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4118&L=0> (consultado el 25/09/29021).

Empleo ni regula el proceso de contratación, ni tampoco establece una lista cerrada y única sobre los agentes de intermediación que se utilizan en la práctica. Ni obliga a las empresas a utilizar los canales de intermediación determinados en la Ley de Empleo. Parece que en el Anteproyecto de ley de Empleo está previsto que las empresas tengan que registrar sus ofertas en los servicios de empleo. Pero a día de hoy, no existe tal obligación.

*Por otra parte, la negociación colectiva no contempla por regla general qué tienen que hacer las empresas durante el proceso de contratación, es decir, no se marca una hoja de ruta donde se indique o al menos se informe de qué canales de búsqueda de empleo se pueden utilizar o limitar. Por tanto, plena libertad para iniciar la búsqueda de candidatos, salvo que la negociación colectiva o la política de empresa marque los pasos a seguir (que no es lo habitual). Tan sólo la empresa tendría que evitar “la publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación”, pues es una infracción grave en la LISOS (art. 15.5), y por otra parte, tampoco podría “solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”, ya que realizarlo podría constituir una infracción muy grave (artículo 16.1. c) LISOS).

*Hay un fuerte desajuste entre los agentes de intermediación que están regulados en la Ley de Empleo y lo que realmente ocurre en la práctica. El artículo 32 LE se refiere a que la intermediación en el mercado de trabajo se realizará a través de “los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación y aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior”. La reforma laboral de 2010, (RD 1796/2010) contemplaba también “las entidades que casen ofertas y demandas de trabajo utilizando exclusivamente medios electrónicos”. Pero las redes sociales, ni los portales de empleo en la práctica se incluyen como intermediarios. Ante esta situación, nos podemos preguntar: ¿por qué hay portales de empleo que no están reconocidos como agencias de colocación y realizan una labor de intermediación, incluso a veces cobrando por sus servicios que ofrece? ¿Entendemos que el usuario de la red social está “pagando” los servicios de la plataforma con sus datos, pues ayudan a construir -sin ellos saberlo- el sistema de IA que utiliza la plataforma MANFREDI, UGARTE, (2020), y por tanto su negocio? En todos estos casos existe intermediación, incluso mucho más compleja que la que la Ley de Empleo contempla (OLARTE ENCABO (2020), AGUILAR DEL CASTILLO (2017)). En definitiva, en esta fase se utilizan intermediarios privados no regulados en la ley, y no suele pasar nada (desde el punto de vista del control legal). Si lo miramos desde la perspectiva de la empresa, no pasa nada que utilicen cualquier intermediario, pues la normativa sancionadora es de poca aplicación práctica. A los portales de empleo, redes sociales que, como hemos visto, realizan intermediación, tampoco les pasa nada por no cumplir con los requisitos legales de la Ley de Empleo, porque en la práctica parece que todo está permitido. Aunque hay un precepto en la LISOS (artículo 16) que considera infracción muy grave no seguir la

normativa sobre intermediación prevista en la Ley de Empleo²⁶, hay una permisividad total en la fase de búsqueda de candidatos.

*La cantidad de posibles canales de búsqueda de empleo con los que hoy cuenta un demandante de empleo no se traduce en la práctica en más posibilidades en la búsqueda del empleo, sino más bien al contrario. Que existan numerosos canales de empleo (muchos de ellos que hacen de intermediarios sin serlo) provoca una mayor desprotección en el acceso al empleo. Además de la desprotección, provoca situaciones de desigualdad de oportunidades de empleo entre los demandantes. Piénsese en personas de más edad que no son nativos digitales. Van a utilizar menos las redes sociales, porque no las usan en su día a día. Acudirán a otros intermediarios donde quizás no hay tantas ofertas de empleo que les puedan interesar. Ya ahí se está produciendo una discriminación y quedan en desventaja con respecto a aquellos que utilizan más canales digitales.

*Centrémonos, por tanto, en las redes sociales o en los portales de empleo. Inicialmente podemos pensar que ayudan a las empresas y a los demandantes de empleo en la fase de búsqueda de empleo. Esto es cierto, pero hay detrás de esta práctica muchos aspectos que generan una importante desprotección sobre todo de los demandantes de empleo, generando problemas de vulneración de su privacidad, así como situaciones discriminatorias. En estos casos, los datos que solicitan las redes sociales al demandante de empleo son otorgados sin resistencia alguna, en el momento que aceptan la política de privacidad de la empresa, conocida como la “paradoja de la privacidad” LLANEZA (2019), 63 A 68), ya que aunque conocen que se están aportando datos y se desconoce su uso futuro, la privacidad pasa a un segundo plano porque lo que quiere en ese momento el demandante de empleo es acceder a ese sitio web para conocer las ofertas de empleo y posibilidades de entrar en el mercado de trabajo. Pero también existen otros datos que el demandante de empleo no conoce que está dando y otros datos que la empresa obtiene de otras fuentes, como puede ser empresas que están a su vez vinculadas a la plataforma LOUREDO CASADO (2021, 2-3). El contenido de la noticia, la oferta de empleo que le llega al usuario está ya ajustada y se muestra lo que el usuario quiere ver, o cuando se utiliza un buscador en Internet, se presenta ya personalizado, y no coincide con lo que se le puede mostrar a otro usuario que realiza la misma búsqueda. Es lo que se le ha denominado “filtro burbuja”, término ya muy utilizado para explicar la manipulación en Internet LLANEZA (2019, 169-170). Pero este efecto mágico (ya que el demandante de empleo parece que encuentra lo que busca) tiene en la trastienda muchos aspectos oscuros y que presentan un alto grado de discriminación e indefensión para el usuario, que en este caso es un demandante de empleo RIVAS VALLEJO (2021, 248). Para ilustrar esta desigualdad con ejemplos reales, a continuación se muestran algunas situaciones discriminatorias de plataformas digitales, buscadores, y de software utilizados por empresas. Podemos poner como ejemplo las situaciones

²⁶ De un total de 503.326 actividades realizadas por la ITSS en el año 2019, la materia de empleo y colocación es la que tiene menos actuaciones (12.363 con 1691 infracciones), y dentro de ésta, la mediación en la colocación, la que menos (56 con 7 infracciones). Se puede consultar en el último Informe Anual de la Inspección de Trabajo, del año 2019, https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2019.pdf concretamente las páginas 157, 143 y 196.

discriminatorias en Facebook. Han sido muchas ya las ocasiones en las que se han puesto en evidencia las ilegalidades de los algoritmos de publicación de anuncios de empleo que utiliza Facebook. Se conoció por primera vez en el año 2016, denunciado por ProPublica²⁷. Y aunque se anunciaron cambios en su plataforma publicitaria, todavía hoy se denuncia que la plataforma permite a los a los anunciantes de empleo excluir a candidatos por su género²⁸. También Google ha recibido sanciones por parte de países por cometer prácticas abusivas en sus plataformas de anuncios²⁹. Pero no sólo conocemos situaciones discriminatorias de redes sociales (Facebook) y buscadores de empleo (Google), sino también de empresas cuando inician ellas mismas el proceso de contratación. Es el caso de Amazon cuando implantó en el año 2014 un sistema algorítmico para ahorrar tiempo en el proceso de reclutamiento al contar con muchos currículums que seleccionar. El sistema algorítmico se alimentaba de datos que provenían de solicitudes de empleo en la empresa durante un período de diez años. Resultó que el sistema aprendió de sí mismo y entendió que los candidatos masculinos eran prioritarios ya que en la información de la empresa aparecía un dato real y era que había más contratados hombres que mujeres en determinados puestos de trabajo. Finalmente, esta forma de reclutamiento fue abandonada por Amazon por resultar discriminatoria³⁰.

2.2. La desprotección jurídica de las personas candidatas.

Nos podríamos preguntar si la persona que busca empleo, en esta fase tan incipiente del proceso de contratación, tiene algún mecanismo de protección o de tutela reparadora. ¿Cómo puede demostrar que no le han llegado a su red social una determinada oferta de empleo porque el algoritmo de esa plataforma previamente la ha excluido? Imposible. ¿Cómo puede saber que en la fase de selección de candidatos en una oferta de empleo para una determinada empresa que envió el currículum también se ha quedado fuera? Aquí también es difícil actuar. La persona que busca empleo en esta fase tan inicial lo único que ha generado son ilusiones o esperanzas de obtener un empleo, pero aún no tiene derechos sobre el empleo ofertado, y tan sólo habría dos posibilidades de actuación (aunque desde un punto de vista práctico, poco realistas):

-Iniciar una acción para anular aquella oferta o volver a redactarla sin contenido discriminatorio, y recibir una indemnización, incluso reclamando daños morales, por no haber permitido o iniciar un empleo por haber sido excluida de la oferta de forma

²⁷ Agencia de noticias situada en Nueva York. <https://www.propublica.org/article/facebook-is-letting-job-advertisers-target-only-men> [consultado el 8/10/2021].

²⁸ Es una auditoría reciente, realizada por investigadores ajenos a la compañía. “La IA de Facebook discrimina a las mujeres en los anuncios de trabajo”, en *MIT Technology Review*, <https://www.technologyreview.es/s/13219/la-ia-de-facebook-discrimina-las-mujeres-en-los-anuncios-de-trabajo> [consultado el 8/10/2021].

²⁹ “Francia multa a Google con 150 millones de euros por cometer prácticas abusivas en su plataforma de anuncios”, en https://elpais.com/economia/2019/12/20/actualidad/1576837463_433648.html [consultado por última vez el 9 de octubre de 2021].

³⁰ “Amazon abandona un proyecto de IA para la contratación por su sesgo sexista”, en <https://www.google.com/search?q=reuters+amazon+discriminaci%C3%B3n&oq=reuters+amazon+discriminaci%C3%B3n&aqs=chrome..69i57j33i160l3.5730j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8> [consultado el 9 de octubre de 2021].

injustificada. Ahora bien, esto podría ocurrir en el caso de que le llegue una oferta con contenido discriminatorio, pero cada vez más las ofertas llegan sin discriminaciones aparentes, pero son los algoritmos los que de forma poco transparente descartan el envío de ofertas de empleo a determinados candidatos/as. Ya lo hemos visto en ejemplos anteriores. En estos casos, nada se puede hacer, porque el candidato/a de forma aislada no puede enfrentarse a gigantes tecnológicos internacionales. Absoluta indefensión.

-Denunciar ante la Inspección de Trabajo, por infracción de la empresa o bien de las plataformas de empleo según lo establecido en los artículos 15.5 y/o 16.1. c) LISOS. Pero esta vía es poco utilizada como ya hemos contado, pero, además, si se utilizara, no tendría un efecto directo en el candidato/a, aunque esta sanción administrativa sí que repercutiría en el patrimonio de la empresa, o del portal de empleo.

2.3. Propuestas urgentes. Una necesaria regulación internacional; el impulso en España del Portal Público de Empleo “Empléate” y una nueva regulación jurídica de la intermediación laboral adaptada a la nueva realidad.

a) Una necesaria regulación internacional

En esta fase del proceso de contratación donde está marcada principalmente por el uso de buscadores de Internet y plataformas digitales, se está produciendo un “crecimiento ilimitado (de su uso) y ausencia total de control legal o regulatorio” LLANEZA (2019, 182). En este sentido, consideramos que sería necesaria una regulación internacional y poner fin a la era de la autorregulación en el sector tecnológico³¹. Por otra parte, consideramos que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) también tendría que tratar de forma monográfica el uso de redes y plataformas digitales en la búsqueda de empleo. La OIT se ha caracterizado desde sus inicios por mostrar especial sensibilidad por la actuación de las agencias de empleo privadas, para evitar situaciones abusivas y proteger al demandante de empleo. Prueba de ello son los numerosos convenios y recomendaciones en la materia que han intentado ajustarse a la realidad.³² Hoy, donde la tecnología ha irrumpido con fuerza en la fase de búsqueda de empleo, la OIT tiene que plantear nuevas soluciones a nuevos problemas.³³

³¹ En el mismo sentido, AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Surveillance giants: how the business model of Google and Facebook threatens human rights” <https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/1404/2019/en/> [consultado el 11 de octubre de 2021]; Alemania, sí ha comenzado a limitar la actuación de las grandes tecnológicas, con la conocida “Ley Facebook” <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245sobre> todo con el objetivo de poder presentar quejas con contenidos ilícitos en Internet y dar transparencia de denuncias puestas en la red.

³² Para un análisis completo de todos los convenios en materia de intermediación laboral de la OIT, véase SERRANO FALCÓN, C. (2009).

³³ En la OIT, en la Conferencia Internacional del Trabajo (109 reunión) se ha advertido de la necesidad de promover una política de empleo inclusiva” en OIT (2020): “Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante”, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_738283.pdf

Por otra parte, se han examinado los instrumentos sobre política y promoción del empleo en el año 2019 por el grupo de trabajo tripartito del MEN, pero no se ha tratado específicamente el uso de las redes sociales en el proceso de contratación. Véase https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/genericdocument/wcms_715424.pdf

b) El impulso en España del portal público de empleo “Empléate”.

Pero, ¿Y desde España? ¿Qué se podría hacer mientras esperamos una respuesta a nivel internacional? El punto de partida ya es complejo, como hemos visto. Recordemos que las empresas pueden acudir a cualquier medio para buscar posibles candidatos y que la protección jurídica, aunque existente, es muy débil en la práctica, por las razones que ya hemos explicado con anterioridad. ¿Qué se podría hacer desde España para mejorar los problemas (sobre todo de indefensión por falta (o exceso) de información y por situaciones de desigualdad que se producen en esta fase?

Sería muy positivo que se impulsara el portal público de empleo “Empléate” (en adelante, portal Empléate)³⁴, hasta llegar a hacerlo indispensable en la búsqueda de demandantes y ofertas de empleo. El artículo 13 de la Ley de Empleo, hace referencia a este portal de empleo como base de datos común “que posibilite la difusión de ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo”. Lo gestiona el SEPE para favorecer el contacto entre empresarios y ciudadanos para favorecer la oferta y demanda de trabajo, e integrar en un único espacio web todas las ofertas de los portales de los servicios públicos de empleo y también de otros portales de intermediación laboral públicos y privados que se adhieran a esta iniciativa. De momento, este espacio Web, no es único, es voluntario (y por supuesto gratuito) tanto para la empresa, como para los candidatos/as y para los “agentes” colaboradores en la que no se establecen contraprestaciones por colaborar con este portal³⁵.

La iniciativa de la creación de este portal se aplaude, y desde luego cuenta con numerosas ventajas. Sin embargo, se podría mejorar la eficiencia de la intermediación laboral si tanto las empresas como los ciudadanos utilizaran esta vía.

En el momento de cierre de este trabajo, una vez planteada esta propuesta, se presenta en el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de Empleo, donde precisamente uno de sus contenidos, es que las empresas tengan que comunicar todas las ofertas de trabajo existentes. Es por tanto una gran noticia. Ahora habrá que esperar para ver cómo se va a configurar esta obligación en la norma para que ello respete la normativa internacional, concretamente el convenio 88 OIT, donde el objetivo de los servicios de empleo es mantener y garantizar un servicio público y gratuito de empleo (art. 1), y estimular su utilización, pero de forma voluntaria (art. 10). Y también habrá que esperar para ver cómo se establecerá esta obligación de registrar las empresas con la coordinación con otros agentes de intermediación. Y también habrá que esperar para ver si sólo la obligación será para las empresas o también se extenderá a todas las personas demandantes de empleo. Recordemos que a día de hoy no es obligatoria la inscripción para los demandantes de empleo (sí para los perceptores de prestaciones o los que quieran beneficiarse de programas específicos en el ámbito del empleo). Además de la carencia de esta obligación de inscripción, no hay una cultura aún en nuestro país de inscribirse en las oficinas de empleo para buscar empleo. Es por tanto

³⁴ <https://www.empleate.gob.es/empleo/#/>

³⁵ Un ejemplo de modelo de convenio de colaboración entre el Servicio Público de empleo y un portal de empleo, véase Resolución de 29 de agosto de 2017, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de Colaboración entre el Servicio Público de Empleo Estatal y Web Project Investments, SL, en el marco del Portal de Empleo y Autoempleo, Empléate) BOE núm. 223, de 15 de septiembre de 2017).

necesario el registro de ofertas, pero también de demandantes de empleo para que haya datos de las dos partes implicadas en esa futura relación laboral.

En definitiva, el impulso del Portal de Empleo Empléate es indispensable y ello por las siguientes razones:

*Fomentaría la igualdad de oportunidades, ya que aglutinar toda la información en un único espacio Web facilitaría el ajuste de ofertas y demandas de empleo, que al final, es lo que se pretende. Además, si se pretende utilizar inteligencia artificial para la mejora de la búsqueda de empleo, tiene que estar allí recopilada una presencia suficiente de todos los grupos de la población que están buscando empleo. Es decir, los datos de personas demandantes de empleo y de empresas, que estén de forma correcta y completos son un requisito esencial para el uso de algoritmos.

*Sería un lugar apropiado para buscar ofertas y demandas de trabajo no sólo a nivel local o autonómico, sino que se ampliaría la búsqueda geográfica, muy positivo en tiempos de globalización y digitalización, donde se impone el trabajo flexible como una de las características de nuestro trabajo actual. Recordemos que el portal Empléate recoge también (no todas) ofertas de empleo de otros países, a través de la Red EURES.

*Se identificarían de forma rápida y temprana las carencias o las necesidades de ajustar las políticas activas de empleo, y sobre todo, las carencias en la formación de los candidatos, para ajustar mejor el sistema de formación profesional en el ámbito educativo y en el empleo. Si no se incluyen ahí todas las vacantes ni las ofertas de empleo, menos datos habrá para poder hacer un diagnóstico lo más ajustado a la realidad de lo que se necesita en cada momento.

*La derivación de colectivos de atención prioritaria a programas de orientación laboral según sus necesidades también sería más fácil al contar con más información.

*Desde el ámbito del derecho a la protección de datos, un único espacio Web mejoraría el cumplimiento de la normativa de protección de datos en los procesos de selección. La reciente Guía sobre la protección de datos en las relaciones laborales, a pesar de su carácter no vinculante, recomienda “impresos tipo” para la formalización de currículum para garantizar los principios de minimización y limitación de la actividad, solicitando únicamente datos relevantes, y de un procedimiento para su entrega por las personas candidatas, así como establecer procedimientos de información sobre el tratamiento de datos. Esta práctica podría llevarla a cabo este Portal a la hora de incluir los CV de las personas demandantes de empleo.

*Se evitaría también que el propio servicio público de empleo tenga que formar a los demandantes de empleo en el uso de redes sociales para buscar trabajo, pues ahora sí se hace (véase el Real Decreto 7/2015, de 16 de enero por el que se aprueba la Carta Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo)³⁶. La orientación estaría enfocada al candidato en sí, en su formación u otras

³⁶ Concretamente en el artículo 8.2. d) al disponer que el servicio de orientación profesional comprende el asesoramiento en la búsqueda activa de empleo incluyendo los medios telemáticos y el uso de las redes sociales. En el mismo sentido, véase FERNÁNDEZ GARCÍA, GUERRERO VIZUETE, (2020), págs. 72-95.

necesidades, pero no en ayudarlo a buscar empleo por otros medios, que en muchas ocasiones ni están reconocidos como agencias de colocación.

*Un adecuado servicio digital atraería también a otros colectivos, que, aunque no son prioritarios para el SNE (artículo 30 LE) también necesitan acotar su búsqueda de empleo y que el proceso de contratación sea lo más justo posible y se elimine cualquier sesgo discriminatorio.

*El impulso del portal de empleo “Empléate” sería muy positivo no sólo para los candidatos, sino también para las pequeñas y medianas empresas. Las grandes empresas, normalmente, tienen sus propios mecanismos de recogida de currículums, a través de sus mecanismos internos, formando su propio portal de empleo. Pero recordemos que en España las empresas formadas por pocos trabajadores es lo habitual. Y estas empresas, ni por su tamaño ni por el coste económico que ello implica, no cuentan con departamentos específicos de recursos humanos, ni suelen acudir a consultoras para externalizar el proceso de contratación.

Toda la nueva regulación y actuación del servicio de empleo va basada en la utilización de la inteligencia artificial. Lo vimos ya en el Programa Nacional de Reformas para el año 2021³⁷ -y también en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia- recoge como elemento fundamental “la modernización y digitalización de la gobernanza e instrumentos de información y gestión del Servicio Público de Empleo con el fin de mejorar su eficacia para el alineamiento de la oferta y demanda de trabajo en todo el territorio nacional” y “para avanzar hacia un perfilado eficiente de los desempleados”. Esto también se recoge en el Anteproyecto de ley de Empleo donde se remite al reglamento que desarrolle la ley “el conjunto de instrucciones que componen el algoritmo”.³⁸ Parece muy positivo que el Servicio Público de Empleo se modernice utilizando IA para aumentar la eficiencia tanto en el ajuste de ofertas y demandas como en la orientación laboral de los demandantes de empleo. Efectivamente, la IA ha venido para quedarse CUATRECASAS (2018, 115) y además la valoración es muy positiva sobre todo en la búsqueda de candidatos. Ahora bien, la utilización de inteligencia artificial por parte de los Servicios Públicos de Empleo tiene que ser transparente y justa, y hay que evitar que se produzcan sesgos como se ha podido detectar en otros servicios públicos de empleo que ya utilizan IA, como ha ocurrido en Austria³⁹. Parece que en este

37

https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/hacienda/Documents/2021/300421_Programa-Nacional-Reformas.pdf págs.. 25-39.

³⁸ Información obtenida, no del texto del anteproyecto, sino de la información que nos ha facilitado el profesor ROJO TORRECILLA en su blog, concretamente en la entrada ya citada: “La reforma de las políticas de empleo en España. Un paso adelante con el Anteproyecto de Ley de Empleo (actualización a 7 de diciembre)”.

³⁹ El Servicio Público de Empleo (AMS) utiliza el llamado “algoritmo AMS” para aumentar la eficiencia de su actividad, aunque se ha podido comprobar, que no está exento de sesgos. ALLHUTTER, CECH, FISCHER, GRILL, MAGER (2020).

Se conocen otros casos de utilización de algoritmos por servicios de empleo. Como es el caso de Bélgica. La Fundación Ética ha creado el Observatorio de Algoritmos con impacto social (OASI, siglas en inglés), podemos ver un listado de algoritmos que se utilizan tanto fuera como dentro de España y que inciden en nuestra vida, y poner de relieve la opacidad de algoritmos actuales que conllevan riesgos sociales. Se puede consultar en

sentido va el Anteproyecto de ley de Empleo y hay una referencia también en la proposición de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación ya citada.⁴⁰

c) Una nueva regulación jurídica de la intermediación laboral adaptada a la realidad.

A nivel internacional los convenios sobre agencias privadas se tienen que actualizar, pero también la regulación en España sobre la intermediación laboral. Cada reforma laboral que se ha producido en materia de intermediación se ha ajustado a la realidad. Pensemos cuando se prohibieron las agencias privadas, para evitar abusos de estas agencias al cobrarle a las personas que buscaban un empleo. Pensemos también cuando eliminó la obligación de acudir las empresas al servicio de empleo. Y se eliminó tal obligación porque en la práctica se hacía simplemente para cumplir con lo que decía la norma. También se abrió paso a las agencias de colocación primero sin fines lucrativos, y luego en la reforma del año 2010 a las agencias de colocación con fines lucrativos porque se pensó que era necesario que otras agencias privadas ayudaran al servicio de empleo en la intermediación laboral. O la regulación de las Empresas de Trabajo Temporal. Es decir ha habido distintas respuestas jurídicas a la actuación de los intermediarios públicos y privados.

Ahora nuestro escenario es diferente. El uso de Internet y la proliferación de plataformas, portales de empleo, redes sociales, acelerado su uso en tiempos de pandemia, hacen que se necesite urgentemente dar una respuesta jurídica sobre su uso. Y lo que es más importante, proteger a las personas candidatas de posibles abusos en la fase previa a la contratación y además lograr que a las personas candidatas y a las empresas les lleguen todas las ofertas posibles de empleo, para facilitarles el trabajo. Hoy en día, con el uso de nuevas herramientas digitales se puede hacer. La ley se tiene que ajustar a la realidad. Y es esencial que la ley de empleo regule sobre la realidad, y determine cuáles son los intermediarios legales que se puedan utilizar y al mismo tiempo establecer mecanismos sancionadores que se utilicen en la práctica ante el incumplimiento de la normativa. Acabamos de indicar la necesidad de impulsar un portal de empleo público, pero también hay que plantearse qué papel van a desempeñar los demás intermediarios. El impulso del Portal Empléate no significa que se eliminen otros intermediarios en el mercado de trabajo. Son numerosas las agencias de colocación que bien por especializarse en determinados colectivos de atención prioritaria, o bien en determinados sectores especializados, están desempeñando un papel muy importante en la intermediación laboral. Pero tienen que actuar de forma conjunta con los Servicios de Empleo. Y las plataformas de empleo o redes sociales (sólo las profesionales y de forma muy controlada) tendrían que reconocerse como agencias de colocación y

<https://airtable.com/shrsAN2oTf68kM6O9/tblG2604tSoMOcwWX?backgroundColor=teal&viewControls=on>

⁴⁰ Concretamente el artículo 21 sobre “inteligencia artificial” señala que “1. Los algoritmos involucrados en toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tendrán en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, incluyendo su diseño y datos de entrenamiento, y abordar su potencial impacto discriminatorio. 2. Las administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación, así como su interpretabilidad de las decisiones adoptadas. 3. Las administraciones públicas promoverán el uso de la una Inteligencia Artificial ética y confiable, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido”.

colaborar estrechamente con los servicios de empleo. La regulación de las Agencias de Colocación y su control, tendrían que actualizarse, para que ayuden junto con los servicios de empleo a la colocación de trabajadores. Además, también es necesario, más que nunca, regular las empresas de selección o consultoras que utilizan las empresas, así como las páginas Web que las grandes empresas utilizan para realizar todo el proceso de selección⁴¹. Es decir, la intermediación laboral se tendría que regular pensando en la realidad práctica de la búsqueda de empleo. Todas las iniciativas que vayan dirigidas a conseguir la máxima transparencia e información en su utilización, serán bien acogidas por toda la sociedad.

3. La preselección a través de decisiones automatizadas. Los algoritmos y las plataformas de contratación

3.1. Descripción y análisis jurídico

La fase inicial de búsqueda de candidatos, continúa con una fase de filtrado, también llamada de cribado o *screening*. En esta fase, también empieza a utilizarse la inteligencia artificial para cribar todos los currículums que han localizado en la primera fase de búsqueda de candidatos, con la finalidad de ahorrar tiempo y filtrar al máximo toda la información. Nos vamos a centrar en la fase de cribado o preselección que se lleva a cabo por las grandes empresas, bien a través de sus departamentos de recursos humanos o a través de consultoras,⁴² pues disponen de mayor capacidad económica⁴³ que permiten comprar esta tecnología y además es más necesaria al realizar procesos de selección más complejos, con más número de candidatos⁴⁴. Quien utiliza esta tecnología conocida como “tecnología ATS de reclutamiento⁴⁵”, la suele adquirir a través de las llamadas plataformas de contratación⁴⁶. Nos vamos a centrar en intentar responder a la pregunta si se puede utilizar esta herramienta y qué obligaciones legales hay que tener en cuenta, aunque son numerosos los aspectos que habría que explorar si este tipo de plataformas se empiezan a utilizar por las empresas, como es el análisis

⁴¹ Ya apuntaba la necesidad de su regulación, y ahora, por la utilización de nuevas herramientas digitales, se hace aún más necesario. Véase SERRANO FALCÓN, (2008).

⁴² Aunque también esta explicación podría aplicarse a los servicios de empleo, o también otros portales de empleo cuando se les ofrece ya a las empresas una selección más detallada de los candidatos que se han localizado.

⁴³ Se puede comprobar en STEIN, BARRACHINA, (2021).

⁴⁴ Tras una búsqueda, en Internet, podemos aportar los siguientes ejemplos: Opground (<https://www.elperiodico.com/es/activos/empleo/20200930/reclutador-virtual-contrataciones-8134408>), Pymetrics (<https://www.pymetrics.com/employers/>), Applied (<https://www.beapplied.com/PageGroup>), Assessfirst (<https://www.assessfirst.com/es/>), Skeeled (<https://www.skeeled.com/es/sistema-de-seguimiento-de-candidatos>), Entelo Diversity, Taskrabbt o Fiver o Career Builder (<https://noticiasmoviles.com/los-investigadores-encuentran-que-incluso-los-algoritmos-de-contratacion-justos-pueden-estar-sesgados/>), brita (<https://brita.mx/reclutamiento-de-personal-con-inteligencia-artificial>)

⁴⁵ Conocida como “Sistemas de seguimiento de candidatos” o en inglés como “*Applicant Tracking Systems*”. (<https://factorialhr.es/blog/software-seleccion-de-personal/#ats> [última consulta el 18 de noviembre de 2021])

⁴⁶ Término utilizado en

<https://www.comunidad-rh.com/2019/10/12/contratacion-automatizada-aumenta-la-discriminacion-laboral/> [última consulta el 18 de noviembre de 2021].

de las responsabilidades cuando se produzcan discriminaciones al hacer la selección (es decir, quien responde, si la plataforma de contratación, o la consultora que a su vez contrata la plataforma de contratación o la empresa si contrata esta tecnología directamente o a través de la consultora).

Respondiendo a la pregunta si actualmente se podría utilizar este tipo de herramienta, podemos acudir al artículo 22 del RGPD. Y podríamos llegar a la conclusión que sí se pueden utilizar, ya que se admiten las decisiones automatizadas sin intervención humana en un proceso de selección cuando se demuestre que es la forma más apropiada de alcanzar el contrato de trabajo y que la intervención humana es “imposible” dada la gran cantidad de datos que se han procesado. Lo explica muy bien el GT 29 y la AEPD. Además, esta última pone el siguiente ejemplo: “es admisible la decisión automatizada en procesos de selección con numerosos candidatos para realizar una primera criba excluyendo a quienes incumplen alguna condición o requisito esencial, como la ausencia de titulación suficiente (Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 del Grupo de Trabajo del artículo 29)”.

Aunque está permitida esta técnica, se exige una serie de obligaciones a la hora de utilizarla, sobre todo relacionados con el derecho de información. En primer lugar, el candidato tiene derecho a recibir una explicación específica y posterior a la toma de decisión, según lo establecido en el artículo 5, 13. 2 f) y 14.2. f) RGPD, TODOLÍ SIGNES (2018). Así como “explicarle la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento” GOÑI SEIN, (2019, 71).

En segundo lugar, además de informar al candidato, hay que informar a la representación de los trabajadores sobre “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”, tal y como señala la nueva letra d) del artículo 64.4 introducido por la conocida “Ley Rider”⁴⁷.

Ahora bien, el derecho de información tanto a los candidatos como a los representantes de los trabajadores sobre el uso de decisiones automatizadas en esta fase de filtrado no previenen por sí solas ni reparan situaciones discriminatorias que se produzcan. Aunque, como sabemos, existe una normativa antidiscriminatoria extensa tanto a nivel internacional como nacional, se hace difícil en la práctica una tutela reparadora.

La Guía 2021AEPD sí contempla o al menos toma nota de las posibles discriminaciones en la fase de selección. Señala literalmente que “no resulta admisible que decisiones basadas en la utilización de algoritmos y la elaboración de perfiles en el proceso de selección produzcan discriminación. Cuando el resultado de la decisión vulnere derechos fundamentales, el diseño del algoritmo debe ser modificado” y pone un ejemplo concreto cuando “se contrata un número significativamente mayor de hombres que de mujeres”. La AEPD plantea el problema, pero no hay ninguna obligación legal

⁴⁷ Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales. También se encuentra en la Carta de Derechos Digitales, presentada por el Gobierno de España el 14 de julio de 2021 (aunque no tiene carácter vinculante). Incluye expresamente una referencia a la garantía de las personas trabajadoras frente al uso por la entidad empleadora de estos procedimientos en la fase de selección de personal. Para un análisis de la Carta, véase SERRANO FALCÓN, (2021).

ahora mismo que imponga la modificación del algoritmo. Quizás esta obligación llegue cuando se apruebe el Reglamento UE sobre inteligencia artificial, que de momento contamos con una Propuesta de Reglamento⁴⁸.

La única vía para reparar el daño que pueda surgir en esta materia, estaría en el considerando 71 del RGPD, que establece la posibilidad de recibir una explicación de la decisión tomada después de la evaluación, incluso a impugnar la decisión. Ahora bien, todas las medidas que estén dirigidas a que una persona (en este caso el candidato a un puesto de trabajo) de forma individual pueda pedir información, no resuelven el problema en la práctica porque sería muy poco usado este procedimiento por parte de las personas candidatas. Algo más de sentido, tiene, como indica el RGPD, realizar al diseñar e implementar el algoritmo, una evaluación de impacto (art. 35.3 RGPD).

3.2. Propuestas

Para evitar posibles discriminaciones en esta fase de preselección de personal, se debate como una posible solución, la implantación de un currículum vitae anónimo o ciego (CVA)⁴⁹. De hecho, en el año 2017 desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad se propuso implantar el CVA en las empresas españolas. Participaron en este proyecto 92 entidades e incluso en el Plan estratégico de Igualdad de Oportunidades 2018-2021 también aparecía el fomento de la igualdad en los procesos de selección a través del CVA. Sin embargo, no sabemos hasta qué punto esta propuesta tendría aceptación en España, y ello, por dos razones: la poca aceptación por parte de las empresas de utilizar el CVA en los procesos de selección⁵⁰, y además, tampoco está confirmado desde un punto de vista técnico que si se elimina el género de la persona o por ejemplo la raza, se eliminaría el sesgo, y ello porque puede haber características que sean *proxies* del atributo sensible si otros datos se siguen incluyendo en el currículum (por ejemplo: de la dirección o del código postal se podrían averiguar datos sobre raza, género, edad, etc.),

En definitiva, la fase de preselección se ha automatizado, sobre todo utilizada en las grandes empresas y consultoras, también en los portales de empleo. Existen

⁴⁸ Es de destacar también la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de febrero sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_ES.html [consulta el 1 de septiembre de 2021]) donde se muestra como prioridad “generar confianza en la Inteligencia artificial centrada en el ser humano”, y para ello pide que las personas tengan derecho a conocer cuándo la IA se utilice para decisiones que le afecten y que además los algoritmos de los sistemas de toma de decisiones no se utilicen sin una evaluación algorítmica; en definitiva, que haya transparencia y una explicación de los algoritmos. Además, en la propuesta de Reglamento sobre IA que la Comisión Europea presentó el 21 de abril de 2021 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206>) considera sistema de IA de alto riesgo el que afecta a la relación laboral.

⁴⁹ Un análisis profundo y desde el punto de vista jurídico sobre la eficacia del currículum vitae anónimo o ciego (CVA) véase FERNÁNDEZ GARCÍA, (2019). A favor del currículum Ciego, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2019), pág. 71.

⁵⁰ En el interesante estudio citado sobre la eficacia del CVA se aporta el siguiente dato. “Un estudio de la consultora *Hays* indica que un 63% de las empresas encuestadas no desea incorporar el CVA en sus procesos de selección”. FERNÁNDEZ GARCÍA, A (2019), pág. 252.

obligaciones a cumplir en materia de protección de datos, pero sigue siendo muy débil o prácticamente inexistente la tutela preventiva, así como la tutela reparadora. De nuevo, una alta indefensión del candidato al empleo durante el proceso de contratación. La solución de la implantación del currículum vitae anónimo es una posibilidad, pero quizá poco aceptada por las empresas y desde el punto de vista técnico con sus fallos en el objetivo a perseguir.⁵¹

4. Las pruebas y la entrevista digital

Una vez que se ha realizado el cribado de candidatos, llega el momento de ir concretando y cercando aún más los posibles aspirantes al puesto de trabajo, hasta llegar finalmente a la fase de toma de decisiones. En algunas ocasiones se hacen pruebas relacionadas con el puesto a desarrollar, y que lógicamente varían según el puesto a cubrir. Pero es en la fase de entrevistas donde se puede acentuar la vulneración de derechos fundamentales, y ello porque no sólo se sacan conclusiones sobre las competencias profesionales del candidato, sino también sobre los estados emocionales y su personalidad. Aunque se desconoce con exactitud, ya hay consultoras y/o empresas que utilizan la IA para las entrevistas HOFFMANN, MARINIELLO (2021)⁵², con la finalidad de ahorrar tiempo, pero también intentar de forma objetiva acercarse aún más a la persona que sea la más adecuada para el puesto de trabajo a cubrir. Sin embargo, el uso de esta tecnología en las entrevistas no está libre de sesgos. Incluso las llamadas “*killer question*” aparentemente en la entrevista no aparecen (quizás no se le pregunta directamente si tiene hijos o tiene una enfermedad, o dónde vive...) pero la herramienta digital sí tiene en cuenta muchos aspectos personales y de su personalidad, y estos últimos se pueden deducir del tono de voz, o de la forma de la cara a través del reconocimiento facial, entre otras. Nos estamos refiriendo a los datos biométricos que se definen como “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos” (artículo 4.14 RGPD)⁵³.

¿Se pueden utilizar datos biométricos en una entrevista? No contamos en España con una regulación específica en el ámbito laboral, pero, del análisis práctico, sí hay pronunciamientos (de la Inspección de Trabajo, o de organizaciones sindicales) pero tan

⁵¹ En la Proposición de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación a la que ya hemos hecho referencia se hace alusión al currículum anónimo, al señalar en su artículo 7.3 que “los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas deberán velar específicamente por el respeto del derecho a la igualdad... favoreciendo la aplicación de medidas... como el currículum de vida anónimo”.

⁵² En este estudio se pone el ejemplo real de empresas que utilizan esta tecnología: *Pymetrics; Hirevue y Retorio*.

⁵³ Se puede hacer una clasificación de datos biométricos, entre aquellos que se refieren a características físicas y fisiológicas de la persona, conocida como biometría estática (huella dactilar, geometría de la mano, reconocimiento facial, retina, iris, entre otros), y los datos que se refieren a la conducta, al comportamiento humano, conocida como biometría dinámica (escritura, la utilización del teclado, la forma de conducir, el ritmo respiratorio, la forma de andar o moverse, entre otros). ALEGRETTI (2014). Para un análisis de los datos biométricos, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, (2019) y MERCADER UGUINA, (2020).

sólo sobre el uso de datos biométricos para el control de la jornada, sobre todo la huella dactilar.⁵⁴

Veamos, pues, si la respuesta a esta pregunta la encontramos en el RGPD. El artículo 9.1 prohíbe expresamente el tratamiento de datos biométricos, pero, también es cierto que el artículo 9.2 señala que no será de aplicación el apartado 1 cuando “concurra una de las circunstancias” que enumera. Pues bien, si leemos este precepto, podrían ser algunas circunstancias las que pueden concurrir para poder utilizar los datos biométricos (ejemplos: el interesado dio su consentimiento explícito, que lo autorice un convenio colectivo, o que el tratamiento sea necesario para evaluar la capacidad laboral del trabajador).

Pero al no haber una regulación específica, y estar considerados como datos sensibles, y además se pueden vulnerar otros derechos fundamentales como la intimidad, o la igualdad y no discriminación, las empresas tienen que justificar muy bien la necesidad de su utilización y pasar el llamado test de proporcionalidad.

Por todo ello, entendemos que la utilización de datos biométricos en las entrevistas de trabajo, podría acarrear conflictos jurídicos tanto por vulneración de derechos fundamentales como por un inadecuado tratamiento de datos, en este caso con sanciones económicas importantes. Consideramos que aún es prematura su utilización⁵⁵. De hecho, la ONU ha pedido paralizar su uso en otros sectores⁵⁶. También de otras noticias periodísticas podemos ver el abandono de algunas empresas de la elaboración de técnicas de reconocimiento facial⁵⁷ o sanciones ante un mal uso de esta técnica⁵⁸.

Otra cuestión a la que hay que hacer referencia es si la fase de entrevistas puede ser automatizada completamente, donde sea el *chatbot*, de forma exclusiva, sin intervención humana, converse, incluso “mire” a la persona candidata. Desde el punto de vista jurídico, la automatización completa de la entrevista se podría realizar si tenemos en cuenta el RGPD. Aunque el artículo 22 RGPD con carácter general señala que el interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, esto se salvaría con la intervención humana en la fase última de la toma de decisiones. Ahora bien, consideramos, por todo lo expuesto anteriormente, que no es la mejor solución. Consideramos que el *chatbot* puede ser un instrumento complementario para aligerar algunas actuaciones más repetitivas y que se pueden automatizar (dar la bienvenida en un proceso de selección, contestar a preguntas sencillas o avisar a aquellos que no hayan superado el proceso de selección), pues además, una constante información al candidato durante todo el tiempo que dure el proceso de contratación, repercutiría en una buena imagen de la empresa.

⁵⁴ Para un estudio de la huella dactilar, véase GRACIA GARCÍA, (2019).

Sin embargo, CCOO manifiesta su parecer, prohibiendo “sistemas de registros biométricos para los controles de la jornada laboral, salvo que se estableciera en la negociación colectiva CCOO (2020).

⁵⁵ En el mismo sentido, HOFFMANN, MARINIELLO, Mario (2021), págs.. 8 y 9.

⁵⁶ https://www.eldiario.es/tecnologia/onu-alerta-expansion-sistemas-peligrosos-inteligencia-artificial-pide-paralizar_1_8308860.html

⁵⁷ Disponible en <https://elpais.com/tecnologia/2020-06-09/ibm-abandona-la-tecnologia-de-reconocimiento-facial-por-las-dudas-eticas-sobre-su-utilizacion.html> [consulta el 1 de septiembre de 2021]

⁵⁸ Disponible en https://www.eldiario.es/politica/justicia-impide-mercadona-use-reconocimiento-facial-detectar-clientes-orden-alejamiento-tiendas_1_8025896.html [consulta el 1 de septiembre de 2021]

Sería conveniente que la negociación colectiva incluyera una regulación sobre esta herramienta digital en los procesos de selección y tuvieran solo una función de ayuda para aligerar la carga de trabajo, pero que no sustituyan las fases más críticas en un proceso de contratación. Ya empieza a haber “movimiento legislativo” para limitar el uso de contestadores automáticos con los que las empresas se relacionan con los consumidores⁵⁹, e igualmente se tendría que avanzar en el ámbito laboral. Aunque la reciente guía de COOO ya mencionada no hace alusión a los *chatbots*, hay una referencia en la que se puede intuir su posición al respecto, es decir, la necesaria supervisión humana en el proceso de entrevistas. Concretamente señala que tendrían que pactarse cláusulas en la negociación colectiva en las que se garantice la presencia de los representantes legales⁶⁰ de los trabajadores en las entrevistas de trabajo para evitar que se hagan preguntas personales, y además señala que “el procesamiento de los datos de las personas trabajadoras para el diseño de algoritmos que se vayan a utilizar en estos procesos debe ser negociada con la representación legal”.

5. Valoración y toma de decisiones

Ya estamos en la fase final, en la toma de decisiones, donde llegan los candidatos finales. Precisamente es la que prácticamente no está automatizada. Además de que se confía más en el ser humano para la toma de decisión final, el artículo 22 RGPD obliga a que la decisión no esté completamente automatizada, como ya hemos analizado con anterioridad.

Pero también hay algunas cuestiones digitales a tener en cuenta en esta fase:

En primer lugar, la utilización en esta fase de *chatbot* para comunicar a los candidatos el resultado del proceso de contratación. Es decir, si finalmente van a ser contratados o no. Este uso está justificado, para aligerar la carga de trabajo en esta fase, y al mismo tiempo dar una buena imagen la empresa, que repercute de forma positiva en su reputación. Entendemos que la utilización de *chatbot* en esta fase, que es meramente informativa, es posible, aunque sería conveniente su regulación y sobre todo que a la persona candidata se le informe de la existencia del chatbot. Hasta que no haya regulación sobre la materia, se podría utilizar la negociación colectiva. Los *chatbot* no pueden sustituir las explicaciones que, desde la empresa o consultora se pueda dar a los candidatos no finalistas. Ni tampoco podría eliminar o desanimar las posibles reclamaciones en el proceso de selección.

-En segundo lugar, creemos conveniente, antes de finalizar este análisis, hacer mención al uso de las redes sociales por parte de las empresas en esta última fase del proceso de contratación, para obtener información de los candidatos⁶¹. Desde el punto de vista

⁵⁹ El 16 de noviembre conocimos la noticia del Anteproyecto de Ley para regular la atención al cliente de las empresas, donde, se pondrá, entre otras cuestiones, límites a los contestadores automáticos en la relación con el cliente, en grandes empresas con más de 250 trabajadores. https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/161121-enlace_atencion_cliente.aspx [consulta el 19 de noviembre de 2021].

⁶⁰ A favor del control sindical en el proceso de selección, RODRIGUEZ ESCANCIANO (2019).

⁶¹ “El 75% de las empresas consulta las Redes Sociales de los candidatos antes de contratarlos”, donde 7 de cada diez empresas descartan a postulantes basándose en información publicada en sus redes sociales. En capitalumano.woltersluver.es de 24 de junio de 2021 [consulta el 15 de octubre de 2021]. Se pueden encontrar datos sobre su uso en

jurídico, es difícil abordar este tema y ello porque la información de los candidatos está en las redes sociales de forma consentida, y abierta... volvemos a la “paradoja de la privacidad”. Sin una regulación sobre la materia, de nuevo la negociación colectiva podría establecer un compromiso de las empresas de no mirar las redes sociales de los candidatos durante el proceso de contratación⁶². En esta línea ya se pronunció el comité de ministros del Consejo de Europa recomendando que el empleador evitara solicitar información que los candidatos tengan en las redes sociales⁶³. Y además de todos los cambios normativos que aquí podemos proponer, necesitamos mucha, mucha cultura digital.

6. Reflexión final

“Proceso de contratación, política de empleo y uso de algoritmos”. Ese fue el título elegido para este capítulo, y ahora, para finalizar, haremos una reflexión final, basándonos en los términos utilizados para denominar este trabajo.

-El proceso de contratación en el sector privado está experimentando cambios por el uso de tecnología, basada principalmente en inteligencia artificial, con la intención de agilizar el proceso y obtener mejores candidatos finales que cubran las expectativas de la empresa. Todo avance es positivo, claro está. Pero, las nuevas formas de realizar el proceso de contratación, conllevan también nuevas cuestiones jurídicas a analizar y resolver.

Ante la fuerte transformación digital que se está produciendo en todo el proceso de contratación, podría ser oportuno plantearse una regulación del mismo (que hasta ahora no se ha hecho). Respetando el principio de libertad de empresa, una regulación genérica sobre el proceso de contratación ayudaría a conocer qué se puede hacer en cada fase: el uso de la inteligencia artificial y sus límites, cómo se pueden hacer las entrevistas y el control sindical de las mismas, el uso de *chatbots* y de redes sociales por parte de las empresas. Mientras tanto, la negociación colectiva es el lugar apropiado para su regulación.

-La política de empleo juega un papel clave en el actual proceso de contratación. Ante las numerosas formas de búsqueda de candidatos, y ante la situación de indefensión (por exceso de información), y ante situaciones de discriminación que les impide a los candidatos llegar a la fase final del proceso de contratación, es necesario un replanteamiento de las actuaciones de la política de empleo. Entre otras medidas, sería necesario el impulso del portal público de Empleo Empléate, y replantear los intermediarios que pueden actuar para ajustar ofertas y demandas de trabajo. Hemos

<https://es.statista.com/grafico/8865/busqueda-de-trabajo/> [consulta el 19 de noviembre de 2021].

⁶² En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ESCANCIANO (2019), págs. 207-208. Hace alusión además al derecho comparado, concretamente a la regulación en Estados Unidos sobre esta materia.

⁶³ Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the processing of personal data in the context of employment (1 April 2015), https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a

podido comprobar que la Ley de Empleo en materia de intermediación laboral no se ajusta a la realidad. Los portales privados de empleo, las páginas Web de las empresas, las redes sociales, son auténticos intermediarios, incluso más complejos en su actuación que los que están regulados. La norma tiene que pronunciarse al respecto y determinar el papel que desempeñan en la intermediación laboral.

La utilización de la IA es y será una realidad en los procesos de selección. Para hacer un buen uso de la misma, se pueden implantar medidas para el control y la transparencia de los algoritmos. Pero determinadas situaciones de discriminación siempre se van a producir. Entonces, ¿podría ser oportuno establecer medidas de acción positiva en la contratación? El escenario actual es diferente, y tenemos que pensar en soluciones diferentes, que quizás en otros momentos no eran necesarias. Un debate y diálogo interdisciplinar sobre el tema, donde además participen los agentes sociales, la administración y también el ámbito universitario, sería muy necesario para avanzar en el uso de la IA centrado en la persona.

-Y La utilización de algoritmos y datos para crear inteligencia artificial en el proceso de contratación es una realidad, aunque todavía afecta más a las grandes empresas. Los debates se han centrado en el ámbito de la ética, aunque se ha avanzado en la Unión Europea con una propuesta de Reglamento de IA. Consideramos que, aunque son positivos todos los principios éticos⁶⁴, no son suficientes ROBLES CASTILLO, (2020) siendo necesaria una regulación de la IA para aportar transparencia en su funcionamiento. La realización de las auditorías es una opción muy valorada (RASO el altri (2018), NAVAS NAVARRO (2021).

En definitiva, son muchas más las propuestas que se pueden explorar, muy necesarias para una adecuada transformación digital en las empresas. Entre otras, la formación en competencias digitales tanto de las personas trabajadoras como de sus representantes, formación para las empresas, así como para todos los operadores jurídicos que actúan en el ámbito laboral. Y en el ámbito educativo también.

Todas las propuestas mencionadas hay que explorarlas en su conjunto, incluso llevar a cabo una evaluación ex ante de las mismas GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2010) porque las reformas o cambios normativos que se realicen tienen que resultar útiles para la sociedad. No olvidemos que la intención es mejorar el proceso de contratación, donde hemos encontrado numerosos obstáculos (sobre todo en la fase de búsqueda de candidatos) y un aumento del uso de la IA sin regular que produce inseguridad en sus creadores, y en las empresas que optan por su uso.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR DEL CASTILLO, María del Carmen (2017), “Las redes profesionales y el empleo. Una realidad en espera”, en VV.AA. (Rodríguez-Piñero Royo, Miguel.; Hernández

⁶⁴ Para aspectos relacionados con la inteligencia artificial y la ética, es interesante consultar la web de la organización “algorithmwatch.org”, en <https://algorithmwatch.org/en/> (última consulta el 1 de diciembre de 2021).

Bejarano, Macarena, Directores): *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Albacete, Bomarzo.

ALAMEDA CASTILLO, María Teresa (2012), *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi.

ALEGRETTI, Juan Carlos (2014), "Aplicación actual de los sistemas biométricos", *Revista Skopein*, 5, 2014, 7-8, disponible en <https://skopein.org/ojs/index.php/1/article/view/30>,

ALLHUTTER, Doris.; Florian CECH, Fabian FISCHER, Gabriel GRILL, Astrid MAGER (2020): "Algorithmic profiling of Job Seekers in Austria: how austerity politics are made effective, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fdata.2020.00005/full>

CASTILLO PARRILLA, José Antonio (2021): "Sentencia del Tribunal ordinario de Bolonia de 31 de diciembre de 2020 (Caso Deliveroo), *La Ley*, núm. 726.

CHIAVENATO, Idalberto (2017): *Administración de Recursos Humanos. El capital humano de las organizaciones*, McGraw-Hill, Madrid.

COLCLOUGH, Cristina.: "Workers' rights: negotiating and co-governing digital systems at work", *Social Europe*, septiembre 2020, <https://www.socialeurope.eu/workers-rights-negotiating-and-co-governing-digital-systems-at-work>

DIAZ, Francisco.; RODRÍGUEZ, Andrés. (2002): *Selección y formación de personal*, Editorial Universidad de Granada.

DOLAN, Simón, VALLE, Ramón, LÓPEZ, Álvaro. (2014): *La gestión de las personas y del talento*, McGraw-Hill, Madrid.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio.; GUERRERO VIZUETE, Esther (2020): "¿Pagar por buscar empleo? La gratuidad en la intermediación laboral digital", en *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Volumen 8, número 1.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio (2019): "La lucha contra la discriminación en el acceso al empleo mediante el curriculum vitae anónimo", *Ius Labor. Revista d'analisi de Dret del Treball [en línea]*, núm. 1, <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2019.i01.05>.

FULLER, Joseph; RAMAN, Manjari; AGE-GAVIN, Eva.; HINES, Kristen.: (2021) "*Hidden workers: Untapped Talent*", en <https://www.hbs.edu/managing-the-future-of-work/Documents/research/hiddenworkers09032021.pdf>

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad, (2010) "Objetivo: mejorar la calidad de las leyes. Cinco propuestas de técnica legislativa", *Revista de las Cortes Generales*, 80, disponible en <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/271/958>,

GOÑI SEIN, José Luis (2019): “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 117

GRACIA GARCÍA, David (2019): El impacto de la privacidad en los sistemas biométricos de control de acceso y horario laboral tras el Dictamen 63/2018 de la Autoridad catalana de protección de datos, *La Ley* 7942.

HOFFMANN, Mila; MARINIELLO, Mario (2021): “Biometric technologies at work: a proposed use-based taxonomy”, *Policy contribution 23/2021*, Bruegel.

LOUREDO CASADO, Sara (2021): “El posible carácter desleal e injusto de los procesos personalizados en Internet”, en *La Ley Digital*, núm. 520.

LLANEZA, Paloma (2019): *Datanomics. Todos los datos personales que das sin darte cuenta y todo lo que las empresas hacen con ellos. Claves, consejos y herramientas para proteger tu privacidad*, Deusto.

MANFREDI SÁNCHEZ, Juan Luis; UFARTE RUIZ, María José (2020): “Inteligencia artificial y periodismo: una herramienta contra la desinformación”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 124, abril.

MARTÍNEZ GIRÓN Jesús (1984): “El precontrato de trabajo en la jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19

MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2010): *El precontrato de trabajo*, Edición Reus, Madrid, 2010.

MERCADER UGUINA, Jesús (2020): “Datos biométricos en los centros de trabajo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 11, número extra.

MUÑOZ RUIZ, Ana Belén (2020): “Robótica y derecho del trabajo: una revisión de los primeros fallos judiciales”, *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 62.

NAVAS NAVARRO, Susana.: “La perspectiva de género en la inteligencia artificial” *Diario La Ley*, núm. 48, Sección Ciberderecho, 8 de marzo 2021.

O’NEILL, Cathy (2016): *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality Ad Threatens Democracy*, Random House.

OLARTE ENCABO, Sofía (2020): “La aplicación de la inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, núm. 119.

RIVAS VALLEJO, Pilar. (2020): *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi.

ROBLES CASTILLO, Margarita (2020): “La gobernanza de la inteligencia artificial: contexto y parámetros generales”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*,

<http://www.reei.org/index.php/revista/num39/articulos/gobernanza-inteligencia-artificial-contexto-parametros-generales>

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, (2019), *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (2019) “Las facultades de control de datos biométricos del trabajador”, *Temas Laborales*, núm. 150.

RUEDA MONROY, José Antonio (2020): “La virtualidad jurídica de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer en el ordenamiento español”, en *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 8.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (2010).: *El precontrato de trabajo: régimen jurídico*, Aranzadi.

SERRANO FALCÓN, C. (2009): *Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Empleo Privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Comares, Granada.

-(2008): “Más allá de los recursos humanos: la regulación jurídica de las empresas de selección de personal”, en *Documentación Laboral*, núm. 84.

- (2021) “La Carta de Derechos Digitales en España y su contenido laboral. Una necesaria aplicación práctica”: *Il Diritto del mercato del lavoro*, núm. 2.

STEIN, Guido, BARRACHINA, Alberto (2021): “La inteligencia artificial en la selección de personas”, *Harward Deusto*, <https://www.harvard-deusto.com/la-inteligencia-artificial-en-la-seleccion-de-personas>

TODOLÍ SIGNES, Adrián (2018). “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 84.

VALDIVIA, Ana.: SANCHEZ-MONEDERO, Javier. CASILLAS, Jorge, (2020), “How fair can we go in machine learning? Assessing the boundaries of accuracy and fairness”, *International Journal of Intelligence Systems*, Volumen 36, número 4.

VV.AA. Cuatrecasas. Instituto de Estrategia Legal RRHH (2018) *Inteligencia artificial y su impacto en los recursos humanos y en marco regulatorio de las Relaciones Laborales*, La Ley.

VV.AA (Filippo Raso et altri (2018): *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, de Berkman Klein Center for Internet & Society at Harvard University, septiembre 2018.

INFORMES Y GUÍAS

AEPD (2020) “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial. Una introducción”, febrero de 2020, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>.

AEPD (2021) “Guía sobre protección de datos en las relaciones laborales”, mayo 2021. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>

AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Surveillance giants: how the business model of Google and Facebook threatens human rights”
<https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/1404/2019/en/>

CCOO. Guía Negociación colectiva y digitalización 2020, página 18, en <https://www.ccoo.es/af6e35ab004a61334480e3b2bcae0e93000001.pdf> [consultada el 2 de noviembre de 2021].

FUNDACIÓN 1 MAYO: “La dimensión laboral de la economía digital. Reflexiones para un debate en proceso, Madrid febrero 2020.

UN.High-Level Panel on Digital Cooperation: (2019). *“The age of digital interdependence: report of the UN Secretary-General’s High-Level Panel on digital cooperation*, New York, junio 2019, <https://digitallibrary.un.org/record/3865925>;