



MasterEmpleo

Estrategias y gestión de servicios
y políticas territoriales de empleo.



DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: INCIDENCIA EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL DIGITAL

TRABAJO FIN DE MÁSTER



Alumna: María Luisa Belmonte Morales

DNI: 30817685P

Curso: 2020/2021

Convocatoria: Septiembre

Sede: UCO

Perfil: Investigador

Tutora: Prof^a. Dr^a. Dña. Inmaculada Benavente Torres (Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba).



Facultad de Ciencias del Trabajo
Universidad de Córdoba



Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos
Universidad de Granada



Facultad de Ciencias del Trabajo
Universidad de Huelva

**Este trabajo de investigación ha sido elaborado
como requisito para la obtención del Título de
Máster de Empleo: Estrategias y gestión de
servicios y políticas territoriales de empleo,
curso 2020/2021**

Fdo.: María Luisa Belmonte Morales



MasterEmpleo

Estrategias y gestión de servicios
y políticas territoriales de empleo.



www.masterempleo.com



ANEXO VII (TRABAJO FIN DE MÁSTER)

ITINERARIO DE INVESTIGACIÓN

TÍTULO TFM: “**DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: INCIDENCIA EN LA INTERMEDIACIÓN DIGITAL**”

ESTUDIANTE: D./D^a **MARÍA LUISA BELMONTE MORALES**

DIRIGIDO POR: D./D^a. **INMACULADA BENAVENTE TORRES**

V.B. para su Defensa (señale lo que proceda): SÍ / NO

Observaciones: _____

En Córdoba, 10 de septiembre de 2021

**BENAVENTE
TORRES MARIA
INMACULADA -
30532539Q**

Firmado digitalmente por BENAVENTE
TORRES MARIA INMACULADA - 30532539Q
Fecha: 2021.09.06 07:12:24 +02'00'

Fdo. Dña. Inmaculada Benavente Torres



Facultad de Ciencias del Trabajo
Universidad de Córdoba



Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos
Universidad de Granada



Facultad de Ciencias del Trabajo
Universidad de Huelva

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUCCIÓN | 4 |
| 1.1 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN..... | 4 |
| 1.2 METODOLOGÍA. | 10 |
| 1.3 ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN..... | 11 |
| 2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL | 14 |
| 2.1 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL..... | 14 |
| 2.2 EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL..... | 22 |
| 2.3 INTERMEDIACIÓN TRADICIONAL VERSUS INTERMEDIACIÓN DIGITAL..... | 33 |
| 3. SOBRE EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ACCESO AL EMPLEO | 43 |
| 3.1 REFLEXIONES PREVIAS..... | 43 |
| 3.2 REFERENTES NORMATIVOS: ÁMBITO INTERNACIONAL, COMUNITARIO Y NACIONAL..... | 47 |
| 3.3 LA OFERTA DE EMPLEO DISCRIMINATORIA..... | 52 |
| 3.4 LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y LAS PLATAFORMAS DE EMPLEO VIRTUALES..... | 58 |
| 3.5 ALGORITMOS Y DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO..... | 60 |
| 3.5.1 PRECISIONES TERMINOLÓGICAS..... | 63 |
| 3.5.2 LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA LABORAL..... | 64 |
| 3.5.3 EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y LOS SISTEMAS ALGORÍTMICOS..... | 68 |
| 4. REFLEXIÓN CONCLUSIVA | 72 |
| BIBLIOGRAFÍA | 76 |
| ANEXO 1: NORMATIVA | 88 |
| ANEXO 2: JURISPRUDENCIA | 93 |

***“¡Triste época es la nuestra! Es más fácil
desintegrar un átomo que un prejuicio.”***

Albert Einstein (1879-1955)

1. INTRODUCCIÓN.

1.1 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

Actualmente el empleo, en las sociedades democráticas, se configura como elemento fundamental de integración social, del ejercicio de los derechos sociales y de ciudadanía plena vinculados al Estado de Bienestar¹. Factores como los cambios en los modelos organizativos de trabajo, el proceso de globalización, el desarrollo de las nuevas tecnologías, la crisis económica de

¹ Cfr. NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A., "Introducción crítica al marco jurídico de las políticas de empleo en España". *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2013, 5(9), p. 164.

2008 y la crisis sanitaria provocada por la pandemia por COVID 19, están produciendo grandes desajustes en los mercados de trabajo, que se traducen en importantes tasas de desempleo, con una mayor incidencia en la población femenina².

Los Estados intentan equilibrar estos desajustes del mercado de trabajo a través de las políticas de empleo³, cuyo objetivo es la consecución del pleno empleo⁴, mediante el desarrollo legislativo de instrumentos que “influyan en la dinámica y características de la oferta y demanda de empleo”⁵ y que permitan la corrección de las asimetrías del mercado de trabajo⁶. En nuestro modelo

² Como señala el “Informe 8 de marzo de 2020: Balance de la situación del empleo de las mujeres en 2018/2019” de UGT, a partir de los datos extraídos de la Encuesta de Población Activa del INE, la tasa de paro femenina en 2019 se sitúa en el 16% frente a la masculina que lo hace en un 12,45% (3,55 puntos porcentuales de diferencia). Esta es la tendencia que se observa en la evolución de las tasas de desempleo, así, como señala el mismo informe, en cuanto a la tasa de paro masculina, que se situó en ese año, en 2013, en un 25,6%, ha pasado en 2019 a 12,45%, descendiendo en ese periodo en 13,15 puntos, mientras que la tasa de paro femenina, entre 2013 (26,67%) y 2019 (16%) ha descendió 10,7 puntos, lo que muestra que el descenso del paro masculino es mayor que el femenino y que la recuperación del empleo no afecta por igual a hombres y mujeres, siendo más favorable para los hombres. Por otra parte, cabe señalar el mayor impacto en el empleo femenino que ha tenido la pandemia por Covid 19 y que ha agudizado la brecha de género en nuestro país. Así, el “Informe 8 de marzo de 2021: La igualdad de género en el empleo en tiempos de pandemia”, recoge datos en dicha dirección, que serán examinados en las páginas siguientes.

³ Así, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en su exposición de motivos señalaba que la misma tiene como “objetivo incrementar la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo y mejorar las oportunidades de incorporación al mismo para conseguir el objetivo del pleno empleo”. Afirmación, también realizada por el Premio Nobel de Economía Christopher Pissarides al considerar que “(h)ay mercados especiales como el mercado laboral que necesita de un trabajo de intermediación para casar oferta y demanda. El empleo no es un bien homogéneo e intentar adecuar el servicio de quien lo ofrece con el interés de quién lo demanda tiene costes. Esos costes (dinero, tiempo) se reducen con la intermediación que corresponde a los Servicios Públicos de Empleo” -véase CASTELLÓ ROSELLÓ, V., “¿Son útiles los servicios públicos de empleo en España?” en https://www.eldiario.es/comunitat-valenciana/arguments/utiles-servicios-publicos-empleo-espana_132_3376343.html.

⁴ Vid. art. 40.1 Constitución Española.

⁵ NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES A., op. cit. p. 163.

⁶ Como señala, NAVARRO NIETO, F., “Las políticas de empleo en España: Una visión panorámica”. En NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A. (Coords.), Presente y futuro de las políticas de empleo en España, Bomarzo, Albacete, 2021, p. 10.

normativo, la intermediación laboral se presenta como el “instrumento básico de la política de empleo”⁷ y cuyo ejercicio debe contemplar el respecto a los principios constitucionales recogidos en nuestra carta magna, entre ellos el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), convirtiéndolo de esta forma también en un “instrumento de igualdad”⁸ en el acceso al empleo y que permite la consecución de algunos de los objetivos marcados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU, específicamente la igualdad de género -objetivo nº 5-, el trabajo decente -objetivo nº 8- y la reducción de la desigualdades -objetivo nº 10-. Así, el alcance jurídico de derecho a no ser discriminado en el ámbito de la intermediación laboral presenta una aplicación plena, en conexión con la manifiesta referencia del art. 34.1 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (en adelante TRLE)⁹, al disponer, entre los principios básicos de la misma, el respeto por parte de los agentes intermediarios contemplados en el mismo, de “los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación”, junto a la complementación del art. 35 TRLE, de la prohibición de discriminación en el acceso al empleo.

El desarrollo de las nuevas tecnologías y el aumento del uso de internet¹⁰, cada vez en mayor medida por la población, en todos los ámbitos de nuestra sociedad, no ha dejado al margen su incidencia en el empleo, y muy concretamente en la intermediación laboral¹¹. Así, además de los agentes

⁷ Exposición de motivos de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

⁸ Como señala, BENAVENTE TORRES, I., "Intermediación e igualdad entre sexos tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres". En Trabajo: *Revista iberoamericana de relaciones laborales*, nº 20, 2007, p. 98.

⁹ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

¹⁰ El informe “Perfil sociodemográfico de los internautas. Análisis de datos INE 2020”, realizado por el ONTSI, señala que el 94% de la población española ha utilizado alguna vez internet durante el año 2020.

¹¹ Cfr. AGUILAR DEL CASTILLO, M.D.C., "Las pistas de la información digital, ruta hacia una nueva intermediación laboral". En TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, pp. 503 y ss.

intermediarios¹² reconocidos por TRLE, encontramos abundantes operadores que intermedian a través de los sistemas digitales en la red, fuera del espacio normativo de dicha legislación y, por tanto, fuera del control del Servicio Público de Empleo, presentando un peso cada vez mayor¹³ frente a los intermediadores tradicionales. Unido a ello, el uso de los algoritmos, el big data y la IA por dichos operadores plantean nuevas fórmulas de discriminación (sexo, género, ...) que suponen un gran reto para la normativa antidiscriminatoria. No podemos obviar que dichas situaciones pueden tener una incidencia importante y directa en cuanto al desarrollo de los principios básicos que predica el marco normativo de la intermediación, especialmente en materia de no discriminación en el acceso al empleo.

Se hace imprescindible señalar que, aunque dichos principios no se predicen sólo respecto al sexo¹⁴, sin embargo, en el presente trabajo sólo se centrará en tratar dicha cuestión. Y ello, en cuanto a que la discriminación sufrida por las mujeres a lo largo de la historia por el hecho de ser mujer se presenta como la más antigua y con mayor arraigo en la sociedad¹⁵, con una amplia

¹² Servicios Públicos de Empleo, agencias de colocación y aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior, según dispone el art.32 TRLE.

¹³ Como ejemplo de ello: el informe [Infoempleo de 2020 de Adecco](#), recoge el uso los portales de empleo como los medios de búsqueda de empleo más utilizados habitualmente por los trabajadores en activo y desempleados (95,98% y 97,19%, respectivamente). Con respecto a las empresas, los medios más utilizados para buscar candidatos con frecuencia son, los portales web de empleo -61,17%-, las redes sociales -23,30%-, frente a los Servicios Públicos de Empleo que representa el 18,45%, pp. 21 y ss. Disponible en: <https://www.infoempleo.com/publicaciones/>.

¹⁴ También respecto a raza, color, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen racial, entre otros.

¹⁵ Cf. VALDÉS DAL-RÉ, F., "Los principios básicos de la intermediación laboral y la no discriminación en el acceso al empleo". En VALDÉS DAL-RÉ, F. Y SOBRINO GONZÁLEZ, G.M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Empleo*. La Ley, 2012, p. 391. Es más, como señala el autor, no existe "ninguna cláusula general de igualdad o de prohibición de no discriminación", ni en la normativa internacional o nacional, que no aluda al sexo como elemento de discriminación.

incidencia en el ámbito de las relaciones laborales¹⁶- brecha salarial, techo de cristal, suelo pegajoso-. A ello, se suma la gran variabilidad de manifestaciones que presenta y que en muchos casos se añaden otras discriminaciones a la misma – raza o etnia, religión, edad, etc.- produciéndose una discriminación múltiple, donde el sexo se presenta como base del resto¹⁷.

En definitiva, nos encontramos ante un fenómeno multidimensional y acumulativo, que posiciona a la mujer en una situación de desigualdad frente a sus congéneres masculinos, y que en el caso que nos ocupa se circunscribe al acceso al mercado de trabajo¹⁸. Esta situación desigualitaria o desventajosa justifica que el principio de no discriminación por razón de sexo se haya convertido, en “uno de los principios básicos y más transversales”¹⁹ de las sociedades democráticas y de sus ordenamientos jurídicos, con un amplio

¹⁶ Vid. ALTER, “Los perfiles de la discriminación en España: Análisis de la encuesta CIS 3000. Percepción de la discriminación en España”, 2014, pp. 131-141; CEA D’ANCONA, M.A. y VALLES, M., “[Evolución de la discriminación en España: Informe de las Encuestas IMIO-CIS de 2013 y 2016](#)”, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (IMIO), 2018, pp. 79 y ss. Ambos estudios señalan el ámbito laboral, como el que mayores problemas plantea respecto a discriminación, con mayor manifestación en las mujeres y donde se produce una mayor incidencia de la discriminación múltiple.

¹⁷ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Discriminación de género y “otras” discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres”. En AA.VV., *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, p. 40.

¹⁸ Como señala RODRÍGUEZ COPÉ, el acceso al mercado de trabajo de las mujeres en situación de igualdad actualmente, sigue planteando problemas derivados del mantenimiento de los roles sociales tradicionales asociados a las mismas -feminización de ciertos trabajos, cargas roles familiares de género, etc.-. Dicha situación hace que entre los grupos vulnerables con especiales dificultades de inserción laboral se encuentre el colectivo de mujeres, como es señalado por el TRLE. Vid. RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Las políticas selectivas de empleo como herramientas básicas para la integración sociolaboral de colectivos vulnerables. (Especial referencia a las personas con discapacidad y/o en riesgo de exclusión social). En NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A. (Coords.), *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 261 y ss.

¹⁹ VALDÉS DAL-RÉ F., “Los principios básicos..”, op. cit. p. 392.

desarrollo en el ámbito de las relaciones laborales. Y es que la prohibición de discriminación, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional²⁰:

“persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución. Más en concreto, la expresa **prohibición de la discriminación por razón de sexo**, no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo”.

Este contexto confiere argumentos suficientes que justifican el desarrollo de la investigación, respecto al tratamiento que la intermediación laboral digital otorga al principio de no discriminación por razón de sexo en nuestro mercado de trabajo y como el uso de algoritmos en la intermediación digital plantea nuevos retos jurídicos en la eliminación de la misma. Para ello se ha establecido un objetivo general:

- Analizar la intermediación digital y su impacto en la discriminación por razón de sexo.

La consecución de este propósito requiere de desarrollo de los siguientes objetivos específicos, que confieran coherencia a la investigación:

- Analizar las actividades desarrolladas por las plataformas digitales de empleo y su incardinación en la intermediación laboral.
- Comprobar el tratamiento del principio de discriminación en las ofertas de empleo publicadas en las plataformas virtuales.

²⁰ STC 19/1989, de 31 de enero, FJ. 4.

- Determinar cómo la inteligencia artificial (en adelante IA), el big data y el uso de algoritmos, utilizadas por las plataformas virtuales puede inferir de forma directa en la discriminación por razón de sexo.

1.2 METODOLOGÍA.

La investigación se realiza desde un enfoque jurídico y podemos encuadrarla dentro del paradigma del realismo jurídico²¹. Así, la metodología seguida para el desarrollo de la misma parte del análisis jurídico-positivo de la institución de la intermediación laboral en España como marco jurídico de referencia, a través la revisión bibliográfica doctrinal científica-laboralista de los últimos años. Sin embargo, la contextualización de la institución no puede sólo quedarse en el mero análisis exegético de la norma, sino que requiere la aplicación de un pluralismo metodológico que nos permita realizar una evaluación y diagnóstico más transversal del impacto material de la norma, en el contexto vigente en el que se desenvuelve y aplica la misma, teniendo en cuenta el modo en que los cambios que se están produciendo de manera acelerada en la realidad social actual, propios de las sociedades informacionales²², influyen en la misma y nos conduzcan a poder realizar unas conclusiones críticas y propuestas “de lege ferenda” respecto a la funcionalidad material de la regulación normativa. En definitiva, el legislador regula en respuesta a una realidad social específica y concreta. Sin embargo, instaurado el modelo legal su aplicación

²¹ Centrado en la práctica de construcción y aplicación del Derecho, más que sobre la norma abstracta, preocupándose de esta forma más por las funciones que cumple el Derecho y por su eficacia e ineficacia práctica. Derivado de ello, admite la interdisciplinariedad con otras ciencias sociales (sociología, economía, ...). Véase ALVÁREZ DEL CUVILLO, A., “*Metodología y técnicas de investigación en el ámbito jurídico-laboral: bases teóricas*”. Universidad de Cádiz, 2015, p. 8. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10498/17856>.

²² No podemos obviar que, en la actualidad las principales actividades económicas, sociales, políticas y culturales a nivel mundial se estructuran a través de Internet y las diversas redes que operan a través de la misma, transformando el modo en que nos comunicamos y las dinámicas en la interacción social, como bien señala CASTELL, M., “*La galaxia de Internet: reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*”, Plaza & Janes, 2001, pp. 13 y ss.

práctica, eficiencia y eficacia dependerá del contexto político, social y económico de referencia²³.

En este trabajo no entraremos a analizar en profundidad los aspectos sociales y económicos, ya que sólo se configuran como soporte para el análisis planteado, como elementos que nos proporcionan un acercamiento a la realidad social en el que se desenvuelve la institución jurídica. Para ello, utilizaremos informes diversos y datos estadísticos, que de forma cualitativa y cuantitativa permitirá incardinar someramente, el panorama actual en el que de se desarrolla la intermediación laboral y los problemas que plantea, especialmente, la intermediación virtual y los agentes que la llevan a cabo.

Por otra parte, la cuestión de la discriminación por razón de sexo y cómo incide en la intermediación laboral, partirá del estudio normativo de dicho principio y su construcción jurisprudencial en base a la revisión doctrinal de los últimos años, lo cual ayudará a delimitar qué se entiende por ofertas de empleo discriminatoria. Así mismo se realizará una revisión de la doctrina sobre plataformas virtuales de empleo – portales de empleo, redes sociales, apps de empleo- para la comprensión de la problemática que se plantea en torno a su uso y al tratamiento de las ofertas de empleo y la utilización de sistemas algorítmicos y de IA por dichas plataformas.

1.3 ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN.

Esta investigación se ha dividido en cuatro partes, que pasamos a describir a continuación.

La **primera parte**, contiene una breve descripción de los elementos que justifican el desarrollo de la investigación, así como la metodología utilizada para llevarla a cabo y como se ha diseñado la estructura del trabajo (Capítulo 1).

²³ Como señala CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”. En *Temas Laborales: Revista de trabajo y bienestar social*, nº 132, 2016, p. 100

La **segunda parte** se centra en la contextualización actual de la intermediación laboral como instrumento fundamental de la política de empleo, cuyo objetivo siguiendo el mandato constitucional a los poderes públicos a desarrollar una política orientada a la consecución del pleno empleo, según contempla el art. 40.1 CE y los nuevos operadores virtuales en el mercado de trabajo. Ello requiere, en primer lugar, la delimitación conceptual de la misma, a partir de su definición jurídico-normativa y la interpretación realizada por la doctrina jurídica al respecto, ya que normalmente colocación e intermediación se han utilizado como términos equivalentes y ambos términos presentan algunas distinciones que creemos conveniente señalar para centrar los objetivos de esta investigación (Capítulo 2, apartado 1).

En segundo lugar, entender cómo se desarrolla actualmente la intermediación laboral y los agentes involucrados en el ejercicio de la misma en España requiere, sin duda, una breve exposición de la evolución normativa que ha sufrido y sus diferentes etapas hasta llegar a la actualidad (Capítulo 2, apartado 2).

Finalmente, cerramos este capítulo, realizando un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en la intermediación laboral virtual, el uso de la misma, tanto por las personas que buscan empleo, como por las empresas que demandan empleo para su actividad. Así mismo, se describe como desarrollan su actividad las plataformas virtuales – portales digitales de empleo, redes sociales y aplicaciones móviles- en el ámbito del empleo y la posible incardinación de sus actividades en el concepto legislativo de intermediación laboral, de lo que derivará su delimitación como agencias de colocación, en los términos establecidos normativamente en España. (Capítulo 2, apartado 3).

La **tercera parte** se ha centrado en el principio de no discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, puesto que determinar el impacto de los agentes virtuales de empleo requiere el conocimiento y la determinación de los elementos que configuran el fenómeno la discriminación por razón de sexo. En primer lugar, se realizan unas reflexiones previas, en torno a un breve análisis

de la situación desventajada que presenta la mujer en el mercado de trabajo (Capítulo 3, apartado 1).

Por otra parte, enlazado al objetivo del capítulo, se describe, por una parte, los referentes normativos en materia de discriminación tanto a nivel internacional, europeo y nacional (Capítulo 3, apartado 2), y por otra, una revisión doctrinal y jurisprudencial, de los elementos configuradores de la discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, como elemento fundamental a la hora de determinar cuándo nos encontramos con ofertas discriminatorias y los límites admitidos jurisprudencialmente. En atención a ello, se analiza cómo las plataformas virtuales incumplen estos límites al recoger gran cantidad de ofertas de empleo discriminatorias (Capítulo 3, apartado 3).

En último lugar, analizamos a través de los últimos estudios publicados, como el uso de la IA, el big data y los algoritmos, utilizados actualmente en el marco de relaciones laborales, y, especialmente en la intermediación digital y la selección de personal, inciden de forma directa en la discriminación por razón de sexo y el reto que supone el control de los mismos ante la falta de un desarrollo normativo adecuado ante esta nueva dimensión de la discriminación sexista. Ello se lleva a cabo mediante varios apartados que dan respuesta al objetivo del presente capítulo, y que van desde la realización de presiones terminológicas respecto a las cuestiones técnicas de los diferentes sistemas utilizados en el ámbito digital (Capítulo 4, apartado 1), la definición de la “discriminación algorítmica” laboral, formas de producción y efectos que producen (Capítulo 4, apartado 2), para finalizar con las medidas de tutela normativa que presenta esta especial forma de discriminación (Capítulo 4, apartado 3).

La **cuarta parte**, que finaliza la investigación, tiene como objeto desarrollar las conclusiones a las que se ha llegado a través del estudio planteado en las páginas siguientes (Capítulo 4).

2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL.

2.1 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL.

Actualmente la intermediación laboral en España se presenta como instrumento básico de la política de empleo²⁴, puesto que, a través de ella se desarrolla su objetivo económico-social principal, la consecución del pleno empleo²⁵. Partiendo del engarce que la norma realiza con la política de empleo y el objetivo del pleno empleo, la función de la institución de la intermediación laboral presenta una conexión directa con la Constitución Española, en adelante CE, en cuanto a la consecución de determinados derechos de los ciudadanos y de los principios que han de regir nuestro modelo normativo, contemplados en la misma. Así, atendiendo a un análisis sistemático de los preceptos constitucionales que presentan una conexión con la intermediación laboral, han de señalarse:

- El derecho al trabajo, desde las dos dimensiones²⁶ que contempla nuestra Carta Magna:
 - En su dimensión individual, el art. 35.1 CE, declara el deber de trabajar y el derecho al trabajo de todos los españoles, así, como

²⁴ Así es señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

²⁵ Nuestro marco normativo no recoge el significado del pleno empleo. Sin embargo, la acepción más aceptada en referencia al término, hace alusión a la tasa de paro inferior al 5%, considerado ello como paro friccional, es decir, aquel que se produce por un período corto de tiempo hasta que el trabajador encuentre un nuevo empleo y que se deriva de la propia movilidad del factor trabajo en el propio mercado laboral. Cfr. SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., “*La política de colocación*”, Bomarzo 2006, p. 32. Además, apuntar que el objetivo de la consecución del pleno empleo en España, se enmarca, dentro de las directrices de acción en materia de política social y de empleo en conexión con la política económica de la UE y que se consolidan en las diferentes Estrategias Europeas de Empleo desde 1997. En este sentido, véase: MARTÍNEZ LÓPEZ, A., “El discurso de la Unión Europea en materia de políticas de empleo y exclusión social. Análisis sociológico de la Estrategia Europea de Empleo”, *Papers: revista de sociología*, Vol. 96, nº 1, 2011, pp. 39 y ss.

²⁶ Como ha sido señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 223/1980, de 2 de julio de 1981, FJ. 8: “El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo”

a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

- En su dimensión colectiva e institucional, el mandato del art. 40.1 CE, por el cual, corresponderá a los poderes públicos el desarrollo de políticas orientadas al pleno empleo, y que conecta con la necesidad de hacer efectivo el derecho al trabajo contemplado en el art. 35 CE.
- La prohibición de discriminación – en todas sus vertientes y no únicamente en la discriminación por razón de sexo- contenida en el art. 14 CE y la promoción de la igualdad por parte de los poderes públicos, así como remover los obstáculos que la impidan, contemplada en el art. 9 de la CE. Tal es así, que el propio TRLE contempla el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo como uno de los principios básicos de la intermediación laboral - art. 34.1-²⁷.
- No podemos obviar, que también existe una conexión directa con el derecho a la intimidad contemplado en el art. 18 CE, y ello derivado

²⁷ Asumiendo nuestro marco normativo este principio, recogido en el art. 5 del Convenio nº 181 de la OIT sobre Agencia de Empleo Privadas, concretamente: “Con el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones, todo Miembro velará por que las agencias de empleo privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razón de color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad”. Además de constituir un principio básico de la intermediación, el TRLE contempla un artículo dedicado a la discriminación en el acceso al empleo – art. 35-, donde señala que los gestores de la intermediación, “deberán velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo”.

del tratamiento de datos de carácter personal²⁸ de los aspirantes a las ofertas de empleo y el uso de los medios informáticos y el almacenamiento de dicha información en ficheros informáticos, cada vez en mayor medida, en la actividad de intermediación laboral.

Delimitar conceptualmente el término de intermediación laboral requiere acudir a su definición jurídico-normativa²⁹, la cual permitirá identificar los elementos que la configuran y que la distinguen de otros términos que históricamente han sido utilizados, por la doctrina y el legislador, de forma

²⁸ Más concretamente, el art. 18.4 de la CE establece que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. El desarrollo de nuevas tecnologías actualmente abarca cada vez más espacio en nuestras vidas, por lo que el tratamiento informático de datos de carácter personal puede producir vulneraciones al derecho de intimidad. Ello ha dado origen al desarrollo de un acervo legislativo para la protección de datos de carácter personal, desde el ámbito europeo: la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Dicha Directiva ha sido derogada por el Reglamento General de Protección de Datos -Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo-, aprobado el 27 de abril de 2016; a nivel interno, nos encontramos con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. GARCÍA COCA, O., “*La protección de datos de carácter personal en los procesos de búsqueda de empleo*”, Ediciones Laborum, 2016, pp. 21 y ss.

²⁹ No podemos dejar de señalar, que históricamente la actividad de intermediación laboral tiene un largo recorrido en nuestro acervo legal, sufriendo cambios normativos que se correspondían con la evolución que se iba produciendo en el mercado de trabajo, hasta llegar al modelo legal vigente en la actualidad en España. Así podemos señalar, entre otras: Decreto 1917, que crea la Oficina Central de Colocación; Real Decreto de 1919, para la constitución de bolsas de trabajo en la Cámaras Agrícolas; Leyes de Colocación Obrera de 1931 y 1943 y la Ley Básica de Empleo de 1980. Entre otros, cfr. CALVO GALLEGO, F. J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “*Colocación y servicios de empleo*”, Consejo Económico y Social, 2011, pp. 15 y ss.; BENAVENTE TORRES, I., “La reforma de la intermediación laboral por la Ley 35/2010”. En *Trabajo: Revista Iberoamericana de relaciones laborales*, nº 24, 2011, p. 198.

equivalente, como es la colocación³⁰. Pero además, el estudio de la intermediación laboral en nuestro ordenamiento presenta su justificación en la investigación, en cuanto a que la aproximación de su concreción a partir de su configuración jurídica y de la materialización de la misma, conduzca a poder acotar si la actividad llevada a cabo por los portales de empleo y otros agentes virtuales, responde al ejercicio de la actividad de intermediación laboral en los términos legales establecidos y por tanto, a la delimitación de los mismos como agencias de colocación y las repercusiones legales que plantea dicha situación.

Aunque la colocación no es el tema central de la investigación, se considera conveniente realizar algunas precisiones con el objeto de delimitar ambos conceptos, que han producido en la doctrina jurídica cierta divergencia³¹, al utilizarlos como términos idénticos³² en muchas ocasiones. El estado de la cuestión en la actualidad, se circunscribe a una cierta unanimidad, en un sector amplio de la doctrina, al deducir una posible diferenciación conceptual de ambos términos, aunque como señala GORELLI HERNÁNDEZ, “es difícil delimitar una

³⁰ Cfr. BENAVENTE TORRES, I., “La intermediación laboral en España”. En NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A. (Coords.), *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, Albacete, 2021, p. 71; GORRELLI HERNÁNDEZ, J., “El servicio público de empleo estatal”. En MONEREO PÉREZ, L. Y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dir.). *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, p. 437; VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “La política de colocación o de intermediación: Caracterización general”. En AAVV., *Las políticas activas de empleo configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2016, p. 552.

³¹ Cfr. GORRELLI HERNÁNDEZ, J., “El servicio público ...”, op. cit. p. 437.

³² Vid. en esta línea, entre otros, SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., *La política de ...*, op. cit. pp. 58 y ss., también en, “El concepto de intermediación laboral y los agentes reconocidos como mediadores en el mundo laboral español”. En VALDÉS DAL-RÉ, F. y SOBRINO GONZÁLEZ, G.M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Empleo*. La Ley, 2012, pp. 320 y ss.; SERRANO FALCON, C., “Colocación e intermediación: el modelo legal vigente en España”. En *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, pp. 428 y 434. Ambas autoras entienden que el concepto de intermediación laboral recogido por el TRLE en su art. 31 responde más a la definición de la política de colocación recogido en el art. 38.1 por la Ley 51/1980, de 17 de octubre, Básica de Empleo y que fue renombrada como intermediación laboral por la Ley 53//2003, de 16 de diciembre, de Empleo, lo que supuso la consolidación del concepto de intermediación laboral en nuestro modelo normativo.

de otra”³³. La colocación es considerada como el conjunto de actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos en el mercado de trabajo con objeto de que los trabajadores que se encuentran sin empleo puedan conseguir un puesto de trabajo³⁴. Así, el acceso de los ciudadanos al mercado de trabajo va a requerir el desarrollo de diferentes actuaciones, programas y medidas³⁵ por parte de los poderes públicos, que permitan la consecución del objetivo de la colocación, destacando entre ellas: la información -que comprende estadísticas, estudios e investigaciones sobre el mercado de trabajo-, la intermediación, la orientación, la formación³⁶. Por tanto, la intermediación laboral se presenta sólo como uno de los elementos que configuran la colocación, con un significado diferenciado y que el legislador dota de un régimen jurídico propio respecto a la colocación, como veremos en los párrafos siguientes. En definitiva, la colocación responde a un concepto y contenido más amplio que la intermediación³⁷ y que se concreta en la materialización de los contratos de trabajo³⁸.

³³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El servicio público...”, op. cit. p. 437.

³⁴ Vid. BENAVENTE TORRES, I., “ La intermediación laboral ...”, op. cit. p. 72; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El servicio público...”, op. cit. p. 437; VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “La política de colocación o ...”, op. cit. p. 552; FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R. y Boix Cuenca, A., “La intermediación laboral virtual”. En *Revista de treball, economia i societat*, Nº. 22, 2001, p.

³⁵ En esta línea, “el Derecho Europeo entiende la colocación como un proceso jurídico que incluye todo el conjunto de medidas y actuaciones asumidas por los servicios de empleo de los estados miembros” como señalan VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “La política de colocación ...” op. cit. p. 553 y SALAS PORRAS, M., “El proceso de colocación laboral”. En MONEREO PÉREZ, L. Y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs). *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, p. 479.

³⁶ Entre otros, BENAVENTE TORRES, I., “ La intermediación laboral ...”, op. cit. p. 77; GORRELLI HERNÁNDEZ, J., “El servicio público ...”, op. cit. p. 437; SALAS PORRAS, M., “El proceso de colocación...”, op. cit. p. 480.

³⁷ Vid. VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “La política de colocación o...”, op. cit. p. 579; BENAVENTE TORRES, I., “ La intermediación laboral ...”, op. cit. p. 77; FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R. y BOIX CUENCA, A., “La intermediación laboral...”, op. cit. p. 30.

³⁸ Vid. AGUILAR DEL CASTILLO, M.D.C., “Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera”. En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (Dirs.), *Economía Colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete Albacete, 2017, p. 307.

Una vez aclarada la cuestión, queda responder a la siguiente pregunta ¿qué es la intermediación laboral y en qué consiste? Para ello se parte de la actual ley vigente en España, el TRLE, que define, la intermediación laboral como un instrumento de la política de empleo, que *“incrementa las posibilidades de colocación de las personas trabajadoras en desempleo y que pretende configurar un mercado de trabajo cada vez más equilibrado que subsane las disfunciones que impiden la adecuada casación entre ofertas y demandas de empleo”*³⁹, recogiendo en su art. 31 la conceptualización de la misma como: *“el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación... tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades”*⁴⁰. A partir de este concepto se puede señalar que estamos ante actos previos a la celebración del contrato de trabajo, que además tiene la consideración de servicio de carácter público ⁴¹, con independencia del agente que la realice y donde se requiere la intervención, por tanto, de un tercero que interviene, el mediador, que facilite el contacto entre el oferente y el demandante de empleo, sin formar parte éste del negocio jurídico de las partes⁴², que se concretará en el contrato de trabajo; así, el art. 32 TRLE

³⁹ Según señala la Exposición de Motivos del Real Decreto 1796/2010 (en adelante RD 1796/2010), de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

⁴⁰ Aunque no es objeto de nuestro estudio, es preciso señalar que la reforma operada en el sistema de intermediación laboral por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ampliaba el concepto de intermediación laboral a la “actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial”. Ello está más en la línea del reconocimiento normativo de estos operadores que hasta el momento carecían del mismo, que su afectación al marco conceptual de la intermediación laboral, como bien señala BENAVENTE TORRES, I. “*La Reforma de la ...*” op. cit. pp. 201 y ss.

⁴¹ Según dispone el art. 31.3 TRLE. El carácter público de la intermediación implica que nos encontramos ante un servicio público, aunque ello no es óbice para tal actividad pueda ser desarrollada por agentes privados en los términos señalados por la ley, como bien señala GORRELLI HERNÁNDEZ, J., “El servicio público ...”, op. cit. p. 438.

⁴² El propio Convenio nº 181 de OIT sobre las Agencias de Empleo Privadas en su art. 1.a) así lo determina, al indicar que los “...sin que la agencia de empleo pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse”

delimita los agentes que en nuestro marco de relaciones laborales pueden realizar intermediación laboral: “*los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación y aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores*”⁴³.

Como podemos apreciar, el precepto realiza una definición amplia, sin entrar a identificar y describir qué acciones llevan a conseguir su objeto o fin, que no es otro que la puesta en contacto, emparejamiento y casación de la oferta y demanda de empleo, en definitiva, “la adecuación y correspondencia de ambas partes interesadas”⁴⁴. Indiscutiblemente, llegar a ese fin requiere el ejercicio de unas actividades o “conjunto de acciones” como señala el artículo, conformando una característica que describe la actividad de intermediación⁴⁵. ALARCÓN CASTELLANO entiende que este “conjunto de acciones” lo comprenden, entre otras: la captación de la oferta y demanda de empleo; la búsqueda de candidatos, y más concretamente aquellos que mejor se ajustan al perfil solicitado en la oferta en cuestión; casación y preselección de candidatos; comprobación de la disponibilidad de los candidatos; presentación al empleador de los candidatos preseleccionados; y finalmente, el seguimiento del resultado, es decir, si se ha producido o no contratación laboral⁴⁶. VALLECILLO GÁMEZ añade a las ya mencionadas, otras actividades complementarias como la elaboración de registros de candidatos, realización de entrevistas personales que delimiten el perfil profesional de los candidatos, la clasificación de ofertas y la preselección de candidatos que cumplan los requerimientos y características

⁴³ El art. 34.2 TRLE admite una excepción: “ en el supuesto de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, los servicios públicos de empleo podrán contar con entidades colaboradoras especializadas para realizar el proceso de intermediación laboral”.

⁴⁴ Vid. BENAVENTE TORRES, I., “ La intermediación laboral ...”, op. cit. p. 78.

⁴⁵ Cfr. CALVO GALLEGO, F. J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “*Colocación ...*” op. cit. p. 20.

⁴⁶ Vid. ALARCÓN CASTELLANOS, M. D. M., “*La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis: servicios públicos de empleo y entidades afines*”, Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 171 y ss.

de la oferta de empleo específica⁴⁷. Aunque, como se ha señalado anteriormente, el TRLE no define las actividades propias de la intermediación, si encontramos una especificación más amplia en el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, al determinar, en su art. 2.1 párrafo segundo, que “las agencias de colocación valorarán los perfiles, aptitudes, conocimientos y cualificación profesionales de las personas trabajadoras que requieran sus servicios para la búsqueda de empleo y los requerimientos y características de los puestos de trabajo ofertados”⁴⁸.

Tal así, que algunos autores⁴⁹ entienden la intermediación laboral como un proceso complejo donde en “*stricto sensu*”, la intermediación se perfila como la actividad central – casación entre demanda y ofertas -, que requiere para su consecución de medidas accesorias o complementarias - captación de oferta y demanda, búsqueda de candidatos...-. Desde esta concepción de proceso, cabe apreciar que dichas medidas accesorias son instrumentales de la intermediación laboral y, por tanto, en sí mismas no podrían ser consideradas como intermediación, sino en su conjunto para llegar al fin del proceso que no es otro que la casación de la oferta y demanda.

A tenor de lo descrito en los párrafos anteriores, se concluye señalando el papel relevante que supone un buen funcionamiento de la institución jurídica analizada, desde diferentes prismas o perspectivas:

⁴⁷ VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “La política de colocación o...”, op. cit. p. 581.

⁴⁸ El Convenio nº 181 OIT en su art. 1. c) señala la posibilidad de que las agencias de colocación puedan prestar otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo. El RD en el mismo art. señala que las agencias de colocación como actividades relacionadas con la búsqueda de empleo podrán desarrollar actuaciones de orientación e información profesional y la selección de personal, distinguiéndolas claramente de la actividad de intermediación, convirtiéndolas en actividades adicionales. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “La red LinkedIn a la luz del Convenio 181 OIT sobre agencias de colocación”. En *Documentación Laboral*, nº 119 V. I, 2020, p. 128. En este sentido también, BENAVENTE TORRES, I., “La intermediación laboral ...”, op. cit. p. 80.

⁴⁹ Entre otros, BENAVENTE TORRES, I. “*La Reforma de la ...*” op. cit. pp. 201 y ss; CALVO GALLEGO, F. J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “*Colocación ...*” op. cit. p. 20.

- A nivel económico, como bien señala GORELLI HERNÁNDEZ, puede contribuir la reducción de costes, para el trabajador en la búsqueda de empleo y para el empleador en la ocupación de puestos vacantes. Pero también, afecta directamente a las arcas públicas, puesto que la disminución de los períodos de transición del paro al empleo, tienen una incidencia en la reducción del gasto en prestaciones por desempleo⁵⁰.
- A nivel social, como señala BENAVENTE TORRES, es un “instrumento de igualdad” en el acceso al empleo, de participación social que permite cubrir las necesidades propias del individuo y de su familia, así, como su desarrollo personal y profesional⁵¹. En definitiva, convierte al individuo en ciudadano de pleno derecho en un estado social y democrático.

2.2 EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL.

La intermediación laboral en nuestro país, ya en la etapa democrática, ha sufrido una evolución importante en su desarrollo normativo, especialmente respecto al ejercicio de esta, consecuencia de la adaptación de nuestro marco normativo a los Convenios de la OIT nº 88⁵², sobre el servicio del empleo, y nº 181⁵³, sobre las agencias de empleo privadas. Pero también, su evolución persigue dar respuesta a las nuevas realidades que se iban desarrollando en nuestro mercado de trabajo⁵⁴, con gran impacto en las relaciones laborales, especialmente a la incidencia en nuestro país de altas tasas de desempleo

⁵⁰ Vid. GORRELLI HERNÁNDEZ, J., “El servicio público ...”, op. cit. p. 438.

⁵¹ BENAVENTE TORRES, I., “ La intermediación laboral ...”, op. cit. p. 68.

⁵² Adoptado el 9 de julio de 1948 y ratificado por España el 14 de enero de 1960. Preconiza el mantenimiento de un servicio de empleo público y gratuito.

⁵³ Adoptado el 19 de junio de 1997 y ratificado por España el 19 de mayo de 1999. Entre sus finalidades está la de permitir el funcionamiento de agencias de empleo privadas, mediante un sistema de autorización y reglamentación de las mismas, en cuanto se consideran instrumentos que juegan un papel en el buen funcionamiento del mercado de trabajo.

⁵⁴ SOBRINO GONZÁLEZ, G. M., “El modelo de colocación español. Evolución y adaptación legislativa”. En *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 93, 2018, p. 56.

estructural, junto con la gran inestabilidad de nuestro mercado que se traduce en la enorme sensibilidad que presenta el empleo al ciclo económico⁵⁵ - en momentos de bonanza económica se produce un aumento considerable del empleo, frente a una importante destrucción de empleo en momentos de crisis⁵⁶.

Así, actualmente, la intermediación en el mercado de trabajo se configura como un servicio de carácter público, con independencia del agente que lo realice, según dispone el art. 31.3 TRLE, “que además de incrementar las posibilidades de colocación de las personas trabajadoras en desempleo, pretende configurar un mercado de trabajo cada vez más equilibrado que subsane las disfunciones que impiden la adecuada casación entre ofertas y demandas de empleo”⁵⁷.

Esta evolución puede clasificarse en tres etapas, que van desde el ejercicio monopolístico por los Servicios Públicos de Empleo – en adelante SPE- en materia de intermediación, a la admisión de agentes privados que operan en el mercado a través de la colaboración público-privada:

1) Monopolio de los SPE en materia de intermediación en la década de los años 80.

Los años 80 se caracterizan por el mantenimiento del monopolio público de la intermediación a través de los SPE, ya instaurada durante la etapa franquista. El mantenimiento de esta opción con la instauración de la democracia en España, quizás pueda deberse, entre otras cuestiones, a cierta hostilidad hacia esos operadores privados, derivada del contexto histórico donde surgieron

⁵⁵ Cfr. entre otros, CRUZ VILLALÓN, J., “Causas estructurales y coyunturales del desempleo en España”. En *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, pp. 23 y ss.; LÓPEZ MOURELO, E. Y MALO OCAÑA, M.A., “El mercado de trabajo en España: el contexto europeo, los dos viejos desafíos y un nuevo problema”. En *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, N.º. 87, 2015, p. 34.

⁵⁶ CRUZ VILLALÓN, J., “Causas estructurales...”, op. cit. p. 23.

⁵⁷ Exposición de motivos del RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

y que dio lugar a una “*mediación privada y abusiva a principios del siglo XX*”⁵⁸ y que llevo a la OIT, en sus comienzos, a la preferencia de un modelo donde el SPE realizará la labor de intermediación, aceptando la colaboración de las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro y la prohibición de agencias privadas de colocación con ánimo de lucro⁵⁹.

Desde esta perspectiva se crea el Instituto Nacional de Empleo (INEM) en 1978, mediante el Real Decreto Ley 36/78, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, que será el encargado de llevar a cabo las políticas de colocación, entre ellas “ajustar las ofertas y las demandas de la mano de obra” a tenor del art. 39 a) de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (en adelante LBE), a su vez el artículo 40.2 de la misma prohíbe la “*existencia de agencias de colocación, de cualquier clase y*

⁵⁸ NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES A., op. cit. p. 194. No podemos dejar de señalar que, las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro fueron las primeras que desarrollaron la actividad de intermediación laboral en el mercado de trabajo de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en un contexto carente de regulación y sin la presencia de operadores públicos, y que se tradujo en un abuso mercantilista de dicha actividad sobre los trabajadores. Como respuesta a esta situación los sindicatos comenzaron a reclamar una intervención por parte del Estado en dicha cuestión. De esta forma comenzó la intervención pública en la intermediación, primero desde un ámbito local hasta finalmente su desarrollo a través de servicios públicos de empleo estatales. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español". En *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 125, 2014, p. 57; SOBRINO GONZÁLEZ, G. M., "Régimen jurídico de las agencias de colocación". En *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 110, 2011, pp. 44 y ss.

⁵⁹ Convenio nº 2 sobre el desempleo, adoptado el 28 de noviembre de 1919 y ratificado por España el 4 de julio de 1923, y su Recomendación nº 1 –retirada en 2002-. En esta línea continua el Convenio nº 34(1933) y Recomendación nº 42, respecto a la prohibición de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y la admisión de las agencias retribuidas de colocación sin ánimo de lucro. Sin embargo, se produce cierta tolerancia a estos agentes, con el Convenio nº 88 (1948) y la Recomendación nº 83, sobre servicios de empleo; y el Convenio nº 96 (1949) –que revisará el Convenio nº 34-, permitiendo a los Estados miembros optar por la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos o bien un sistema en el que coexistan los agentes públicos y privados, estos últimos bajo una reglamentación y supervisión oficial. BALLESTER PASTOR, I., “Asunción por España de los Convenios de la OIT en materia de empleo y colocación: ¿una meta realizable?”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 117, 2015, pp. 159 y ss. En España, la prohibición de la intermediación privada y el monopolio de los Servicios Públicos de Empleo se llevará a cabo con la Ley de Ocupación Obrera de 1943, como señala SOBRINO GONZÁLEZ, G. M., "Régimen jurídico ..." op. cit p. 47.

ámbito funcional". Se configura de esta forma, en el período democrático, el régimen de monopolio centralizado público de la intermediación laboral. Sin embargo, como señalan algunos autores, las diferentes excepciones contempladas en la propia LBE respecto a la intermediación pública, la utilización de las ofertas nominativas, así como la falta de actuación por parte de los poderes públicos de controlar agencias de colocación que actuaban en el mercado de trabajo en este período, suponían cierta apertura y aceptación de estas formas privadas de intermediación, aunque sin el desarrollo de un marco normativo regulador de las mismas⁶⁰.

2) Supresión del monopolio público e inserción agencias de colocación sin ánimo de lucro.

En la década de los 90 comienza a apreciarse un cambio de orientación del papel que las agencias de colocación pueden desempeñar en el mercado de trabajo que responde a la conjunción de diversos factores, que tendrán su mayor manifestación en el cambio de paradigma que realiza la OIT con la aprobación del Convenio nº 181⁶¹, sobre las agencias de empleo privadas, el cual admitirá definitivamente a las agencias privadas de colocación con fines lucrativos como agentes mediadores en el mercado de trabajo, suprimiendo del texto la alusión a los términos "con fines lucrativos" y "sin fines lucrativos", y por tanto, eliminando la distinción que se realizaba hasta el momento de las mismas en los Convenios anteriores. Así, define en su artículo 1.1 como "*agencia de empleo privada*" a:

"toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: a) servicios destinados a vincular ofertas y

⁶⁰ Entre otros, SOBRINO GONZÁLEZ, G. M., "Régimen jurídico ..." op. cit p. 49; CALVO GALLEGO, F. J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "*Colocación ...*" op. cit. pp. 33 y ss.

⁶¹ Se presenta como una revisión al Convenio nº 96, sin embargo, como señala Rodríguez-Piñero, "supone no sólo un cambio sustancial en sus contenidos sino también una revisión radical de sus planteamientos". RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "Aproximación a la colaboración ...", op. cit. p. 58.

demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse; b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante, «empresa usuaria»), que determine sus tareas y supervise su ejecución; c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.”

Como mencionamos en el párrafo anterior, se produjeron diversos factores que contribuyeron a este cambio de concepción, respecto a la admisión del papel de las agencias privadas de colocación en el mejor funcionamiento del mercado de trabajo y, aunque no entraremos en señalar todos, si apuntaremos de forma somera algunos de ellos, por considerarlos de gran importancia para entender el cambio de paradigma producido en esta etapa. En primer lugar, el desarrollo de las tesis neoliberales que deslegitimaban la intervención estatal frente a las bondades del mercado como regulador hegemónico de la economía. En esta línea podemos señalar y en el ámbito que nos compete, las críticas desde diversos sectores respecto de la escasa eficiencia y eficacia que presentan los SSPPEE en cuanto a las bajas tasas de participación en la intermediación laboral por los mismos⁶², que afianza la intervención de los agentes privados de colocación en el mercado de trabajo como elementos favorecedores de los ajustes de la oferta y demanda de empleo, unido a la reducción del gasto público que supone dicha intervención, todo ello se insertará en el marco de las políticas de flexiseguridad que comenzarán a plantearse en

⁶² La propia Ley 56/2003 de 16 de diciembre, de Empleo en su exposición de motivos señala la “escasa tasa de participación de los servicios públicos de empleo en la intermediación laboral”. También es señalado por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "Aproximación a la colaboración ...", p. 57.

la UE a finales de los años 90⁶³. Otro elemento a destacar es, la línea jurisprudencial que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desarrollará y que inicia con el asunto Macrotron en 1991⁶⁴, que determina la incompatibilidad de un SPE en régimen monopolístico con el Derecho de la Competencia al interferir en el libre establecimiento o prestación de servicio o bien cuando no pueda satisfacer la demanda requerida por el mercado. En segundo lugar, el proceso de descentralización de los SPE cuyo objeto es la aproximación al ámbito local de las políticas públicas de empleo, respecto a las particularidades que pueden presentar sus mercados de trabajo, respecto al desarrollo de actividades productivas de ámbito local y el perfil de los oferentes y demandantes de empleo de estas⁶⁵.

En España, se producirá durante este período, algunas reformas en consonancia con lo expuesto en los párrafos anteriores. Por una parte, en 1992⁶⁶ comienza el proceso de descentralización territorial de la gestión realizada por el INEM a las comunidades autónomas. Dicho proceso se deriva de la distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA. recogido en nuestra Constitución – arts. 148 y ss.-, pasando de esta forma la intermediación a ser ejecutada por los SPE de cada comunidad. Por otra, la promulgación de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, legaliza las agencias de colocación sin fines lucrativos en colaboración con los servicios

⁶³ NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES A., op. cit. p. 167.

⁶⁴ 23 de abril de 1991, Klaus Höfner & Fritz Elser contra Macrotron GmbH asunto C-41190. En esta línea, vid. sentencias posteriores como Job Center I, de 19 de octubre de 1995, asunto C-111/94; Job Center II, de 11 de diciembre de 1997, asunto C-55/96; y Carras, de 8 de junio de 2000, asunto C-258/98.

⁶⁵ Entre otros, cfr. ALUJAS RUIZ, J. A., "Análisis de la intermediación laboral del servicio público de empleo por comunidades autónomas". En *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 93, 2018, p. 80.; y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "Aproximación a la colaboración ...", op. cit. p. 56.

⁶⁶ Se inicia con el traspaso en la gestión de la formación ocupacional y finalizará con la transferencia de la ejecución de todas las políticas activas de empleo. Con este nuevo diseño, el SPE estatal mantendrá sus competencias en materia de prestaciones por desempleo y los SSPPEE autonómicos la gestión de la intermediación y las políticas de empleo. Cfr. ALUJAS RUIZ, J. A., "Análisis de la intermediación laboral ..." op. cit. p. 80.

públicos de empleo, modificando el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores y desarrollado por el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo. La propia Exposición de Motivos de la Ley 10/1994 admite la imposibilidad de los servicios públicos de empleo de “*abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo*” y la mayor operatividad del mercado de trabajo que pueden desarrollar estos agentes. En el mismo sentido, la Exposición de Motivos el RD 735/1995 señala que:

“se persigue, entre otros objetivos, optimizar las posibilidades de colocación existentes, primando la eficacia sobre las cargas burocráticas, y garantizar la igualdad de oportunidades en el derecho de acceso al trabajo. Ello se hace desde el convencimiento de que los servicios públicos de empleo no pueden abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo, cuya respuesta adecuada requiere la máxima especialización y proximidad a las fuentes de empleo”.

Todo este cambio de modelo se verá completado con la aprobación de la Ley 56/2003 de 16 de diciembre, de Empleo. Cabe añadir que, además con esta Ley se contempla por primera vez la conceptualización de la intermediación laboral en nuestro marco normativo ya que las referencias anteriores utilizaban el término de colocación, de ahí que se hayan utilizado ambos términos como equivalentes. Sin embargo, la colocación alude a una visión más amplia que la propia intermediación, como ha sido señalado en el apartado anterior, ya que esta última responde a una fase previa – casación entre oferta y demanda- y que contribuye a lograr que los trabajadores desempleados consigan un puesto de trabajo, que constituye la finalidad última de la colocación, convirtiéndose de esta forma la colocación en un objetivo y no en una actividad en sí misma⁶⁷.

⁶⁷ Entre otros, CALVO GALLEGO, F. J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Colocación ...” *op. cit.* p. 19; BENAVENTE TORRES, I., “Intermediación e igualdad ...”, *op. cit.* p. 99.

3) Reforzamiento de la iniciativa privada

La crisis financiera de 2008, en España incidió de forma considerable en el crecimiento económico, el excesivo déficit público y, especialmente en el incremento de las tasas de desempleo, que requería una intervención del Estado, para contribuir a mejorar dicha realidad. A esta situación se suma la existencia de agencias privadas que actuaban en el mercado sin autorización y control por parte de los SPE⁶⁸. En este contexto, se llevarán a cabo reformas en nuestro mercado de trabajo para intentar equilibrar estos desajustes, centradas algunas de ellas en la intermediación laboral como instrumento de política de empleo, que “*subsane las disfunciones que impiden la adecuada casación entre ofertas y demandas de empleo*”⁶⁹, a través de la colaboración público-privada, pero preservando la centralidad de los SPE, con objeto de evitar “*la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación*”⁷⁰. Todas estas reformas se enmarcan en las líneas de flexiseguridad y ajustes presupuestarios marcadas por la Unión Europea⁷¹.

Así, la aprobación de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, legaliza las agencias de colocación con ánimo de lucro, aumentando el papel de la iniciativa privada en materia de intermediación laboral en nuestro mercado de trabajo, lo que ha

⁶⁸ Cfr. VICENTE PACHÉS, F.D., “Intermediación laboral y agencias de colocación”. En MORENO I GENÉ, J. Y SOLÉ PUIG, A. (Coords.), *Las reformas laborales del 2010: Jornadas Catalanas de Derecho Social* (22ª. 2011. Lérida). Barcelona, 2012, pp. 383-384; SOBRINO GONZÁLEZ, G. M., “Régimen jurídico ...” op. cit p. 50.

⁶⁹ Exposición de Motivos del RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Cfr. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Colaboración privada en el servicio público de colocación”. En *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 5, nº 10, 2013, pp. 55 y ss. Señala que la Comisión Europea incide en la necesidad de que los SPE se abran mucho más a la cooperación con agentes privados con objeto de optimizar sus objetivos, bajo un modelo que mejore su competitividad, eficacia y eficiencia.

conducido a la modificación de diversas leyes laborales⁷². En la Exposición de Motivos se justifica esta reforma en la necesidad de “*fomentar las oportunidades de acceder a un empleo por las personas desempleadas*” a través “*de la apertura de la iniciativa público-privada*” que “*permita complementar la actividad de los servicios públicos de empleo*”, pero preservando la centralidad y el fortalecimiento de los SPE de carácter estatal y autonómico y, la adecuación de nuestro marco normativo “*a las normas y criterios de la OIT en esta materia*”, más concretamente, respecto al Convenio nº 181 de la OIT, que aunque había sido ratificado por España en 1999, aún no tenía su transposición en nuestro marco normativo, que continuaba con los criterios contenidos en el Convenio nº 96 de la OIT. La reforma contemplada por esta Ley en materia de intermediación laboral incidió, a modo de resumen, en los siguientes puntos:

- Legalización de las agencias de colocación con ánimo de lucro y su desarrollo reglamentario, a través del RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. Ahora las agencias de colocación podrán realizar su actividad como colaboradores de los SPE mediante la suscripción de un convenio de colaboración, o bien, de forma autónoma pero coordinadas con los SPE, estableciéndose un régimen jurídico distinto en función su actuación⁷³ -autónoma o de colaboración-. Además, estarán obligadas a la obtención por parte de los SPE de una autorización para el desarrollo de su actividad, incluyendo a las agencias de colocación que realicen su actividad exclusivamente mediante medios electrónicos⁷⁴. Dicha autorización será eliminada, pasando a exigirse una declaración responsable con validez en todo el territorio nacional, a partir del Real

⁷² La Ley 56/2003, de Empleo: arts. 20,21 y 22 y la incorporación de dos nuevos arts. 21 bis y 22 bis; el Estatuto de los Trabajadores: art. 16, apartados 2 y 3; el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social: art. 16, apartados 1 y 2; arts. 17, apartados 1 y 2; arts. 24.3 y 25.4; el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social: art. 231.1.

⁷³ BENAVENTE TORRES, I. "La Reforma de la ..." op. cit. pp. 207.

⁷⁴ Artículo 3.1 RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia

Con esta reforma quedarán definidas las agencias de colocación a tenor del artículo 21 bis.1 de la LE como *“aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como la orientación e información profesional, y con la selección de personal”*. BENAVENTE TORRES entiende que, las actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo – orientación, e información profesional y selección de personal- que señala el citado precepto, son actividades *“de acompañamiento”* y *“en sí mismas”* no podrían conceptuarse como intermediación, lo que conllevaría a que la realización de dichas actividades al *“margen de la intermediación”* por una empresa, daría como resultado que la misma no estuviera sometida al régimen jurídico ni de autorización que contempla el RD 1976/2010⁷⁵ de agencias de colocación.

- Se incluye la recolocación entre las actividades de intermediación, admitiéndose como agencias de colocación a las empresas de recolocación en los *“procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación”*⁷⁶.
- Reordenación y modificación de los principios básicos de la intermediación laboral, a los que se encuentran sometidos los agentes intermediadores contemplados en la LE. Uno de los principios a

⁷⁵ BENAVENTE TORRES, I. "La Reforma de la ..." op. cit. p. 202.

⁷⁶ Según recoge el artículo 20.2 y 21 bis de la LE, con la reforma operada por la Ley 35/2010.

señalar, por ser objeto del presente trabajo, es el cumplimiento por parte de los agentes intermediadores, con independencia de su carácter público o privado, de *“los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos”*⁷⁷ complementado con el artículo 22 bis sobre discriminación en el acceso al empleo que establece el deber de vigilancia por parte de los agentes intermediadores *“para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo”* , unido a la determinación de considerar discriminatorias *“las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar”*.

- Se realiza la adaptación de la legislación en materia de Seguridad Social y de infracciones y sanciones en el orden social con relación a la nueva regulación de las agencias de colocación.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cerrará el ciclo de reformas en materia de intermediación laboral, abriendo la posibilidad a las Empresas de Trabajo Temporal de operar como agencias de colocación, en línea con el Convenio nº 181 de la OIT, supeditadas a la exigencia de declaración responsable que manifieste el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para las agencias de colocación.

Finalmente, el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, reordenará la precedente LE y diversas disposiciones adicionales que le afectaban.

⁷⁷ Artículo 22 LE, actualmente con el desarrollo del Real Decreto Legislativo 3/2015, corresponde al artículo 34.

2.3 INTERMEDICACIÓN TRADICIONAL VERSUS INTERMEDIACIÓN DIGITAL.

La llegada de internet, el desarrollo tecnológico y el uso cada vez mayor de los dispositivos móviles -ordenadores portátiles, smartphones, tablets-, están ocupando un espacio cada vez más amplio en las diferentes esferas de nuestra vida, de la cultura, de la actividad económica y sus distintos sectores, incidiendo también en el mercado de trabajo y en las relaciones laborales ⁷⁸ . Indiscutiblemente internet se ha convertido en una autopista de todo tipo de información masiva y rápida, y el avance en el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TICS) lo han convertido en un elemento esencial en nuestro día a día, convirtiéndonos así en una sociedad digitalizada ⁷⁹ e hiperconectada. El último informe sobre “El perfil sociodemográfico de los internautas” pone en evidencia la utilización generalizada por los españoles de internet. Así, en 2020 el 94% de los españoles entre 16 y 74 años han accedido a internet y el 83,1% lo hacen diariamente⁸⁰.

En el campo de la intermediación las TICS han supuesto cambio importante, pasando de un modelo que puede denominarse tradicional o

⁷⁸ Entre otras cuestiones, las plataformas colaborativas como nuevos modelos de trabajo y el debate jurídico y social creado alrededor de las mismas; el desarrollo del teletrabajo como consecuencia de la pandemia que ha asolado al mundo y que en nuestro país ha conducido a la regulación del mismo a través del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, el cual en su corto período de vida ha sufrido diversas modificaciones; el acceso del empresario a los instrumentos informáticos de uso profesional -ordenador, correo electrónico, navegación extralaboral en internet, etc.- empleados por el trabajador en la empresa, que ha dado lugar a cantidad de conflictos en sede judicial, por las posibles vulneraciones a derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de la empresa.

⁷⁹ Como señala el Informe el Perfil demográfico de los internautas en España de 2020, elaborado a partir de datos del INE, el 94% de la población española ha usado internet alguna vez, de los cuales el 83,1% se ha conectado diariamente. El 79,5% de los internautas dispone de algún dispositivo conectado a internet.

⁸⁰ OBSERVATORIO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD (ONTSI), “*Perfil sociodemográfico de los internautas. Análisis de datos INE 2020*”, 2021. Disponible en: <https://www.ontsi.red.es/es/estudios-e-informes/Hogares-y-ciudadanos/perfil-sociodemografico-internautas-ine2020>

presencial a un modelo virtual⁸¹. Y es que en torno al empleo, y más concretamente en los procesos de búsqueda de empleo, la difusión de ofertas de empleo, selección y reclutamiento de candidatos, las TICS suponen una revolución y cada vez presenta un mayor protagonismo, superando los límites geográficos y consiguiendo una información inmediata que llega a mayor número de destinatarios⁸², presentándose como idóneo para el intercambio de información, elemento decisivo este, entre las personas que buscan empleo y las necesidades de las empresas en materia de personal. La aparición de espacios virtuales⁸³ dedicados a la búsqueda de empleo y a la colocación -portales de empleo⁸⁴ -desde generalistas hasta especializados en sectores de

⁸¹ Vid. CHACARTEGUI JÁVEGA, C., "Incidencia de nuevas TIC en la intermediación privada, el problema de la utilización de plataformas electrónicas para eludir derechos". En DE QUINTANA PELLICER, J., MIRÓN HERNÁNDEZ, M; PÉREZ DURÁN, F., *Noves tecnologies i relacions laborals*. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2019, p. 113.

⁸² Cfr. LÁZARO SÁNCHEZ, J.L., "Algunos aspectos jurídicos de los procesos de contratación en la economía colaborativa y el crowdworking". En TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, p. 442.

⁸³ Indiscutiblemente en el surgimiento de estos, internet ha sido sólo un canal idóneo para el desarrollo de su actividad, Sin embargo, responde más a la complejidad de los mercados de trabajo actuales y a las necesidades organizacionales de las empresas de mayor flexibilidad, en un mundo competitivo y globalizado, auspiciado por la libertad de empresa, los principios de libre competencia y establecimiento, junto con una mayor participación de la iniciativa privada en los servicios públicos en general, y más concretamente, en el ámbito de la intermediación laboral. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Colaboración privada ...", op. cit. p.69.

⁸⁴ Se popularizaron a finales de los años 90, destacando actualmente entre otros: Infojobs, Infoempleo, Monster -generalistas-; entre los especializados por sectores nos encontramos con Turisjob (turismo), Gastroempleo (hostelería) o Tecnoempleo (informática y telecomunicaciones). No se limitan a informar sobre ofertas de empleo, sino que ponen en contacto a las partes -demandantes y oferentes- mediante su sistema informático, por lo que funcionan como meros tableros de anuncios virtuales. Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., "Intermediación laboral digital y discriminación". En ROMERO BURILLO, A.M. (Dirª.), *Mujer, Trabajo y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021. Disponible en: <https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/duo-papel-ebook/mujer--trabajo-y-nuevas-tecnologiasduo/p/10018546> (fecha de consulta: 5 de agosto de 2021).

actividad-, redes sociales⁸⁵ -algunas específicamente profesionales-, webs corporativas, apps⁸⁶- ha ido prácticamente al mismo ritmo que el crecimiento del uso de internet, especialmente desde el ámbito privado⁸⁷. Así es puesto de manifiesto por algunos estudios e informes, entre ellos, “Redes sociales y mercado de trabajo 2016”, señalando que, el 86% de las empresas en España tienen presencia en redes sociales y el 84% de los profesionales de selección las utilizan para reclutar candidatos; el 91% de candidatos a un empleo tienen en cuenta las redes sociales y el 78% las utilizan para buscar empleo⁸⁸; el medio más utilizado por las empresas para difundir sus ofertas de empleo son los portales de empleo en un 95%, frente al 46,29% que lo realizan a través de los

⁸⁵ “servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes en base a criterios comunes y permitiendo la conexión con otros usuarios y su interacción” en LÁZARO SÁNCHEZ, J.L., “Algunos aspectos jurídicos ...”, op. cit. pp. 442-443. Facebook y de ámbito profesional LindedIn, son las más utilizadas. Especialmente LindedIn, que es “la mayor red profesional del mundo” y “la más utilizada por las empresas españolas” Según el informe de ADECCO Redes sociales y mercados de trabajo 2017, el 71 % de las empresas encuestadas lo utilizan. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “La red Linkedlin ...”, op. cit. p. 129. Además, Facebook cuenta desde 2018 con una nueva función: “Facebook Jobs” para que las empresas usuarias puedan publicar ofertas de empleo y estas puedan llegar al apartado “Empleos cerca de ti ” de un usuario si este ha utilizado dicha función y ha indicado sus preferencias de jornada, sector profesional y zona geográfica. Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Intermediación laboral digital y discriminación”. En ROMERO BURILLO, A.M. (Dir^a), *Mujer, Trabajo y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021. Disponible en: <https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/duo-papel-ebook/mujer--trabajo-y-nuevas-tecnologiasduo/p/10018546> (fecha de consulta: 5 de agosto de 2021).

⁸⁶ Aplicaciones de software para ser ejecutadas en teléfonos inteligentes, tabletas y otros dispositivos móviles. Algunas a señalar son: indeed, InfoJobs, LinkedIn Jobs Search, CornerJob -actualmente inscrita como agencia de colocación-, Trovit, Job Today, Job and Talent -actualmente inscrita como ETT autorizada-, Work Today. Algunas de estas apps pertenecen a portales de empleo y siguen la misma dinámica –“casar candidatos con empresas”-, “explotando la geolocalización, la simplicidad y la rapidez a la hora de intermediar entre empresarios y candidatos”, según señala FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Aplicaciones móviles para buscar empleo: aspectos jurídicos-laborales”. En TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, p. 463.

⁸⁷ Vid. GARCÍA RUBIO, M.A., “Portales digitales de empleo y Agencias de colocación: Puntos de inserción y de indefinición normativa”. En *Derecho de las relaciones laborales*, nº 7, 219, p. 668.

⁸⁸ ADDECO, “Informe 2016 – Infoempleo-Adecco: Redes sociales y mercado de trabajo”, 2017, p. 4. Disponible en: <https://www.infoempleo.com/publicaciones/> (fecha de consulta: 21 de junio de 2021).

servicios públicos de empleo⁸⁹, y la búsqueda de empleo por candidatos a un empleo se sitúa entre el 96 y 98%⁹⁰ en los portales de empleo, frente a un 59% que la realizan a través de los servicios públicos de empleo. Los datos expuestos indican, por una parte, la generalización del uso de estos operadores virtuales, tanto por la demanda como de la oferta de empleo⁹¹; por otra parte, como los servicios públicos de empleo quedan relegados a un papel menor en la intermediación laboral. Algunos autores señalan que la baja tasa de intermediación laboral de los servicios públicos de empleo se debe a la falta de confianza de los empresarios como método de búsqueda de candidatos, de ahí el limitado uso que realizan⁹². Por el contrario, el uso de estas plataformas digitales se asocia a la reducción de costes en la búsqueda de empleo, en la búsqueda de candidatos para las empresas, derivado de el mayor dinamismo que presentan y la cantidad de datos que ofrecen, cuyo tratamiento a través de algoritmos⁹³ dan resultados concretos de forma más rápida, funcionan de forma permanente y en tiempo real, en contraposición a los sistemas tradicionales⁹⁴, lo que favorece un mayor dinamismo en la gestión del mercado de trabajo. Frente a este panorama se puede deducir la posición desventajada en la que se encuentran las agencias de colocación y su viabilidad en el tiempo, como consecuencia del uso indiscriminado de estos espacios virtuales, afectando a su

⁸⁹ ADECCO, “Informe Infoempleo 2018: Oferta y demanda de empleo en España”, p. 179. Dato extraído de este informe, puesto que los informes posteriores, 2019 y 2020, han dejado de desarrollar el apartado de intermediación laboral, por lo que no ofrecen datos en este sentido. Disponible en: <https://cdn.infoempleo.com/infoempleo/documentacion/Informe-infoempleo-adecco-2018.pdf> (fecha de consulta: 21 junio de 2021).

⁹⁰ ADECCO. Informe Infoempleo 2020: Oferta y demanda de empleo en España, pp. 21 y ss. Disponible en <https://www.infoempleo.com/publicaciones/> (fecha de consulta: 21 de junio de 2021).

⁹¹ Un ejemplo, señalado por RIVAS VALLEJO, es el caso de Infojobs, que gestiona mensualmente entre 2,5 millones de personas que buscan empleo y 100.000 ofertas, de una forma automatizada. Vid. RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo: su impacto discriminatorio”, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, p. 225

⁹² Vid. ALUJAS RUIZ, J. A., “Análisis de la intermediación laboral ...” op. cit. p. 93; CALVO GALLEGOS, F. J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Colocación ...” op. cit. p. 387

⁹³ Definido por la RAE como: “Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”.

⁹⁴ Cfr. AGUILAR DEL CASTILLO, M.D.C., “Las redes sociales profesionales...”, op. cit. pp. 311 y ss.

competitividad en cuanto al control laxo ejercido por la administración pública y la falta de cumplimiento de la normativa de dichos entes⁹⁵.

¿Estos espacios digitales realizan intermediación laboral?, ¿pueden ser categorizados como agencias de colocación en los términos establecidos legislativamente? La importancia de dar respuesta a estas preguntas radica en determinar si, pese a que dichos operadores virtuales no utilizan la denominación de agencias de colocación⁹⁶, sin embargo, el análisis de sus actividades es esencial para delimitar si intermedian o no, lo que definirá su naturaleza jurídica⁹⁷ como agencias de colocación en los términos establecidos en el art. 33.1 TRLE que las define como “aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal”. Es decir, la calificación jurídica formal y material de estos operadores determinará su sometimiento o no a las responsabilidades y obligaciones establecidas en el TRLE y el RD 1796/2010. Como señala FERNÁNDEZ GARCÍA, “cualquier organización que utilice internet para los fines de la intermediación, quedan sometidos a la norma regulatoria de las agencias de colocación, pues actúa como tales”⁹⁸.

Indiscutiblemente, apuntar que todos los operadores virtuales – portales de empleo, redes sociales profesionales y apps- puedan conceptuarse como

⁹⁵ En este sentido, BENAVENTE TORRES, I., “ La intermediación laboral ...”, op. cit. p. 83.

⁹⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA señala que a la hora de definir sus servicios se encuentran usos torticeros de la terminología para evitar quedar sometidos a la legislación sobre intermediación laboral. Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Aplicaciones móviles ...”, op. cit. pp. 463-464.

⁹⁷ Cfr. AGUILAR DEL CASTILLO, M.D.C., “Las redes sociales profesionales...”, op. cit. p. 297. Cabe señalar que las diferentes plataformas se encuadran actualmente dentro de los servicios de la sociedad de la información (Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico).

⁹⁸ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Aplicaciones móviles ...”, op. cit. p. 468.

agencias de colocación o que realizan intermediación laboral, no es realista, puesto que muchos de ellos funcionan meramente como tablones de anuncios, limitándose a informar sobre ofertas y demandas de empleo y que sean los interesados quienes contacten por sí mismos, o bien, realizan solamente algunas actividades, que siendo actividades complementarias a la intermediación, en sentido estricto no responden al concepto de intermediación laboral y su objetivo final, la casación entre demanda y oferta. Sin embargo, muchas de estas plataformas digitales han ampliado su actividad, ofreciendo diversos servicios - como señala GARCÍA RUBIO: “la posibilidad de presentar y consultar los respectivos currículums y ofrecerles motores de búsqueda...proceder a la previa valoración de la información facilitada por los trabajadores...”⁹⁹ que dificultan su diferenciación con respecto a las agencias de colocación al traspasar el límite de la mera información¹⁰⁰.

Se hace imposible en el ámbito de esta investigación analizar los diferentes operadores existentes, dada su amplitud y la limitación de la extensión del presente trabajo¹⁰¹. Sin embargo, pueden destacarse algunos elementos que pueden servir para determinar si la actividad que realizan dichos operadores podría encuadrarse dentro de la conceptualización de intermediación laboral, su categorización como agencias de colocación, por tanto, su sometimiento a su normativa reguladora.

⁹⁹ Vid. GARCÍA RUBIO, M.A., “Portales digitales de empleo ...”, op. cit. p. 672.

¹⁰⁰ Ibid. op. cit. pp. 672 y 673.

¹⁰¹ Señalar los interesantes estudios realizados en esta materia por Fernández García, entre otros: “La red LinkedIn a la luz del Convenio 181 OIT sobre agencias de colocación” y “Aplicaciones móviles para buscar empleo: aspectos jurídicos-laborales”. Además de otros estudios sobre intermediación laboral y el blog “[AFlabor](#)”, donde recoge un número importante de ofertas de empleo discriminatorias por razón de sexo, encontradas en diferentes espacios virtuales. En esta línea también se encuentran el trabajo sobre LinkedIn de AGUILAR DEL CASTILLO, M.D.C., “Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera”. En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (Dirs.), *Economía Colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.

En primer lugar, el art. 33.2 del TRLE – así mismo, el art. 3.1 del RD 1796/2010- admite la posibilidad de las agencias de colocación puedan operar utilizando, exclusivamente, medios electrónicos, por lo tanto, se asume que la intermediación laboral pueda realizarse de forma virtual. El avance de las TICs ha llevado también al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) a crear el Portal Único de Empleo, ahora denominado “Empléate”, que posibilita la “difusión de las 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”. En este portal, los servicios públicos de empleo deberán registrar “todas las ofertas y demandas de empleo... El Servicio Público de Empleo Estatal garantizará la difusión de esta información a todos los ciudadanos, empresas y administraciones públicas como garantía de transparencia y unidad de mercado” -art. 13 b) 2º TRLE-. En este sentido, desde el ámbito europeo el portal EURES proporciona información y asesoramiento sobre ofertas y demandas de empleo a nivel europeo. En el ámbito de las agencias de colocación actualmente en España, de las de las 1747 las agencias de colocación autorizadas, solo 305 realizan su actividad por medios exclusivamente telemáticos¹⁰².

En segundo lugar, la delimitación de lo que puede considerarse como mera información y su diferenciación con la intermediación, en cuanto a que esta última supera la simple información sobre ofertas y demandas de empleo¹⁰³, al requerir, antes de la casación, el desarrollo de diferentes actos para su consecución: “localización y primera selección de los trabajadores”¹⁰⁴ que se

¹⁰² Vid. VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “La “Dana” de las TICs en la intermediación: portales de empleo, inteligencia artificial, networking...”, 2020. Disponible en: <https://www.transformaw.com/blog/la-dana-de-las-tics-en-la-intermediacion-portales-de-empleo-inteligencia-artificial-networking/> (fecha de consulta: 2 julio 2021).

¹⁰³ Como señala BENAVENTE TORRES, incluso en las actividades calificadas como de simple información de ofertas y demandas de empleo puede producirse la vulneración de derechos fundamentales desde la perspectiva de la protección de datos personales y prohibición de discriminación. Vid. BENAVENTE TORRES, I., “ La intermediación laboral ...”, op. cit. p. 83.

¹⁰⁴ Ibid. op. cit. p. 78.

ajusten al perfil requerido. De manera muy simplificada y somera, se explica el funcionamiento general de estas plataformas virtuales: requieren el registro y la creación de un perfil de usuario, donde se recogen sus datos identificativos, su formación y experiencia profesional, competencias, habilidades, entre otros. A partir de aquí, los datos son tratados y gestionados¹⁰⁵ a través de algoritmos y sistemas de IA¹⁰⁶, que identificarán y seleccionarán, entre los diferentes usuarios, a aquellos que presentan un perfil¹⁰⁷ adecuado a la oferta concreta, vinculando así ofertas y demanda, respondiendo a los actos previos señalados en las líneas anteriores. Finalmente, la plataforma pone en contacto a las partes, bien a través de correo electrónico, bien a través de medios de notificación que forman parte de la propia plataforma¹⁰⁸; es decir, y con esta puesta en contacto se produce la casación entre oferta y demanda. De esta forma, por una parte, la plataforma o más concretamente el algoritmo, se aproxima más a la figura de un mediador que a un simple instrumento que facilite el contacto de las partes, otro elemento característico de la intermediación laboral; por otra, a los usuarios se les presta el servicio de forma individualizada y personalizada.

Esta forma de operar, en mi opinión¹⁰⁹, encaja perfectamente con la definición de intermediación laboral recogida en el TRLE y RD 1796/2010 y en

¹⁰⁵ Denominado data processing, que “comportará el análisis automatizado de la información aportada y sobre la que se va a producir la operación algorítmica que, partiendo de modelos y patrones, realiza inferencias e identifica correlaciones para su aplicación a una persona, respecto de la cual se evalúan sus características”. Vid. BAZ TEJEDOR, J.A., “Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible”. En *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º. Extra-11, 2020, p. 3.

¹⁰⁶ Definido por la R.A.E: Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico.

¹⁰⁷ Este perfilado se realiza a partir de un patrón ideal que permita realizar predicciones sobre el candidato más adecuado para la cobertura del puesto de trabajo concreto, siendo esta actividad la operación de tratamiento más extendida y utilizada con fines de empleo. BAZ TEJEDOR, J.A., “Inteligencia artificial y...”, op. cit. p. 12.

¹⁰⁸ En el mismo sentido, AGUILAR DEL CASTILLO, M.D.C., “Las redes sociales profesionales...”, op. cit. p. 322.

¹⁰⁹ En el mismo sentido FERNÁNDEZ GARCÍA, entiende que la red LinkedIn y las aplicaciones móviles para buscar empleo y los portales de empleo, realizan intermediación laboral y que su actuación como agencias de colocación, hace imprescindible el sometimiento de estos entes a

los términos expuestos en el apartado de conceptualización de la intermediación laboral: “conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo para su colocación... tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades”, a través de la valoración de “los perfiles, aptitudes, conocimientos y cualificación profesionales de las personas trabajadoras que requieran sus servicios para la búsqueda de empleo y los requerimientos y características de los puestos de trabajo ofertados”. Aún más, cuando la propia ley admite la posibilidad de realizar intermediación laboral, exclusivamente, a través de medios electrónicos. No considero, por tanto, que el marco regulador planteé ningún problema a la hora de calificar a estos operadores como agencias de colocación, en cuanto que responden a la definición que el legislador realiza sobre las mismas y que la realidad material de las actividades que desarrollan, quedan encuadradas en la conceptualización de intermediación laboral. Ello no es óbice, para destacar que el legislador en 2015 podría haber sido más conciso y determinante, o haber establecido un marco regulatorio específico para la intermediación laboral que realizan estos operadores o bien, haber normado en torno a las técnicas o la tecnología¹¹⁰ utilizadas por las plataformas virtuales -tanto públicas como privadas-, ante la realidad del funcionamiento de estos y su influencia en el mercado de trabajo. Incluso, cabe precisar, que las plataformas virtuales que no realizan intermediación en los términos legislativos, pero sí actividades que son complementarias y accesorias a la misma, como operadores en el mercado de trabajo, y más específicamente como operadores de empleo, deberían quedar

la normativa sobre agencias de colocación en los términos legislativamente establecidos. En FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Aplicaciones móviles ...”, op. cit. pp. 468 y ss.; FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “La red LinkedIn ...”, op. cit. pp. 132 y ss.

¹¹⁰ Cfr. RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. p. 223.

sometidos a las “mismas exigencias de transparencia, gratuidad, protección de datos, no discriminación, y control de la Administración”¹¹¹.

Por el contrario, estos entes operan en el mercado de trabajo, y más concretamente en el campo de la intermediación laboral, al margen de lo dispuesto en la legislación específica al efecto. La explicación a ello responde más a permisibilidad por parte de la Administración Pública, y más concretamente al Servicio Público de Empleo, respecto a la falta de control de estos operadores por los mismos¹¹². El Servicio Público de Empleo deberá garantizar “que el proceso específico de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo corresponda, con carácter general, al servicio público de empleo y a las agencias de colocación” y la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos -art. 34 TRLE-. Esta falta de control conduce a que estos operadores actúen con total impunidad, vulnerando en muchas ocasiones derechos fundamentales de los trabajadores, como el derecho a no ser discriminado - aspecto que será tratado en el capítulo siguiente-, y a la falta de sometimiento de transparencia, gratuidad del servicio, protección de datos, y control de la administración pública que establecen los principios de la intermediación laboral.

El 18 de agosto de 2021 se ha abierto una consulta pública por el Ministerio de Trabajo y Economía Social como paso previo a la elaboración de un “proyecto de Ley de Empleo”¹¹³, que derogaría la actualmente vigente. Nos preguntamos: ¿el papel de las plataformas virtuales de empleo tendrá cabida en la nueva regulación?, o ¿el alcance de las nuevas tecnologías en materia de intermediación será consideradas? Tendremos que esperar a ver el resultado de la nueva Ley de Empleo.

¹¹¹ En el mismo sentido, Vid. BENAVENTE TORRES, I., “ La intermediación laboral ...”, op. cit. p. 84.

¹¹² Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Aplicaciones móviles ...”, op. cit. pp. 478-479.

¹¹³ Disponible en: <https://expinterweb.mites.gob.es/participa/listado?tramite=2&estado=1> (fecha de consulta 26 de agosto de 2021).

3. SOBRE EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ACCESO AL EMPLEO.

3.1 REFLEXIONES PREVIAS.

Actualmente y a pesar del amplio desarrollo normativo desde el ámbito internacional, comunitario e interno con objeto de erradicar la discriminación por razón de sexo en la esfera laboral, el análisis del mercado de trabajo evidencia que, la mujer sigue situándose en clara desventaja con respecto a los hombres, lo que se traduce en la necesidad de seguir trabajando en esta materia para conseguir la igualdad sustancial entre hombres y mujeres, que se predica en la mayoría de Constituciones contemporáneas. Esta desventaja, o podríamos decir desventajas, en cuanto a que su influencia se presenta en diferentes esferas, como señala el “Informe 8 de marzo de 2020: Balance de la situación del empleo de las mujeres en 2018/2019” en España, de UGT, y que se concreta en que *“las mujeres siguen accediendo al mercado laboral en peores condiciones que los hombres, promocionan menos a puestos de responsabilidad, reciben salarios más bajos¹¹⁴, cuentan con una protección social desigual y siguen asumiendo mayoritariamente las responsabilidades familiares en detrimento de sus carreras profesionales”¹¹⁵*. La siguiente tabla y a modo de resumen, muestra unos datos de la realidad en la que se insertan las mujeres respecto a la actividad laboral en España con respecto al género masculino.

¹¹⁴ El Informe Mundial sobre Salarios 2018/2019 de la OIT señala que la brecha salarial de género (ponderada) a nivel mundial se sitúa en torno al 16%, diferencia que se relaciona con la remuneración a las mujeres por trabajo de igual valor: infravaloración del trabajo de las mujeres en ocupaciones y empresas altamente feminizadas; las mujeres suelen obtener un rendimiento salarial menor de su educación que los hombres, aunque tengan la misma categoría ocupacional. En España, la Encuesta de Estructura Salarial de 2018, sitúa la brecha salarial entre hombres y mujeres en un 10%.

¹¹⁵ UGT, “Informe 8 de marzo de 2020...” op. cit. p. 2

| TASAS RELACIONADAS CON LA ACTIVIDAD LABORAL EN ESPAÑA 2019 | | | |
|--|-------------|-------------|--------|
| TASAS | HOMBRES (%) | MUJERES (%) | BRECHA |
| ACTIVIDAD | 64,24 | 53,53 | 10,71 |
| EMPLEO | 56,38 | 45,21 | 11,17 |
| PARO | 12,23 | 15,55 | 3,32 |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos la EPA 4T/2019.

Según datos extraídos del mismo informe:

- La evolución de la tasa de actividad femenina desde el año 2012 –53,98%- ha presentado una tendencia generalizada de descenso, con excepción de los años 2015 -53,70% y 2019 - 53,53%-, y manteniéndose siempre en porcentajes inferiores a la masculina¹¹⁶.
- La evolución de la tasa de empleo femenina desde el año 2013 - 39,56%- ha presentado una tendencia ascendente hasta 2019 - 45,21%- . Sin embargo, la brecha de género de género en la tasa de empleo no ha dejado de aumentar desde el 2013 -9,83%- a 2018 -11,67%-, con una ligera reducción en 2019 en 0,17 puntos respecto al año anterior. Situación que muestra que la tasa de empleo de las mujeres se recupera más lentamente que la de los hombres¹¹⁷.
- La tasa de paro femenina desde el año 2013 -26,67%- a 2019 - 15,55%- presenta una tendencia descendente en 11,12 puntos. La misma tendencia presenta la tasa de paro masculina desde el año 2013 -25,60%- a 2019 -12,23%-, disminuyendo en 13,37 puntos. Así el descenso del paro masculino es mayor que el

¹¹⁶ Ibid. pp. 5 y ss.

¹¹⁷ Ibid. p. 17.

femenino y, por tanto, la recuperación del empleo se presenta más favorable para los hombres¹¹⁸.

En la misma línea de lo expuesto anteriormente, el Informe de Evaluación Temática de Igualdad de Género en el marco del período de programación 2014–2020¹¹⁹ señala la existencia de importantes brechas de género en nuestro mercado de trabajo, especialmente con mayores dificultades en el acceso al empleo, como demuestran menores tasas de participación en el mercado laboral, menores tasas de empleo y sin embargo mayores tasas de desempleo, aunque se aprecian mejoras sustantivas en el grupo de edad de mujeres jóvenes.

La OIT en su informe avance global de 2020 sobre tendencias de empleo también señala que *“la tasa de participación de la mujer en la fuerza de trabajo era solo del 47 por ciento, 27 puntos porcentuales por debajo de la tasa del hombre (74 por ciento)”* y presentan una mayor probabilidad de estar desempleadas¹²⁰.

Las barreras que encuentran las mujeres en el acceso al empleo requieren respuestas firmes y contundentes, tanto por los Gobiernos como por la propia sociedad¹²¹, en cuanto a que constituye el acto previo de ingreso al mercado de trabajo, a la obtención de un empleo y, además, como señalan algunas autoras, son más difíciles de erradicar y controlar¹²², y tienen una

¹¹⁸ Ibid. pp. 26 y ss.

¹¹⁹ Realizado por la RED2RED Consultores y Cofinanciado por el Fondo Social Europeo, PO 2014-2020 de Asistencia Técnica, publicado 10 de diciembre de 2018.

¹²⁰ OIT, *“Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Tendencias 2020”*. Ginebra 2018.

¹²¹ Las conductas arraigadas socialmente con respecto al género femenino presentan una gran dificultad de eliminación mediante prohibiciones legislativas, como se ha demostrado a lo largo de los años, lo que requiere otros tipos de actuaciones que potencien en la sociedad la eliminación de los prejuicios y roles asignados al sexo femenino que en el ámbito de la empresa. Cfr. FABREGAT MONFORT, G. *“La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo: la posibilidad de una nueva tutela a la luz de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 63 y ss.

¹²² Cfr. SÁEZ LARA, C., *“Mujer y trabajo”*, Fundación Alternativas, 2004, p. 13; FABREGAT MONFORT, G. *“La discriminación ...”*, p. 11.

influencia directa en la posición de desventaja social del colectivo de mujeres. Como señalábamos anteriormente, el empleo se configura como elemento fundamental de integración social y del ejercicio de los derechos sociales y de ciudadanía vinculados al Estado de Bienestar. Ello implica, que cualquier obstaculización a la obtención del mismo presenta unas consecuencias muy graves al derecho de igualdad y no discriminación constituido como derecho universal vinculado a la dignidad personal y a la participación plena de la mujer en el plano económico, político, cultural y social¹²³, a partir de su reconocimiento en las Declaraciones y Pactos internacionales, así como en las Constituciones democráticas¹²⁴ y donde la igualdad en el trabajo y el principio de no discriminación se presentan como una manifestación específica del más amplio derecho a la igualdad. Así, nuestro Tribunal Constitucional ha llegado a señalar la transcendencia del acceso al empleo como “*vehículo de superación de la situación social peyorativa del colectivo discriminado*”¹²⁵, es este caso las mujeres.

En los apartados siguientes, trataremos de determinar el contenido y la configuración del principio de no discriminación en el acceso al empleo por razón de sexo/género, lo cual requiere el análisis del marco normativo, tanto internacional, comunitario y nacional, así como la doctrina jurisprudencial a nivel europeo y española que dotan de virtualidad aplicativa a dicho principio en el ámbito del acceso al empleo y que responde al contexto evolutivo que los mismos han experimentado en los últimos años y que intentan eliminar o reducir las desventajas a las que se enfrentan las mujeres en su incorporación al mercado de trabajo.

123 Vid. RODRÍGUEZ CRESPO, M. J., “Límites a la libertad contractual: igualdad y no discriminación en materia de intermediación, selección y contratación”. En *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6, nº 2, 2013, p. 190.

124 Entre otros, la Declaración de Filadelfia de 1944, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Constitución Española de 1978 en su artículo 14.

125 Como señalan, entre otras, las SSTC 173/1994, de 7 de junio de 1994 (FJ 3), y 214/2006, de 4 de agosto de 2007.

Unido a ello, destacar que la utilización de tecnologías, como el bit data, los sistemas de IA y los algoritmos presentan nuevos riesgos en materia de discriminación en el acceso al empleo para las mujeres, complicando aún más la desventaja a la que se ven sometidas, donde per se, la fase de acceso al empleo, donde se inserta la publicación de la oferta, no cuenta con previsiones legales frente a los riesgos potenciales ligados a la IA, lo que nos lleva a analizar el impacto de la discriminación algorítmica.

3.2 REFERENTES NORMATIVOS: ÁMBITO INTERNACIONAL, COMUNITARIO Y NACIONAL.

A nivel internacional varios instrumentos recogen la prohibición de discriminación por diversos motivos, entre ellos el sexo, que sirvieron como punto de partida para la construcción del principio de no discriminación, que se proyecta a partir del reconocimiento y evolución del derecho de igualdad. Entre ellos podemos destacar la Declaración de Filadelfia de 1944¹²⁶, la Declaración de Derechos Humanos de 1948¹²⁷ y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966. Y de forma más concreta y específica respecto al acceso al empleo, el Convenio nº 111¹²⁸ de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, recogerá por primera vez el concepto de discriminación como “*cualquier distinción, exclusión*

¹²⁶ Para RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Discriminación de género ...”. op cit. p. 21, esta Declaración se presenta como el inicio de la tutela antidiscriminatoria.

¹²⁷ Recoge en su artículo 2 que “*toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo...*” y en su artículo 7 que “*todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley...derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”.

¹²⁸ Aprobado 25 de junio de 1958 y ratificado por España el 6 de noviembre de 1967. Cabe destacar la existencia de otros convenios anteriores que contenían cláusulas antidiscriminatorias estaban limitadas a sujetos o materias concretas – entre otros, Convenio nº 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949; Convenio nº 97 sobre los trabajadores migrantes de 1949 y el Convenio nº 100 sobre igualdad de remuneración de 1949- como señala MALDONADO MONTOYA, J. P., “Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958 (núm. 111)”. En *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 7, 2019, p. 274.

o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”, obligando a los Estados firmantes del mismo al desarrollo de políticas que conduzcan a la eliminación de la discriminación en el ámbito laboral. A efectos de aplicación del convenio, los términos “empleo y ocupación” incluyen “el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo -art. 1.3-”¹²⁹. Finalmente destacar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983 y que tiene la consideración de tratado internacional, reconociendo en su preámbulo “la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad”, estableciendo el derecho de la mujer al acceso sin discriminación al empleo y que los Estados Partes adopten medidas para la eliminación de la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo.

En el marco de la Unión Europea el principio de no discriminación por razón de género fue una de las primeras cuestiones sociales desde su

¹²⁹ Cabe señalar que, la Recomendación nº 111, detalla en su apartado 2 b) las materias objeto de no discriminación: (i) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación; (ii) acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo; (iii) ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona; (iv) seguridad en el empleo; (v) remuneración por un trabajo de igual valor; (vi) condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo.

constitución como CEE¹³⁰, aunque con no pocas resistencias por parte de los países miembros, y cuenta con un amplio acervo legislativo y acciones políticas¹³¹, convirtiéndose en uno de los bloques normativos con más significación en el Derecho social europeo y una extensa jurisprudencia que ha configurado su evolución hasta nuestros días.

En cuanto a su reconocimiento en el derecho originario, ya el Tratado de Roma de 1957 en su artículo 119 estableció el principio de igualdad retributiva por trabajo igual, aunque presentaba un sentido puramente economicista, en cuanto a que su objeto se enmarcaba en la eliminación del dumping entre los países miembros¹³². Actualmente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su artículo 157 establece el marco jurídico de referencia para la adopción de medidas que garanticen la igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con igual validez jurídica que los tratados de la UE¹³³, establece en su artículo 21.1 la prohibición de *“toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”* y en el 23 *“La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”*.

Respecto al principio de no discriminación en el empleo y ocupación el derecho derivado realiza su desarrollo normativo a través de las Directivas

¹³⁰ Como apunta BALLESTER PASTOR, M. A., *“Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género”*, Tirant Lo Blanch, 2017, op. cit. p. 21.

¹³¹ Ejemplo de ello lo encontramos en, la Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) cuyo objetivo era suscitar medidas concretas para combatir la discriminación y completar las actividades, especialmente legislativas, de la UE y de los Estados miembros.

¹³² Ibid. op. cit. 21.

¹³³ Artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea.

2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)¹³⁴. La propia Directiva 2006/54/CE señala en su artículo 19 que “*garantizar la igualdad de acceso al empleo y a la formación profesional capacitadora es esencial para la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*”, prohibiendo el ejercicio de “*cualquier tipo de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores públicos o privados, incluidos los organismos públicos, en relación con las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación...*”, incluyendo los procesos de selección y ofertas de empleo¹³⁵, “*...cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción*”, según dispone el artículo 14 de la misma, de lo que se deduce que dicha prohibición implica la obligación por parte de los

¹³⁴ Refundición que se realiza de las Directivas 75/117 (Igualdad de retribución), 76/207 (Igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo, modificada por la Directiva 2002/73, 86/378 (Igualdad entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social) y 97/80 (carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo) y de la evolución jurisprudencial comunitaria antidiscriminatoria como señala NAVARRO NIETO, F., “El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria”. En *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 130, 2015, op. cit. p. 86.

¹³⁵ En referencia la inclusión de las ofertas de empleo como ámbito de aplicación, en cuanto a que las mismas están estrechamente vinculadas al acceso al empleo y pueden producir un efecto restrictivo de este acceso la no aplicación del principio de no discriminación, vid. STJUE de 21 de mayo de 1985, C-248/83, Asunto Comisión contra República Federal Alemana.

agentes de intermediación, con independencia de que sean públicos o privados, del cumplimiento de la misma¹³⁶.

En coherencia con la normativa internacional y comunitaria se desarrolla el principio de igualdad y no discriminación en nuestro ordenamiento jurídico. La CE consagra en su artículo 1 la igualdad como uno de los valores superiores de nuestro estado social y democrático de Derecho, reconociendo el principio de igualdad y no discriminación en su artículo 14 al señalar que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”* y estableciendo que los poderes públicos deben promover condiciones de igualdad efectiva y real, impedir el desarrollo de obstáculos que impidan o dificulten la misma – artículo 9.2 CE-. Respecto al trabajo, el artículo 39.1 de la CE reconoce el derecho al trabajo de todos los españoles *“sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*. El principio de igualdad y no discriminación reconocido en la CE – artículo 14- tiene su concreción en el ámbito laboral, en el artículo 4.2 c) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al establecer que los trabajadores tienen derecho a *“no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo...”* y, el artículo 17.1 que determina *“nulos y sin efectos los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo,... a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo...”*.

¹³⁶ De forma coherente con la Directiva 2000/78/CE, nuestro TRLE recoge entre los principios de la intermediación laboral el principio de discriminación, que deben ser respetados por los agentes de colocación públicos y privados, en su artículo 34. Vid. RODRÍGUEZ CRESPO, M. J., “Límites a la libertad ...”, op. cit. p. 190 y, “Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos indisponibles en tiempos de crisis”. En SÁEZ LARA (Coord.), *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Ediciones Laborum, 2016, p. 21.

La aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en adelante LOIMH, supuso un hito importante en materia de igualdad y no discriminación, en cuanto supuso el desarrollo legislativo de los artículos 9.2 y 14 de la CE y la incorporación de los conceptos antidiscriminatorios recogidos en las Directivas europeas¹³⁷, desde una perspectiva de transversalidad¹³⁸ de la igualdad de género y persiguiendo la efectividad de la igualdad real en todos los ámbitos de la vida - esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural-, disponiendo medidas destinadas a la eliminación y corrección de todas las formas de discriminación por razón de sexo que puedan producirse tanto en el sector público como en el privado y estableciendo el acceso al empleo¹³⁹ como uno de los ámbitos de aplicación, así como aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, como objetivo prioritario que deben perseguir las políticas de empleo¹⁴⁰.

3.3 LA OFERTA DE EMPLEO DISCRIMINATORIA.

En lo que respecta al concepto de “acceso al empleo”, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha realizado una interpretación en términos amplios, aplicándose a las personas que buscan empleo, también a los criterios de selección y las condiciones de contratación¹⁴¹, estando, por tanto, las ofertas de empleo dentro del campo conceptual del mismo.

¹³⁷ BALLESTER PASTOR, M. A., *"Retos y perspectivas ..."*, op. cit. p. 27.

¹³⁸ En consonancia con la Directiva 2006/54/CE, que recoge en su artículo 29 la transversalidad de la perspectiva de género que deben llevar a cabo los Estados miembros al *"elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades..."*.

¹³⁹ Según recoge el artículo 5 de Ley. Señalar también que la Disposición adicional decimoséptima de la misma modificaba la Ley 56/2003 de Empleo, adicionando a la misma el artículo 22 bis -Discriminación en el acceso al empleo- y estableciendo la obligación de los servicios públicos de empleo y agencias de colocación en la gestión de la actividad de intermediación a velar específicamente por evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo.

¹⁴⁰ Según recoge el artículo 42 de la Ley.

¹⁴¹ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA. Manual de legislación europea contra la discriminación: edición de 2018. Luxembourg: Publications Office, 2019, p. 130.

Así, uno de los ámbitos donde pueden localizarse actuaciones discriminatorias por razón de sexo se circunscribe a las ofertas de empleo¹⁴², entendidas estas como “el anuncio de posibles contrataciones laborales dirigidas al público”¹⁴³ y que constituyen el paso previo a la incorporación al mercado de trabajo. A mayor precisión, las ofertas de empleo son incluibles dentro de la referencia a los procesos de selección, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de mayo de 1985 -causa 248/83-¹⁴⁴. Como veremos a continuación las interpretaciones de los tribunales, tanto comunitarios como nacionales, han sido centradas en la condición reproductiva de la mujer -embarazo, puerperio y lactancia- y cualidades personales y profesionales donde el sexo se presenta como requisito determinante del trabajo a realizar. Así, la propia LOIMH en su artículo 5.2 determina que “*no constituirá discriminación en el acceso al empleo ... una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*”. En esta

¹⁴² Ya, el TC en la Sentencia 173/1994, de 7 de junio de 1994, admitía que las conductas discriminatorias se contemplaban no sólo dentro de la relación contractual de trabajo, sino también en los procesos de acceso al empleo, puesto que lo contrario dejaría al margen “*la tutela alguna de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional, como las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados, quedando vacíos de contenido los compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia*” (FJ 3).

¹⁴³ Cfr. FABREGAT MONFORT, G. “La discriminación ...”, op. cit. p. 124.

¹⁴⁴ Según señala FABREGAT MONFORT, G. “La discriminación ...”, op. cit. p. 88. En este sentido y dentro del ámbito del acceso al empleo, la formulación de preguntas de carácter personal y familiar en una entrevista de trabajo supone una conducta discriminatoria -FJ 2 de la STSJ 1799/2014 de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 7 de abril de 2014-; incluso la declaración pública, abierta o encubierta, del empleador, sobre su intención de excluir a ciertos colectivos del proceso contratación, ha sido considerado por el TJUE como discriminatorio, en cuanto que, priva a estos de concurrir en igualdad de condiciones con otros trabajadores a tales ofertas de empleo, afectando así tales conductas preparatorias al núcleo de protección del derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo – SSTJUE de 10 de julio de 2008, C-54/2007, asunto Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV; y de 25 de abril de 2013, C-81/12, asunto Asociația Accept y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării.

misma línea, el artículo 34.2 del TRLE establece que las ofertas de empleo “referidas a uno de los sexos son discriminatorias, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar”¹⁴⁵.

Según lo expuesto, parece apreciarse, a tenor del artículo 34.2 del TRLE, una presunción de oferta discriminatoria cuando la misma vaya dirigida a uno de los sexos. Sin embargo, dicha excepción del principio de no discriminación contempla la admisibilidad de una diferencia de trato cuando la constitución del sexo como elemento delimitador se presente como un requisito profesional esencial y determinante, respecto a la naturaleza de la actividad a desarrollar o en el contexto en el que se lleve a cabo la misma y, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado, como señalábamos en el párrafo anterior. Esta admisibilidad de la diferencia de trato en el ámbito del empleo según establece el TJUE, debe interpretarse de forma restrictiva en cuanto se trata de la protección de derechos fundamentales reconocidos por la UE¹⁴⁶. Abundando más en la cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recoge en su jurisprudencia¹⁴⁷ que la diferencia de trato no será considerada discriminatoria si la misma responde a una justificación objetiva y razonable, es decir, si persigue

¹⁴⁵ En cuanto a la admisión de dicha excepción, se conecta con las previsiones contempladas en el artículo 1.2 del Convenio nº 111 de la OIT que admite que “*las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación*” cuando estas “sean especificadas por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”; y el artículo 14.2 de la Directiva 2006/54 al disponer que los Estados miembros podrán establecer “*que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*”.

¹⁴⁶ Vid. entre otras, las SSTJUE de 15 de mayo de 1986, C-222/84, asunto Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary; de 13 de septiembre de 2011, C-447/09, asunto Reinhard Prigge y otros/ Deutsche Lufthansa AG; de 13 de noviembre de 2014, C-416/13, asunto Vital Pérez/ Ayuntamiento de Oviedo.

¹⁴⁷ Entre otras, STEDH de 28 de mayo de 1985, Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido. En la misma línea, tanto el TJEU como los nacionales exigen que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y que además que supere un juicio de proporcionalidad. como señala MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G., “Prohibición de discriminación”. En *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 145, 2018, pp. 352 y ss.

un objetivo legítimo o si existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido¹⁴⁸.

Ha sido admitido por el TSJUE, respecto a la naturaleza de la actividad, la justificación de determinadas profesiones en las que el sexo es determinante en la actividad a desarrollar y por tanto su cobertura sea posible por uno de los sexos únicamente. Ejemplo de ello lo encontramos en las profesiones artísticas¹⁴⁹ - cantante para encajar con un determinado estilo de actuación (ópera), actor/a para representar un papel concreto, bailarines de danza o ballet, modelos de pasarela, etc...-¹⁵⁰. Como señala Benavente, estas limitaciones profesionales presentan un campo muy reducido, respecto a la dificultad de "*trabajos que en ningún caso pueda desempeñar el sexo contrario*"¹⁵¹. Sin embargo, si la naturaleza de la actividad responde al reconocimiento social que tradicionalmente vincula empleos realizados por mujeres, o bien la costumbre de dicho ejercicio¹⁵², que tienen relación directa con los roles asignados socialmente al hombre y la mujer, no tendría admisión, siendo considerada discriminatoria¹⁵³.

En cuanto al contexto en el que se desarrollan las actividades profesionales, las justificaciones que han sido admitidas por los tribunales, a las diversas razones que se argumentan como exclusión o limitación de acceso a

¹⁴⁸ Ibid. op cit. p. 329.

¹⁴⁹ Vid. STJUE, de 21 de mayo de 1985, C-248/83, asunto Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania. Fabregat entiende que dicha sentencia planteaba que "la exclusión de la mujer en determinadas profesiones exige la existencia de un catálogo motivado, preciso, controlable por la Comisión y revisado periódicamente, con el objetivo de eliminar gradualmente todo tipo de excepciones", FABREGAT MONFORT, G. "*La discriminación ...*", op. cit. p. 89.

¹⁵⁰ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA. Manual de legislación europea contra la discriminación: edición de 2018. Luxembourg: Publications Office, 2019, p. 111.

¹⁵¹ BENAVENTE TORRES, I., "Intermediación e igualdad ...", op. cit. p. 109. En la misma línea, FABREGAT MONFORT, G. "*La discriminación ...*", op. cit. pp. 89 y ss.

¹⁵² Vid. STS 2344/1999, de 8 de febrero de 2001, que declaró discriminatorio negar a las mujeres la admisión en la Comunidad de Pescadores de El Palmar, en cuanto a que la no admisión las mujeres se debe única y exclusivamente al hecho de ser mujeres, aunque se haya tratado de configurar como una cuestión de formalidades basadas en normas de derecho hereditario.

¹⁵³ Cfr. FABREGAT MONFORT, G. "*La discriminación ...*", op. cit. p. 93.

determinados puestos de trabajo de las mujeres, se han centrado en razones de seguridad pública¹⁵⁴ y aquellas actividades en que haya que preservar la intimidad personal del trabajador o el cliente¹⁵⁵, pero desde una interpretación restrictiva en cuanto a que nos encontramos ante una excepción limitadora de derechos fundamentales¹⁵⁶.

Por otra parte, con respecto al esfuerzo físico, constituye un elemento cuya alusión en la oferta de empleo es considerado discriminatorio, a tenor del artículo 35.2 TRLE, no admitiendo, por tanto, justificación, en ningún caso, la restricción de uno de los sexos al ejercicio de una prestación laboral. Esta admisión por la legislación responde al desarrollo jurisprudencial realizado, tanto por, el TJUE como por nuestro TC. Así, podemos destacar la STC 229/1992¹⁵⁷, de 14 de diciembre, que admite el trabajo femenino en las minas, al entender que dicha exclusión, vinculada a la fortaleza física responde más a estereotipos que a diferencias biológicas y que su admisión conllevaría el reforzamiento de la división sexista del trabajo, produciendo una desventaja para las mismas en el

¹⁵⁴ La STJUE de 18 de octubre 2017, C-409/16, asunto Maria-Eleni Kalliri/Ypourgós Esoterikón e Ypourgós Ethnikís Paideías kai Thriskevmatón, ha supuesto un nuevo avance, en cuanto a la fijación de los requisitos físicos no discriminatorios para el acceso de las mujeres a las fuerzas y cuerpos de seguridad. Así, se presentan como discriminatoria la exigencia de una altura física mínima - 1,70 cm, quedando demostrado que un número mucho mayor de mujeres que de hombres tiene una estatura inferior a 1,70 m en Grecia-, dado que va más allá de lo necesario y adecuado para alcanzar el objetivo legítimo de “garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento de los servicios de Policía”. En el mismo sentido la STS 1040/2019, de 10 de julio de 2019.

¹⁵⁵ Admitiéndose limitaciones en ciertas actividades, por ejemplo, en centros penitenciarios. En este sentido la STJUE de 30 de junio de 1988, C-318/86, asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, al permitir la exclusión de los hombres en el acceso a empleos como vigilantes en prisiones para mujeres y viceversa.

¹⁵⁶ Vid. BENAVENTE TORRES, I., "Intermediación e igualdad ...", op. cit. pp. 110 y ss.

¹⁵⁷ En la misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, en la sentencia 2181/2008, de 16 de julio, declara que *"la capacidad para realizar un determinado trabajo no puede supeditarse con carácter general al sexo de la persona al socaire de una diferente condición física de ambos sexos"*, en cuanto a, la adjudicación de plazas prioritarias a personal masculino en la admisión al cuerpo de bomberos, al establecer como discriminatoria la medida respecto "el cupo de reserva a favor del personal femenino representa la exposición a un riesgo de la vida y la integridad física por las características del trabajo a realizar en el puesto pretendido por la actora".

acceso al mercado de trabajo, lo que es inaceptable con la interdicción de la discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE. Similar planteamiento es recogido por el TJUE, en la sentencia de 1 de febrero de 2005, C-203/03, asunto Comisión contra Austria, al establecer la prohibición de excluir a las mujeres de un empleo, específicamente en trabajos en medios hiperbáricos y de buceo, por el mero hecho de que son, por término medio, más pequeñas y menos fuertes que la media de los hombres.

Finalmente, señalar que, la exclusión del acceso al empleo de la mujer en el embarazo, puerperio o lactancia natural constituye discriminación por razón de sexo, inclusive cuando la misma tenga motivación en la salud de la mujer¹⁵⁸. Así, el TC en su sentencia 173/1994 estableció expresamente que “la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentran su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de una persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva en las mujeres (FJ 2)”¹⁵⁹. Otras sentencias¹⁶⁰ inciden en la imposibilidad por parte del empresario en la realización de indagaciones sobre el estado de la mujer en el proceso de selección y contratación, inclusive se admite el hecho de que la trabajadora no está obligada a informar de su estado al empresario¹⁶¹. Sin embargo, la maternidad y las cargas familiares siguen siendo elementos importantes de discriminación en el acceso al empleo de la mujer, pues está ligado aún al imaginario empresarial, basado en estereotipos de género y prejuicios sociales y androcentristas, de asociar dichas situaciones

¹⁵⁸ Vid. BENAVENTE TORRES, I., "Intermediación e igualdad entre sexos tras ...", op. cit. p. 115.

¹⁵⁹ En el mismo sentido, entre otras: SSTC 136/1996, de 23 de julio de 1996, 20/2001, de 29 de enero de 2001.

¹⁶⁰ Entre otras: SSTJUE, de 4 de octubre de 2001, C-109/00, asunto Tele Danmark A/S contra og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark (HK); de 27 de febrero de 2003, C-320/2001, asunto Wiebke Busch contra Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG.

¹⁶¹ Cfr. BENAVENTE TORRES, I., "Intermediación e igualdad entre sexos tras ...", op. cit. p. 115.

con el “absentismo laboral, peor condición física y aptitud para el trabajo, así como motivo de enfermedad”, lo que sitúa a la mujer en una situación de desventaja¹⁶² en el acceso al mercado de trabajo.

3.4 LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y LAS PLATAFORMAS DE EMPLEO VIRTUALES.

A pesar del gran acervo normativo y jurisprudencial, tanto a nivel europeo como nacional en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo, en la práctica seguimos encontrando la publicación de ofertas de trabajo que abiertamente van dirigidas a uno u otro sexo, aunque este tipo de conductas discriminatorias también se producen en los procesos de selección, en el filtrado de currículums, entrevistas con candidatos y en los procesos de intermediación. Como se ha señalado en el capítulo anterior, cada vez se extiende más el uso de tecnologías y sistemas de IA en los diferentes procesos mencionados donde dichas conductas discriminatorias se ven reflejadas, pero en una versión digitalizada.

FERNÁNDEZ GARCÍA, señala que tras el estudio que lleva realizando desde hace unos años sobre los diferentes intermediarios laborales virtuales, ha detectado que todos, en mayor o menor medida, han difundido ofertas de empleo discriminatorias por razón de sexo, incluso en portal digital del Servicio Público de Empleo Estatal¹⁶³ o en el portal Gestionándote¹⁶⁴, el cual tiene suscrito un convenio de colaboración con dicho servicio público de empleo¹⁶⁵. Sin embargo,

¹⁶² Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, M.L., “Maternidad y discriminación de las mujeres en el empleo”. En *Revista Anales de derecho* (Universidad de Murcia), V. 35, n. 2, 2017, p. 3. Disponible en: <https://doi.org/10.6018/analesderecho> (fecha de consulta: 1 de agosto de 2021).

¹⁶³ Véase la oferta A1 en FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: “Recopilación de ofertas de empleo discriminatorias”, Blog AFLabor, 2019, disponible en: <https://aflabor.wordpress.com/2019/12/18/recopilacion-de-ofertas-de-empleo-discriminatorias/>.

¹⁶⁴ Portal que enlaza ofertas de distintas agencias de colocación. <https://gestionandote.com/agencias-colocacion>.

¹⁶⁵ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Intermediación laboral digital y discriminación”. En ROMERO BURILLO, A.M. (Dir^a.), *Mujer, Trabajo y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021. Disponible en: <https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/duo-papel-ebook/mujer-trabajo-y-nuevas-tecnologiasduo/p/10018546> (fecha de consulta: 5 de agosto de 2021).

será en el ámbito de las plataformas virtuales de empleo privadas donde se encuentran en mayor medida ofertas discriminatorias¹⁶⁶, señalándose a uno de los colectivos, hombre o mujer, en función del sector productivo (por ejemplo: se destinan a mujeres las ofertas referidas a limpieza, cuidado de personas, sector textil; se destinan a hombres ofertas referidas a mecánica, almacén, ingeniería, pintura, construcción) del que se derive la oferta de trabajo, siendo esta una de las vulneraciones más frecuentes que pueden apreciarse¹⁶⁷.

Pero, una de las cuestiones que plantean más riesgos y desafíos en materia de discriminación, y no sólo la relacionada con el sexo, es el uso de algoritmos y sistemas de IA por estas plataformas virtuales de empleo, cuestión que trataremos en el siguiente apartado. Así y como ejemplo, el portal Infojobs, a través de la utilización de algoritmos, crea un perfil de cada candidato a una oferta de empleo, una vez examinados de los datos aportados por el usuario/candidato, del tratamiento de estos datos se extraen las características personales y profesionales, que serán cruzadas con las ofertas de empleo, indicando al empresario los candidatos más adecuados, a través de una lista jerarquizada de idoneidad, a la oferta de empleo publicada por el mismo¹⁶⁸. Igualmente, la red profesional LinkedIn usa un algoritmo basado en un sistema de IA, que a partir de la información proporcionada y la interacción y navegación

¹⁶⁶ Véase al respecto una recopilación, muy interesante, sobre ofertas discriminatorias virtuales en FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: “Recopilación de ofertas de empleo discriminatorias”, Blog AFLabor , 2019, disponible en: <https://aflabor.wordpress.com/2019/12/18/recopilacion-de-ofertas-de-empleo-discriminatorias/>.

¹⁶⁷ Cfr. entre otros, ROMERO BURILLO, A.M., “Trabajo, género y nuevas tecnologías: algunas consideraciones”. En Revista IUSlabor, de la Universitat Pompeu Fabra, n. 1, 2019, p. 218. Disponible en: <https://www.upf.edu/web/iuslabor/2019/01> (fecha de consulta: 3 de agosto de 2021); CHACARTEGUI JÁVEGA, C., “Incidencia de nuevas TIC ...”, op. cit. pp. 111 y ss.; RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. p. 221; o FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Intermediación laboral digital y discriminación”. En ROMERO BURILLO, A.M. (Dir^a.), Mujer, Trabajo y Nuevas Tecnologías, Aranzadi Thomson Reuters, 2021. Disponible en: <https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/duo-papel-ebook/mujer--trabajo-y-nuevas-tecnologiasduo/p/10018546> (fecha de consulta: 5 de agosto de 2021).

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Intermediación laboral digital y discriminación”. En ROMERO BURILLO, A.M. (Dir^a.), Mujer, Trabajo y Nuevas Tecnologías, Aranzadi Thomson Reuters, 2021. Disponible en: <https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/duo-papel-ebook/mujer--trabajo-y-nuevas-tecnologiasduo/p/10018546> (fecha de consulta: 5 de agosto de 2021).

en la red del usuario – sectores profesionales que visita, ofertas por las que muestra interés, etc.- sugiere ofertas de empleo adaptadas al perfil de cada usuario¹⁶⁹.

Existen diversos proyectos que se están llevando a cabo en distintos países para frenar la discriminación en los procesos de búsqueda de empleo en estas plataformas virtuales¹⁷⁰. A nivel europea encontramos el proyecto FA*IR, llevado a cabo por un equipo multidisciplinar de la Unidad de Data Science del Centro Tecnológico Eurecat conjuntamente con la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad Técnica de Berlín. Este proyecto ha logrado crear un algoritmo que, a través de un motor de búsqueda detecte discriminaciones en los portales de empleo y mediante un mecanismo de acción positiva reorganiza los resultados y evita la discriminación sin afectar la validez del ranking¹⁷¹.

3.5 ALGORITMOS Y DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.

El desarrollo de internet ha traído consigo la generación de datos masivos en la red¹⁷², conocido como bit data o macrodatos, cuyo tratamiento y procesamiento requiere de herramientas que den sentido y significado a los mismos. De esta forma, los datos se han convertido en “materia prima capital de la sociedad de la información y del conocimiento”¹⁷³, configurando los algoritmos y sistemas de IA en elementos necesarios para obtener de los datos resultados

¹⁶⁹ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Intermediación laboral digital y discriminación”. En ROMERO BURILLO, A.M. (Dirª.), *Mujer, Trabajo y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021. Disponible en: <https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/duo-papel-ebook/mujer--trabajo-y-nuevas-tecnologiasduo/p/10018546> (fecha de consulta: 5 de agosto de 2021).

¹⁷⁰ Entre otros, FA*IR, DELTR y SEARCHFAIR según, RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. p. 52.

¹⁷¹ Veáse, “Proyecto FA*IR: para evitar la discriminación en la búsqueda de trabajo” en <https://infochannel.info/proyecto-fair-para-evitar-la-discriminacion-en-la-busqueda-de-trabajo/> (fecha de consulta: 10 de mayo de 2021).

¹⁷² Más del 98% de la información mundial se almacena digitalmente. RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. p. 35.

¹⁷³ Cfr. MERCADER UGUINA, J.R., “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data”. En *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 2, Nº. 2, 2021, p. 4.

que optimicen los mismos a una velocidad que sería imposible realizar por los humanos, lo que ha derivado en que se presenten como una de las tecnologías más estratégicas del siglo XXI¹⁷⁴. Esta transformación digital se ha extendido a todos los ámbitos de la economía, extensión que no ha dejado al margen la gestión de las relaciones laborales y el empleo¹⁷⁵, lo que supone un nuevo desafío para el Derecho en general, y más concretamente, para el Derecho del Trabajo. Y ello, en cuanto a que estas tecnologías permiten la generación de patrones dinámicos predictivos y decisiones automatizadas que “producen efectos relevantes en las personas, tanto, en el ámbito económico, social y jurídico”¹⁷⁶.

El ámbito de la selección de personal y contratación de trabajadores se ha presentado como uno de los primeros ejemplos en su utilización y de las esferas más intensivas de uso¹⁷⁷; donde el perfilado se presenta como “la operación de tratamiento más extendida y utilizada con fines de empleo”¹⁷⁸. Ello responde a varias lógicas: por una parte, los algoritmos transforman los datos de los candidatos en predicciones de delimitación de aquel que cumplan las mejores condiciones del puesto de trabajo, mejor se ajuste al perfil requerido o se acerque más a los criterios del empleador que realiza la oferta de trabajo; por otro lado, en un marco donde el empleo se configura, cada vez en mayor medida, como un

¹⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, Al Comité Económico Y Social Europeo y al Comité De Las Regiones, sobre inteligencia artificial para Europa, COM (2018) 237 final, de 25 de abril de 2018, p. 2.

¹⁷⁵ Abarcando desde la contratación, selección de candidatos, valoración del rendimiento, promoción profesional y ascensos, distribución de horarios e incluso hasta el despido de trabajadores. Cfr., entre otros, FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Trabajo, algoritmos y discriminación”. En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (Coords.): “*Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*”, 2020, pp. 508 y ss.; RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. pp. 193 y ss. Ejemplo de ello, “Goldman Sachs que en 2016 anuncio la introducción de un modelo algorítmico de gestión automática que incluía, entre otras decisiones de gestión de personal, contratación y despidos”, SÁEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. En *Temas Laborales*: : Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 155, 2020, pp. 42 y ss.

¹⁷⁶ Vid. SÁEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista ...”, op. cit. p. 42.

¹⁷⁷ Cfr. RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. p. 197.

¹⁷⁸ Vid. BAZ TEJEDOR, J.A., “Inteligencia artificial y...”, op. cit. p. 12.

bien escaso, el volumen de solicitantes de empleo aumenta y en correlación aumenta el flujo de datos de los mismos para su tratamiento; finalmente, se alude a que estos sistemas reducen el sesgo en las decisiones sobre los candidatos, al remplazar las decisiones humanas segadas por los prejuicios sociales incorporados a imaginario, por un sistema más neutro y objetivo – basados en modelos matemáticos y estadísticos-. Todo ello, aboca a que nos encontramos en la era de la “digitalización en el acceso al empleo”¹⁷⁹ e indiscutiblemente la actividad de intermediación y, más concretamente, las plataformas virtuales de empleo se han convertido en terreno abonado para el uso de estos métodos que agilizan el proceso de obtención de datos, evaluación de currículum, el proceso de perfilado de candidatos, entrevistas realizadas por IA, la casación de ofertas y demandas de empleo, entre otros¹⁸⁰.

La utilización de estas tecnologías, como se señala en el párrafo anterior, ofrece muchas ventajas, que van desde la reducción de costes en el acceso a la información, el procesamiento de la misma hasta la facilitación de toma de decisiones por su automatización y rapidez en su ejecución. En definitiva, ofrecen muchas ventajas para la eficiencia, optimización, competitividad y productividad de las empresas¹⁸¹. Sin embargo, y a pesar de invocar también sus virtudes, la Unión Europea también ha señalado los riesgos “significativos”, que el uso de estas tecnologías entraña respecto a la afectación de derechos fundamentales, como el derecho a la privacidad, la protección y seguridad de los datos y la no discriminación¹⁸², pudiendo dar lugar a “algoritmos sesgados, correlaciones falsas, errores, una subestimación de las repercusiones éticas,

¹⁷⁹ Vid. RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. p. 85.

¹⁸⁰ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Trabajo, algoritmos...”, op cit. p. 508.

¹⁸¹ Cfr. SÁEZ LARA, C., “Acceso al empleo, inteligencia artificial y prohibición de discriminación”. En NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A. (Coords.), Presente y futuro de las políticas de empleo en España, Bomarzo, Albacete, 2021, p. 100.

¹⁸² Considerando I) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley, DOUE C263/82.

sociales y legales, el riesgo de utilización de los datos con fines discriminatorios o fraudulentos y la marginación del papel de los seres humanos en esos procesos”¹⁸³. Desde el ámbito europeo y ante la preocupación que generan los riesgos de estos sistemas de IA, desde 2017, se están llevando a cabo varias iniciativas, entre otras: las Directrices éticas para una IA fiable (2019), la propuesta de Reglamento (UE) de la Comisión Europea sobre el marco jurídico aplicable a los sistemas de Inteligencia Artificial (IA), de 21 de abril de 2021, donde la selección de personal a través de IA ha sido considerado en la categoría de Sistemas de IA de alto riesgo, pues suponen un “alto riesgo” para los derechos y libertades de los individuos y, por consiguiente, deben estar sujetos a ciertas obligaciones reforzadas que garanticen su uso legal, ético, robusto y seguro.

3.5.1 PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.

Antes de continuar y dado el carácter técnico de algunos términos, se considera importante, realizar unas precisiones que ayuden a entender las tecnologías señaladas en el párrafo anterior.

¿A qué hacen referencia estos términos tan popularizados en los últimos años que giran en torno a los datos? Por un lado, el bit data o macrodatos hace alusión a la cantidad masiva de datos obtenidos en entornos digitales, pero estos datos en sí mismo son sólo información¹⁸⁴; lo que confiere valor a esos datos es la explotación de los mismos, lo que se ha venido a llamar análisis de bit data o macrodatos, que hace referencia a la "recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, procedentes de diferentes fuentes y objeto de un tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos y avanzadas técnicas de tratamiento de datos, utilizando tanto datos almacenados como datos transmitidos en flujo continuo con el fin de generar correlaciones,

¹⁸³ Considerando M) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley, DOUE C263/82. En el mismo sentido, SÁEZ LARA, C., “Acceso al empleo, ...”, op. cit., p. 100.

¹⁸⁴ Vid. RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. p. 99.

tendencias y patrones”¹⁸⁵. Por otro lado, el término IA¹⁸⁶ se aplica a los sistemas de software, diseñados por seres humanos, que manifiestan un comportamiento inteligente, al ser capaces de analizar el entorno a través de la obtención de datos, la interpretación de los datos que recopilan, el razonamiento sobre el conocimiento o el procesamiento de la información derivados de esos datos, y decidiendo la acción o acciones óptimas que deben llevar a cabo para lograr el objetivo establecido¹⁸⁷. El papel central, tanto de los sistemas de IA como del análisis de macrodatos, lo conforman los algoritmos; estos son códigos software que producen una “secuencia finita de reglas formales (operaciones e instrucciones lógicas) que hacen posible obtener un resultado a partir de la entrada de información”¹⁸⁸.

3.5.2 LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA LABORAL.

El término de “discriminación algorítmica” se asocia al uso de los algoritmos y alude a los sesgos que derivan en la desventaja de un grupo a favor de otro. Estos sesgos, a veces tienen una intención discriminatoria per se, aunque se realiza de forma más sofisticada, lo que resulta difícil de detectar. En otras ocasiones, los criterios técnicos la acaba causando sin que exista intención alguna¹⁸⁹. Deriva de varios elementos:

¹⁸⁵ Considerando A) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley, DOUE C263/82.

¹⁸⁶ Dentro de la inteligencia artificial existen varias áreas: informática cognitiva -algoritmos capaces de razonamiento y comprensión de nivel superior, próximo a los humanos; aprendizaje automático o machine learning -algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas-; la inteligencia aumentada y la robótica. Vid. ALVÁREZ CUESTA, H., “Discriminación de la mujer en la industria 4.0: cerrando la brecha digital”. En AA.VV, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO (Dir^a.), La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 343.

¹⁸⁷ GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. “Directrices éticas para una IA fiable”, Comisión Europea, Bruselas, 2019, p. 48.

¹⁸⁸ COMISIÓN EUROPEA PARA LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA (CEPEJ) DEL CONSEJO DE EUROPA. “Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno”, 4 de diciembre de 2018, p.49.

¹⁸⁹ Cfr. RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. p. 55.

- Los propios datos recopilados de los que se nutre el algoritmo y es que estos son “fáciles de manipular, pueden reflejar aspectos culturales, de género y otros prejuicios y preferencias y pueden contener errores”¹⁹⁰.
- El diseño del algoritmo respecto al que el propio programador vuelque en la construcción del mismo, aún sin ser consciente, sus prejuicios. Pero también puede ocurrir que “los patrones registrados a efectos de cálculos algorítmicos se ajusten a patrones androcéntricos”¹⁹¹.
- El autoaprendizaje del algoritmo está basado en un mecanismo de entrenamiento del mismo a partir de la introducción de datos¹⁹², es decir, a partir de grandes cantidades de datos el algoritmo crea patrones de los que aprende de la realidad analizada, los cuales le sirven para crear nuevos patrones a partir de éstos, implicando que si existen parámetros discriminatorios el algoritmo perpetua dichos sesgos¹⁹³.

En definitiva, los algoritmos en el ámbito del empleo entrañan el riesgo aumentar las prácticas discriminatorias¹⁹⁴, “perpetuar los estereotipos existentes y ampliar la segregación social”¹⁹⁵, presentando una importante potencia lesiva, que, en gran medida es debida a la opacidad y a la falta de transparencia, tanto en su diseño, en el empleo y sus efectos. Además, por el “elevado volumen de

¹⁹⁰ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad, 2017, p. 4.

¹⁹¹ Cfr. RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. p. 58.

¹⁹² Vid. RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. p. 153.

¹⁹³ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Trabajo, algoritmos...”, op cit. p. 513.

¹⁹⁴ Vid. entre otros: ALVÁREZ CUESTA, H., “Discriminación de la mujer en la industria 4.0: cerrando la brecha digital”. En AA.VV, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO (Dir^a.), La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 343;

¹⁹⁵ Cfr. SÁEZ LARA, C., “Acceso al empleo, ...”, op. cit., p. 100.

datos, velocidad y variedad en los datos usados, el sesgo en el sistema de IA magnificará y multiplicará sus efectos”¹⁹⁶. Así, cada vez encontramos más ejemplos en materia de discriminación algorítmica en el acceso al empleo: Amazon tuvo que retirar su herramienta basada en IA de contratación algorítmica al percatarse de que la misma contenía sesgos discriminatorios para las mujeres, puesto que se examinaba a los solicitantes a partir de los patrones de los currículums enviados a la compañía durante un período de 10 años, donde la mayoría eran hombres, penalizando los currículum que incluían la palabra “femenino”¹⁹⁷ y desfavoreciendo de esta forma a las mujeres. Otro ejemplo es el caso de la Agencia Estatal de Empleo en Austria cuyo algoritmo -conocido como algoritmo AMS-, implantado desde 2019 para la clasificación de trabajadores -en atención a las que tienen buenas, medianas o malas expectativas de encontrar un trabajo-. Este instrumento correlacionaba el género, trabajos de cuidados, historial laboral fragmentado, etc. con bajas perspectivas laborales, dando lugar al riesgo de asignar a mujeres desempleadas a un grupo inferior, incluso cuando su experiencia y calificaciones eran coincidentes con las masculinas¹⁹⁸. O’NEIL también señala los test de personalidad utilizados por estos sistemas algorítmicos, que discriminan a personas con trastornos mentales¹⁹⁹.

Una de las cuestiones planteadas por la doctrina, es si la discriminación algorítmica responde a una nueva categoría jurídica de discriminación o si, por el contrario, es encuadrable en las ya existentes. FERNÁNDEZ GARCÍA

¹⁹⁶ Vid. SÁEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista ...”, op. cit. p. 45

¹⁹⁷ Noticia publica en prensa, entre otros medios, consultado en : <https://www.reuters.com/article/amazon-com-contratacion-ia-idESKCN1MO0M4> (fecha de consultas: 1 de agosto de 2021).

¹⁹⁸ Cfr. SÁEZ LARA, C., “Acceso al empleo, ...”, op. cit., p. 102; Digital Future Society, “La Gobernanza algorítmica: proceda con precaución”, disponible en: <https://digitalfuturesociety.com/es/algorithmic-governance-proceed-with-caution/> (fecha de consulta: 1 de agosto de 2021).

¹⁹⁹ Vid. O’NEIL, C., “*Armas de destrucción matemática. Cómo el BIG DATA aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*”, Edit. Capitán Swing, Madrid, 2017, pp. 131 y ss. En el mismo sentido, SÁEZ LARA, C., “Acceso al empleo, ...”, op. cit., p. 100.

entiende que este tipo de discriminación no conforma una tipología propia; a pesar de que poseen ciertas particularidades no tienen sustantividad propia, ya que o bien están relacionadas o derivan en algunas de las tipologías existentes²⁰⁰, reconocidas en la normativa europea y española en materia de igualdad en la ocupación y el empleo. Estas son las discriminaciones directas e indirectas motivadas por razón de sexo, raza, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Así, existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el párrafo anterior²⁰¹; existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a una persona respecto a otras por las referidas razones, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios²⁰². Atendiendo a estos conceptos y a los efectos discriminatorios de los algoritmos, la discriminación algorítmica se aproxima, en el común de los casos, más a la discriminación indirecta, aunque en opinión de SÁEZ LARA, los rasgos destacados de dicha discriminación algorítmica, como son la invisibilidad y complejidad técnica, introducen elementos que no están considerados, ni en la conceptualización de la discriminación directa ni en la indirecta²⁰³. Así, incluso la equivalencia de la discriminación algorítmica con la discriminación indirecta plantea una cuestión importante, cual es la justificación de un fin legítimo y la adecuación y proporcionalidad del resultado como filtro para la valoración de una posible discriminación indirecta. Y es que los modelos algoritmos superan este

²⁰⁰ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Trabajo, algoritmos...”, op cit. pp. 524 y ss.

²⁰¹ Art. 2 a) Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

²⁰² Art. 2 b) Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

²⁰³ Cfr. Cfr. SÁEZ LARA, C., “Acceso al empleo, ...”, op. cit., pp. 111 y ss.

supuesto de hecho en la medida que, los mismos se basan en procesos de decisión opacos y en correlaciones inexplicables y no responden, en muchas ocasiones, a las necesidades de la empresa²⁰⁴. Unido a ello, está el hecho de que la persona no será consciente de que está sufriendo discriminación, ni siquiera de que sus datos están siendo tratados a través de sistemas de IA, con el inconveniente añadido de la creencia en la objetividad del tratamiento de los datos a través de modelos matemáticos.

3.5.3 EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y LOS SISTEMAS ALGORÍTMICOS.

A pesar del impacto social del bit data, sistemas de IA y algoritmos, actualmente no se cuenta con una regulación expresa sobre la utilización de los mismos, ni a nivel europeo ni a nivel nacional en materia de no discriminación.

Desde Europa se muestra una importante preocupación por los riesgos que llevan aparejados el uso de esta tecnología, entre ellos, a la amenaza de discriminación, encontrando distintos instrumentos que evidencian tal preocupación y que destacan la necesidad de llevar a cabo acciones orientadas a:

- la introducción de criterios éticos para promover una IA fiable, como se desprende de las orientaciones planteadas en el documento “Directrices éticas para una IA fiable”²⁰⁵;
- al establecimiento de principios de transparencia en la “utilización de los sistemas de IA para la contratación, la evaluación y la supervisión administrativa de los trabajadores, así como principios de salud y seguridad y de mejora de las condiciones de trabajo”²⁰⁶;

²⁰⁴ Vid. SÁEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista ...”, op. cit. pp. 49.

²⁰⁵ GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. “Directrices éticas para una IA fiable”, Comisión Europea, Bruselas, 2019.

²⁰⁶ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa» (dictamen de iniciativa), (2018/C 440/01), según es recogido en su punto 1.9.

- a la realización de auditorías;
- y derechos de información, en cuanto al “derecho de solicitar los criterios de decisión y la recogida de datos y su tratamiento respondan a los principios de proporcionalidad y finalidad”²⁰⁷.

Finalmente, la Comisión Europea, respecto al ámbito de la investigación del presente trabajo -empleo y discriminación-, en el Libro blanco sobre inteligencia artificial – “un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”-, de 19 de febrero de 2020, entre otras cuestiones, ha manifestado que: *“En vista de su importancia para las personas y del acervo de la UE en materia de igualdad de empleo, el uso de las aplicaciones de IA en los procedimientos de contratación y en situaciones que repercutan en los derechos de los trabajadores debe considerarse siempre de «riesgo elevado»”*. Así, el Libro Blanco parte de un enfoque basado en el riesgo que presenta la utilización de sistemas de IA en determinadas actividades, derivadas del peligro que pueden presentar desde la perspectiva de los derechos fundamentales²⁰⁸. Con objeto de conseguir un marco regulador proporcionado, la futura legislación específica al efecto, ante actividades consideradas de riesgo elevado, deberá establecer unos requisitos legales obligatorios, en los términos expresados en el Libro Blanco²⁰⁹.

En España, actualmente, las líneas de acción se han focalizado más en la desconexión digital del trabajador, la protección de privacidad e intimidad en el puesto de trabajo y el trabajo a distancia, en este último caso, dando lugar al

²⁰⁷ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa» (dictamen de iniciativa), (2018/C 440/01), según es recogido en su punto 6.9.

²⁰⁸ También desde la perspectiva de la seguridad y los derechos de los consumidores.

²⁰⁹ Los requisitos que a modo de referencia establece el Libro Blanco van en la línea de los: a) datos de entrenamiento; b) datos y registros de datos; c) información que debe facilitarse; d) solidez y exactitud; e) supervisión humana; f) requisitos específicos en el caso de determinadas aplicaciones de IA, como las empleadas para la identificación biométrica remota. Todos estos requisitos son aplicables a la utilización de IA en los procesos de selección de personal. Vid. PÉREZ GUERRERO, M.L., “Nuevas formas de discriminación en el acceso al empleo: algoritmos, COVID-19 y discriminación lingüística”. En NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A. (Coords.), Presente y futuro de las políticas de empleo en España, Bomarzo, Albacete, 2021, p. 128.

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia²¹⁰. Un nuevo paso se ha dado con la publicación de la Carta de los Derechos Digitales, del 14 de julio de 2021, que, a pesar de no presentar contenido normativo tiene el objetivo de “reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea, así como sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto. Con ello, también persigue proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos de forma que, siendo compartida por todos, permita navegar en el entorno digital en que nos encontramos aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades y conjurando sus riesgos. Y contribuir a los procesos de reflexión que se están produciendo a nivel europeo y así, liderar un proceso imprescindible a nivel global para garantizar una digitalización humanista, que ponga a las personas en el centro”²¹¹. En ella encontramos un bloque específico sobre “los derechos del entorno laboral y empresarial”, el cual dispone que “el desarrollo y uso de algoritmos exigirá una evaluación de impacto relativa a la protección de datos que incluirá en su análisis los riesgos relacionados con los principios éticos...y en particular la perspectiva de género y la proscripción de cualquier forma de discriminación tanto directa como indirecta”²¹². También señala que la representación legal de los trabajadores deberá ser informada del uso de tales dispositivos o herramienta, alcanzando dicha información a los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de IA que afectan a la toma de decisiones que pueden

²¹⁰ Vid. RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. p. 299.

²¹¹ SECRETARÍA DE ESTADO DE DIGITALIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL DEL MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE ESPAÑA. Carta de los Derechos Digitales, de 14 de julio 2021, p. 6.

²¹² SECRETARÍA DE ESTADO DE DIGITALIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL DEL MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE ESPAÑA. Carta de los Derechos Digitales, de 14 de julio 2021, apartado XIX – Derechos en el ámbito laboral-, punto 6, p.23 .

incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles²¹³.

Como señalamos en el apartado anterior, el uso de sistemas algorítmicos plantea problemas que afectan a la efectividad de las leyes antidiscriminatorias. Entre ellas podemos destacar, la dificultad para detectar y probar la existencia de discriminación²¹⁴, lo que implica la falta de eficacia y efectividad del modelo normativo en materia discriminatoria actual. SÁEZ LARA, entiende que el debate la discriminación algorítmica debe estar más dirigido en la línea de actualización del marco normativo sobre la igualdad en materia de empleo y ocupación, desde el que se pueda enfrentar los nuevos riesgos que se derivan de sus características definitorias -invisibilidad, intensidad y complejidad técnica-, coordinando el enfoque técnico y jurídico y arbitrando un sistema de garantías que hagan efectivo la prohibición de discriminación²¹⁵.

Indiscutiblemente el papel de los agentes sociales y la representación de los trabajadores, tanto sindical como unitaria, pueden jugar un papel importante y central en estas cuestiones. El diálogo social, los convenios colectivos y los planes de igualdad se presentan como herramientas claves en la gobernanza algorítmica dentro de la empresa, reforzando el derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores, ante una nueva situación que aumenta la asimetría entre el capital y el trabajo. En esta línea se centra la reforma producida en el art. 64 d) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, que otorga a la representación de los trabajadores el derecho a: “ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la

²¹³ SECRETARÍA DE ESTADO DE DIGITALIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL DEL MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE ESPAÑA. Carta de los Derechos Digitales, de 14 de julio 2021, apartado XIX – Derechos en el ámbito laboral-, punto 2.a), p.22 .

²¹⁴ Cfr. RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación ...”, op. cit. pp. 341 y ss.; SÁEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista ...”, op. cit. pp. 46 y ss.

²¹⁵ Vid. Cfr. SÁEZ LARA, C., “Acceso al empleo, ...”, op. cit., p. 112.

toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles²¹⁶.

4. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

El empleo se configura en las sociedades avanzadas como un instrumento al que se conectan derechos sociales y de ciudadanía plena, reconocidos en las constituciones democráticas, cuyo ejercicio se plantea desde la óptica de la igualdad sustancial entre hombres y mujeres. Sin embargo, a pesar del gran acervo normativo, tanto desde instancias internacionales, europeas y nacionales, las desventajas a las que se ven sometidas las mujeres en el mercado de trabajo, acentuadas en los momentos de crisis, económicas o sanitarias -ejemplo de ello, la pandemia por COVID 19-, son puestas en evidencia en la gran cantidad de informes realizados desde todos los ámbitos y desde una multitud de organizaciones. Desventajas que, incurren en una diferenciación sexual que presentan una relación directa con aspectos culturales, estereotipos de género y prejuicios sociales y androcentristas y, que muestran una consolidación plena en el ámbito de las relaciones laborales, incidiendo en mayores tasas de desempleo femenino, respecto al sexo masculino, en la desigualdad retributiva entre sexos, entre otras cuestiones.

Así, el derecho al trabajo en nuestro modelo constitucional presenta una doble dimensión, en las que ha de prevalecer la igualdad de oportunidades entre sexos y la prohibición de discriminación (arts. 14 y 9 CE): una dimensión individual que se traduce en el deber de trabajar y el derecho al trabajo de todos los españoles (art. 35.1 CE); y una dimensión colectiva e institucional que responde a un mandato a los poderes públicos, del desarrollo de políticas orientadas al pleno empleo, que hagan efectivo el derecho al trabajo en su

²¹⁶ Reforma introducida por 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 plataformas digitales.

dimensión individual (art. 40.1 CE). En este contexto, la intermediación laboral, a través de su desarrollo legislativo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo), se presenta como un instrumento principal de la política de empleo en España, contemplando la igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo como uno de sus principios básicos, y cuyo ejercicio es llevado a cabo por los Servicios Públicos de Empleo y las agencias de colocación.

El desarrollo tecnológico ha dado lugar a la aparición de nuevos operadores en el mercado de trabajo, como son las plataformas virtuales de empleo – portales de empleo, redes sociales generalistas o profesionales y apps de búsqueda de empleo-, que han supuesto la relegación a un segundo plano, en materia de intermediación, de los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación. Y ello, como se ha constatado, en cuanto, a que su utilización se ha extendido, tanto desde el lado de las empresas como oferentes de empleo, como por las personas que buscan empleo.

Pero ¿estas plataformas virtuales desarrollan intermediación laboral en los términos contemplados en el TRLE? El análisis de las actividades que realizan estas plataformas virtuales de empleo, la ampliación de servicios que van llevado a cabo y su forma de operar - localización y primera selección de los trabajadores, valoración de perfiles, aptitudes, conocimientos y cualificación profesionales que mejor se adapten a la oferta concreta y finalmente la casación entre oferta y demanda- encaja con la definición de intermediación laboral recogida en el TRLE y RD 1796/2010 y por tanto, en su categorización como empresas de colocación.

Como demuestra la investigación, la intermediación laboral digital desarrollada por estas plataformas virtuales, presenta una incidencia directa y de gran impacto en lo que respecta a la igualdad de oportunidades entre sexos y la prohibición de discriminación por razón de sexo. Por un lado, se detecta la difusión de ofertas discriminatorias, en referencia a unos de los sexos, como una de las vulneraciones más frecuentes, lo cual está prohibido al ser considerado

por la doctrina jurisprudencial y nuestro marco normativo, como una discriminación directa. Por otro lado, lo más relevante, es la utilización por estas plataformas de sistemas algorítmicos e IA para el tratamiento y procesamiento de los datos en el desarrollo de sus actividades, especialmente por el impacto, riesgos y desafíos que plantean en materia de discriminación. Y ello, en cuanto a los sesgos de género, que pueden proceder de los propios datos a procesar, del diseño del algoritmo o del propio autoaprendizaje del algoritmo, como bien se ha puesto de manifiesto y que ha dado lugar a la denominada “discriminación algorítmica”. El uso de estas tecnologías sin un marco regulador propio, que establezca un control más férreo, magnifica e intensifica sus efectos discriminatorios, especialmente entre la población femenina como colectivo sobre el que recae, en mayor medida la discriminación en el acceso al empleo, ante la falta de efectividad que presentan las leyes antidiscriminatorias en esta materia.

Esta situación plantea la necesidad de tomar medidas dirigidas a paliar el impacto que suponen para la igualdad de oportunidades entre sexos y la prohibición de discriminación por razón de sexo y que pueden ir en las siguientes líneas de actuación:

- La actualización del TRLE, que incida en un marco de desarrollo propio de intermediación laboral digital, así como de los diferentes operadores que actúan en el mercado de trabajo.
- Un mayor control por parte de la Administración Pública, y más concretamente, por los Servicios Públicos de Empleo y la Inspección de Trabajo, de las actividades realizadas por las plataformas virtuales de empleo, respecto al sometimiento de las mismas a la normativa sobre intermediación laboral y las agencias de colocación.
- Una revisión normativa de la legislación antidiscriminatoria, así como la actualización del marco normativo sobre la igualdad en materia de empleo y ocupación, en la línea de ofrecer un sistema

de prevención de los riesgos que plantean el uso de estas tecnologías y de garantías ante la discriminación algorítmica.

Después de todo lo abordado, el análisis y estudio de las cuestiones planteadas ha dado lugar al planteamiento de otras preguntas a responder en el marco del desarrollo de futuras líneas de investigación, respecto a la utilización de los recursos de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial en el ámbito del trabajo, que pasamos a señalar, en líneas genéricas:

- Cómo los sindicatos, tanto a nivel internacional como nacional, se plantean la digitalización en la empresa, sus líneas de acción y los objetivos a abordar.
- El tratamiento que se está realizando de los sistemas algorítmicos a través de la negociación colectiva y los planes de igualdad y los límites o dificultades que pueden encontrar para la regulación de ellos, derivados del obstáculo del derecho a la propiedad intelectual y de propiedad industrial y la falta de un desarrollo normativo sobre su utilización.
- Ventajas y desventajas de la utilización del currículum ciego en las plataformas virtuales de empleo.
- La mejora en la transparencia de estos sistemas tecnológicos, o las auditorías de IA, evaluación de impacto de riesgos que pueden presentar, especialmente aquellos que tienen un alcance en la vulneración de derechos fundamentales.
- Los sistemas de control sobre los datos de los que se alimentan los algoritmos.
- La determinación del sujeto responsable ante la vulneración de derechos fundamentales derivados del uso de sistemas tecnológicos.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Los perfiles de la discriminación en España: Análisis de la encuesta CIS 3000. Percepción de la discriminación en España*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014. Disponible en http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-archivos/marginales/3000_3019/3000/es3000mar.pdf (fecha de consulta 21 de junio de 2021).
- ADDECO, “Informe 2016 – Infoempleo-Adecco: Redes sociales y mercado de trabajo”. Disponible en: <https://www.infoempleo.com/publicaciones/> (fecha de consulta: 21 de junio de 2021).
- ADECCO, “Informe Infoempleo 2018: Oferta y demanda de empleo en España”. Disponible en: <https://cdn.infoempleo.com/infoempleo/documentacion/Informe-infoempleo-adecco-2018.pdf> (fecha de consulta: 21 junio de 2021).
- ADECCO. Informe Infoempleo 2020: Oferta y demanda de empleo en España. Disponible en <https://www.infoempleo.com/publicaciones/> (fecha de consulta: 21 de junio de 2021).
- AGUILAR DEL CASTILLO, M.D.C., "Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera". En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (Dirs.), *Economía Colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 295-329.
- AGUILAR DEL CASTILLO, M.D.C., “Las pistas de la información digital, ruta hacia una nueva intermediación laboral”. En TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., *Trabajo en plataformas digitales:*

innovación, derecho y mercado. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, pp. 503-526.

- ALARCÓN CASTELLANOS, M. D. M., *La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis: servicios públicos de empleo y entidades afines*. Aranzadi, 2009.
- ALUJAS RUIZ, J. A., “Análisis de la intermediación laboral del servicio público de empleo por comunidades autónomas”. En *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 93, 2018, pp. 78-107.
- ALVÁREZ CUESTA, H., “Discriminación de la mujer en la industria 4.0: cerrando la brecha digital”. En AA.VV, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO (Dir^a.), *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 331-359.
- ALVÁREZ DEL CUVILLO, A., “*Metodología y técnicas de investigación en el ámbito jurídico-laboral: bases teóricas*”. Texto docente. Universidad de Cádiz, 2015. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10498/17856> (fecha de consulta: 6 de julio de 2021).
- BALLESTER PASTOR, I. “Asunción por España de los Convenios de la OIT en materia de empleo y colocación: ¿una meta realizable?”. En *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 117, 2015, pp. 155-183.
- BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Universitat de València, Servei de Publicacions, 2017.
- BAZ TEJEDOR, J.A., “Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible”. En *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. Extra-11, 2020, pp. 1-35.
- BENAVENTE TORRES, I., “Intermediación e igualdad entre sexos tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de

mujeres y hombres”. En *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, nº 20, 2007, pp. 97-136.

- BENAVENTE TORRES, I., “La Reforma de la intermediación laboral por la ley 35/2010”. En *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, nº 24, 2011, pp. 197-215.
- BENAVENTE TORRES, I., “La intermediación laboral en España”. En NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A. (Coords.), *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 67-98.
- CALVO GALLEGO, F. J. (Dir.) y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (Coord.), “*Colocación y servicios de empleo*”. Consejo Económico y Social, Madrid, 2011.
- CASTELL, M., *La galaxia de Internet: reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*, Plaza & Janes, 2001.
- CASTELLÓ ROSELLÓ, V., “¿Son útiles los servicios públicos de empleo en España?”, *Diario.es*, 2017. Disponible en: https://www.eldiario.es/comunitat-valenciana/arguments/utiles-servicios-publicos-empleo-espana_132_3376343.html (fecha de consulta: 10 enero de 2021).
- CEA D'ANCONA, M. y VALLES MARTÍNEZ, M. S., “Evolución de la discriminación en España”. Informe de las encuestas IMIO-CIS de 2013 y 2016. *Instituto de la Mujer y para la igualdad de oportunidades (IMIO)*, 2018. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/actualidad/NovedadesNuevas/docs/2018/EvolucionDiscrimEsp2018-0159.pdf> (fecha de consulta: 5 de marzo de 2021).
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C., “Incidencia de nuevas TIC en la intermediación privada, el problema de la utilización de plataformas electrónicas para eludir derechos”. En DE QUINTANA PELLICER, J.,

MIRÓN HERNÁNDEZ, M; PÉREZ DURÁN, F., 35 *Noves tecnologies i relacions laborals*. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2019, pp. 111-136. Disponible en: <http://www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=384> (fecha de consulta: 01 julio 2021).

- COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, Al Comité Económico Y Social Europeo y al Comité De Las Regiones, sobre inteligencia artificial para Europa, COM (2018) 237 final, de 25 de abril de 2018.
- COMISIÓN EUROPEA. Libro blanco sobre la inteligencia artificial –“un enfoque europeo orientado a la excelencia y confianza”, de 19 de febrero de 2020, COM(2020) 65 final.
- COMISIÓN EUROPEA PARA LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA (CEPEJ) DEL CONSEJO DE EUROPA. “Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno”, 4 de diciembre de 2018.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad, 2017.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa» (dictamen de iniciativa), (2018/C 440/01).
- CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”. En *Temas Laborales: Revista de trabajo y bienestar social*, nº 132, 2016, pp. 73-121.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Causas estructurales y coyunturales del desempleo en España”. En MONEREO PÉREZ, L. Y MÁRQUEZ

PRIETO, A. (Dir.). *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, pp. 23-32.

- DIGITAL FUTURE SOCIETY, “La Gobernanza algorítmica: proceda con precaución”, disponible en: <https://digitalfuturesociety.com/es/algorithmic-governance-proceed-with-caution/> (fecha de consulta: 1 de agosto de 2021).
- FABREGAT MONFORT, G., *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo: la posibilidad de una nueva tutela a la luz de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Tirant lo Blanch, 2008.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Aplicaciones móviles para buscar empleo: aspectos jurídicos-laborales”. En TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, pp. 449-480.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: “Recopilación de ofertas de empleo discriminatorias”, Blog AFLabor, 2019. Disponible en: <https://aflabor.wordpress.com/2019/12/18/recopilacion-de-ofertas-de-empleo-discriminatorias/> (fecha de consulta: 15 de agosto de 2021).
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “La red LinkedIn a la luz del Convenio 181 OIT sobre agencias de colocación”. En *Documentación Laboral*, nº 119 V. I, 2020, pp. 125-138.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Trabajo, algoritmos y discriminación”. En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (Cords.): *“Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital”*, 2020, pp. 505-531.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Intermediación laboral digital y discriminación”. En ROMERO BURILLO, A.M. (Dir^a.), *Mujer, Trabajo y*

Nuevas Tecnologías, Aranzadi Thomson Reuters, 2021. Disponible en: <https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/duo-papel-ebook/mujer--trabajo-y-nuevas-tecnologiasduo/p/10018546> (fecha de consulta: 5 de agosto de 2021).

- FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R. y BOIX CUENCA, A., “La intermediación laboral virtual”. En *Revista de treball, economia i societat*, N.º. 22, 2001, pp. 29-32. Disponible en: http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/articulos/revista_22/art2-rev22.pdf (fecha de consulta: 10 de mayo 2021).
- GARCÍA COCA, O., “*La protección de datos de carácter personal en los procesos de búsqueda de empleo*”, Ediciones Laborum, 2016.
- GARCÍA RUBIO, M.A., “Portales digitales de empleo y Agencias de colocación: Puntos de inserción y de indefinición normativa”. En *Derecho de las relaciones laborales*, nº 7, 219, pp. 668-681.
- GORRELLI HERNÁNDEZ, J., “El Servicio Público de Empleo Estatal”. En MONEREO PÉREZ, L. Y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs). *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, pp. 436-451.
- GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. “Directrices éticas para una IA fiable”, Comisión Europea, Bruselas, 2019.
- LÁZARO SÁNCHEZ, J.L., “Algunos aspectos jurídicos de los procesos de contratación en la economía colaborativa y el crowdworking”. En TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, pp. 441-457.
- LÓPEZ MOURELO, E. Y MALO OCAÑA, M.A., “El mercado de trabajo en España: el contexto europeo, los dos viejos desafíos y un nuevo

problema”. En *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, N.º. 87, 2015, pp. 32-59

- MALDONADO MONTOYA, J. P., “Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958 (núm. 111)”. En *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, N.º Extra-0, 2019, pp. 271-296.
- MARTÍNEZ GARCÍA, M.L., “Maternidad y discriminación de las mujeres en el empleo”. En *Revista Anales de derecho* (Universidad de Murcia), V. 35, n. 2, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.6018/analesderecho> (fecha de consulta: 1 de agosto de 2021).
- MARTÍNEZ LÓPEZ, A., “El discurso de la Unión Europea en materia de políticas de empleo y exclusión social. Análisis sociológico de la Estrategia Europea de Empleo”. En *Papers: revista de sociología*, Vol. 96, N.º 1, 2011, pp. 35-54.
- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA. *Manual de legislación europea contra la discriminación: edición de 2018*. Luxembourg: Publications Office, 2019.
- MERCADER UGUINA, J.R., “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data”. En *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 2, N.º. 2, 2021, págs. 4-10.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G., “Prohibición de discriminación”. En *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 145, 2018, pp. 327-370.
- NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A., “Introducción crítica al marco jurídico de las políticas de empleo en España”. En *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, V. 9, n.º 5, 2013, pp. 163-198.

- NAVARRO NIETO, F., “El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria”. En *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 130, 2015, pp. 83-134.
- NAVARRO NIETO, F., “Las políticas de empleo en España: Una visión panorámica”. En NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A. (Coords.), *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 9-66.
- OBSERVATORIO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD (ONTSI), “Perfil sociodemográfico de los internautas. Análisis de datos INE 2020”, 2021. Disponible en: <https://www.ontsi.red.es/es/estudios-e-informes/Hogares-y-ciudadanos/perfil-sociodemografico-internautas-ine2020> (fecha de consulta: 15 de junio 2021).
- O’NEIL, C., “*Armas de destrucción matemática. Cómo el BIG DATA aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*”, Edit. Capitan Swing, Madrid, 2017.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Informe Mundial sobre Salarios 2018/2019 de la OIT*, 2018.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias 2020*. Ginebra: OIT, 2018.
- PÉREZ GUERRERO, M.L., “Nuevas formas de discriminación en el acceso al empleo: algoritmos, COVID-19 y discriminación lingüística”. En NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A. (Coords.), *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 119-148.
- RED2RED CONSULTORES, *Informe de Evaluación Temática de Igualdad de Género en el marco del periodo de programación 2014-2020* (Cofinanciado por el Fondo Social Europeo, PO 2014-2020 de Asistencia Técnica), 2018.

- RIVAS VALLEJO, P., “La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo: su impacto discriminatorio”, Aranzadi Thomson Reuters, 2020.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Las políticas selectivas de empleo como herramientas básicas para la integración sociolaboral de colectivos vulnerables. (Especial referencia a las personas con discapacidad y/o en riesgo de exclusión social). En NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A. (Coords.), *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 257-296.
- RODRÍGUEZ CRESPO, M. J., “Límites a la libertad contractual: igualdad y no discriminación en materia de intermediación, selección y contratación”. En *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, V. 6, nº 2, 2013, pp. 189-211.
- RODRÍGUEZ CRESPO, M. J., “Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos indisponibles en tiempos de crisis”. En SÁEZ LARA (Coord.). *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Ediciones Laborum, 2016, pp. 13-56.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Colaboración privada en el servicio público de colocación”. En *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, V. 5, nº 10, 2013, pp. 55-89.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”. En *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 125, 2014, pp. 53-87.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Discriminación de género y "otras" discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres”. En *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, pp. 21-40.

- ROMERO BURILLO, A.M., “Trabajo, género y nuevas tecnologías: algunas consideraciones”. En *Revista IUSlabor*, de la Universitat Pompeu Fabra, n. 1, 2019, pp. 210-232. Disponible en: <https://www.upf.edu/web/iuslabor/2019/01> (fecha de consulta: 3 de agosto de 2021).
- SÁEZ LARA, C., "*Mujer y trabajo*", Fundación Alternativas, Madrid, 2004.
- SÁEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. En *Temas Laborales: : Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 155, 2020, pp. 41-60.
- SÁEZ LARA, C., “Acceso al empleo, inteligencia artificial y prohibición de discriminación”. En NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A. (Coords.), *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 99-118.
- SALAS PORRAS, M., “El proceso de colocación laboral”. En MONEREO PÉREZ, L. Y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs). *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, pp. 478-488.
- SECRETARÍA DE ESTADO DE DIGITALIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL DEL MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE ESPAÑA. Carta de los Derechos Digitales, de 14 de julio 2021.
- SERRANO FALCON, C., “Colocación e intermediación: el modelo legal vigente en España”. En MONEREO PÉREZ, L. Y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs). *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, pp. 427-436.

- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., “*Política de colocación*”. Bomarzo, Albacete, 2006.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., “Régimen jurídico de las agencias de colocación”. En *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 110, 2011, pp. 43-72.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., “El concepto de intermediación laboral y los agentes reconocidos como mediadores en el mundo laboral español”. En VALDÉS DAL-RÉ, F. y SOBRINO GONZÁLEZ, G.M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Empleo*. La Ley, 2012, pp. 319-364.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., “El modelo de colocación español. Evolución y adaptación legislativa”. En *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 93, 2018, pp. 30-59.
- UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), *Informe 8 de marzo de 2020: Balance de la situación del empleo de las mujeres en 2018/2019*. Disponible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/12_ultimo_informe_8_marzo_2020.pdf (fecha de consulta 20 de mayo de 2021).
- UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), *Informe 8 de marzo de 2021: La igualdad de género en el empleo en tiempos de pandemia*. Disponible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/informe_8_marzo_2021.pdf (fecha de consulta 20 de mayo de 2021).
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los principios básicos de la intermediación laboral y la no discriminación en el acceso al empleo”. En VALDÉS DAL-RÉ, F. y SOBRINO GONZÁLEZ, G.M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Empleo*. La Ley, 2012, pp. 365-420.
- VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “La política de colocación o de intermediación: Caracterización general”. En AAVV., *Las políticas activas de empleo configuración y estudio de su regulación jurídica e*

institucional, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2016, pp. 551-583.

- VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “La “Dana” de las TICs en la intermediación: portales de empleo, inteligencia artificial, networking...”, 2020. Disponible en: <https://www.transformaw.com/blog/la-dana-de-las-tics-en-la-intermediacion-portales-de-empleo-inteligencia-artificial-networking/> (fecha de consulta: 2 julio 2021).
- VICENTE PACHÉS, F. D., “Intermediación laboral y agencias de colocación”. En MORENO I GENÉ, J. Y SOLÉ PUIG, A. (Coords.). *Las reformas laborales del 2010: Jornadas Catalanas de Derecho Social (22^a. 2011. Lérida)*. Barcelona: Huygens, 2012, pp. 377-405.

ANEXO 1: NORMATIVA

INTERNACIONAL:

- Declaración de Filadelfia de 10 de mayo 1944, relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional de Trabajo
- ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III).
- ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966.
- Convenio nº 2 OIT, sobre el desempleo. Adoptado el 28 de noviembre de 1919. Ratificado por España el 4 de julio de 1923.
- Convenio nº 34 OIT, sobre las agencias retribuidas de colocación. Adoptado el 29 de julio de 1933. Ratificado por España el 27 de abril de 1935. No está en vigor. Denuncia automática el 04 mayo 1972 por Convenio C096.
- Convenio nº 88 OIT. Adoptado el 9 de julio de 1948. Ratificado por España el 14 de enero de 1960.
- Convenio nº 96 OIT, sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado). Adoptado el 8 de junio de 1949. Ratificado por España el 5 de mayo de 1975. No está en vigor. Denuncia automática el 14 junio 2000 por Convenio C181.
- Convenio nº 97 OIT, sobre los trabajadores migrantes (revisado). Adoptado el 1 de julio de 1949. Ratificado por España el 21 de marzo de 1967.

- Convenio nº 98 OIT, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Adoptado el 1 de julio de 1949. Ratificado por España el 20 de abril de 1977.
- Convenio nº 100 OIT, sobre igualdad de remuneración. Adoptado el 29 de junio de 1951. Ratificado por España el 6 de noviembre de 1967.
- Convenio nº 111 OIT, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). Adoptado el 25 de junio de 1958. Ratificado por España el 6 de noviembre de 1967.
- Convenio nº 181 OIT, sobre las agencias privadas de empleo. Adoptado el 19 de junio 1997. Ratificado por España el 15 mayo 1999. Boletín Oficial del Estado, de 13 de septiembre de 1999, nº. 219.
- Recomendación nº 1 OIT, sobre el desempleo, 29 de octubre de 1919. [Instrumento retirado - Por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 90.a reunión (2002)].
- Recomendación nº 42 OIT, sobre las agencias de colocación, 8 de junio de 1933. [Instrumento retirado - Por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 90.a reunión (2002)].
- Recomendación nº 83 OIT, sobre el servicio de empleo, 17 de junio de 1948.
- Recomendación nº 111 OIT, sobre la discriminación (empleo y ocupación), 25 de junio de 1958.

COMUNITARIA:

- Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea. No publicado en Diario Oficial.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europa, 13 de diciembre de 2007. DO C 202.

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007, DOUE C 303.
- Reglamento (UE) 2019/679 del Parlamento Europeo y del Consejo , de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).DOUE L 119.
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo , de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DOUE-L 81678.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DO C L-303/16.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DOUE L 204/23.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley, DOUE C263/82.

ESTATAL:

- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, nº. 311.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, de 23 de marzo de 2007, nº. 71.

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado, de 6 de diciembre de 2018, nº. 294.
- Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo. Boletín Oficial del Estado, 17 de octubre de 1980, nº. 250.
- Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación. Boletín Oficial del Estado, 23 de mayo de 1994, nº. 122.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Boletín Oficial del Estado, 12 de julio de 2002, nº. 166.
- Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Boletín Oficial del Estado, de 17 de diciembre de 2003, nº. 301.
- Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Boletín Oficial del Estado, de 18 de septiembre de 2010, nº. 227.
- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Boletín Oficial del Estado, de 7 de julio de 2012, nº. 162.
- Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo. Boletín Oficial del Estado, de 18 de noviembre de 1978, nº 276.
- Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Boletín Oficial del Estado, de 5 de julio de 2014, nº 163.
- Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Boletín Oficial del Estado, de 23 de septiembre de 2014, nº 253.
- 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 plataformas digitales. Boletín Oficial del Estado, de 12 de mayo de 2021, nº 113.

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, de 24 de octubre de 2015, nº 255.
- Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. Boletín Oficial del Estado, de 24 de octubre de 2015, nº 255.
- Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación. Boletín Oficial del Estado, de 8 de mayo de 1995, nº 109.
- Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados de empleo. Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 2010, nº 318.

ANEXO 2: JURISPRUDENCIA²¹⁷ .

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de mayo de 1985, Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 21 de mayo de 1985, C-248/83, Asunto Comisión contra República Federal Alemana.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 30 de junio de 1988, C-318/86, asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 15 de mayo de 1986, C-222/84, Asunto Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 23 de abril de 1991, C-41/90, Asunto Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GmbH.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 19 de octubre de 1995, C-111/94, Asunto Job Center I.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 11 de diciembre de 1997, C-55/96, Asunto Job Center II.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 8 de junio de 2000, C-258/98, Asunto Giovanni Carra y otros.

²¹⁷ En el presente trabajo se utilizará la expresión TJUE para hacer referencia al órgano judicial encargado de la aplicación del Derecho de la UE que dictó la sentencia de referencia, sin diferenciar en atención a la denominación específica que recibía el órgano en el momento en que emitió la sentencia en cuestión.

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia 4 de octubre de 2001, C-190/00, Asunto SSTJUE, de 4 de octubre de 2001, C-109/00, Asunto Tele Danmark A/S contra og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark (HK).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 27 de febrero de 2003, C-320/2001, asunto Wiebke Busch contra Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 1 de febrero de 2005, C-203/03, Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 10 de julio de 2008, C-54/2007, asunto Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 13 de septiembre de 2011, C-447/09, Asunto Reinhard Prigge y otros contra Deutsche Lufthansa AG.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 25 de abril de 2013, C-81/12, asunto Asociația Accept y Consil iul Național pentru Combater ea Discriminării.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 13 de noviembre de 2014, C-416/13, Asunto Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 18 de octubre 2017, C-409/16, asunto Maria-Eleni Kalliri/Ypourgós Esoterikón e Ypourgós Ethnikís Paideías kai Thriskevmáton.
- Tribunal Constitucional. Sentencia nº 223/1980, de 2 de julio de 1981.
- Tribunal Constitucional (Sala II). Sentencia nº 19/1989, de 31 de enero de 1981. BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1989.

- Tribunal Constitucional (Sala I). Sentencia nº 229/1992, de 14 de diciembre de 1992. BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993.
- Tribunal Constitucional (Sala I). Sentencia nº 173/1994, de 7 de junio de 1984. BOE núm. 163, de 09 de julio de 1994.
- Tribunal Constitucional (Sala I). Sentencia nº 136/1996, de 23 de julio de 1996. BOE núm. 194, de 12 de agosto de 1996.
- Tribunal Constitucional (Sala II). Sentencia nº 20/2001, de 29 de enero de 2001. BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2001.
- Tribunal Constitucional (Sala II). Sentencia nº 214/2006, de 3 de julio de 2007. BOE núm. 185, de 04 de agosto de 2007.
- Tribunal Supremo. Sala 1 de lo Civil. Sentencia 2344/1999, de 8 de febrero de 2001.
- Tribunal Supremo, Sección 4ª, Sala de lo Contencioso. Sentencia 1040/2019, de 10 de julio de 2019.
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo Social, Sede Granada. Sentencia nº 2181/2008, de 16 de julio de 2008.
- Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias. Sala de los Social, Sede Santa Cruz de Tenerife. Sentencia nº 1799/2014, de 7 de abril de 2014.