

XESTIÓN ALGORÍTMICA DA EMPRESA. UNHA BREVE ANALISE <<PARAMÉTRICA>> DESDE A PERSPECTIVA ESPAÑOLA DO DEREITO DO TRABALLO

GESTÃO ALGORÍTMICA PARA NEGÓCIOS. UMA BREVE ANÁLISE <<PARAMÉTRICA>> A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ESPANHOLA DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Xosé Manuel Carril Vázquez¹

Recebido em: 23/05/2024
Aceito em: 23/05/2024

lucasius@udc.es

Resumo: No presente texto pretendo estudar a gestão algorítmica. A gestão algorítmica é um componente fundamental na atividade (interna e externa) de todos os tipos de empresas, de modo que não é algo próprio e exclusivo do modelo de negócio empresarial baseado em plataformas digitais. O sistema empresarial de gestão algorítmica não é neutro e tem um grande impacto no mundo dos trabalhadores e na regulação jurídica das suas condições de vida e de trabalho.

Resumén: Em el presente texto pretendo estudar la xestión algorítmica. A xestión algorítmica é un compoñente chave na actividade (tanto interna como externa) de todo tipo de empresas, de modo que xa non é algo propio e exclusivo do modelo de negocios empresariais asentados en plataformas dixitais. O sistema empresarial de xestión algorítmica non é neutral e impacta de cheo no mundo das persoas que traballan e na regulación legal das súas condicións laborais e de vida.

1. O CONTEXTO DA UNIÓN EUROPEA

1.1 Delimitación legal do que se debe entender por xestión algorítmica

A delimitación legal do que se debe entender por xestión algorítmica, sempre para os efectos laborais e de seguridade social que aquí interesan², debe tomar como punto de partida o labor realizado neste sentido no ámbito concreto da Unión Europea, en que deben ser mencionados tres concretos resultados do seu labor, o primeiro dos cales é a Proposta do Parlamento Europeo e do Consello relativa á mellora das condicións de traballo en plataformas dixitais [Bruxelas, 9 de decembro de 2021, referencia COM (2021)

¹ Universidade de Coruña.

² Entre tales efectos, véxanse tamén os estudados por J. ADAMS-PRASSL, «What if your boss was an algorithm? Economic incentives, legal challenges, and the rise of artificial intelligence at work», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 41, número 1 (2019), páxinas 123-146.

762 final]³. O segundo é o relativo á Proposta de Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establecen normas harmonizadas en materia de intelixencia artificial (Lei de Intelixencia Artificial) e se modifican determinados actos legislativos da Unión [COM (2021) 0206-C9-0146/2021-2021/0106 (COD)]⁴, coas achegas realizadas polo propio Parlamento Europeo a través das emendas aprobadas na súa sesión do 14 de xuño de 2023⁵. E o terceiro (e último) resultado concreto que pode mencionarse agora é o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeo e do Consello, de 27 de abril de 2016, relativo á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos e polo que se derroga a Directiva 95/46/CE (Regulamento xeral de protección de datos)⁶.

Entre outras moitas cousas, a lectura (por separado e conxunta) destas dúas propostas legislativas e do mencionado Regulamento evidencia que a xestión algorítmica é unha ferramenta empresarial, que permite abaratar custes e que ofrece unha maior sofisticación dos poderes empresariais de dirección, de control e disciplinario (ou sancionador) sobre a persoa que traballa. Igualmente, evidénciase desta lectura que a xestión algorítmica é inherente ao modelo de negocio das plataformas dixitais, mais non é exclusivo, porque figura tamén empregado en modelos de negocios distintos. E por último, que o recurso á xestión algorítmica constitúe unha ferramenta de xestión empresarial de alto risco por causa do seu impacto sobre dereitos humanos básicos.

1.2 Unha cuestión pendente de regulación específica e completa

Tendo en conta isto que se acaba de indicar, resulta que a xestión algorítmica é unha expresión xurídica, mais sen unha delimitación conceptual legal directa e realmente comprensiva de todos os supostos, porque, en efecto, non hai unha definición directa e completa do que debe entenderse por xestión algorítmica. A Proposta do Parlamento Europeo e do Consello relativa á

³ Pode localizarse e consultarse en EUR-Lex, coa referencia Document 52021PC0762 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0762>).

⁴ Pode localizarse e consultarse en EUR-Lex, coa referencia Document 52021PC0206 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>).

⁵ Poden localizarse e consultarse en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html.

⁶ Diario Oficial da Unión Europea L 119 de 4 de maio de 2016.

mellora das condicións de traballo en plataformas dixitais nada contén sobre xestión algorítmica no seu artigo 2 (sobre «Definicións»), a pesar de que o seu Capítulo III (artigos 6-10) aborda —tal e como indica precisamente o seu título— a «Xestión algorítmica», ofrecendo pautas para a súa delimitación legal, que son indirectas e incompletas —por exemplo, cando emprega as expresións «sistemas automatizados de supervisión»⁷ e «sistemas automatizados de toma de decisións»⁸—, alén de ficaren fóra, por exemplo, aquelas plataformas que contan con sistemas non totalmente automatizados e empresas que non son plataformas mais si empregan algoritmos como ferramenta de xestión empresarial. Tampouco se contén definición sobre a materia na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establecen normas harmonizadas en materia de intelixencia artificial (Lei de Intelixencia Artificial), na medida en que o artigo 3 (sobre «Definicións») garda silencio ao respecto e o seu ANEXO III (sobre «Sistema de IA de alto risco a que se refire o artigo 6, apartado 2») tamén repara sobre esta concreta cuestión, mais sempre indirectamente, cando, por exemplo, menciona no seu punto 4 (específico sobre «Emprego, xestión dos traballadores e acceso ao autoemprego») «sistemas de IA destinados... para a contratación ou selección de persoas físicas»⁹ e «sistemas de IA... para tomar decisións ou influír substancialmente nelas que afecten á iniciación, promoción e resolución de relacións contractuais de índole laboral, á asignación de tarefas baseada na conduta individual ou en trazos ou características persoais, ou ao seguimento e avaliación do rendemento e a conduta das persoas no marco destas relacións»¹⁰.

En fin, tampouco é unha excepción aquí o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeo e do Consello, de 27 de abril de 2016, relativo á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos, na medida en que non menciona en ningún momento as expresións «xestión algorítmica» e «algoritmo»; nada hai a respecto da xestión algorítmica no seu artigo 4 (sobre «Definicións»), a pesar

⁷ Véxase os seus artigos 6, 7, 8 e 9, sempre no mencionado Capítulo, pois existen outras mencións fóra deste Capítulo, que é o caso, por exemplo, do artigo 19.

⁸ Véxase o seu artigo 6.

⁹ Véxase o seu punto 4, letra a).

¹⁰ Véxase o seu punto 4, letra b).

de que si contempla a definición de «tratamento», —en que se inclúe o tratamento automatizado¹¹— e de que o seu artigo 22 («Decisións individuais automatizadas, incluía a elaboración de perfís») recoñece o dereito a non ser obxecto dunha decisión baseada unicamente no tratamento automatizado, incluíndo a elaboración de perfís.

2. A XESTIÓN ALGORÍTMICA DA EMPRESA NAS FONTES LEGAIS ESPAÑOLAS SOBRE TRABALLO POR CONTA ALLEA

2.1 Recoñecemento constitucional pioneiro

No caso concreto da análise das principais fontes legais españolas sobre o traballo por conta allea, convén comezar por un artigo moi concreto da Constitución española de 1978¹². Trátase do seu artigo 18, que, visto desde unha perspectiva temporal, non deixa de ser un artigo avanzado (ou moderno) no seu tempo, na medida en que no seu apartado 4 xa dispoñía con toda claridade que a «lei limitará o uso da informática para que se garanta o honor e mais a intimidade persoal e familiar dos cidadáns e o pleno exercicio dos seus dereitos». Hai que pensar que naqueles anos do século pasado, todo o relacionado coa informática, sempre do punto de vista xurídico, semellaba unha cuestión aínda minimamente incipiente, a pesar de que de que a xestión informática xa era coñecida na Administración da Seguridade Social (por exemplo, coa creación da Xerencia Informática da Seguridade Social de 1980)¹³ e de que, mesmo, no Boletín Oficial do Estado aparecían publicadas

¹¹ Véxase o seu artigo 4.2), que entende por «tratamento» o seguinte: «calquera operación ou conxunto de operacións realizadas sobre datos persoais ou conxuntos de datos persoais, sexa por procedementos automatizados ou non, tales como recollida, rexistro, organización, estruturación, conservación, adaptación ou modificación, extracción, consulta, uso, comunicación por transmisión, difusión ou calquera outra forma de autorización de acceso, cotexo ou interconexión, limitación, eliminación ou destrución».

¹² Boletín Oficial del Estado de 29 de decembro de 1978.

¹³ Pola Orde de 8 de xaneiro de 1980, procédese á creación da Xerencia de Informática da Seguridade Social como Servizo Común da mesma (Boletín Oficial do Estado de 25 de xaneiro de 1980), indicando ao respecto que se «ten posto de manifesto a necesidade de dirixir, coordinar e controlar no seo da Seguridade Social os distintos centros e servizos de Informática e proceso de datos existentes nela» (véxase o parágrafo segundo da súa Exposición de Motivos), razón pola que «se crea a Xerencia de Informática da Seguridade Social como Servizo Común sen personalidade», relacionándose no seu artigo 2 as súas funcións, entre as que figuraban seis moi concretas, relativas a «investigar os sistemas de informática vixentes», «Propoñer as modificacións aos mesmos cando se estime necesario», «Propoñer a creación e

inscricións definitivas realizadas no Rexistro Xeral da Propiedade Intelectual sobre cuestións relacionadas con algoritmos e máquinas electrónicas¹⁴.

2.2 Longa espera por unha regulación expresa

Mais, con todo, o certo é que no caso concreto do Dereito do Traballo, a diferenza (e a pesar) do que sucedía coa Constitución española, houbo que esperar case corenta anos para ter algo expreso e concreto na súa principal norma (o Estatuto das traballadoras e dos Traballadores, cuxa primeira regulación foi aprobada no ano 1980)¹⁵ sobre a necesidade de garantir no traballo por conta allea a intimidade e a desconexión dixital, mais tamén sobre o teletraballo¹⁶. Será a partir do ano 2018, coa promulgación da Lei Orgánica 3/2018, de 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais¹⁷, cando figure —por causa do establecido na súa Disposición

desenvolvemento de novos sistemas», «Planificar as tarefas a realizar en función da prioridade das mesmas e das súas interrelacións», «Controlar o funcionamento dos sistemas implantados a fin de garantir a perfecta coordinación dos mesmos no esquema xeral de actuación» e «Crear os sistemas informáticos para a súa explotación polo propio Servizo Común».

¹⁴ Véxase, por exemplo, Boletín Oficial do Estado de 12 de setembro de 1980, suplemento ao número 220, relativo a *Ministerio de Cultura. Dirección General del Libro y Bibliotecas. Registro General de la Propiedad Intelectual. Inscricións definitivas números 169.501 a 171.000*, indicándose literalmente o seguinte na inscrición número 170.479: «Sistema alorítmico para cálculo con o sin máquina electrónica, incluyendo tablas, ábacos circulares fijos o móbiles, para calcular tempos sidereos y lunares en cualquier meridiano, temperaturas en cualquier instante y latitud y energía solar máxima, aprovechable o a neutralizar frigoríficamente en un lugar cualquiera en función de los tempos medios y orbitales.- José Moreno Calvo. Madrid. 1977. Prop.: El autor.- Madrid, 106.312».

¹⁵ Trátase da Lei 8/1980, de 10 de marzo (Boletín Oficial do Estado de 14 de marzo de 1980).

¹⁶ E iso que o Real Decreto-Lei 3/2012, de 10 de febreiro, de medidas urxentes para a reforma do mercado laboral (Boletín Oficial do Estado de 11 de febreiro de 2012), no Punto III da súa Exposición de Motivos (ou Preámbulo), reparaba expresamente sobre o teletraballo, indicando que o «desexo de promover novas formas de desenvolver a actividade laboral fai que dentro desta reforma se busque tamén dar cabida, con garantías, ao teletraballo: unha particular forma de organización do traballo que se encadra perfectamente no modelo produtivo e económico que se persegue, favorecendo a flexibilidade das empresas na organización do traballo, aumentar as oportunidades de emprego e optimizar a relación entre o tempo de traballo e a vida persoal e familiar» (véxase o seu parágrafo terceiro). Por esta razón, modificaba a través do seu artigo 6 («Traballo a distancia»), a organización do traballo a domicilio tradicional para dar cabida ao traballo a distancia baseado no uso intensivo das novas tecnoloxías, dando unha nova redacción ao artigo 13 do texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (Boletín Oficial do Estado de 29 de marzo de 1995), mais sen mencionar expresamente nada sobre o teletraballo.

¹⁷ Boletín Oficial del Estado de 6 de decembro de 2018. En relación sempre co indicado antes a respecto da Constitución española, esta Lei Orgánica sinala o seguinte: «Os constituíntes de 1978 xa intuían o enorme impacto que os avances tecnolóxicos provocarían na nosa sociedade e, en particular, no goce dos dereitos fundamentais» (véxase o parágrafo terceiro do punto IV do seu Preámbulo).

Final Decimoterceira, sen prexuízo do previsto tamén nos seus artigos 87, 88, 89, 90 e 91, de claro contido e impacto laboral— un novo artigo 20 *bis* («Dereitos dos traballadores á intimidade na relación co entorno dixital e á desconexión») no actual texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, aprobado polo Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro¹⁸, co seguinte contido: «Os traballadores teñen dereito á intimidade no uso dos dispositivos dixitais postos á súa disposición polo empresario, á desconexión dixital e á intimidade no que se refire ao uso dos dispositivos de videovixilancia e xeolocalización nos termos establecidos na lexislación vixente en materia de protección e garantía de datos persoais. dos dereitos dixitais». E será partir de 2020, coa aprobación do Real Decreto-Lei 28/2020, de 22 de setembro, de traballo a distancia¹⁹, cando figure —por causa do establecido na súa Disposición Final Terceira— un novo artigo 13 («Traballo a distancia») no texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, aprobado polo Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro, co seguinte contido: «os traballadores poderán realizar o traballo a distancia nos termos previstos no Real Decreto-Lei 28/2020, do 22 de setembro, de traballo a distancia»²⁰, cuxo artigo 2 contempla a definición de «teletraballo»²¹.

Mais non foron estes os únicos casos de longa espera, na medida en que houbo máis. Igualmente, houbo que agardar un tempo superior aos corenta anos para ter algo expreso e concreto sobre xestión algorítmica. Foi no ano 2021, coa aprobación do Real Decreto-Lei 9/2021, de 11 de maio, polo que se modifica o texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, aprobado polo Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro, para garantir os dereitos laborais das persoas dedicadas ao reparto no ámbito das plataformas dixitais²². Trátase, en efecto, dunha disposición que introduce mudanzas no

¹⁸ Boletín Oficial do Estado de 24 de outubro de 2015.

¹⁹ Boletín Oficial do Estado de 23 de setembro de 2020. Logo da súa convalidación polo Congreso das Deputadas e dos Deputados, foi tramitado como proxecto de lei, dando lugar á Lei 10/2021, de 9 de xullo, de traballo a distancia (Boletín Oficial do Estado de 10 de xullo de 2021).

²⁰ En igual sentido, véxase a Disposición Final Terceira da Lei 10/2021, de 9 de xullo.

²¹ Segundo o cal, é «o traballo a distancia que se realiza mediante o uso exclusivo ou predominante de medios e sistemas informáticos, telemáticos e de telecomunicacións» [véxase letra b)]. En igual sentido, véxase o artigo 2, letra b), da Lei 10/2021, de 9 de xullo.

²² Boletín Oficial do Estado de 12 de maio de 2021. Aínda que esta disposición normativa foi logo convalidada por Resolución de 10 de xuño de 2021, do Congreso das Deputadas e dos Deputados (Boletín Oficial do Estado de 19 de xuño de 2021), a regulación actual do tema está

mencionado Estatuto para que os dereitos laborais das persoas dedicadas ao reparto no ámbito das plataformas dixitais quedasen garantidos, de cuxo contido interesa salientar tres grandes ideas.

En primeiro lugar, a súa Exposición de Motivos (ou Preámbulo), dado que a súa lectura permite evidenciar que a xestión algorítmica deber ser obxecto de análise e regulación ao constituír unha ferramenta empresarial que permite abaratar custes e facilitar o exercicio dos poderes empresariais de dirección, de control e disciplinario (ou sancionar), indicando ao respecto que os «algoritmos merecen a nosa atención e análise, polos cambios que están a introducir na xestión dos servizos e actividades empresariais, en todos os aspectos das condicións de traballo»²³. Pódese comprobar no seu Punto I, en que se conteñen afirmacións que inciden no abaratamento e na optimización da actividade da empresa, tales como que «os métodos de cálculo matemáticos ou algoritmos téñense aplicado ás relacións laborais, revolucionando a forma en que se prestan os servizos, optimizando recursos e resultados»²⁴, que a «aplicación destes medios tecnolóxicos introduciu elementos novidosos nas relacións laborais, cuxas vantaxes son evidentes»²⁵ e que estas «vantaxes e consecuencias positivas sobre as condicións de traballo dos traballadores son perfectamente compatibles coa finalidade da lexislación laboral na súa función de reequilibrar intereses, protexer á parte contractualmente máis débil ou xestionar os recursos humanos e mellorar a produtividade das empresas»²⁶.

E tamén no seu punto II, en que se conteñen afirmacións claramente relacionadas con todos e cada un dos poderes empresariais, tales como «ser informado pola empresa dos parámetros, normas e instrucións en que se basean os algoritmos ou sistemas de intelixencia artificial que incidan na toma de decisións que poidan afectar as condicións de traballo, o acceso e o mantemento do emprego, incluída a elaboración de perfís»²⁷, «a empresa

na Lei 12/2021, de 28 de setembro, polo que se modifica o texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 2/2015, de 23 de outubro, para garantir os dereitos laborais das persoas dedicadas ao reparto no ámbito das plataformas dixitais (Boletín Oficial do Estado de 29 de setembro de 2021).

²³ Véxase o seu Punto II, parágrafo undécimo.

²⁴ Véxase o seu parágrafo segundo.

²⁵ Véxase o seu parágrafo terceiro, inciso primeiro.

²⁶ Véxase o seu parágrafo terceiro, inciso segundo.

²⁷ Véxase o seu parágrafo segundo, inciso segundo.

exerce as súas facultades de organización, dirección e control, mediante a xestión algorítmica do servizo ou das condicións de traballo, a través dunha plataforma dixital»²⁸, «as innovacións tecnolóxicas propiciaron o establecemento de sistemas de control dixitalizados para a prestación de servizos»²⁹, «a empregadora asume os riscos da operación e é beneficiario dos seus froitos, realizando a tarefa de coordinar, organizar ou controlar a prestación ou ostentando a potestade sancionadora, e iso aínda que as súas prerrogativas se manifesten indirecta ou implícita, a través do algoritmo algorítmico. xestión das condicións de traballo ou do servizo prestado»³⁰, e por último, «as facultades empresariais, a que se refire o artigo 20 do citada norma [Estatuto das Traballadoras e dos Traballadores], pódense exercer de diversas formas e, entre elas, a través da xestión algorítmica do servizo ou das condicións de traballo a través dunha plataforma dixital, que son, polo tanto, os activos fundamentais e imprescindibles do servizo. actividade»³¹.

En segundo lugar, do seu contido interesa mencionar igualmente a súa parte relativa á necesidade de garantir que haxa transparencia e rendición de contas a través do dereitos de información e consulta e competencias que se recoñecen ao Comité de Empresa, como órgano de representación legal na empresa das persoas traballadoras, mesmo recoñecendo a Exposición de Motivos (ou Preámbulo) da norma en cuestión que a «súa finalidade é a precisión do dereito de información da representación de persoas traballadoras no entorno laboral dixitalizado», alén da «regulación da relación do traballo por conta allea no ámbito das plataformas dixitais de reparto»³², razón pola que se introduce unha nova letra d) no artigo 64.4 do texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, aprobado polo Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro, quedando coa seguinte redacción: «ser informado pola empresa dos parámetros, regras e instrucións en que se basean os algoritmos ou sistemas de intelixencia artificial que incidan na toma de decisións que poidan afectar ás condicións de traballo, ao acceso e ao mantemento do emprego,

²⁸ Véxase o seu parágrafo terceiro, inciso primeiro.

²⁹ Véxase o seu parágrafo sexto, inciso cuarto.

³⁰ Véxase o seu parágrafo sétimo.

³¹ Véxase o seu parágrafo noveno.

³² Véxase o seu Punto II, parágrafo primeiro.

incluída a elaboración de perfís»³³. Esta transparencia tamén é importante para os efectos do xogo da presunción de laboralidade que establece no ámbito das plataformas dixitais de reparto, na medida en que, de novo, a Exposición de Motivos (ou Preámbulo) da norma recoñece que a eficacia desta medida «vai depender en gran medida da información verificábel que se teña acerca do desenvolvemento da actividade a través de plataformas, que debe permitir discernir se as condicións de prestación do servizo expresadas nunha determinada relación se axustan á situación descrita por esta disposición, sempre desde o máximo respecto aos segredos industrial e comercial das empresas de acordo coa normativa, que non se ven cuestionados por esta información sobre as derivadas laborais dos algoritmos u outras operacións matemáticas ao servizo da organización empresarial»³⁴.

E por último, merece salientar igualmente aquí as limitacións do alcance do que se pretende con esta norma, sempre no que ten coa presunción de laboralidade que establece no seu único artigo. O apartado 2 deste artigo introduce unha nova disposición adicional vixésimo terceira (que leva por título «Presunción de laboralidade no ámbito das plataformas dixitais de reparto») no texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 2/2015, de 23 de outubro, en virtude da cal «por aplicación do disposto no artigo 8.1, presúmese que está incluída no ámbito desta lei a actividade das persoas que presten servizos remunerados consistentes na distribución ou distribución de calquera produto de consumo ou mercadoría, por parte de empregadoras que exercen as facultades empresariais de organización, dirección e control de forma directa, indirecta ou implícita, mediante a xestión algorítmica do servizo ou das condicións de traballo, a través dunha plataforma dixital»³⁵. O tema é que esta presunción de laboralidade no ámbito das plataformas dixitais de reparto (lémbrese, «empregadoras que exercen as facultades empresariais de organización, dirección e control de forma directa, indirecta ou implícita, mediante a xestión algorítmica do servizo ou das condicións de traballo, a través dunha plataforma dixital») so protexe o traballo por conta allea no reparto ou distribución de todo

³³ Véxase o seu artigo único, punto Un.

³⁴ Véxase o seu Punto II, parágrafo duodécimo.

³⁵ Véxase o seu parágrafo primeiro. O seu parágrafo segundo sinala que esta «presunción non afecta ao previsto no artigo 1.3 da presente norma».

produto de consumo o mercadoría (o realizado por *riders*)³⁶, mais excluindo o caso do transporte de persoas (o realizado por *drivers*), alén de non distinguir entre traballo *offline* (*riders e drivers*), que é traballo sobre a realidade física, e traballo *online* (*crowdworker*), que é traballo sobre a realidade virtual, ao contrario do que sucede en Alemaña³⁷.

3. A XESTIÓN ALGORÍTMICA DA EMPRESA NA XURISPRUDENCIA LABORAL (OU SOCIAL)

3.1 Criterios de busca

Que ten dito ao respecto o conxunto de órganos xurisdicionais da orde social? A diferenza do que ten sucedido no ámbito da lexislación laboral que acaba de verse, a xurisprudencia laboral (ou social) é moito máis rica e variada nos resultados do estudo da xestión algorítmica da empresa e o seu impacto laboral, porque son, en efecto, moitas as sentenzas dos Xulgados do Social, das Salas do Social dos Tribunais Superiores de Xustiza, da Sala do Social da Audiencia Nacional e da Sala do Social do Tribunal Supremo, nas que se conteñen referencias expresas ao emprego de algoritmos na xestión da empresa con impacto en temas laborais. A localización de todas estas referencias trae causa do recurso a criterios de busca moi específicos e concretos para delimitar o campo do estudo —en esencia, a procura en cuestión realizouse en repositorios de xurisprudencia laboral, recorrendo para tales efectos ao emprego de catro expresións no tramo temporal que arranca no ano 1992 e que conclúe no actual ano 2023 (concretamente, no seu mes de xullo) —, que deron lugar ao seguinte: 1) a expresión «algoritmo» aparece en

³⁶ A propósito da inclusión dos «traballadores das plataformas en liña» no ámbito de aplicación da Directiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeo e do Consello, de 20 de xuño de 2019, relativa a unhas condicións laborais transparentes e previsíbeis na Unión Europea (Diario Oficial da Unión Europea L 186 de 11 de xullo de 2019), véxase I. VIZCAÍNO RAMOS, «Sobre el evidente error dogmático cometido por la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, relativa a los “Riders” de Glovo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 57 (2020), páxinas 717-722.

³⁷ Sobre o tema, véxase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La laboralización de los trabajadores al servicio de plataformas digitales por la jurisprudencia, en Alemania. Un estudio comparado con el derecho español», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, número 1 (4º Trimestre 2021), páxinas 181-193, recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/524>.

128 resolucións xudiciais ditadas durante o tramo temporal 2001-2023; 2) a expresión «algoritmos» aparece en 94 resolucións xudiciais ditadas durante o tramo temporal 1992-2023; 3) a expresión «intelixencia artificial» aparece en 73 resolucións xudiciais ditadas no tramo temporal 2002-2023; e 4) a expresión «xestión algorítmica» aparece empregada en 35 resolucións xudiciais durante o tramo temporal 2020-2022.

3.2 Evidencias do impacto laboral

Sempre en relación con estes resultados, non semella prudente proceder agora á análise pormenorizada de todas e cada unha destas resolucións xudiciais, porque non é o lugar nin o momento axeitado aquí para iso. Mais si semella oportuno dar conta —polo menos, en grandes trazos— de como aparece recollido o impacto laboral da xestión algorítmica na nosa xurisprudencia social. Alén de que loxicamente esta xurisprudencia recolle diferentes usos da expresión «algoritmo» (tanto no seu sentido clásico, relativo a un conxunto de regras completamente definido para resolver un problema, como no seu sentido actual, relacionado co mundo da informática e da programación de ordenadores), as resolucións xudiciais en que aparecen expresamente usadas as catro expresións anteriormente mencionadas evidencian que o algoritmo constitúe un medio a través do cal pretende fuxirse do Dereito do Traballo; que serve para a selección de persoal que precede á contratación laboral; que se trata dun medio que implica a contratación laboral (temporal o indefinida) de técnicos para a elaboración e implantación de algoritmos, con pactos que pretenden evitar a competencia; que constitúe unha ferramenta empresarial para a xestión laboral de todo tipo de empresas (plataformas dixitais e empresas normais e correntes), mesmo afirmando que é rápida e barata; que é un recurso ao que se recorre para o cálculo (directo e indirecto) do salario; que pode ter cometidos específicos en materia de prevención laboral; que se trata dun medio que mellora substancialmente os poderes de dirección (por exemplo, clasificación do persoal e reparto de tarefas), de control do cumprimento da obriga de traballar segundo as indicacións empresarias (por exemplo, en todo o que ten que ver coa comprobación, vixilancia e localización) e sancionador (por exemplo, o caso

das baixas nas plataformas); que pode empregarse como causa á que se recorre para xustificar a extinción do contrato de traballo vía convenio colectivo (xubilación forzosa); que ten presenza no ámbito procesual (por exemplo, cálculo do salario, designación de asistencia letrada); e por último, que pode conter erros de cálculo e que non son neutrais.

4. A XESTIÓN ALGORÍTMICA DA EMPRESA NA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

4.1 Cometidos expresamente recoñecidos

Convén ter en conta igualmente aquí a figura do convenio colectivo que, «como resultado da negociación colectiva desenvolvida polos representantes dos traballadores e dos empresarios», constitúe «a expresión do acordo libremente adoptado por eles en virtude da súa autonomía colectiva»³⁸, desde o momento en que, como fonte específica e singular do Dereito do Traballo e da relación laboral, ten recoñecido cometidos específicos por dúas concretas normas para os efectos que aquí interesan. A primeira é o citado Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeo e do Consello, de 27 de abril de 2016, relativo á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos e polo que se derroga a Directiva 95/46/CE (Regulamento xeral de protección de datos), que, como se ten indicado, non recolle en ningún momento no seu contido as expresións «xestión algorítmica» e «algoritmo», mais si recoñece o dereito a no ser obxecto dunha decisión baseada unicamente no tratamento automatizado, incluíndo a elaboración de perfís, atribuíndo neste asunto un papel importante á negociación colectiva³⁹, ao establecer —primeiro— que os «Estados membros

³⁸ Véxase o artigo 82.1 do texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 2/2015, de 23 de outubro.

³⁹ O seu Considerando (155) indica ao respecto que o «Dereito dos Estados membros ou os convenios colectivos, incluídos os “acordos de empresa”, poden establecer normas específicas relativas ao tratamento dos datos persoais dos traballadores no ámbito laboral, en particular en relación coas condicións nas que os datos persoais no contexto laboral poden ser obxecto de tratamento sobre a base do consentimento do traballador, os fins da contratación, a execución do contrato laboral, incluído o cumprimento das obrigas establecidas pola lei ou por convenio colectivo, a xestión, planificación e organización do traballo, a igualdade e seguridade no lugar do traballo, a saúde e seguridade no traballo, así como para os efectos do exercicio e desfrute,

poderán, mediante disposicións legislativas ou convenios colectivos, establecer normas máis específicas para garantir a protección dos dereitos e liberdades en relación co tratamento dos datos persoais dos traballadores no ámbito laboral, en particular para os efectos de contratación de persoal, execución do contrato laboral, incluído o cumprimento das obrigas establecidas pola lei ou polo convenio colectivo, xestión, planificación e organización do traballo, igualdade e diversidade no lugar de traballo, saúde e seguridade no traballo, protección dos bens dos traballadores ou clientes, así como para os efectos do exercicio e desfrute, individual ou colectivo, dos dereitos e prestacións relacionados co emprego e para os efectos da extinción da relación laboral»⁴⁰; e —segundo— que estas «normas incluirán medidas adecuadas e específicas para preservar a dignidade humana dos interesados así como os seus intereses lexítimos e dereitos fundamentais, prestando especial atención á transparencia do tratamento, á transferencia de datos persoais no seo dun grupo empresarial ou dunha unión de empresas dedicadas a unha actividade económica conxunta e aos sistemas de supervisión no lugar de traballo»⁴¹.

E a segunda norma é a Lei Orgánica 3/2018, de 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais⁴², que alén do sinalado sobre o dereito á desconexión dixital no ámbito laboral⁴³, establece no seu artigo 91 (sobre «Dereitos dixitais na negociación colectiva») que os «convenios colectivos poderán establecer garantías adicionais dos dereitos e liberdades relacionados co tratamento dos datos persoais dos traballadores e a salvagarda dos dereitos dixitais no ámbito laboral».

4.2 Clasificación en tres grandes grupos dependendo do nivel de protección

individual ou colectivo, de dereitos e prestacións relacionados co emprego e para os efectos da rescisión da relación laboral».

⁴⁰ Véxase o seu apartado 1.

⁴¹ Véxase o seu apartado 2.

⁴² Boletín Oficial do Estado de 6 de decembro de 2018.

⁴³ Véxase o seu artigo 88, que logo de recoñecer este dereito á desconexión dixital (apartado 1), atribúe á negociación colectiva cometidos específicos ao respecto, declarando que as «modalidades de exercicio deste dereito atenderán á natureza e obxecto da relación laboral, potenciarán o dereito á conciliación da actividade laboral e a vida persoal e familiar e estarán suxeitas ao establecido na negociación colectiva ou, no seu defecto, ao acordado entre a empresa e os representantes dos traballadores» (apartado 2).

Sempre en relación con estes cometidos atribuídos expresamente por disposicións legais á negociación colectiva, o estudo dos convenios colectivos publicados no Boletín Oficial do Estado permitiu obter información moi interesante ao respecto. A procura no Boletín Oficial do Estado, empregando a expresión «algoritmos», deu como resultado a localización dun total de 17 convenios colectivos, publicados no tramo temporal que comprende de 20 de agosto de 2001 ao 24 de xullo de 2023. Excluindo deste total o caso concreto de 8 convenios colectivos que conteñen a expresión en cuestión so para outros efectos distintos dos cometidos antes indicados⁴⁴, os 9 convenios colectivos restantes poden clasificarse en tres grandes grupos en función desas garantías adicionais que poden establecer (protección alta, protección media e protección mínima), tendo en conta en todo momento que se trata de convenios colectivos que non corresponden a empresas con plataformas dixitais, confirmándose deste xeito que estamos ante unha ferramenta empresarial para a xestión laboral de todo tipo de empresas.

O primeiro grupo de convenios colectivos que, con medidas específicas, permiten falar de protección alta está formado polo convenio colectivo do sector da banca de 2021⁴⁵, cuxo capítulo XV é precisamente sobre «Transformación dixital e dereitos dixitais». Aquí figura un artigo específico sobre «Dereitos dixitais»⁴⁶, que recoñece como tales o «Dereito á desconexión dixital e laboral»⁴⁷, o «Dereito á intimidade e ao uso de dispositivos dixitais no ámbito laboral»⁴⁸, o «Dereito á intimidade fronte ao uso de dispositivos de

⁴⁴ E o caso da ONCE e os seus convenios colectivos XI (Boletín Oficial do Estado de 20 de agosto de 2001), XII (Boletín Oficial do Estado de 4 de abril de 2003), XIII (Boletín Oficial do Estado de 25 de outubro de 2005), XIV (Boletín Oficial do Estado de 14 de outubro de 2009), XV (Boletín Oficial do Estado de 5 de setembro de 2013) e XVI (Boletín Oficial do Estado de 18 de xaneiro de 2018), en que descifrar, ou tentar descifrar, contrasinais, sistemas ou algoritmos de cifrado e calquera outro elemento de seguridade que interveña nos procesos telemáticos da Organización son accións consideradas como faltas graves disciplinarias. Tamén é o caso do convenio colectivo de Autolixeiro Services, S.L. (Boletín Oficial do Estado de 18 de febreiro de 2009), en que tentar descifrar as claves, sistemas ou algoritmos de cifrado e calquera outro elemento de seguridade que interveña nos procesos telemáticos ou produtivos da compañía é unha acción considerada como falta grave disciplinaria. E por último, é o caso do III convenio colectivo de Bureau Veritas Inversiones, S.L. (Boletín Oficial do Estado de 14 de xullo de 2022), en que a expresión en cuestión alude á figura do xestor de datos, con tarefas tales como desenvolver algoritmos predictivos que axuden a automatizar a toma de decisións.

⁴⁵ Publicado por Resolución de 17 de marzo de 2021 no Boletín Oficial do Estado de 30 de marzo de 2021.

⁴⁶ Véxase o seu artigo 80.

⁴⁷ Véxase o artigo 80, apartado 1.

⁴⁸ Véxase o artigo 80, apartado 2.

videovixilancia, gravación de sons e xeolocalización no ámbito laboral»⁴⁹, o «Dereito á educación dixital»⁵⁰ e, por último, o «Dereito ante a intelixencia artificial»⁵¹. Neste último dereito recoñecido e garantido establececese literalmente o seguinte: 1) «as novas ferramentas baseadas en algoritmos poden engadir valor para unha xestión máis eficiente das Empresas, ofrecendo melloras nos seus sistemas de xestión. Non obstante, o crecente desenvolvemento da achega da tecnoloxía require unha coidadosa implantación cando se aplica no ámbito das persoas. Polo tanto, os traballadores teñen dereito a non ser suxeitos a decisións baseadas única e exclusivamente en variables automatizadas, salvo nos supostos previstos pola Lei, así como o dereito á non discriminación en relación coas decisións e procesos, cando ambos estean baseados unicamente en algoritmos, podendo solicitar, nestes casos, a asistencia e intervención das persoas designadas para o efecto pola Empresa, en caso de discrepancia»⁵²; e 2) «as empresas informarán á RLT sobre o uso de sistemas de análise de datos ou intelixencia artificial cando os procesos de toma de decisións en materia de recursos humanos e relacións laborais se baseen exclusivamente en modelos dixitais sen intervención humana. Esta información abarcará, como mínimo, os datos que alimentan os algoritmos, a lóxica de funcionamento e a avaliación dos resultados»⁵³.

E tamén figura neste primeiro grupo os convenios colectivos para os establecementos financeiros de crédito de 2021⁵⁴, 2022⁵⁵ e 2023⁵⁶. Ao igual que os que preceden, o convenio colectivo actualmente vixente de 2023 recoñece no seu artigo 35 todo un conxunto de «Dereitos dixitais», figurando como tales o «Dereito á desconexión dixital e laboral»⁵⁷, o «Dereito á

⁴⁹ Véxase o artigo 80, apartado 3.

⁵⁰ Véxase o artigo 80, apartado 4.

⁵¹ Véxase o artigo 80, apartado 5.

⁵² Véxase o artigo 80, apartado 5, parágrafo primeiro.

⁵³ Véxase o artigo 80, apartado 5, parágrafo segundo.

⁵⁴ Publicado por Resolución de 5 de outubro de 2021 no Boletín Oficial do Estado de 15 de outubro de 2021.

⁵⁵ Publicado por Resolución de 15 de decembro de 2022 no Boletín Oficial do Estado de 28 de decembro de 2022.

⁵⁶ Publicado por Resolución de 13 de xullo de 2023 no Boletín Oficial do Estado de 24 de xullo de 2023.

⁵⁷ Véxase o seu apartado 1.

intimidade e ao uso de dispositivos dixitais no ámbito laboral»⁵⁸, o «Dereito á intimidade fronte ao uso de dispositivos de videovixilancia, gravación de sons e xeolocalización no ámbito laboral»⁵⁹, o «Dereito á educación dixital»⁶⁰ e, por último, o «Dereito ante a intelixencia artificial»⁶¹.

Ao igual que no caso do convenio colectivo do sector da Banca, este último dereito recoñecido sinala no seu contido o seguinte: 1) «as novas ferramentas baseadas en algoritmos poden engadir valor para unha xestión máis eficiente das Empresas, ofrecendo melloras nos seus sistemas de xestión. Non obstante, o crecente desenvolvemento da achega da tecnoloxía require unha coidadosa implantación cando se aplica no ámbito das persoas. Polo tanto, os traballadores teñen dereito a non ser suxeitos a decisións baseadas única e exclusivamente en variables automatizadas, salvo nos supostos previstos pola Lei, así como o dereito á non discriminación en relación coas decisións e procesos, cando ambos estean baseados unicamente en algoritmos, podendo solicitar, nestes casos, a asistencia e intervención das persoas designadas para o efecto pola Empresa, en caso de discrepancia»; 2) «as empresas informarán á RLT sobre o uso de sistemas de análise de datos ou intelixencia artificial cando os procesos de toma de decisións en materia de recursos humanos e relacións laborais se baseen exclusivamente en modelos dixitais sen intervención humana»; e 3) «esta información abarcará, como mínimo, os datos que alimentan os algoritmos, a lóxica de funcionamento e a avaliación dos resultados».

O segundo grupo de convenios colectivos que, con medidas específicas, permiten falar de protección media está formado polo convenio colectivo estatal para industrias extractivas, do vidro, cerámicas e comercio exclusivista dos mesmos materiais de 2022⁶², figurando recoñecidos na sección 4ª do seu capítulo IV («Organización do traballo»), que leva por título «Dereitos dixitais», tres concretos dereitos, que son o «Dereito á desconexión dixital»⁶³, o «Dereito

⁵⁸ Véxase o seu apartado 2.

⁵⁹ Véxase o seu apartado 3.

⁶⁰ Véxase o seu apartado 4.

⁶¹ Véxase o seu apartado 5.

⁶² Publicado por Resolución de 14 de xuño de 2022 no Boletín Oficial do Estado de 24 de xuño de 2022.

⁶³ Véxase o seu artigo 61.

á intimidade en relación co contorno dixital e á desconexión»⁶⁴ e o «Dereito á intimidade fronte ao uso de dispositivos de video-vixilancia e de gravación de sons no lugar de traballo»⁶⁵. E neste grupo pode incluírse igualmente o convenio colectivo de acciona Mobility S.A. de 2023⁶⁶, ao contemplar no seu artigo 42 (sobre «Dereitos dixitais») medidas concretas sobre «Regulación do uso de ferramentas informáticas e medios técnicos»⁶⁷, «Desconexión dixital no ámbito laboral»⁶⁸ e «Información sobre o uso de algoritmos ou sistemas de intelixencia artificial» (mais coa limitación de que non se facilitará nunca o código de fonte de xestión algorítmica)⁶⁹. Compre indicar que estes dous convenios colectivos teñen en común o feito de que non figura nada nos seus respectivos contidos sobre dereito a no ser obxecto de decisións baseadas única e exclusivamente en variábeis automatizadas.

E o terceiro grupo de convenios colectivos con medidas específicas que permiten falar de protección mínima está formado polo convenio colectivo de grandes almacéns de 2021⁷⁰, cuxa Disposición transitoria undécima ten como finalidade —tal e como pon de manifesto o seu título— regular os «Compromisos para o goberno da transición dixital e organizativa do sector. Observatorio sectorial», figurando a creación dun «Observatorio sectorial», a partir do cal «os interlocutores sociais asinantes deste Convenio realizarán as correspondentes análises conxuntas da realidade do sector, dos cambios que a dixitalización e as tendencias de consumo producen nel, da competitividade e a súa evolución, do posicionamento das empresas no mercado, da mellora das condicións de traballo e da calidade no emprego, a formación e a igualdade de oportunidades a partit da diversidade de entidades incluídas no seu ámbito de aplicación»⁷¹. Pode mencionarse aquí tamén o caso do convenio colectivo estatal comercio de distribuidores de especialidades e produtos farmacéuticos

⁶⁴ Véxase o seu artigo 62.

⁶⁵ Véxase o seu artigo 63.

⁶⁶ Publicado por Resolución de 6 de febreiro de 2023 no Boletín Oficial do Estado de 21 de febreiro de 2023.

⁶⁷ Véxase a súa letra A).

⁶⁸ Véxase a súa letra B).

⁶⁹ Véxase a súa letra C).

⁷⁰ Publicado por Resolución de 11 de xuño de 2021 no Boletín Oficial do Estado de 11 de xuño de 2021.

⁷¹ Véxase o seu punto 1.

de 2022⁷², en que so figura previsto o deber empresarial de informar á representación legal das persoas traballadoras sobre os parámetros, regras e instrucións en que se basean os algoritmos⁷³. E por último, debe figurar igualmente neste grupo o convenio colectivo do Grupo Allianz de 2023⁷⁴, cuxo artigo 38 (sobre «Dereitos dixitais e uso de ferramentas informáticas») limitase a recoller o xa previsto legalmente a respecto do dereito de información que ten a representación legal das persoas traballadoras de ser informada sobre os parámetros, regras e instrucións en que se basean os algoritmos, sen prexuízo de remitirse a outros acordos (en materia de desconexión dixital)⁷⁵ e protocolos (en materia de uso de ferramentas informáticas)⁷⁶.

5. CONCLUSIÓNS: FAROL PARA ALUMAR NESTE LUSCOFUSCO

En fin, tal e como se puido comprobar, a xestión algorítmica é un compoñente chave na actividade (tanto interna como externa) de todo tipo de empresas, de modo que xa non é algo propio e exclusivo do modelo de negocios empresariais asentados en plataformas dixitais, no seu día forza motriz da mal chamada economía colaborativa⁷⁷. Lonxe de formulacións propias do tecno-entusiasmo ou do tecno-escepticismo, semella resulta necesario ter claro que o sistema empresarial de xestión algorítmica non é neutral e impacta de cheo no mundo das persoas que traballan e na regulación

⁷² Publicado por Resolución de 12 de setembro de 2022 no Boletín Oficial do Estado de 23 de setembro de 2022.

⁷³ Véxase o seu artigo 31.

⁷⁴ Publicado por Resolución de 19 de xuño de 2023 no Boletín Oficial do Estado de 29 de xuño de 2023.

⁷⁵ En virtude do seu punto 1, «dando cumprimento do disposto no artigo 20 bis do Estatuto dos Traballadores e no artigo 88 da Lei Orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de Protección de Datos de Carácter Persoal e Garantía dos Dereitos Dixitais, en materia de desconexión dixital se aplicará o establecido no Acordo Colectivo de Desconexión Dixital de Xornada de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA de data 3/12/2020, ao que se adheriron o resto das compañías integradas no presente Convenio».

⁷⁶ En virtude do seu punto 2, «en materia de uso de ferramentas informáticas postas a disposición dos traballadores, seguirase o disposto no Protocolo de Uso de Ferramentas Informáticas vixente nas empresas».

⁷⁷ Véxanse A. ARUFE VARELA e X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «La economía colaborativa en el transporte de personas y en el servicio de reparto a domicilio desde el punto de vista del Derecho laboral comparado», en X.M. CARRIL VÁZQUEZ, R. GARCÍA PÉREZ e M.A. LÓPEZ-SUÁREZ (Coordinación), *Economía colaborativa y Derecho: aspectos civiles, mercantiles y laborales*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2019), páxinas 315-335.

legal das súas condicións laborais e de vida⁷⁸, como ten evidenciado o seu emprego para fuxir da aplicación do Dereito do Traballo ou para facer máis precaria a súa regulación. Esta aproximación —tecno-realista— do que implica a xestión algorítmica en tempos de mudanzas constantes por causa da crise do que significa o capitalismo como sistema económico axuda a ter moi presente —para conxurar os perigos propios deste luscofusco— que, alén das propostas de cartas de dereitos dixitais sen eficacia normativa e da transparencia e da rendición de contas como único remedio para neutralizar os efectos negativos da dixitalización, o importante é retomar e preservar a vixencia dos principios clásicos que deron lugar ao nacemento do Dereito do Traballo e proceder a súa aplicación garantindo o seu significado no contexto actual (isto é que, o traballo non é unha mercadoría e a persoa que traballa non é un robot), tendo presente os tres seguintes criterios de actuación⁷⁹.

O primeiro apunta ao feito incuestionábel de que os Dereitos fundamentais e Liberdades Públicas están por riba da eficacia e produtividade das empresas, que —lémbrese— non figuran no relación de tales Dereitos e Liberdades e nada teñen que ver coas medidas para protexer o dereito da propiedade. O segundo criterio alude precisamente ao punto de vista das persoas traballadoras organizadas en sindicatos, formalizado en propostas sindicais tales como, por exemplo, as que figuran na Resolución da Confederación Europea de Sindicatos (CES) sobre a proposta da Comisión Europea dunha Directiva relativa á mellora das condicións laborais no traballo en plataformas e o camiño a seguir no procedemento lexislativo ordinario (no que ten que ver, entre outras cousas, coa delimitación ou definición legal de «xestión de algoritmos»)⁸⁰, mais tamén na súa Resolución apelando a unha Directiva da Unión Europea sobre sistemas algorítmicos en funcionamento (no que ten que ver, entre outras cousas, coa necesidade de avaliar o impacto da

⁷⁸ Véxanse R.A. BALES and K. V.W. STONE, «The Invisible Web at Work: Artificial Intelligence and Electronic Surveillance in the Workplace», *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Volume 41, número 1 (2020), páxinas 1-62.

⁷⁹ Véxase tamén, na parte que alude aos Dereitos humanos, á negociación colectiva e á supervisión humana, V. DE STEFANO, «“Negotiating the algorithm”: Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 41, número 1 (2019), páxinas 101-133.

⁸⁰ Aprobada polo Comité Executivo na súa reunión de 16-17 de marzo de 2022, pode localizarse en <https://etuc.org/en/etuc-resolution-proposal-european-commission-directive-improving-working-conditions-platform-work>.

xestión algorítmica no Dereitos Fundamentais, da súa limitación e prohibición en certos casos, da súa implantación negociada na empresa ou de que haxa en todo momento supervisión humana)⁸¹. O último dos tres criterios vai na liña do que sucede en Alemaña sobre a prohibición da forma electrónica do despedimento —tamén aplicábel no caso de quen traballa ao servizo de plataformas dixitais—, esixindo con isto que a comunicación da decisión empresarial de extinguir o contrato de traballo se faga en persoa e non por medios electrónicos, na medida en que non deixa de constituír un claro exemplo de medida protectora das persoas traballadoras en tempo de dixitalización das relacións laborais (no sentido de garantir sempre a presenza e supervisión humanas), que contrasta coa permisividade dos despedimentos electrónicos do Estado español por causa da inexistencia daquela prohibición alemá⁸².

Loxicamente corresponde soster e defender isto tanto no caso da xestión algorítmica nas empresas como no caso da xestión algorítmica nas Administracións Públicas, na que tamén está moi presente. Entre outros, é o caso da Lei 3/2023, de 28 febreiro, de emprego⁸³, cando no seu artigo 17 trata o tema da «toma de decisións fundamentada na análise de datos, as evidencias estatísticas e a análise do mercado de traballo» no ámbito de actuación do Sistema Nacional de Emprego, sinalando que «o conxunto de instrucións que compoñerán o algoritmo subxacente á decisións e recomendacións baseadas na análise de datos e as evidencias estatísticas, de conformidade cos criterios expresados neste artigo, desenvolveranse regulamentariamente»⁸⁴. E tamén é o caso Orde TES/1233/2022, do 5 de decembro, pola que se establecían as bases reguladoras das axudas do Plan Integral de Fomento da Economía Social para a xeración dun tecido económico, inclusivo e sostible e pola que se aprobaba a convocatoria de axudas para proxectos innovadores anos 2022 e 2023, no marco do Plan de

⁸¹ Aprobada polo Comité Executivo en reunión do 6 de decembro de 2022, pode localizarse en <https://etuc.org/en/document/etuc-resolution-calling-eu-directive-algorithmic-systems-work>.

⁸² Véxase A. ARUFE VARELA, «La prohibición de la forma electrónica del despido en Alemania. Una norma protectora del trabajador en tiempos de digitalización del mercado de trabajo», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, número 2 (1º Trimestre 2022), páxinas 163-168, Recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/555>.

⁸³ Boletín Oficial do Estado de 1 de marzo de 2023.

⁸⁴ Véxase o seu apartado 4.

Recuperación, Transformación e Resiliencia⁸⁵, en que se contemplaban axudas públicas para a constitución de empresas que operan precisamente coa xestión algorítmica—sen ningunha mención ao seu uso responsábel e ao control das súas consecuencias—, regulando programas específicos de axudas para o «Deseño, desenvolvemento e implantación de plataformas cooperativas dixitais, cuxa titularidade, organización, dirección e control mediante a xestión algorítmica do servizo ou das condicións de traballo corresponda aos socios, en todas as súas modalidades, no marco dos principios definidos no artigo 4 da Lei. 5/2011, do 29 de marzo, de Economía Social»⁸⁶.

⁸⁵ Boletín Oficial do Estado de 14 de decembro de 2022. Logo derogada pola Orde TES/869/2023, de 22 de xullo, pola que se establecen as bases reguladoras das axudas do Plan Integral de Fomento da Economía Social para a Xeración dun Tecido Económico, Inclusivo e Sostible, no marco do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia (Boletín Oficial do Estado de 26 de xullo de 2023).

⁸⁶ Véxase o seu artigo 5.1, letra c), punto 4º.