

# EL EJERCICIO DE LOS PODERES EMPRESARIALES MEDIANTE ALGORITMOS

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES<sup>1</sup>

**SUMARIO: 1. Introducción-. 2. De la organización de un servicio a través de una plataforma digital al “concepto funcional de empresa”-. 3. Facultades directivas, organización del trabajo e inteligencia artificial-. 4. Control empresarial a través de algoritmos-. 5. ¿Es posible el ejercicio del poder sancionador mediante algoritmos? -. 6. Reflexiones finales.**

**RESUMEN:** La opción de la Ley 12/2021, de presumir que el servicio de reparto que se lleva a cabo a través de plataformas digitales es un trabajo por cuenta ajena, en régimen laboral, se apoya en el reconocimiento expreso de que las facultades empresariales de organización, dirección y control se pueden ejercitar utilizando métodos de cálculo matemático. Así se desprende del papel que juega el ejercicio de esas facultades mediante la gestión algorítmica del servicio en la delimitación del supuesto de hecho de la presunción regulada en la nueva disposición adicional vigesimotercera del ET. Una disposición que, en cambio, omite cualquier referencia al poder disciplinario del empresario. El objetivo de este trabajo es analizar el alcance de esta opción normativa y las consecuencias que para las plataformas puede tener la necesaria adaptación de los algoritmos a las reglas y límites que configuran esos poderes empresariales, a la vista también de las iniciativas reguladoras que se están preparando a nivel europeo.

**PALABRAS CLAVES:** poder de dirección, potestad disciplinaria, derechos laborales, algoritmos, plataformas digitales.

**ABSTRACT:** The presumption of an employment relationship in digital platforms for delivery services included in Law 12/2021 is based on the express recognition that the management functions of organization, direction and control can be exercised using mathematical calculation methods. This follows from the role played by the exercise of these functions through the algorithmic management of the service, according to the new twenty-third additional provision of the ET (Statute of Workers Rights). This provision, however, omits any reference to the disciplinary power of the employer. The objective of this paper is to analyze the implications of this presumption of an employment relationship and, specifically, the consequences for digital platforms in terms of the adaptation of their

---

<sup>1</sup> Catedrática de Derecho del trabajo de la Universidad de Oviedo.

Estudio realizado en el marco del Proyecto I+D+i “El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (referencia: PID2020-118499GB-C32).

algorithms to the limits of managerial functions established by Spanish Labor Law and eventual regulations introduced at the level of the European Union.

**KEYWORDS:** direction function, disciplinary function, labor rights, algorithms, digital platforms.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como advierte la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, en su preámbulo, la utilización de algoritmos en la gestión de los servicios y en el desarrollo de actividades empresariales puede afectar a las condiciones de trabajo de quienes llevan a cabo esos servicios. Así se ha apreciado en los últimos tiempos, incluso respecto de prestaciones de servicios tradicionales (como puede ser el reparto de comida a domicilio) que han visto alterada la forma de organizarse gracias a las nuevas tecnologías y a la utilización de modelos de inteligencia artificial, que brindan a las empresas oportunidades de innovación para desarrollar nuevas líneas de negocio, ofrecer nuevos servicios y mejorar en competitividad. La aplicación de este tipo de herramientas a la gestión de la actividad empresarial, tarde o temprano, terminará obligando al legislador a intervenir para regular su repercusión en los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

De momento, el primer paso que el legislador nacional ha dado al respecto se ha centrado en despejar las dudas que había planteado la naturaleza jurídica de la prestación de servicios de reparto de mercancías y productos de comercio, cuando se lleva a cabo por mediación de plataformas digitales que utilizan algoritmos para organizar el servicio. En concreto, el principal objetivo de la citada Ley 12/2021 ha sido garantizar los derechos laborales de los trabajadores que realizan ese tipo de prestación de servicios en el ámbito de esas plataformas. Para ello ha bastado con extender la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET, con apoyo en los criterios y parámetros establecido en la STS 805/2020, de 25 de septiembre. De esta forma, según la nueva disposición adicional vigesimotercera del ET, por aplicación de lo establecido en dicho precepto, “se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”.

Del tenor de esta previsión se desprende con claridad que el ejercicio de esas facultades empresariales de dirección, organización o control de la actividad, mediante algoritmos, constituye el elemento determinante de la concurrencia de la nota de dependencia en quienes prestan esos servicios de reparto, que junto con la nota de retribución parecen suficientes para activar la presunción de laboralidad del art. 8.1. ET y, con ella, la presunción de que esa actividad se

lleva a cabo por cuenta ajena<sup>2</sup>. Esta nueva presunción legal parece responder a lo dispuesto en la Recomendación de la OIT n° 198, sobre la relación de trabajo, según la que los Estados miembros deberían considerar la posibilidad de definir indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo, entre los que señala expresamente: la integración del trabajador en la organización de la empresa y el hecho de que se pague una remuneración periódica al trabajador que constituya su única o principal fuente de ingresos.

Según esta solución normativa, lo decisivo a la hora de considerar a quienes prestan esos servicios a través de plataformas digitales como trabajadores asalariados, no son las herramientas de trabajo ni el tipo de trabajo que ejecutan, sino el modo de trabajar<sup>3</sup>, insertos en una organización empresarial diseñada, en este caso, por unos algoritmos. Con todo, esta afirmación, que resulta efectivamente aplicable a quienes realizan servicios de transporte de recadería y paquetería a través de plataformas digitales de reparto de mercancías y productos de comercio, no parece que pueda extenderse, sin más, a quienes lleven a cabo otro tipo de servicios de transporte, aunque sea también a través de plataformas digitales, en concreto, en aquellos casos en los que el medio de transporte aportado por el trabajador para realizar la prestación de servicio tenga entidad económica suficiente para ser el elemento definidor de una actividad empresarial (art. 1.3 g ET), por más que esas plataformas usen igualmente algoritmos para organizar el servicio.

En cualquier caso, la opción del legislador ha supuesto el reconocimiento expreso de que las facultades que caracterizan la posición del empresario en el contrato de trabajo, a las que se refiere el art. 20 ET, pueden ser ejercidas utilizando métodos de cálculo matemático, y no sólo cuando la prestación de servicios en cuestión se lleve a cabo a través de una plataforma digital de reparto o distribución de cualquier producto de consumo y mercancía—supuesto al que se refiere la nueva disposición adicional vigesimotercera del ET—, sino también en el caso de cualquier empresa que haya incorporado estas nuevas tecnologías a los procesos de contratación, promoción y fijación de condiciones de trabajo, y haya pasado, de esa forma, a prestar servicios en un “entorno digitalizado”<sup>4</sup>.

A esa conclusión lleva la ampliación por la Ley 12/2021 de las obligaciones de información a los representantes de los trabajadores (art. 64.4 ET), para incluir con carácter general la obligación de informarles sobre los parámetros,

2 Sobre el alcance esta presunción, CASTRO ARGÜELLES, M.A., “La presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto”, *Revista Jurídica de Asturias*, n° 44 (sept. 2021), 5-12.

3 CRUZ VILLALÓN, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, n° 138/2017, p. 41.

4 Como se advierte en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Las plataformas en línea y el mercado único digital retos y oportunidades para Europa”, COM(2016) 288 final, la competencia que ejercen los modelos de negocios basados en las plataformas en línea habrían servido de incentivo para que los operadores del mercado tradicionales se decidieran a innovar en este sentido.

reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo. Una previsión que puede tener más trascendencia de la que parece, habida cuenta de que la progresiva digitalización de las empresas traerá como consecuencia que cada vez sean más las que utilicen algoritmos en la toma de decisiones que puedan afectar a los trabajadores. De esta forma, se supera lo exigido hasta ahora en algún convenio colectivo, que venía obligando a las empresas a informar a la representación legal de los trabajadores del uso de la analítica de datos o de los sistemas de inteligencia artificial únicamente cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales “se basen exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana”<sup>5</sup>.

El reto está en concretar el ejercicio de esos poderes empresariales mediante algoritmos y en delimitar su alcance, especialmente cuando “se escapan” de la intervención del propio empresario, superando las reglas, parámetros e instrucciones iniciales como consecuencia de su propio funcionamiento, al interactuar, por ejemplo, con terceros -valoraciones de clientes- o incorporar datos asociados al rendimiento o respuesta de los propios trabajadores. Para ello será imprescindible identificar las singularidades que presenta el ejercicio de esos poderes mediante algoritmos, respecto de su configuración tradicional, las variables que plantea, y concretar los riesgos reales que pueden acarrear para los derechos de los trabajadores.

En este sentido, la negociación colectiva ha empezado a prestar atención a la cuestión para advertir que el desarrollo creciente de la aportación de la tecnología en la gestión de las empresas debería implantarse con cuidado, “por cuanto se aplica en el ámbito de las personas”. En la misma línea, algún convenio advierte expresamente que las personas trabajadoras tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos previstos por la Ley, como lo tienen también a no ser discriminados en relación con las decisiones y procesos basados únicamente en algoritmos; reconociendo, para evitarlo, el derecho de los trabajadores a solicitar el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la Empresa, en caso de discrepancia<sup>6</sup>.

En la misma línea se manifiestan las intervenciones normativas que se están preparando desde la UE<sup>7</sup>. De un lado, la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armoni-

---

5 Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito, Resolución de 5 de octubre 2021. BOE 15 de octubre de 2021.

6 Convenio colectivo del sector de grandes almacenes, Resolución de 31 de mayo de 2021, BOE 11 de junio de 2021.

7 En este sentido, *Propuestas de la Comisión para mejorar las condiciones laborales de las personas que trabajan a través de plataformas digitales*, disponible en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_21\\_6605](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_6605)

zadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial)<sup>8</sup>, con el objetivo, entre otros, de garantizar que los sistemas de IA introducidos y usados en el mercado de la UE sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y valores de la Unión. De otro lado, la propuesta de Directiva “relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales”<sup>9</sup> (a partir de ahora, propuesta de Directiva) que insiste en la importancia de la promoción de la intervención humana en los procesos automatizados de decisión que afectan a las relaciones de trabajo, “en particular para evitar el riesgo de que los algoritmos tomen decisiones potencialmente discriminatorias”. De salir adelante, esta norma aumentará la transparencia en el uso de algoritmos por parte de las plataformas digitales, garantizará un seguimiento humano de aquellas decisiones tomadas o apoyadas en un sistema automatizado, que afecten a las condiciones laborales, y dará derecho a impugnar las decisiones automatizadas, con el objetivo de mejorar las condiciones de trabajo de las personas que realizan trabajos en plataformas, asegurando la correcta determinación de su situación laboral, fomentando la transparencia, la equidad y la responsabilidad en la gestión algorítmica del trabajo, y mejorando la transparencia, incluso en situaciones transfronterizas.

Cabe esperar que la aprobación de estas normas contribuya a salvar algunas de las dudas que, como se va a ver, planean sobre la capacidad de la normativa actualmente vigente para dar respuestas adecuadas y suficientes a las peculiaridades que plantea el ejercicio de los poderes empresariales mediante algoritmos<sup>10</sup>.

## 2. DE LA ORGANIZACIÓN DE UN SERVICIO A TRAVÉS DE UNA PLATAFORMA AL “CONCEPTO FUNCIONAL DE EMPRESA”

Desde otra perspectiva, no menos relevante, el que las reglas y parámetros en que se basa un algoritmo permitan el ejercicio de las facultades de organización, dirección y control, propias del concepto de empresario, parece una condición necesaria, a su vez, para atribuir a las plataformas digitales la consideración de empresa desde el punto de vista laboral, y a su titular o responsable la condición de empresario o empleador en los términos de los dos primeros apartados del art.1 ET. No se olvide que la asunción de poderes empresariales de organización, dirección y control sobre la prestación de servicios del trabajador constituye uno de los elementos característicos del carácter empresarial,

8 [21.4.2021 COM(2021) 206 final 2021/0106(COD)] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=ES>

9 [9.12.2021 COM(2021) 762 final 2021/0414 (COD)],

10 Con carácter general, sobre el papel que puede jugar la negociación colectiva, TRILLO PÁRAGA, F., “La «Ley Rider» o el arte del volver”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 94, 2021, pp. 19-37.

presentes en el concepto de empresa que viene manejando la jurisprudencia social del Tribunal Supremo desde hace años<sup>11</sup>.

De acuerdo con esta jurisprudencia, empleador es quien, dotado de la necesaria infraestructura y autonomía organizativa, dirige y controla la prestación de servicios de los trabajadores asalariados<sup>12</sup>. De esta forma, los trabajadores se integran “en el círculo rector y disciplinario del empresario” o, siguiendo los términos del art. 1.1 ET, “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica”, lo que la doctrina científica ha identificado con la nota o criterio de dependencia<sup>13</sup>.

Así se desprende también de la nueva presunción de laboralidad regulada en la disposición adicional vigesimotercera del ET, para la que constituye un elemento clave a la hora de concluir sobre el carácter laboral de la prestación de trabajo de los repartidores de una plataforma digital de reparto, que la actividad de reparto se lleve a cabo “por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”. Probablemente el legislador ha pensado que, para frenar el riesgo de que un número creciente de personas que desempeñan su actividad en el contexto atípico de las plataformas digitales de reparto “queden excluidas del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo y condenadas a una situación de extrema vulnerabilidad”, tan importante como incidir en el concepto material de persona trabajadora es adoptar “un concepto funcional de empresa”, que contribuye igualmente a la consecución de los objetivos de protección o de tutela que persigue el Derecho del Trabajo<sup>14</sup>.

Como se ha dicho ya, el legislador se ha apoyado en la STS 805/2020, para la que ha sido determinante que la plataforma digital asumiera los poderes inherentes a la condición de empresario, al controlar el proceso productivo y “sancionar” a sus repartidores por una pluralidad de conductas diferentes. En concreto, en el supuesto particular analizado en esta sentencia, la plataforma había establecido medios de control, que operaban sobre la actividad y no solo sobre el resultado, mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante que le permitían, en efecto, controlar en tiempo real el desarrollo de la prestación de servicios, sin que el trabajador pudiera realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma.

---

11 SsTS 17 de enero de 1991, rcud.990/90 y 19 de enero de 1991, rcud.3400/92. Sobre el tema, DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía. Aspectos laborales*, Thomson Aranzadi, 2005, p. 62.

12 Según la STS 17 de julio de 1993, rcud.1712/1992, tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal.

13 STS 6 de octubre de 2005, rec.2224/2004.

14 En estos términos se manifestaba el Acuerdo de diálogo social de 10 de marzo de 2021, alcanzado entre el Gobierno, CC. OO., UGT, CEOE y CEPYME, tras el trabajo desarrollado por la Mesa de Diálogo constituida el 28 de octubre de 2020, recogido en el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo.

Para el TS, en las plataformas digitales de reparto el programa informático constituye el elemento patrimonial que configura la organización básica de la explotación; la infraestructura esencial para la prestación de los servicios que se ofrecen a comercios, restaurantes y consumidores finales, que no podría llevarse a cabo sin la aplicación que conecta a estos entre sí y con los repartidores. La plataforma dispone de la información (sobre restaurantes, comercios y repartidores) necesaria para el manejo del sistema de negocio<sup>15</sup>.

Pero, esa conexión de los repartidores a una plataforma para acceder a los encargos no es suficiente para considerar que estos actúan insertos en el ámbito de organización de la plataforma, del mismo modo que tampoco es concluyente para la calificación de la plataforma como empresa desde el punto de vista laboral, al menos en lo que se refiere a los repartidores. Lo realmente concluyente es, de un lado, que aquella sea la que establece las condiciones de la prestación y realiza una labor de coordinación y organización de un servicio productivo en el mercado, y, de otro lado, que ese servicio requiera la integración de personas (repartidores) que desarrollen la actividad sometidos a los criterios de organización de la persona titular de la plataforma.

El servicio productivo, organizado de esta forma, precisa que los repartidores que deseen acceder a los encargos de reparto, lo hagan conectándose a una aplicación, para lo que deberán haber aceptado las condiciones y los criterios de organización decididos unilateralmente por la empleadora que se sirve de la plataforma, entre ellos, realizar el reparto permanentemente conectados con la aplicación, que controla en todo momento las distintas fases del mismo, para que los clientes finales puedan conocer el estado de su encargo desde que se realiza a través de la app hasta que se recibe.

No obstante, no todas las plataformas tienen por qué funcionar de igual modo. Por ello, para entender que las prestaciones de servicios que se llevan a cabo a través de una plataforma están incluida en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo será preciso que esas reglas, parámetros e instrucciones en que se basa el algoritmo utilizado por la plataforma no se limiten a precisar el objeto del encargo sino la forma en que se lleva a cabo, lo que parece depender de si esas reglas inciden en las condiciones de trabajo de quienes prestan servicios a través de la misma.

No parece tener ninguna transcendencia, en cambio, que esa repercusión que la aplicación del algoritmo puede tener sobre las condiciones de trabajo se escape de la intervención humana y, en particular, de las decisiones iniciales sobre el algoritmo. Algo que inevitablemente sucederá habida cuenta de que la inteligencia artificial “aprende” de la información que puedan proporcionar quienes interactúan con la plataforma, incluidos los propios trabajadores. Lo importante es que sea la titular de la plataforma que fija los precios o tarifas, la que organice el servicio y adopte las decisiones concernientes a las relaciones de mercado.

---

15 OIT, *Perspectivas sociales y de empleo en el mundo. El papel de las plataformas en la transformación del mundo del trabajo*, 2021, disponible en: [https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS\\_771675/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771675/lang-es/index.htm)

Tampoco parece tener ninguna trascendencia que la empresa que asume la actividad de transporte mediante una plataforma no sea propiamente la empresa que utiliza los servicios de transporte que llevan a cabo los trabajadores (comercios y restaurantes). Lo importante es que aquella sea la que asuma la organización y control de la actividad, aunque sea indirectamente, a través de medios electrónicos, de acuerdo con las reglas y parámetros que haya decidido el gestor o responsable de la aplicación.

La presunción que regula la nueva disposición adicional vigesimotercera ET, en principio, no se aleja mucho de lo que se prevé en la propuesta de Directiva, que también establece la presunción legal de que existe una relación laboral entre la plataforma laboral digital y la persona que realiza el trabajo de la plataforma, si la plataforma controla ciertos elementos de la ejecución de ese trabajo. Aunque para activar esta presunción será preciso que la plataforma cumpla al menos dos de los indicadores que se establecen al efecto, entre los que están, desde luego, supervisar la realización del trabajo o verificar la calidad de los resultados del trabajo por medios electrónicos, pero también determinar o fijar efectivamente límites máximos para el nivel de remuneración (o precio máximo de la prestación); exigir a la persona que realiza el trabajo en la plataforma que respete normas vinculantes específicas con respecto a la apariencia y comportamiento ante los clientes o en la ejecución del trabajo; restringir efectivamente la libertad del trabajador de organizar el propio trabajo, en particular, de elegir las horas de trabajo o períodos de ausencia, aceptar o rechazar tareas o utilizar subcontratistas o sustitutos; y restringir la posibilidad de construir una base de clientes o realizar trabajos para cualquier tercero.

Una opción que parece estar en la línea lo dispuesto en el fallo del ATJUE de 22 de abril de 2020, C-692/19, según el que la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una persona vinculada a su presunto empleador en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios sea calificada de «trabajador» en el sentido de dicha Directiva si tiene derecho a:

- recurrir a subcontratistas o a sustitutos para prestar el servicio al que se comprometió;

- aceptar o no los diferentes encargos ofrecidos por su presunto empleador o fijar unilateralmente un número máximo de tales encargos;

- prestar sus servicios a terceros, incluido a competidores directos del presunto empleador, y a

- fijar su propio horario de «trabajo» dentro de ciertos parámetros, así como adaptar su tiempo a sus necesidades personales y no solo a los intereses del presunto empleador, de modo que, por un lado, la independencia de dicha persona no resulte ficticia y, por otro, no pueda afirmarse que existe una relación de subordinación entre la referida persona y su presunto empleador

Con todo, este Auto del TJUE también atribuye al órgano jurisdiccional nacional determinar si se trata o no de un trabajador. Y al respecto no se puede

olvidar que STS 805/2020 no dio ninguna trascendencia a que el trabajador decidiera el momento de inicio y finalización de su jornada, ni a la actividad que realizaba durante la misma, seleccionando los pedidos que quería hacer y rechazando los que no quería; tampoco a que no tuviera obligación de realizar un determinado número de pedidos, ni de estar en activo un mínimo de horas al día o a la semana; o a que la Empresa no indicara los recados a realizar ni cuando tenía que comenzar o finalizar su jornada. Tampoco tuvo peso suficiente, para excluir la laboralidad, que el trabajador pudiera rechazar un pedido a media ejecución sin sufrir penalización alguna; o que no hubiese pactado exclusividad o que pudiera ser sustituido por otra persona.

En todo caso, parece claro que la propuesta de Directiva viene a confirmar la idea de que la plataforma puede ser considerada como una empresa entendida “como ámbito de organización y dirección” en el que se inserta el trabajo como factor de producción (tal y como se deduce del art. 1.1 ET), poniendo en evidencia que lo que interesa al Derecho del Trabajo de la empresa es su condición de empleadora, en cuanto ocupa trabajadores que están bajo la dirección y dependencia del titular de la organización. La empresa como “organización” en torno a la que se desarrolla la prestación de servicios de los trabajadores asalariados.

Por el contrario, se diluye o, cuando menos, pierde protagonismo la asunción de riesgo como la segunda nota específica del carácter empresarial<sup>16</sup>, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros supuestos (situaciones de interposición empresarial) en los que esa asunción de riesgos<sup>17</sup> ha sido tan importante como el ejercicio de los poderes empresariales<sup>18</sup> para identificar a la empresa desde el punto de vista laboral. A ello tal vez haya contribuido que en estos casos no está claro cómo se produce la imputación de los riesgos vinculados a la actividad entre plataforma, repartidores, restaurante o comercio. De hecho, la propuesta de Directiva, mediante una remisión al marco general aplicable a las empresas de trabajo temporal, que contiene la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, deja abierta la posibilidad de que la plataforma puede actuar como una empresa de trabajo temporal que asigna sus trabajadores a las empresas usuarias (comercios, restaurantes), “debido a la relación contractual típicamente triangular del trabajo” que se presta; o incluso como empresa usuaria que hace uso de los servicios de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal.

16 A la asunción de riesgos como nota específica del carácter empresarial hacían referencia las SsTS 17 de julio de 1993, rec.1712/1992, 18 de marzo de 1994, rec.558/1993. Más recientemente, STS 615/2020 de 8 julio, rec.14/2019.

17 SsTS 12 de diciembre de 1997, rec.3153/1996; y 24 de abril de 2007, rcud.36/06.

18 SsTS, 17 de enero de 1991, rcud.990/90 y 19 de enero de 1991, rcud.3400/92. Sin que sea suficiente el mero ejercicio formal del poder de dirección por el contratista si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal, como fue el caso de los locutorios telefónicos (entre otras, SsTS 14 de septiembre de 2001, rec.2142/2000; 17 de enero de 2002, rec.3863/2000; 16 de junio de 2002 rcud.3054/01; y 14 de marzo de 2006, rcud.66/2005).

### 3. FACULTADES DIRECTIVAS, ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La introducción de nuevas tecnologías en el ámbito de la gestión empresarial y, en particular, en la organización del trabajo<sup>19</sup> puede facilitar el ejercicio de algunas de las facultades que suelen identificarse con el poder de dirección empresarial (art. 20 ET)<sup>20</sup>. Este es el caso de las plataformas digitales que utilizan medios de gestión basados en datos algorítmicos<sup>21</sup>. En concreto, los algoritmos pueden convertirse en un método objetivo y eficiente de asignación de tareas y selección de trabajadores que concurren a la prestación de un servicio<sup>22</sup>. Un dato que ha servido a la jurisprudencia (STS 805/2020) para concluir que, de esta forma, la prestación de servicios se desarrolla sometida a los criterios de organización de la titular -o responsable jurídico- de la plataforma, que es quien, en efecto, establece las condiciones, decide los datos que deben tenerse en cuenta y los resultados que espera que se activen automáticamente a través del algoritmo.

Por ejemplo, en el caso de las plataformas digitales de reparto, los algoritmos pueden determinar, a partir de previsiones de demanda (horas de alta demanda y de menor demanda), los repartidores que se necesitan por días y franjas horarias, y generar con una periodicidad determinada (una vez, dos veces a la semana, cada quince días, etc.) bloques horarios, por zonas geográficas, que permiten a los repartidores que se conectan a la plataforma (normalmente, mediante un número de usuario y contraseña facilitados por la empresa) elegir, con antelación, los días y horas en que se comprometen a realizar su personal actividad, sin perjuicio de que posteriormente puedan desvincularse de dicho compromiso. La concreción de las horas que se asignan a cada repartidor, así como la designación del concreto repartidor -en caso de que hayan optado más de los necesarios para una misma franja horaria-, se realiza igualmente por el algoritmo de acuerdo con los criterios decididos por la empresa (por ejemplo, disponibilidad real en los turnos asignados, la efectiva realización del servicio

19 En este sentido, GARCÍA MURCIA, J., “Cambio tecnológico, futuro del trabajo y adaptación del marco regulatorio”, en MONREAL BRINGSVAERD, E., THIBAUT ARANDA, X., JURADO SEGOVIA, A., *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25 aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo blanch, 2020, p.46. TODOLÍ SIGNES, A., “En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/ inteligencia artificial dirigiendo el trabajo”, *Labour&LawIssues*, vol 5, nº 2, 2019, p.5/38.

20 GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores; análisis desde la perspectiva del Reglamento europeo de protección de datos de 2016”, *Revista de Derecho Social*, nº 78, 2017, p. 19. Sobre las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías al respecto, Informe CES 3/2017, *La digitalización de la economía*, p. 19. [http://www.ces.es/prensa-digital/-/asset\\_publisher/jcWHFi9GRtS7/content/informe-3-2017-pub/maximized?inheritRedirect=false](http://www.ces.es/prensa-digital/-/asset_publisher/jcWHFi9GRtS7/content/informe-3-2017-pub/maximized?inheritRedirect=false)

21 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Criterios sobre usos de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral*, Tirant lo blanch, 2021, p. 459.

22 MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo blanch, 2017, p.90.

en las franjas asignadas, el tiempo de respuesta en la entrega del pedido). A partir de estos parámetros, al trabajador comenzarán a entrarle pedidos, por el medio de comunicación que se haya establecido (teléfono móvil, iPad...), acordes con su franja y zona geográfica, una vez que el cliente haya solicitado el envío del producto y el establecimiento (comercio, restaurante) confirmado la aceptación del encargo. La aplicación les indicará punto de recogida y de entrega, y el precio del producto. De esta forma, la asignación del trabajo es automática, de acuerdo con las reglas que se hayan introducido al efecto en el algoritmo. Si el trabajador no acepta el encargo, este pasa, dentro del plazo de tiempo que se haya programado (3, 4 minutos...), al siguiente repartidor, seleccionado igualmente por la aplicación de acuerdo con los mismos parámetros. Finalizado el servicio de un modo u otro asignado, el trabajador queda en disposición de recibir o elegir una nueva asignación mientras siga en la franja horaria elegida. Durante la jornada de trabajo, lo normal es que deba comunicar a la empresa, siempre a través de la aplicación, los distintos estados en los que se encuentran (disponible/no disponible/último pedido) y los estados de tramitación del pedido (aceptado o no/recogido/entregado).

Por lo demás, el repartidor suele tener cierta libertad para decidir rutas y medio de transporte, pero puede tener limitado el periodo de tiempo máximo que pueda emplear en la realización del encargo. No parece haber afectado a la consideración de esta forma tan particular de organizar el servicio mediante algoritmos, como una manifestación del poder de dirección del empresario, que el trabajador pueda, como se ha dicho, rechazar un pedido, previamente aceptado, a media ejecución; ni que una vez aceptado deba llevarse a cabo en la forma exigida por el cliente -no por el algoritmo- entrando en contacto con éste de forma directa. Lo relevante para reconocer que se lleva a cabo dentro del ámbito de organización y dirección de la plataforma, es que el servicio se preste permanentemente conectado a la aplicación que controla en todo momento las distintas fases del mismo, aunque la finalidad última sea que los clientes finales puedan conocer el estado de su encargo desde que este se realiza a través de la app hasta que se recibe.

De esta forma, se legitima la opción empresarial de “delegar” en una máquina con inteligencia artificial o en un programa informático la facultad de organización y dirección de los servicios que presta. Algo que había cuestionado algún sector de la doctrina, a la vista de la previsión legal del art. 20.2 ET que parece atribuir al empresario “o persona en quien este delegue” las “órdenes o instrucciones” propias del ejercicio regular de sus facultades de dirección, pues entendía que las decisiones generadas por una inteligencia artificial “no entran en el presupuesto fáctico de dicho precepto”<sup>23</sup>. Según la disposición adicional vigésimo tercera del ET se presume incluida en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo la empleadora que ejerza las facultades empresariales

23 SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, *Temas Laborales*, nº. 138/2017, pp. 163-184.

de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital de reparto.

Ahora bien, esta previsión no puede llevar necesariamente a identificar como empleador a la empresa titular de la plataforma, o al menos no automáticamente. Empleadora será quien haya contratado a los trabajadores, establecido las condiciones de la prestación y realice, a través de la aplicación, mediante algoritmos, una labor de coordinación y organización de un servicio productivo en el mercado<sup>24</sup>, excluyendo la intervención de terceros (tanto de los comercios y restaurantes como de los clientes finales), por mucho que esos terceros también puedan interactuar con la aplicación para valorar el servicio o para (en el caso de los clientes finales) entrar en contacto directo con el trabajador a los efectos de aclararles dudas sobre la forma de ejecución del encargo. La norma lo que atribuye al empleador es la facultad de “adoptar las medidas”, esto es, la capacidad para adoptar las decisiones generales de implantación de los mecanismos de organización y control, concretadas en este caso en la decisión sobre las reglas y parámetros en que se basa el algoritmo, y no necesariamente la ejecución<sup>25</sup>.

En este sentido, por muy automatizada que esté la organización del servicio, a la empresa le corresponde decidir el precio que se va a cobrar por reparto y fijar o seleccionar los parámetros a partir de los cuales el algoritmo “decide”. En concreto, corresponde a la empresa el diseño de las franjas horarias, atendiendo, seguramente, a las necesidades del mercado, y la decisión sobre la distribución del tiempo de trabajo o sobre el número de horas de trabajo que se asignan a cada repartidor (número de horas que integran una franja horaria) Una decisión, esta última, que a su vez influirá en la jornada laboral del trabajador, que puede ser a tiempo completo, en cuyo caso no podrá exceder de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual, o a tiempo parcial, con un número de horas al día, a la semana, al mes, o al año, inferior a un trabajador comparable. La empresa decidirá igualmente la periodicidad (diaria, cada dos días, semanalmente...) con que se generan los bloques horarios para que los trabajadores introduzcan en la plataforma sus preferencias; y los criterios de selección de los repartidores que concurren a un mismo servicio, ya sea atendiendo exclusivamente al mejor ubicado para que el servicio pueda prestarse con menor coste, ya en función (por ejemplo) de su disponibilidad real en los turnos previos asignados, la efectiva realización del servicio en las franjas asignadas, el tiempo de respuesta en la entrega del pedido, etc.

Por otro lado, la gestión algorítmica del servicio se completa con (otras) decisiones empresariales relativa a criterios adicionales sobre la forma de llevar a cabo el servicio, que pueden igualmente pesar en la calificación (laboral)

---

24 TASCÓN LÓPEZ, R., “El eterno retorno a los mitos de ajenidad y dependencia en la era hipertecnológica-postindustrial (revisión a la luz de los problemas surgidos en la economía de plataformas)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF-452 (noviembre 2020) p.71.

25 CRUZ VILLALÓN, J., “Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales”, *Relaciones Laborales*, T II/2005, pp. 323-352.

de la prestación de servicios: por ejemplo, si el repartidor debe utilizar una bolsa térmica con el logo de la empresa, o si puede o debe utilizar distintivos corporativos propios; o, en fin, si debe trabajar con exclusividad.

Entender, como ha hecho el legislador, que ese tipo de decisiones que adopta el empresario sobre los parámetros y reglas en las que se ha de basar el algoritmo constituyen una manifestación de su poder de dirección, supone a su vez limitar las posibilidades que pueda tener el responsable de la plataforma de alterarlas o modificarlas unilateralmente, una vez han sido aceptadas por el trabajador en virtud del contrato de trabajo, pues afectan en buena medida a las condiciones de prestación del trabajo. En este sentido, si de lo que se está hablando es del ejercicio del poder de dirección, no puede olvidarse que se trata de un poder reglado que ha de respetar los derechos de los trabajadores, consagrados en la Ley, así como los límites que establecen las normas sobre contenido y duración de la prestación laboral (entre ellas, las reglas sobre retribución, tiempo de trabajo y tiempo de descanso), y sobre las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo de la prestación de servicios. Y estos límites no pueden desaparecer por mucho que el empresario se sirva de estas nuevas tecnologías para organizar la actividad<sup>26</sup>.

Con todo, trasladar esa regulación que delimita el contenido del poder de dirección, al ámbito de las plataformas digitales que ejercen las facultades de organización, directa o indirectamente, mediante algoritmos, ha venido planteando algunas dudas a la doctrina, que la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, no resuelve. No obstante, el silencio del legislador resulta muy elocuente. En este sentido, es cierto que la Ley se ha limitado a extender la presunción de existencia de contrato de trabajo a la prestación de servicios de reparto o distribución cuando se lleva a cabo en el ámbito de organización de una plataforma, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, pero lo hace para “garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales”, sin alterar el régimen laboral común<sup>27</sup> que, en consecuencia, debe ser el mismo que se aplica a las empresas que prestan los mismos servicios siguiendo un modelo de negocio tradicional<sup>28</sup>.

26 Como dice TERRADILLOS ORMAETXEA, E.; “El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española”, *Lanharremanak – Revista De Relaciones Laborales* (42), 2019, p. 54.

<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21250>

27 ALOISI, A. y DI STEFANO, V., “Máquinas, algoritmos, plataformas digitales: facultades ampliadas y libertades virtuales. notas sobre el futuro (del derecho) del trabajo”, en HERNÁNDEZ BEJARANO, M., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., *Cambiando la forma de trabajar y de vivir de las plataformas a la economía colaborativa real*. Tirant lo blanch, 2020, pp. 23-33, proponen al efecto “una actitud pragmática, encaminada a aumentar la elasticidad inherente a las categorías del derecho laboral, que apunte a una aplicación más eficaz de las normas existentes”.

28 Así debió pensarlo el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería que en la modificación y prórroga operada en 2019 (BOE 29 de marzo) no dudó en extender su ámbito funcional a los servicios reparto de comidas y bebidas (incluidas plataformas digitales o a través de las mismas) Más allá de las dudas que puede plantear el sector de actividad en

Esta solución normativa supone reconocer que las categorías, principios y reglas del Derecho del Trabajo son perfectamente aplicables a esta nueva forma de prestación de servicios, probablemente también porque otra opción (la aprobación de un régimen especial) podría alterar las reglas de la competencia entre unos y otros modelos de negocio<sup>29</sup>. En vista de lo cual, deben ser las plataformas las que introduzcan, en su caso, los cambios o ajustes necesarios en el diseño de los algoritmos que utilizan en la organización de los servicios, para “garantizar” esos derechos laborales de los trabajadores que prestan sus servicios de reparto en esas condiciones. Así lo entendió el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, que reguló en un primer momento la presunción de laboralidad de la prestación de servicios de reparto en el ámbito de plataformas digitales, cuyo preámbulo daba por supuesto que dichas plataformas deberían hacer “adaptaciones necesarias” para la aplicación de ese régimen laboral, con la finalidad de que los trabajadores tengan garantizados esos derechos<sup>30</sup>.

Cabe pensar, desde luego, en el papel que puede jugar la negociación colectiva en esa necesaria adaptación a la normativa laboral de la prestación de servicios que se desarrolla en el ámbito de plataformas digitales. Y algún ejemplo existe ya, bien es verdad que referido a otro tipo de actividad que se lleva a cabo igualmente a través de plataformas (arrendamiento de vehículos con conductor efectuada por los usuarios a través de plataformas digitales)<sup>31</sup>, que regula la jornada anual y su distribución con una remisión al régimen especial del transporte por carretera, previsto en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, y alguna regla particular que atiende a las peculiaridades del servicio, como la que establece que “la conexión a una aplicación móvil, por sí sola, no constituye prueba de tiempo de trabajo” -por lo que el momento inicial y final de la jornada se hacen coincidir, respectivamente, con el comienzo del primer servicio

---

que deban encuadrarse los servicios de reparto de comidas a través de plataformas digitales, lo que se mantiene en todo caso es un sometimiento al mismo régimen laboral aplicable a la actividad en cuestión cuando se desarrolla de forma más tradicional.

- 29 Como señalaba el preámbulo del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, tan urgente como garantizar los derechos de los trabajadores era garantizar la igualdad de trato entre las empresas «tradicionales» y las que utilizan medios de control digital, basadas en la gestión de datos algorítmicos, sobre la base de una competencia transparente y leal entre unas y otras. Sobre el tema, GARCÍA RUBIO, M.A., “Plataformas digitales y relación laboral: Delimitación y régimen jurídico” en MONREAL BRINGSVAERD, E., THIBAUT ARANDA, X., JURADO SEGOVIA, A., *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25 aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo*, Tirant lo blanch, 2020, pp.144 y ss.
- 30 Sin embargo, Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre las plataformas en línea y el mercado único digital (2016/2276(INI)) (2018/C 331/19) no ha dudado en pedir a los Estados miembros que, en colaboración con los interlocutores sociales y otras partes interesadas pertinentes, evalúen la necesidad de modernizar la legislación vigente, con el fin de seguir el ritmo de los avances tecnológicos al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores y unas condiciones de trabajo dignas, y se generan ventajas generales para el conjunto de la sociedad. <https://eur-lex.europa.eu>
- 31 Convenio colectivo de transporte de pasajeros en vehículo de turismo mediante arrendamiento con licencia VTC Ares capital, s.a. (centro de Bilbao) BO.Bizkaia 11 enero 2021.

y el momento en que se deja en destino al último pasajero-; o la que atribuye a la empresa la posibilidad de determinar el horario de la prestación del servicio. En este caso, en defecto de esa determinación, el trabajador prestará la jornada de trabajo efectiva, a su elección, teniendo completa autonomía para ordenar su jornada de trabajo, partiéndola, si lo desea, “realizando cuantas pausas o descansos considere necesarios, siendo los mismos obligatorios si trabaja más de seis horas consecutivas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 bis del Real Decreto 1561/1995”.

De otro lado, por mucho que se haya mantenido, probablemente con razón, que las condiciones de lugar y tiempo de trabajo pueden rediseñarse constantemente por el algoritmo, no debe olvidarse que la aplicación de las reglas que configuran el contenido del poder de dirección condicionan el margen de decisión empresarial a la hora de introducir cambios o ajuste sobre los parámetros en los que se basa el algoritmo, más allá de lo que se haya estipulado o establecido unilateralmente por la empresa en el contrato. De manera que si esa es su intención tendrá que seguir las posibilidades que contempla el ET (art. 41 ET), y los procedimientos que correspondan en su caso, según el alcance individual o colectivo de la medida, claramente si esos cambios van a afectar a la asignación de encargos, a las posibilidades de elección por parte de los trabajadores de las franjas horarias, a la jornada de trabajo y distribución del tiempo de trabajo. Unas reglas y procedimientos que limitan su margen de decisión exigiendo, por ejemplo, una motivación (causas económicas, técnicas, organizativas y de producción) y la información o consulta con la representación de los trabajadores.

Así será entre tanto no se establezcan previsiones particulares para los trabajadores que prestan servicios en un entorno digitalizado, en la línea de la propuesta de Directiva que, por un lado, baraja el reconocimiento de un derecho de los trabajadores a obtener una explicación de la plataforma laboral digital sobre la decisión tomada o respaldada por sistemas automatizados, si afecta significativamente a sus condiciones de trabajo. Para ello la plataforma laboral digital debe brindarles la posibilidad de discutir y aclarar los hechos, circunstancias y razones de tales decisiones con una persona de contacto. Y de otro lado, prevé que se incrementen los derechos de información y consulta, de manera que los representantes de los trabajadores o, en su defecto, los propios trabajadores sean informados y consultados por las plataformas sobre decisiones de gestión algorítmica, por ejemplo, si tienen la intención de introducir nuevos sistemas de control o de toma de decisiones, o realizar cambios sustanciales en dichos sistemas.

#### **4. CONTROL EMPRESARIAL A TRAVÉS DE ALGORITMOS**

Es evidente que los algoritmos no solo permiten organizar la actividad, también constituyen una herramienta para evaluar de forma continuada la forma en que esa actividad se lleva a cabo, los resultados de la misma y, con

ello, el rendimiento de los trabajadores<sup>32</sup>. Por ejemplo, en el caso analizado en la STS 805/2020 resultó determinante para calificar la laboralidad de la prestación de servicios que llevaban a cabo los repartidores de Glovo, que la app permitiera controlar el proceso productivo y sancionar a los repartidores por una pluralidad de conductas diferente. En concreto, el TS entendió que el algoritmo utilizado abría unas posibilidades de control que operaban sobre el desarrollo de la actividad. La herramienta informática utilizada incorporaba una opción de valoración del servicio por parte de los clientes, que contribuía igualmente al control de la prestación trabajo e influía, como se ha dicho ya, en la asignación de sucesivos encargos. A tal efecto, la empresa tenía implantado un sistema de evaluación que “generaba” un ranking en función de los puntos obtenidos de acuerdo con tres factores: la valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda. De esta forma, los repartidores que tenían mejor puntuación gozaban de preferencia de acceso a los servicios o recados que fueran entrando.

Además, mientras el trabajador realizaba la actividad estaba permanentemente localizado a través de un geolocalizador GPS, con el que se registraban los kilómetros que recorría en cada servicio. Este control no parecía afectar a la posibilidad que tenía el trabajador de elegir libremente la ruta a seguir hasta cada destino, pero terminaba incidiendo -o podía hacerlo- en la asignación de pedidos, si la empresa decidía introducir el tiempo de respuesta en la entrega del producto o la media de tiempo empleado en las entregas, como parámetros para asignar sucesivos encargos. De esta forma, el algoritmo controlaba en todo momento las distintas fases del reparto, para que los clientes finales pudieran conocer el estado de su encargo desde que se realiza a través de la app hasta que se recibe, y se hacía un seguimiento de la actividad de los repartidores, conociéndose, entre otros, la hora de inicio y fin de su prestación de servicio, su localización y tiempos de reparto.

Ahora bien, esta evaluación del trabajo realizado, a través del algoritmo, depende una vez más de los parámetros y datos en que el mismo se basa<sup>33</sup>. Lo que hace que vuelva a ser determinante la intervención del empresario, pues a él corresponde decidir cómo medir la eficacia del servicio, el número de entregas que se someten a evaluación, si se introduce un sistema de puntuación y el peso de esa puntuación en la operación matemática que lleva a cabo el algoritmo para asignar nuevos encargos; si se deben valorar o no los porcentajes de pedidos no aceptados, de asistencia a las franjas horarias ofrecidas por la empresa, de disponibilidad del repartidor en las franjas de reparto de alta de-

---

32 MERCADER UGUINA, J., “Algoritmos y derecho del trabajo”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 52, 2019, pp. 63-70. <https://www.uria.com/publicaciones/documento>

33 TODOLÍ SIGNES, A., “En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo”, *Labour&LawIssues*, vol 5, nº. 2, 2019, p.27.

manda; si se tiene en cuenta la media del tiempo transcurrido -minutos- entre el momento en que se ofrece al repartidor un pedido y su entrega al cliente, etc..

Por otra parte, algunos de estos controles, aunque se lleven a cabo a través de un algoritmo, no constituyen ninguna novedad. En este sentido la evaluación de los clientes, conecta directamente con sistemas de control que, desde los años 90', la jurisprudencia ha utilizado como indicio favorable de la existencia del contrato de trabajo<sup>34</sup>. Otro tema es que la tecnología haya cambiado e incrementado su papel activo en tal sentido, y/o su peso en la “suerte” que puede correr el trabajador, pues si recibe un determinado número de evaluaciones negativas puede terminar siendo “penalizado” en el ranking o incluso “expulsado” o desactivado del sistema<sup>35</sup>, aunque sobre esta segunda opción deban hacerse algunas matizaciones que se abordarán en el siguiente apartado.

Tampoco es exclusivo de las plataformas digitales la utilización de dispositivos geocalizadores, cuyo uso para el ejercicio de funciones de control de los trabajadores se halla amparado y regulado en el art. 20 bis del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. La novedad está en el reconocimiento legal expreso de que estas opciones de control se pueden llevar a cabo a través de una plataforma digital y de que, cuando así sucede, constituyen un dato para entender que la actividad de esa forma supervisada se lleva a cabo dentro del ámbito de organización y dirección del responsable de la plataforma.

En cualquier caso, si se tiene en cuenta la ya citada propuesta de Directiva, supervisar la ejecución del trabajo o verificar la calidad de los resultados por medios electrónicos es solo uno de los indicadores para determinar si una plataforma digital controla la ejecución del trabajo, a efectos de activar la presunción de que ese trabajo se realiza en régimen laboral. Una presunción que, de acuerdo con esta propuesta, únicamente debe alcanzar a las plataformas laborales digitales que ejercen un cierto nivel de control sobre la realización del trabajo.

En efecto, en la propuesta de Directiva, este indicador por sí solo no será suficiente para activar la citada presunción. Del listado que se incorpora deberá cumplirse, al menos, otro más que, por cierto, no tiene por qué gestionarse en todos los casos mediante el algoritmo: determinar o fijar efectivamente límites máximos para el nivel de remuneración (o precio máximo de la prestación); exigir a la persona que realiza el trabajo en la plataforma que respete normas vinculantes específicas con respecto a la apariencia, la conducta hacia el destinatario del servicio o ejecución del trabajo; restringir efectivamente, incluso

34 Así se defendió en la STS 22 de abril de 1996, rec.2613/1995, y en la STS de 29 de diciembre de 1999, rec.1093/1999

35 LÓPEZ DE LA FUENTE, G., “Los trabajadores que prestan sus servicios a través de plataformas digitales: aportaciones de la Loi travail n°. 2016-1088”, en MELLA MÉNDEZ, L., *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, Wolters Kluwe, 2018, p. 202.

mediante sanciones, la libertad de organizarse el propio trabajo, en particular la discreción de elegir las horas de trabajo o períodos de ausencia, aceptar o rechazar tareas o utilizar subcontratistas o sustitutos; o, en fin, restringir efectivamente la posibilidad de construir una base de clientes o realizar trabajos para cualquier tercero.

Desde hace tiempo a la Unión Europea le preocupa que los sistemas automáticos de toma de decisiones basados en algoritmos puedan ser poco transparentes sobre la manera en que gestionan la información o los datos que manejan, o injustos<sup>36</sup>. Una preocupación que, sin embargo, no parece que haya pesado tanto en el legislador nacional (y si así fue no se explicitó) al garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. En realidad, la nueva obligación de información sobre las derivadas laborales de los algoritmos o de otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial, se justificó, únicamente, por la trascendencia que tiene el acceso a la información verificable sobre el desarrollo de la actividad a través de plataformas para aclarar la naturaleza real del vínculo que existe entre el trabajador y la plataforma, y poder discernir si las condiciones de prestación de servicios, manifestadas en una relación concreta, encajan en la situación descrita por la disposición adicional vigesimotercera del ET.

Según el art. 64.4.d) ET, los representantes de los trabajadores deberán ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.» Esta obligación alcanza a aquellos sistemas de monitoreo automatizados, ya se lleven a cabo a través de una plataforma digital, página web, dispositivo electrónico app, con los que se pueden registrar los encargos, tareas y servicios que se realizan, los que se rechazan o, en su caso, se incumplen, y los kilómetros recorridos, rutas utilizadas, etc. Pero se extiende también a todo tipo de empresas (no solo a las plataformas digitales de reparto de mercancías), cualquiera que sea su modelo empresarial<sup>37</sup>, siempre que utilicen este tipo de instrumentos de gestión, como medio eficaz no solo de control sino también de prueba para, en su caso, acreditar los incumplimientos que hayan podido cometerse con ocasión del desempeño de la prestación<sup>38</sup>.

---

36 Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre las plataformas en línea y el mercado único digital (2016/2276(INI)) (2018/C 331/19).

37 Como advierte la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa, de 25 de mayo de 2016 COM(2016) 288 final, “la competencia que ejercen los modelos de negocios basados en las plataformas en línea sirve de incentivo para que los operadores del mercado tradicionales se decidan a innovar y mejorar sus prestaciones”.

38 GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores; análisis desde la perspectiva del Reglamento europeo de protección de datos de

Se trata, en todo caso, de una obligación de información más, que debe de ponerse en relación con la facultad de los representantes de los trabajadores de emitir un informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones que se adopten sobre, entre otras cuestiones, la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo. Obligaciones, en fin, que conviven en el Estatuto de los Trabajadores con la genérica competencia del empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad; y con la más particular de utilización de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores, en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que exige que con carácter previo a su implantación, los empleadores informen de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos<sup>39</sup>.

Por aplicación de esta normativa general, los trabajadores que prestan sus servicios para empresarios que ejercen las facultades de control directa o indirectamente mediante la gestión algorítmica del servicio tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos que hayan sido puestos a su disposición por el empleador; más aún, cabe pensar, si esos dispositivos que se emplean para conectarse con la plataforma son de su propiedad. También tendrán derecho a la desconexión en los términos del art. 20 bis ET y 90 LOPD.

No obstante, las dificultades que entraña precisar el alcance real de estas posibilidades de control, directamente relacionadas con su complejidad tecnológica, lleva inevitablemente a preguntarse si el poder de control por medios digitales plantea nuevos riesgos para los derechos fundamentales de los trabajadores, respecto del que se lleva a cabo por medios convencionales, también porque el algoritmo “se alimenta o autoaprende incorporando elementos autónomos e incontrolables”<sup>40</sup>. De hecho existe el temor de que las nuevas tecnologías y, en particular, las combinaciones matemáticas algorítmicas, al servicio exclusivo de la competitividad empresarial, puedan arrojar resultados discriminatorios, aparentemente avalados por la pura objetividad y neutralidad

---

2016”, *Revista de Derecho Social*, n.º 78, 2017, p. 19. Informe CES 3(2017, *La digitalización de la economía*, p.19.

39 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo blanch, 2015, p. 7.

40 Como señala HERRAN ORTIZ, A.I. “Transformación digital de las relaciones laborales y derechos fundamentales: videovigilancia laboral, tutela informativa del trabajador y derecho a la protección de datos”, en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ., M.L., *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 28, con el desarrollo de los entornos digitales, la capacidad de control y vigilancia adquiere una nueva dimensión, se muestra más agresiva e intrusiva.

del cálculo matemático<sup>41</sup>. Por ello, la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre las plataformas en línea y el mercado único digital (2018/C 331/19) ha insistido sobre la extrema importancia de aclarar los métodos por los que se toman las decisiones basadas en algoritmos y promover la transparencia en el uso de esos algoritmos; y ha pedido a la Comisión y a los Estados miembros que estudien el potencial de error y sesgo en el uso de algoritmos a fin de evitar cualquier tipo de discriminación, prácticas injustas o violación de la privacidad.

En este sentido se ha pronunciado también el Comité Ejecutivo de la Confederación de Sindicatos Europeos que insiste sobre la necesidad, de un lado, de garantizar que la inteligencia artificial respete los derechos de los trabajadores, poniendo el foco de atención en “la responsabilidad y la obligación de rendir cuentas de los empleadores” en cuanto usuarios industriales de las tecnologías que integran lo que se conoce como inteligencia artificial; y, de otro lado, de normas éticas para los desarrolladores y codificadores de algoritmos, que creen certidumbre jurídica. “Los algoritmos deben cumplir con el estado de derecho y los derechos fundamentales y estar diseñados democráticamente y ser comprensibles”<sup>42</sup>. Al respecto, incluso se ha llegado a plantear el libre acceso al código fuente, antes de la implantación del sistema de IA en el lugar de trabajo, que debería someterse a evaluaciones de riesgos que permitan demostrar la eficacia y proporcionalidad de las aplicaciones de la inteligencia artificial que se utilizan, y “el cumplimiento de las obligaciones de transparencia verificables por parte de los proveedores de una herramienta de inteligencia artificial para su uso en el lugar de trabajo, como requisito previo para su comercialización”.

No parece que hasta ahí llegue la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) [Bruselas, 21.4.2021 COM(2021) 206 final 2021/0106(COD)]<sup>43</sup>, preocupado por que las obligaciones que exijan una mayor transparencia no terminen afectando de manera desproporcionada al derecho a la protección de la propiedad intelectual. En todo caso esta propuesta considera de alto riesgo los sistemas de IA que se utilizan para, entre otras finalidades, la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral, a los que impone unos requisitos específicos como establecer, implantar, documentar y mantener un sistema de gestión de riesgos asociados a su utilización. Algunos de esos requisitos afectan a cómo deben ser diseñados y desarrollados esos

---

41 RIVAS VALLEJO, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 54. GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores; análisis desde la perspectiva del Reglamento europeo de protección de datos de 2016”, *Revista de Derecho Social*, nº 78, 2017, p. 19.

42 Resolución sobre las estrategias europeas en materia de inteligencia artificial y datos, aprobada en el Comité Ejecutivo de la Confederación de Sindicatos Europeos el 2 de julio de 2020, <https://www.ccoo.es/bcb4b1628cc513ebe954f292043127f000001.pdf>

43 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=ES>

sistemas de IA. En concreto, los sistemas IA de alto riesgo deben ser diseñados y desarrollados de modo que: garanticen su funcionamiento con un nivel de transparencia suficiente para que sus usuarios puedan interpretar y utilizar la información que ofrecen; puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, con el objetivo de prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales, que pueden surgir tanto cuando el sistema se utiliza conforme a su finalidad prevista como cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible. El diseño debe garantizar un nivel de trazabilidad de su funcionamiento durante su ciclo de vida adecuado a la finalidad prevista.

También la propuesta de Directiva contempla previsiones de interés sobre el particular, al ampliar el catálogo de derechos hasta ahora reconocidos a los trabajadores, para garantizar la equidad, transparencia y responsabilidad en la gestión algorítmica. Según su art. 6, sin perjuicio de las obligaciones y derechos de las plataformas digitales de trabajo y de sus trabajadores en virtud de la Directiva (UE) 2019/1152, los Estados miembros exigirán a las plataformas digitales que informen a los trabajadores sobre los sistemas de seguimiento automático que se utilizan para controlar, supervisar o evaluar su desempeño laboral a través de medios electrónicos. En particular, esa información deberá versar sobre si tales sistemas están en uso o en proceso de ser introducidos, y sobre las categorías de acciones monitoreadas, supervisadas o evaluadas (incluso por los clientes) a través de tales sistemas.

De aprobarse la Directiva en los términos en que ha sido propuesta, según ese mismo precepto, las plataformas deberán informar igualmente sobre los sistemas automatizados de toma de decisiones que pueden afectar significativamente a las condiciones de trabajo de los trabajadores de la plataforma. Esa información deberá versar sobre las categorías de decisiones que son tomadas o respaldadas por tales sistemas, sobre los principales parámetros que tales sistemas toman en cuenta y su importancia o peso en la toma de decisiones automatizada, incluyendo la forma en que el comportamiento del trabajador influye en esas decisiones. La información sobre estos temas alcanzará a las características de los sistemas de monitoreo automatizados que se utilizan para supervisar o evaluar el desempeño laboral de los trabajadores de plataformas a través de medios electrónicos. Además, dicho precepto establece que las plataformas laborales digitales no deben procesar ningún dato personal relativo a los trabajadores de la plataforma que no esté intrínsecamente relacionado y sea estrictamente necesario para la ejecución de su contrato. Esto incluye datos sobre conversaciones privadas, sobre el estado de salud, psicológico o emocional del trabajador de la plataforma, mientras no esté ofreciendo o realizando trabajo en la plataforma.

La propuesta de la Directiva contempla también la obligación de las plataformas laborales digitales de informar y consultar con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, con los propios trabajadores de la plataforma, decisiones de gestión algorítmica, por ejemplo, si tienen la intención de intro-

ducir nuevos sistemas de control o de toma de decisiones o realizar cambios sustanciales en los existentes, con el objetivo adicional de promover el diálogo social sobre la gestión algorítmica.

Por último, conscientes de los riesgos que puede representar para las personas que realizan el trabajo en las plataformas, el uso extensivo que estas hacen de sistemas automatizados de seguimiento y toma de decisiones de gestión de recursos humanos, sin que haya un contacto directo con un supervisor humano, se contempla también que las mismas monitoreen y evalúen regularmente el impacto de las decisiones individuales basadas en esos sistemas automatizados cuando afecten a las condiciones de trabajo de sus trabajadores, para lo que deberán garantizar suficientes recursos humanos.

## **5. ¿ES POSIBLE EL EJERCICIO DEL PODER SANCIONADOR MEDIANTE ALGORITMOS?**

Probablemente no sea casualidad que la disposición adicional vigesimotercera del ET haya evitado referirse a las facultades sancionadoras cuando expresamente ha reconocido la posibilidad de ejercer las facultades empresariales de organización, dirección y control mediante la gestión algorítmica del servicio. Y ello pese a que esas facultades sancionadoras completan los poderes que definen la posición del empresario en el contrato de trabajo.

En este aspecto, la norma parece apartarse del criterio mantenido por la STS 805/2020, que sostuvo que las consecuencias que acarreaban a los reparadores de la plataforma digital Glovo no estar operativos en la franja horaria previamente reservada, las evaluaciones negativas de los clientes o el rechazo continuado de encargos<sup>44</sup>, evidenciaban que esa plataforma podía “sancionar(les)... por una pluralidad de conductas diferentes”. De hecho, este dato sirvió para reforzar el argumento de que la prestación de servicios se llevaba a cabo dentro del ámbito de organización y dirección de la responsable de la plataforma. Y así es realmente, pero no se trata propiamente de sanciones disciplinarias sino de consecuencias del control del desempeño de la prestación del trabajo, que conectan, a su vez, con las condiciones mismas de ese desempeño, pues ponen en cuestión o restringen efectivamente la libertad de los trabajadores de elegir las horas de trabajo o los períodos de ausencia, o de rechazar tareas.

Precisamente porque esas consecuencias no se pueden considerar sanciones disciplinarias, la Ley 12/2021 no ha querido o no ha visto la necesidad de

---

44 LÓPEZ DE LA FUENTE, G., *La revolución tecnológica y su impacto en las relaciones de trabajo y en los derechos de los trabajadores (cuestiones actuales y nuevos retos)* Tirant lo blanch, 2020, p. 39. Sobre el tema, también GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores; análisis desde la perspectiva del Reglamento europeo de protección de datos de 2016”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 78, 2017, p. 19.

dar respuesta a las denuncias planteadas desde sectores doctrinales y sindicales, sobre el uso y abuso que se estaría haciendo del poder disciplinario “a través de la desactivación” (temporal o definitiva) de la plataforma<sup>45</sup>, lo que estaría permitiendo a los algoritmos “despedir” a los trabajadores, sin la intervención de una decisión humana, sobre la base de indicadores programados<sup>46</sup>.

En realidad, es muy discutible que las “penalizaciones” que pueden resultar de las operaciones que realiza el algoritmo, a partir de los parámetros que se hayan introducido en su programación (número de encargos que se rechazan, valoraciones de clientes), y que afectan, por ejemplo, a la puntuación que condiciona el acceso a futuros encargos, supongan propiamente una manifestación de la potestad sancionadora del empresario, por varias razones. La primera, porque estas penalizaciones se aproximan conceptualmente más a las que se contemplan para los autónomos en algunos acuerdos de interés profesional<sup>47</sup> – que pueden llevar a la “suspensión del servicio contratado”-, que a las medidas sancionadoras habituales que se imponen a los trabajadores asalariados. La segunda y probablemente más concluyente, porque de acuerdo con el art 58 ET, que regula el poder sancionador del empresario, legalmente no caben más sanciones que las que procedan “de acuerdo con la graduación de las faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable” (art. 58.2 ET) Por lo tanto, la plataforma digital, por mucho que se acredite que ejerce las facultades de organización, dirección y control mediante algoritmos, no puede sancionar cualquier conducta ni puede hacerlo con cualquier medida sancionadora. Deberá estar a las previsiones legales, en particular a lo que disponga el convenio colectivo aplicable en materia de régimen de faltas y sanciones, y a lo dispuesto en el art. 54 ET, que regula el despido disciplinario, básicamente porque los trabajadores que prestan sus servicios para estas plataformas no dejan de ser trabajadores asalariados en régimen laboral común.

En el desarrollo que, en concreto, la negociación colectiva viene haciendo de esta materia, las faltas susceptibles de sanción se clasifican, según su importancia, transcendencia e intención, en leves, graves y muy graves. Y según el art. 54 ET, el despido disciplinario, en particular, deberá basarse en todo caso en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Una gravedad y una culpabilidad que, como ha precisado la jurisprudencia, han de apreciarse a la vista de las específicas circunstancias que concurren en cada supuesto y el comportamiento de las partes implicadas. Otro tema es si es posible un análisis de esas

45 SUÁREZ CORUJO, B., “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social”, *Temas Laborales*, nº.141, 2018, p. 46.

46 En este sentido, Resolución de la Confederación Europea de Sindicatos, sobre cómo abordar los nuevos retos digitales para el mundo del trabajo, en particular el trabajo colaborativo Adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo de 25-26 de octubre de 2017

47 CASTRO ARGÜELLES, M.A., “Los Acuerdos de Interés Profesional: un balance de la negociación llevada a cabo al amparo del Estatuto del Trabajo Autónomo”, *ANALES DE DERECHO*, nº. 29, 2011, pp. 34-80.

circunstancias con métodos matemáticos, pues de la respuesta que se dé a esta cuestión dependerán las posibilidades reales de ejercer el poder disciplinario mediante algoritmos.

Es evidente que el algoritmo puede ser una herramienta que ayude al empresario para “registrar” incumplimientos del trabajador, puesto que puede programarse para controlar la duración del incumplimiento y detectar su habitualidad; o para alertar de cuándo esa conducta alcanza el número de reiteraciones que determinan la concurrencia del presupuesto fáctico del tipo infractor previsto en el convenio y/o de la fecha de comisión, que determina el *dies a quo* del cómputo del plazo largo de prescripción de las faltas (art. 60.2 ET). Incluso, en algunos casos, la operación matemática en que se basa el algoritmo puede llegar a calcular la entidad o magnitud del riesgo ocasionado o del daño producido, porque pueda consignar, por ejemplo, el lugar en que se produce, o su transcendencia o repercusión, a partir de los parámetros que se hayan introducido a tal efecto. Aun así, el algoritmo difícilmente podrá sustituir al empresario en la valoración de la intención y de la culpabilidad, determinante del tipo de sanción que procede. En este sentido, no parece posible que un algoritmo pueda entrar a valorar la intención y ánimo de infringir los deberes laborales básicos que han estado detrás de la conducta del trabajador, por más que pueda “avisar” sobre si ha habido o no alguna justificación por parte del trabajador, por ejemplo, de sus ausencias. Apremiar la culpabilidad de un trabajador requiere evaluar su integridad psicológica, entendida como posibilidad real del sujeto de determinar sus acciones, y apreciar si concurren circunstancias que afecten a la intención que pueden modificar su responsabilidad. Por lo tanto, aunque el algoritmo pueda ser diseñado con un fin disciplinario, no evita la necesaria intervención del empresario en la adopción de la decisión última de sancionar.

Y lo mismo podría decirse respecto de otras posibles consecuencias vinculadas al proceder o actuación de los trabajadores que prestan servicios en el ámbito de plataformas digitales, pactadas en algún convenio colectivo que, por ejemplo, autoriza a la empresa a descontar de la remuneración mensual de los trabajadores “todas las multas de tráfico o sanciones administrativas de carácter pecuniario que le hayan sido impuestas a la misma como consecuencia de su prestación de servicios”, puesto que esa posibilidad se vincula a que las mismas resulten imputables a una conducta dolosa o negligente por parte del trabajador. Igualmente, según este ejemplo, se podrá descontar el importe del teléfono móvil en caso de pérdida o daños que hagan necesaria su sustitución, o el importe de los daños al vehículo, pero siempre que se hayan producido en virtud de conducta negligente<sup>48</sup>.

Por otro lado, tampoco parece que el algoritmo pueda cumplir todos los requisitos de procedimiento. En ningún caso si es precisa audiencia sindical previa (de acuerdo con el art. 10 LOLS) o la apertura de expediente contradic-

---

48 Convenio colectivo de transporte de pasajeros en vehículo de turismo mediante arrendamiento con licencia VTC Ares capital, s.a. (centro de Bilbao) BO.Bizkaia 11 enero 2021.

torio (art. 68.a ET), puesto que la automatización pueda facilitar algunos de los trámites, pero no evitará la necesaria intervención del empresario cuya decisión final puede verse influida por la información facilitada ya sea por el delegado sindical, ya sea por el resto de representantes de los trabajadores o incluso por los testigos<sup>49</sup>.

A partir de estas consideraciones, no parece que la desactivación automática del repartidor de la plataforma pueda ser tratada como un despido disciplinario. Por mucho que se defienda la laboralidad de la relación de trabajo. Y por más ajustes que se hagan en la programación del algoritmo. Podría tratarse, sin embargo, de una causa de suspensión o de extinción de la actividad, dependiendo de su alcance temporal, que, por tanto, deberá ajustarse a las opciones que al respecto ofrece la legislación laboral<sup>50</sup>. Algo que las plataformas deberán tener en cuenta al hacer las “adaptaciones necesarias” para la aplicación del régimen laboral, en los términos sugeridos por el Real Decreto-ley 9/2021.

En este sentido, hasta ahora, los parámetros que llevaban a desactivar la conexión del trabajador de la plataforma, que le impedían seguir recibiendo encargos, los decidía unilateralmente la empresa. A partir de ahora, habrá que garantizar que los parámetros que se utilizan en la desactivación o bien responden a causas organizativas objetivas, que puedan encajar en los presupuestos de los arts. 47 ET o 52 ET, o bien son fruto del mutuo acuerdo alcanzado con el trabajador o se encuentran previstos en el contrato (art. 45.1 a y b ET y 49.1.a y b) o en la negociación colectiva<sup>51</sup>.

Desde esta perspectiva es fundamental que el responsable del algoritmo ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada, que permita al trabajador y en su caso a los representantes de los trabajadores entender las razones

49 En relación con estas cuestiones, ARUFE VARELA, A., “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*, nº 2 (2022), pp.163-168.

50 Que, según CRUZ VILLALÓN, J., “El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 38, “muestra una importante dosis de maleabilidad y de capacidad de adaptación al nuevo contexto tecnológico, con respuestas idóneas a los nuevos retos a partir sobre todo de los principios informadores asentados con el paso de los años de intervención de la norma sobre el mercado de trabajo”.

51 En este sentido, Convenio colectivo de transporte de pasajeros en vehículo de turismo mediante arrendamiento con licencia VTC Ares capital, s.a. (centro de Bilbao) BO.Bizkaia 11 enero 2021. incluye reglas particulares que contemplan “la desconexión de la plataforma” como una imposibilidad de prestación de servicios (junto a la retirada del permiso de conducir o de la autorización administrativa para trabajar) que suspende las obligaciones que dimanen del contrato de trabajo, de tal manera que el trabajador no prestará sus servicios y la empresa no vendrá obligada a abonarle el salario. “Si dichas circunstancias devinieran en permanentes, o la imposibilidad temporal no quedara levantada en el plazo de tres meses, la empresa quedará facultada para extinguir el contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, sin que tenga derecho el trabajador a percibir indemnización alguna por dicha extinción”.

que explican la decisión adoptada. El primer objetivo (referido al trabajador) estaría en la línea de lo dispuesto en el art. 22.1 Reglamento (UE) 2016/679, 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 (RGPD), que incorpora una prohibición general respecto de las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, al establecer el derecho a no ser objeto de una decisión basada en este tipo de tratamiento automatizado, “incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”, con alguna excepción que en todo caso ha de garantizar al trabajador, como mínimo, el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

En el mismo sentido, la propuesta de Directiva “relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales” incorpora un precepto sobre la revisión humana de decisiones importantes que requiere que las plataformas laborales digitales proporcionen una declaración escrita de los motivos que han llevado a cualquier decisión de restringir, suspender o cancelar la cuenta del trabajador de la plataforma, denegar la remuneración del trabajo realizado por el trabajador de la plataforma, o afectar a su situación contractual.

En todo caso, habrá que ver también cómo se transpone a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que algo dice al respecto, según la que los Estados miembros deberán velar por que el empleador proporcione al trabajador, en forma de documento, información sobre cualquier cambio en los aspectos de la relación laboral a que se hace referencia en el artículo 4, apartado 2. No obstante, esta Directiva (UE) 2019/1152 aunque garantiza, en efecto, la transparencia en condiciones básicas de trabajo, no extiende el deber de información de los empleadores al uso de algoritmos en el lugar de trabajo y cómo afectan a los trabajadores.

El segundo objetivo (que los representantes entiendan las razones que explican la decisión basada en el algoritmo), conecta con el contenido y alcance del (nuevo) derecho de información que incorpora el art. 64.4.d ET según el que el comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en el mantenimiento del empleo<sup>52</sup>.

---

52 En este sentido, la ya citada Resolución de la Confederación Europea de Sindicatos sobre cómo abordar los nuevos retos digitales para el mundo del trabajo, en particular el trabajo colaborativo, adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo de 25-26 de octubre de 2017, pide transparencia y responsabilidad algorítmica. Todas las decisiones basadas en algoritmos deben ser explicables, interpretables, comprensibles, accesibles, concisas, coherentes, transparentes, en consonancia con los principios y disposiciones del RGPD. Para cumplir este req-

Entre tanto no haya otras previsiones que ayuden a precisar el contenido de esa información, pueden resultar orientativas las Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles, a los efectos del Reglamento 2016/679, adoptadas por el Grupo de Trabajo del artículo 29<sup>53</sup> (GT29), que recomiendan al responsable del tratamiento que, “en lugar de ofrecer una compleja explicación matemática sobre cómo funcionan los algoritmos o el aprendizaje automático”, considere “la utilización de formas claras y exhaustivas de ofrecer información al interesado, por ejemplo: (i) las categorías de datos que se han utilizado o se utilizarán en la elaboración de perfiles o el proceso de toma de decisiones; (ii) por qué estas categorías se consideran pertinentes; (iii) cómo se elaboran los perfiles utilizados en el proceso de decisiones automatizadas, incluidas las estadísticas utilizadas en el análisis; (iv) por qué este perfil es pertinente para el proceso de decisiones automatizadas; y (v) cómo se utiliza para una decisión relativa al interesado”<sup>54</sup>.

## 6. REFLEXIONES FINALES

La aplicación de métodos de cálculo matemáticos o algoritmos a las relaciones de trabajo ha tenido consecuencias positivas, porque ha ofrecido a las empresas oportunidades de innovación para desarrollar nuevos productos y servicios<sup>55</sup>. Algunas de esas ventajas se han podido comprobar con motivo de la reciente crisis sanitaria, al permitir el mantenimiento de negocios a través de servicios en línea<sup>56</sup>. Pero su utilización en la organización del trabajo ha evidenciado el riesgo que puede representar para los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, pues también ha servido para ocultar la existencia de la subordinación que caracteriza la prestación de servicios en régimen laboral.

Esta problemática se ha puesto sobre todo de manifiesto con las plataformas digitales que utilizan la gestión algorítmica para asignar tareas, monitorear y evaluar a las personas que trabajan a través de ellas, y para tomar decisiones sobre sus condiciones de trabajo<sup>57</sup>. De ahí que, como se ha visto, una de las

---

uisito, todas las decisiones basadas en algoritmos que tengan un impacto en los trabajadores deberían ser auditadas por un órgano independiente.

53 Como se sabe el GT29 es un grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, de carácter consultivo e independiente, que se creó al amparo del art. 29 de la Directiva 95/46/CE.

54 <https://www.aepd.es/sites/default/files>

55 Según la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Las plataformas en línea y el mercado único digital Retos y oportunidades para Europa [Bruselas 31.3.2017, COM(2016) 288 final/2]

56 En términos similares se manifiesta el preámbulo de la Ley 12/2021.

57 28 millones de personas según la propuesta de Directiva “relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales”, que el 2025 pueden llegar a ser 43 millones.

primeras actuaciones que ha llevado a cabo el legislador interno haya sido precisamente “la regulación de la relación de trabajo por cuenta ajena en el ámbito de las plataformas digitales de reparto”<sup>58</sup>. La otra se ha centrado en extender el derecho de información de la representación de las personas trabajadoras, en el entorno laboral digitalizado, a los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que puedan afectar a la toma de decisiones que terminen incidiendo en las condiciones de trabajo y en el acceso y mantenimiento del empleo de los trabajadores.

De este modo, se ha reconocido expresamente que las facultades empresariales, a las que se refiere el artículo 20 del ET, pueden ser ejercidas por medio de esa gestión algorítmica, por más que esta pueda ofrecer una aparente flexibilidad al trabajador en la ejecución del trabajo, en todo caso discutible, como se advierte en el preámbulo de la Ley 12/2021, cuando lleva aparejadas consecuencias o repercusiones en el mantenimiento de su empleo, en el volumen de trabajo o en sus condiciones de trabajo.

La intervención normativa concretada en la Ley 12/2021 se ha centrado, por tanto, en el establecimiento de una vía para abordar la clasificación de la situación laboral en el trabajo de plataformas, que incluye una presunción refutable de relación laboral para las personas que trabajan en plataformas digitales de reparto, que se activa cuando esas plataformas utilizan algoritmos para ejercer las facultades de organización y dirección de ese servicio de reparto. Sin embargo, ha dejado sin respuesta algunos de los interrogantes que plantea la concreción de cómo debe desarrollarse el ejercicio regular de esos poderes cuando se llevan a cabo a través de algoritmos. Sin que la mencionada obligación general de información a la representación de las personas trabajadoras (art. 64.4 d ET) parezca suficiente para garantizar a los trabajadores la transparencia en el uso y funcionamiento de los sistemas automatizados de control; menos aún para asegurar un control humano del impacto que pueden tener tales sistemas en las condiciones de trabajo, que salvaguarde los derechos básicos de los trabajadores, así como su salud y seguridad en el trabajo.

Por razones similares, tampoco la normativa en materia de protección de datos ofrece garantías suficientes puesto que, aunque aborda la gestión algorítmica de ciertos aspectos, no lo hace desde la perspectiva de los trabajadores<sup>59</sup>. En ningún caso parece que esta normativa ofrezca una plena garantía de que todas las personas que trabajan a través de plataformas y sus representantes van a disfrutar, gracias a los cambios señalados, de una mayor transparencia y comprensión de las prácticas de gestión algorítmica.

Tal vez el legislador ha pensado que, despejado el problema sobre la naturaleza jurídica de la relación de trabajo de los repartidores, el régimen laboral común ofrece suficientes reglas y respuestas jurídicas para asegurar el ejercicio

---

58 Preámbulo Ley 12/2021.

59 Como advierte la propuesta de Directiva “relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales”.

regular de los poderes empresariales mediante algoritmos. Pero como advierte la propuesta de Directiva, no todos los desafíos identificados en el trabajo de la plataforma están suficientemente abordados por los instrumentos normativos existentes, incluidos los relativos a la protección de datos, que aun siendo relevantes para las operaciones de las plataformas laborales digitales y las personas que trabajan a través de ellas, no son suficientes. No se olvide además que, como ya se ha dicho, los algoritmos “se escapan” de la intervención del propio empresario, superando las reglas, parámetros e instrucciones iniciales, como consecuencia de su propio funcionamiento.

Precisamente por ello, a nivel de la UE se encuentra en tramitación la mencionada propuesta de Directiva que, además de abordar la clasificación errónea de la situación laboral de los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales, propone disposiciones específicas sobre el uso de sistemas automatizados de control y toma de decisiones; y refuerza los derechos de información y consulta de los trabajadores de la plataforma y de sus representantes sobre las decisiones adoptadas mediante algoritmos, que pueden dar lugar a la introducción de cambios sustanciales en el uso de esos sistemas automatizados.

Esta intervención normativa que se está preparando a nivel de la UE se centra, como se acaba de decir, en la determinación correcta de la situación laboral de las personas que realizan trabajos en plataformas, en concreto, en el establecimiento de un marco integral para abordar la clasificación errónea de esa situación laboral, mediante procedimientos adecuados para la correcta determinación de la misma. Se preocupa también de garantizar la equidad, la transparencia y la responsabilidad en la gestión algorítmica, mediante la introducción de nuevos derechos materiales para las personas que realizan trabajos en plataformas, entre ellos, el derecho a la transparencia en el uso y funcionamiento de los sistemas automatizados de control y toma de decisiones, que vendrá a completar los derechos existentes en materia de protección de datos. Y se regula el control humano del impacto de tales sistemas en las condiciones de trabajo con el fin de salvaguardar los derechos básicos de los trabajadores y sus seguridad y salud, incluyendo el establecimiento de canales apropiados para debatir y solicitar la revisión de decisiones. La propuesta de Directiva se ocupa asimismo de mejorar la transparencia y la trazabilidad del trabajo de la plataforma, regulando la obligación de las plataformas de declarar el trabajo en régimen laboral a las autoridades competentes

Para la UE, por tanto, abordar los desafíos que surgen del trabajo en plataformas precisa que se establezcan, a nivel europeo, nuevos estándares mínimos en las condiciones de trabajo, aunque para ello parece suficiente con el reconocimiento de esos derechos mínimos destinados a garantizar la correcta determinación de la situación laboral de los trabajadores y la transparencia, equidad y rendición de cuentas en la gestión algorítmica, en los términos descritos en el párrafo anterior. Esta solución, de salir adelante en los esos términos, vendría a respaldar la opción reguladora que se ha seguido en nuestro ordenamiento

interno que, como se ha visto, consideró suficiente para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, con regular una presunción de laboralidad que permite, salvo prueba en contrario, aplicar a esas personas el régimen laboral común. De ser así, la transposición de la Directiva en este punto probablemente no precisará mucho más que extender la disposición adicional vigesimotercera del ET al resto de personas que prestan servicios en el ámbito de plataformas digitales, cualquiera que sea el sector de actividad. Pero, también requerirá aumentar las obligaciones que recaen sobre la titular de la plataforma, más allá de las de información, ya previstas en el art. 64.4 ET, para garantizar la transparencia, equidad, rendición de cuentas en la gestión algorítmica.

Con todo, ninguna de estas intervenciones normativas parece dar suficientes respuestas a algunos de los retos que supone adaptar, al régimen laboral común, la organización de la prestación de servicios a través de plataformas digitales, mediante algoritmos; especialmente los relativos a las opciones de contratación (modalidades de contrato) o a cómo se deben garantizar los derechos mínimos en materia de tiempo de trabajo. No obstante, respecto de esta segunda cuestión, la propuesta de Directiva ofrece alguna clave pues obliga a aplicar, a las personas empleadas que trabajan a través de plataformas, la Directiva 2003/88 sobre ordenación del tiempo de trabajo, que establece los requisitos mínimos para la organización del tiempo de trabajo y define conceptos como “tiempo de trabajo” y “descanso”; así como la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de tiempo de trabajo, que dejó claro que el tiempo de espera, durante el cual las oportunidades del trabajador para realizar otras actividades se ven significativamente restringido, se considerará tiempo de trabajo.

Nada se dice, en cambio, sobre la modalidad o modalidades de contratación más adecuadas. Una cuestión que se han planteado en la práctica, ante la necesidad de regularizar la contratación laboral de unos repartidores que en la mayoría de los casos estaban contratados como autónomos económicamente dependientes. Las dudas surgen porque, ya se plantee como una contratación directa, ya se opte por fórmulas de contratación interpuesta, como las que ofrecen la ETT, no está nada claro que nuestro régimen laboral ofrezca una opción de contratación en la que los trabajadores no tienen un tiempo garantizado o en los que el patrón del trabajo puede llegar a ser total o mayoritariamente imprevisible; como puede ocurrirles a muchas de las personas que prestan servicios en las plataformas digitales de reparto.

En su día, la STJUE de 12 de octubre de 2004, C-313-02, no dudó en entender incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres), y del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81 del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (trabajo a tiempo parcial), a un trabajador cuyo contrato de trabajo estipulaba que la duración y la distribución de la jornada laboral se determinarían en función de la carga de trabajo, debiendo fijarse, en cada caso, de mutuo acuerdo entre las partes. Para esta sentencia, ni la Directiva 76/207/

CEE, ni el Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE se oponen a la existencia de un contrato de trabajo en el que la duración de la jornada semanal y su distribución no están establecidas sino que dependen de la carga de trabajo y deben determinarse caso por caso, y en el que dichos trabajadores son libres de aceptar o rechazar cada trabajo que se les proponga, aunque la regla general sea que los contratos determinen previamente la duración de la jornada semanal y la distribución del tiempo de trabajo.

Alguna pista puede arrojar sobre el particular la necesaria transposición de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, de aplicación a los trabajadores en régimen laboral de las plataformas digitales -a los que parece incluir en la categoría de “trabajo atípico”-. Dicha transposición puede ser la ocasión que tenga el legislador español para precisar algunas reglas que pueden reforzar los derechos de estos trabajadores<sup>60</sup>. En concreto, esta norma comunitaria incluye normas sobre transparencia, derecho a la información, períodos de prueba, empleo paralelo, previsibilidad mínima del trabajo y medidas para los contratos a demanda, e impone al empleador una obligación de información al trabajador si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible sobre el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas<sup>61</sup> y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas. En el mismo sentido, desde el inicio de la relación laboral se deben fijar las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje, el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación de la tarea asignada, acordada previamente con el trabajador.

Además, para los contratos a demanda, en los que el patrón del trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, se establece que los Estados miembros que autoricen el uso de este tipo de contratos de trabajo o similares, incorporen una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado; cuando no opten por limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares.

---

60 Para BALLESTER PASTOR. M.A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social 2022, p. 96, las reglas de previsibilidad que se incorporan a la regulación de los trabajadores fijos discontinuos en la redacción que el Real Decreto Ley 32/2021 ha dado al art. 16.2 ET, habrían venido a dar cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2019/1152 sobre la necesidad de que todas las personas trabajadoras tengan condiciones previsibles. Aunque el preámbulo de este Real Decreto Ley nada advierte sobre el particular.

61 Lo que implica que debe configurarse en todos los contratos una garantía de volumen de trabajo asegurado en términos cuantitativos, según BALLESTER PASTOR. M.A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social 2022, p. 98.