

LA DIRECTIVA DE TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES. PUNTOS CONFLICTIVOS Y RECOMENDACIONES PARA LA TRASPOSICIÓN*

ADRIÁN TODOLÍ SIGNES**

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valencia

ORCID: 0000-0001-7538-4764

EXTRACTO

Palabras clave: Trabajo, plataformas digitales, directiva, Uber, presunción, algoritmo, inteligencia artificial

La recientemente aprobada Directiva de trabajo en plataformas digitales contiene dos partes bien diferenciadas. De un lado, regula una presunción de laboralidad para todos los trabajadores de plataformas digitales. De otro lado, establece garantías, individuales y colectivas, para trabajadores y autónomos frente a la dirección algorítmica. Este trabajo analiza, en primer lugar, el ámbito de aplicación de la Directiva dado que el concepto de “plataforma digital” requiere ser interpretado para conocer a qué plataformas les resulta de aplicación la normativa. En segundo lugar, se analiza el alcance y límites de la presunción de laboralidad y su ámbito temporal. En tercer lugar, respecto a las garantías frente a la dirección algorítmica se estudia su relación con otras garantías existentes anteriormente como es el (Reglamento General de Protección de Datos) RGPD. Por último, resultado del análisis y de los problemas interpretativos encontrados se realiza una serie de recomendaciones para su transposición.

ABSTRACT

Keywords: Work, digital platform, directive, Uber, presumption, algorithmic, artificial intelligence

The recent approval of the Digital Platform Work Directive contains two well-differentiated parts. On one hand, it regulates a presumption of employment for all digital platform workers. On the other hand, it establishes guarantees, individual and collective, for workers and self-employed individuals against algorithmic management. This work first analyzes the scope of application of the Directive, given that the concept of ‘digital platform’ needs to be interpreted to understand which platforms the regulation applies to. Secondly, it examines the scope and limits of the presumption of employment and its temporal scope. Thirdly, with regard to guarantees against algorithmic management, its relationship with other previously existing guarantees, such as the General Data Protection Regulation (GDPR), is studied. Finally, as a result of the analysis and the interpretative problems encountered, a series of recommendations for its transposition is made

* Investigación que forma parte del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado “Algoritmos extractivos y neuroderechos. Retos regulatorios de la digitalización del trabajo” ref. PID2022-139967NB-I00. Este artículo se ha realizado con la versión de la Directiva de trabajo en plataformas digitales aprobada definitivamente por el Consejo de Europa y por el Parlamento Europeo.

** www.adriantodoli.com.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ENTENDER LA DIRECTIVA A TRAVÉS DEL PROCESO DE APROBACIÓN. UNA VALORACIÓN GLOBAL
3. CONCEPTO LEGAL DE PLATAFORMA APLICADO A LA VARIEDAD TIPOLÓGICA. LA DIFICULTAD DE PONER PUERTAS AL CAMPO
 - 3.1. El concepto de “plataforma digital de trabajo” como ámbito de aplicación de la Directiva
 - 3.2. Las agencias de colocación digitales
 - 3.3. Plataformas de creadores de contenidos
 - 3.4. Plataformas basadas en concursos
 - 3.5. El uso de empresas intermediarias entre la plataforma y los prestadores de servicios
4. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD
5. LAS PROTECCIONES FRENTE A LOS ALGORITMOS
 - 5.1. Usos prohibidos
 - 5.2. Transparencia. Derechos de información y consulta
 - 5.3. Auditoría algorítmica y de los sistemas de control
 - 5.4. Derecho de revisión
6. RECOMENDACIONES PARA LA TRASPOSICIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo en plataformas digitales ha supuesto en la última década una oportunidad de trabajo para muchas personas. Los estudios plantean que es una alternativa para generar ingresos especialmente para personas inmigrantes y otros colectivos con dificultades para el acceso a un trabajo tradicional¹. Sin embargo, los análisis también han señalado que el trabajo en plataformas digitales presenta riesgos de precariedad, falta de previsibilidad de ingresos, exceso de horas de trabajo y riesgos laborales específicos². A su vez, la tendencia de las plataformas de clasificar como colaboradores independientes a los prestadores de servicios ha supuesto un reto para la protección social de los mismos. Tribunales en toda Europa han comenzado a reclasificar a los trabajadores de plataformas, en sectores del transporte y reparto, como asalariados tras largos procesos judiciales con elevado coste para los demandantes y los Estados³.

¹ ILO, *World Employment and Social Outlook The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Geneve, 2021.

² Taylor M., et al., *Good work: the Taylor review of modern working practices*, London, 2017. Todolí A (Dir.) *Riesgos específicos de Riesgos laborales específicos del trabajo en plataforma digitales*, OSALAN, 2020.

³ Hiebl, C., “The Classification of Platform Workers in Case Law: A Cross-European Comparative Analysis”. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, V. 42.2, 2022.

Con el objetivo de aportar seguridad jurídica, reducir la conflictividad, aminorar la carga probatoria de quién es realmente asalariado y, en general, mejorar las condiciones de trabajo de aquellos que obtienen ingresos en plataformas digitales la UE ha aprobado la Directiva europea de mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas (en adelante, DTPD).

La norma trae novedades en el ámbito laboral más allá de la letra de la misma: supone cambiar el objeto de la regulación. En efecto, el ámbito de aplicación clásico de las normas laborales es el trabajo asalariado, sin embargo, la DTPD centra la regulación en la propia plataforma y se aplica a todo aquel que preste servicios *a través* de ella con independencia del estatus jurídico (asalariado o autónomo). El reto ahora es conocer a qué tipología de plataformas se aplicará esta nueva normativa. Por ejemplo, existen dudas respecto a su implementación en las agencias de colocación online o a las plataformas de creación de contenido (ej., Youtube, Twitch). La variedad de las plataformas es muy rica y el concepto de plataforma dado por la Directiva no es todo lo claro que se esperaría.

La norma ha sufrido un fuerte debilitamiento respecto a la proposición inicial realizada por la Comisión Europea que pone en duda que vaya a alcanzar sus objetivos. En la versión final, cuáles van a ser los criterios de activación de la presunción dependerá del EM. La Directiva se limita a establecer una finalidad en la trasposición: que en aplicación de la misma la carga de probar la laboralidad se reduzca. Aquí aparece la duda de si con el art. 8.1 del ET se da satisfacción a esta necesidad de una presunción de laboralidad o si la Directiva obliga a regular específicamente una nueva presunción de laboralidad de mayor alcance.

En materia de mejora de condiciones de trabajo, la norma se dedica profusamente a regular la dirección algorítmica del trabajo en plataformas digitales. Se establecen prohibiciones de procesar datos y derechos de información, individuales y colectivos. Una de las mayores novedades es la obligación de las plataformas de realizar una auditoría algorítmica para garantizar que el algoritmo no está vulnerando derechos de los prestadores de servicios. La cuestión que surge es quién debe realizar dicha auditoría ¿puede ser externa a la empresa? y cuál debe ser su contenido mínimo. Adicionalmente, estos derechos surgidos de la Directiva, incluidos algunos colectivos, no se van a aplicar solo a asalariados, sino también a prestadores de servicios autónomos, sin que la normativa determine de forma expresa quienes pueden tener la consideración de representantes de estos colectivos.

Este artículo tiene por objetivo analizar el contenido de la DTPD y resolver las dudas jurídicas que plantea, así como, realizar propuestas para la trasposición que limiten la inseguridad jurídica y permitan una mayor efectividad de las garantías concedidas por la norma europea. El artículo continúa, en el siguiente epígrafe, con una aproximación al desarrollo legislativo seguido en el ámbito europeo para permitir una mejor comprensión de la normativa. Posteriormente, en el epígrafe

tercero, se analiza el ámbito de aplicación de la norma y sus posibles efectos sobre agencias de colocación online, plataformas de contenido y de concursos. El capítulo cuarto estudia la presunción de laboralidad y sus efectos sobre relaciones contractuales existentes con anterioridad a la norma. El quinto analiza las garantías frente a la dirección algorítmica. Por último, el trabajo finaliza con recomendaciones para su futura transposición.

2. ENTENDER LA DIRECTIVA A TRAVÉS DEL PROCESO DE APROBACIÓN. UNA VALORACIÓN GLOBAL

La aprobación de la DTPD ha requerido una profunda modificación respecto a la propuesta de la Comisión Europea. La iniciativa, realizada en diciembre de 2021, ha sido alterada por el Consejo de la Unión Europea en diversas ocasiones. Finalmente se aprobó, en tiempo de descuento, bajo la presidencia belga en una segunda votación en marzo de 2024. Sirva este tortuoso proceso de aprobación para dar cuenta de la conflictividad que ha provocado la DTPD y la fuerte oposición por parte de las propias plataformas digitales. El informe de acompañamiento de la Comisión Europea a la Directiva señalaba que el objetivo de la misma era laboralizar 4.1 millones de falsos autónomos en el trabajo en plataformas en Europa⁴. No parece que la versión final de la Directiva, en la redacción aprobada, vaya a poder dar cumplimiento a este objetivo.

Ahora bien, no todas las partes de la Directiva ha recibido el mismo nivel de oposición. La Directiva desde su inicio -y así se ha mantenido en su aprobación- contiene dos partes bien diferenciadas siguiendo el modelo de nuestra propia Ley Rider. Por un lado, varios artículos se dedican a establecer y regular la obligación de todos los EM de tener una presunción de laboralidad *iuris tantum* en el trabajo en plataformas digitales. Por otro lado, otra parte de la normativa contiene protecciones para los trabajadores de plataformas -sean asalariados o verdaderos autónomos- frente a los sistemas automatizados de monitorización o de toma de decisiones que afecten a los que prestan servicios en plataformas digitales: incluidos nuevos derechos de información y consulta para los representantes de los trabajadores de plataformas.

En este sentido, cabe señalar que la primera parte de la normativa -la presunción de laboralidad- es la parte más conflictiva y que mayores cambios ha sufrido. La propuesta inicial de la Comisión Europea establecía que se aplicaría la presunción de laboralidad siempre y cuando se cumplieran dos de un conjunto de cinco requisitos señalados por la propia normativa. Esto es, no era una presunción

⁴ European Commission “Impact assessment report Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council On improving working conditions in platform work”, Brussels, 2021.

de laboralidad que se activara en todo caso, sino solamente cuando el trabajador consiguiera demostrar que en su concreta prestación de servicios se daban unas circunstancias específicas determinadas por la norma.

La presidencia checa del Consejo propuso aumentar a tres el número de requisitos que debía probar el trabajador para activar la presunción de laboralidad. Posteriormente, la presidencia española, en diciembre de 2023, volvió a reducir a dos el número de requisitos que debían acreditarse por parte del trabajador para activar la presunción de laboralidad. Sin embargo, esta propuesta no fue aceptada por una mayoría del Consejo y fue rechazada.

En febrero de 2024, bajo la presidencia belga, y viendo que el número de requisitos que debían ser demostrados para activar la presunción de laboralidad era el mayor escollo para aprobar la DTPD y sabiendo que el tiempo se terminaba dado que el parlamento europeo se disolvía para las elecciones del 9 de junio, se presentó una propuesta en la que desaparecían los requisitos establecidos para la activación de la presunción de laboralidad. Esto es, se establecía la obligación de todos los EM de tener una presunción de laboralidad, pero sin fijar a nivel europeo qué requisitos activarían dicha presunción. Aun así, esta propuesta fue rechazada por el Consejo en febrero de 2024. Sin embargo, en marzo del 2024, la presidencia belga volvió a presentar la misma redacción de DTPD y en esta vez el consejo dio su beneplácito.

Por el contrario, durante todo este proceso conflictivo, la parte dedicada a las protecciones frente a algoritmos ha sufrido muchos menos cambios y la oposición a los mismos ha sido inferior. Esta cuestión será relevante a la hora tanto de analizar el contenido de las dos partes diferenciadas de la Directiva como, sobre todo, a efectos de transposición.

3. CONCEPTO LEGAL DE PLATAFORMA APLICADO A LA VARIEDAD TIPOLÓGICA. LA DIFICULTAD DE PONER PUERTAS AL CAMPO

3.1. El concepto de “plataforma digital de trabajo” como ámbito de aplicación de la Directiva

Como ya se ha señalado, la DTPD se aplica, no solamente a asalariados, sino también a autónomos. De esta forma, el ámbito de aplicación clásico de la normativa laboral que consiste en definir quién es un asalariado y a este se le aplicará la normativa laboral (sin definir quién es el empresario más allá de entender que lo será todo aquél que contrate con un trabajador) no era de utilidad para las pretensiones de la Directiva.

Por el contrario, el ámbito de aplicación de la normativa pasará a ser “el trabajo en una plataforma digital”. Esto, el foco se pone precisamente en el “tipo” de empresa, siendo al empresario de “plataformas digitales” a aquél que, en su relación con el prestador de servicios -sea asalariado o autónomo verdadero-, se le imponen una serie de obligaciones.

El reto de definir qué es una plataforma digital de trabajo es mayúsculo. Desde los primeros trabajos doctrinales en materia de trabajo en plataformas digitales⁵ se ha señalado la gran variedad y heterogeneidad que existe de plataformas digitales. Así, solamente por nombrar alguna de las categorizaciones se encontraría: las plataformas digitales de trabajo presencial (Uber); plataformas digitales de trabajo online (iStockphoto); plataformas de *microworking* (Amazon Mechanical Turk); plataformas de *freelancing* (Fiveer); plataformas digitales de contenidos (Youtube, twitch); plataformas de trabajo genéricas (Field Agent); específicas (Glovo); basadas en concursos (99 designs)⁶, etc. A estas cabría sumar las plataformas digitales que publicitan ofertas de trabajo (InfoJobs) o de intermediación en el mercado de trabajo (agencias de colocación digitales).

Adicionalmente, se encuentran otro tipo de plataformas que podrían definirse por el hecho de que la prestación de servicios no es el centro del negocio jurídico subyacente. Aquí se pueden encontrar plataformas de alquiler de bienes (Airbnb, Parquo), de venta de bienes (Wallapop, Amazon); plataformas de reparto de gastos en transporte (Bla Bla Car), etc. Por ello, el reto de definir el “trabajo en plataformas digitales” no solamente consiste en conceptualizar y describir qué es una plataforma digital, sino cuando la misma tiene como actividad la prestación de servicios, descartando aquellas plataformas cuya actividad sea otro negocio jurídico (ej. alquiler).

Con esto en mente, la normativa, en su art. 2.1 DTPD, define las plataformas digitales de trabajo como ámbito de aplicación de la normativa con cuatro requisitos que deben cumplirse acumulativamente.

- a) provee servicios a través de medios electrónicos como una web o una aplicación,
- b) ese servicio se provee a petición del destinatario del servicio;

⁵ De Stefano, V., “The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy”, ILO, 2016. Todolí Signes, A., *La era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

⁶ En estas plataformas un cliente ofrece un encargo de abierta a toda una comunidad de personas en la plataforma. Los trabajadores realizan el trabajo y lo entregan y el cliente elige entre todos los trabajos realizados cuál prefiere. Este trabajo elegido es el único que percibe una retribución por el trabajo, ver Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo blanch 2017; Araujo R., “99designs: An Analysis of Creative Competition in Crowdsourced Design”, First AAAI Conference on Human Computation and Crowdsourcing, v1, 2013.

- c) la plataforma organiza el trabajo realizado por individuos a cambio de una contraprestación económica, el servicio puede desarrollarse online o presencialmente;
- d) existen sistemas automatizados de seguimiento o de toma de decisiones.

Con esta definición, existe un conjunto de plataformas digitales de trabajo que claramente están incluidas, a saber, las plataformas digitales de trabajo presencial (Uber); plataformas digitales de trabajo online (iStockphoto); plataformas de microworking (Amazon Mechanical Turk); plataformas de freelancing (Fiverr)⁷. Todo ello con independencia de que sean plataformas dedicadas a un sector de actividad específico o sean plataformas donde, genéricamente, se pueda encontrar trabajadores/autónomos pertenecientes a cualquier sector de actividad.

Asu vez, la definición excluye de forma bastante clara cierto tipo de plataformas. En ese sentido, dado que se exige que la plataforma *organice el trabajo* realizado por individuos, esto parece excluir las plataformas cuya actividad subyacente no sea la prestación de servicios. Esto es, se excluiría así plataformas de alquiler de bienes (Airbnb, Parquo), de venta de bienes (Wallapop, Amazon); plataformas de reparto de gastos en transporte (Bla Bla Car). En este sentido, también parecen excluidas las plataformas que solamente se dediquen a ofrecer anuncios de ofertas de trabajo o de prestación de servicios sin intervenir en la selección del concreto prestador de servicios. En apoyo a esta interpretación, el considerando 20 de la DTPD indica que no entran en el concepto de plataforma digital las plataformas digitales que no organizan el trabajo, sino solamente facilitan a los proveedores de servicio encontrar clientes sin más.

3.2. Las agencias de colocación digitales

La definición legal de trabajo en plataformas basada en estos cuatro requisitos aclara la inclusión y exclusión de algunos grandes tipos de plataformas digitales. Sin embargo, existen otros donde las dudas son mayores: por ejemplo, en las agencias de colocación digitales.

En un primer momento se debería rechazar la inclusión de una agencia de colocación en el ámbito de aplicación de la Directiva, dado que no cumple el requisito (c): Una agencia de colocación pura no va a organizar el trabajo ni tampoco a retribuirlo (tras encontrar la persona adecuada para el trabajo es el cliente final el que organiza y retribuye el trabajo). La controversia surge debido a que el considerando 20 de la DTPD establece que organizar el trabajo debe implicar, como mínimo, un papel importante en vincular la demanda del servicio a la oferta de mano de obra de una persona física. De esta forma, la DTPD usa un

⁷ Silberman M. S., “The concept of the “digital labor platform”, London College of political Technology working paper, 2023, p 2.

concepto muy amplio de “organización del trabajo”. Esto parece coherente con el objetivo de la Directiva de incluir en el ámbito de aplicación aquellas plataformas que cuentan con verdaderos autónomos realizando prestaciones de servicios. Una interpretación de concepto de “organización del trabajo” próxima a los conceptos clásicos de “dirección” o “coordinación” del trabajo -esto es, dependencia-excluiría cualquier plataforma que provea servicios a prestadores de servicios verdaderamente autónomos.

De esta forma, la amplitud en la que el considerando 20 define lo que es “organizar trabajo”, a efectos de la Directiva, hace pensar que una agencia de colocación online cumple con el tercero (c) de los requisitos.

Ahora bien, para incluir las agencias de colocación online en el ámbito de aplicación de la DTPD es necesario que se cumpla también el cuarto requisito: el uso por parte de la plataforma, de sistemas automatizados de seguimiento o de toma de decisiones. Ambos sistemas son definidos por el propio texto de la norma. El art. 2.1 (h) establece que los sistemas de monitorización son aquellos usados para realizar el seguimiento, controlar o evaluar, por medios electrónicos, la realización del trabajo de personas que realizan trabajo en plataformas o las actividades realizadas en el entorno de trabajo, también mediante la recopilación de datos personales. Por su parte, los sistemas automatizados de toma de decisiones son definidos en el art. 2.1 (i) como sistemas que se utilicen para adoptar o respaldar, por medios electrónicos, decisiones que afecten significativamente a personas que realicen trabajo en plataformas, también a las condiciones laborales de trabajadores de plataformas, en particular decisiones que afecten a su contratación, su acceso a las tareas asignadas y a la organización de estas, sus ingresos, incluida la fijación del precio de tareas individuales asignadas, su seguridad y su salud, su tiempo de trabajo, su acceso a formación, su promoción o equivalente, y a su situación contractual incluida la restricción, suspensión o cancelación de sus cuentas.

Este concepto, que se acaba de ver, de “sistema automatizado de toma de decisiones” implicará que solamente podrán estar incluidas en el concepto de plataforma digital de trabajo aquellas agencias de colocación digitales que usen sistemas electrónicos para tomar o apoyar decisiones de “selección” de los concretos trabajadores ofrecidos al cliente. Si, adicionalmente, las “agencias de colocación” recogen evaluaciones (*feedback*) de los clientes respecto al trabajo realizado -como pueda ser la conocida reputación digital de los prestadores de servicios⁸- quedaría aún más claro que encajan en el cuarto requisito. Esto es, de acuerdo con el 2.1 (h), si la agencia de colocación digital usa algoritmos para realizar la casación entre oferta y demanda laboral se podría estar cumpliendo el cuarto requisito (d) del concepto de “plataformas digitales de trabajo”.

⁸ Todolí Signes, A., The evaluation of workers by customers as a method of control and monitoring in firms: Digital reputation and the European Union’s General Data Protection Regulation, *International Labour Review*, 160 (1), 2020, <https://doi.org/10.1111/ilr.12161>.

Incluso más claramente podrían estar incluidas en estos requisitos las “agencias de colocación digitales” que se dedican únicamente a un tipo de trabajadores. En efecto, una agencia de colocación clásica suele implicar una empresa que casa oferta y demanda de trabajo en todo tipo de sectores según las necesidades de la empresa cliente. Sin embargo, en el mundo digital -derivado de los menores costes fijos que implica el mundo online-, muchas de estas plataformas se han especializado en buscar (casar oferta y demanda) proveedores de servicios de una actividad concreta. Así, por ejemplo, son muy conocidas las plataformas de cuidados o de limpieza del hogar en las que la plataforma selecciona mediante su algoritmo el concreto prestador de servicios para luego ser contratado directamente por el cliente final. También ocurre con plataformas de abogados en las que la plataforma selecciona algorítmicamente al abogado concreto que realizará los servicios. O incluso plataformas donde el cliente final recibe varios presupuestos distintos realizados por los contratistas o proveedores de servicios de la plataforma para que el cliente final elija que prestador prefiere. En todos estos casos, en mayor o menor medida, la plataforma está algorítmicamente cruzando oferta y demanda siendo los criterios del algoritmo los que permiten la selección concreta de quién tiene acceso al cliente final de la plataforma y, por tanto, el algoritmo es crucial para determinar la capacidad de obtener ingresos del trabajador o proveedor de servicios autónomo.

Cuestión distinta será el caso en que sea el cliente final, sin intervención de la plataforma, el que elija libremente y sin información o datos provistos por la plataforma-sin elaboración de perfiles, ni monitorización en sentido del art. 2.1 (8) o reputación digital. En estos casos, la plataforma podría quedar excluida del ámbito de aplicación de la DTPD.

Adicionalmente, en mi opinión, será relevante que la plataforma ofrezca prestadores de servicios para todo tipo de encargos de distintas actividades y sectores o, por el contrario, la plataforma se dedique específicamente a anunciarse como proveedora de personas o prestadores de servicios de una actividad o sector (ej., plataforma de cuidadores). Precisamente, en el segundo supuesto, la plataforma tendrá mayores incentivos y conocimientos para “organizar el trabajo” en el sentido de la DTPD.

Tendrá mayores incentivos dado que aquella empresa que se anuncie como especialista de un único sector o actividad, se le exigirá, por parte de los clientes, mayor nivel de calidad -y de control de calidad- de los prestadores de servicios -lo que implica mayor monitorización-. A su vez, tendrá mayores conocimientos para organizar el trabajo -en sentido de cruzar oferta y demanda- dado que si solo se dedica a un sector, la especialización en sí misma conlleva diseñar la plataforma específicamente para ese trabajo -lo que fácilmente entraría dentro del concepto de “organización” usado por la DTPD-. Téngase en cuenta que la Directiva obliga a los EM a establecer una presunción de laboralidad de los trabajadores en plataformas, por ello, elementos como la “especialización” de la plataforma,

que han sido usados para determinar la propia laboralidad de los trabajadores de plataformas⁹, tendría poco sentido que no se tuvieran en consideración para que estas plataformas entraran simplemente en el ámbito de aplicación de la DTPD.

En cualquier caso, la gran variedad y tipología de plataformas y sus diversas formas de funcionar hace que, en muchos casos de nuevo, exista una amplia zona gris de incertidumbre sobre la aplicación o no de la Directiva de plataformas.

3.3. Plataformas de creadores de contenidos

En plataformas como Youtube, Twitch, Onlyfans, etc, miles de personas obtienen ingresos creando contenido que es ofrecido en la plataforma o que es visualizado en tiempo real por los aficionados. Las plataformas insertan publicidad en los videos y pagan a los creadores del contenido una parte de lo obtenido. La cantidad percibida varía según el número de visualizaciones. A su vez, ambos dependen, en gran medida, del diseño realizado del algoritmo de la plataforma. Los algoritmos deciden los videos “recomendados” para la audiencia y la probabilidad de que un usuario vea un video está íntimamente relacionada con que este sea recomendado¹⁰. También los creadores de contenido obtienen ingresos gracias a los “suscriptores”, esto es, aficionados a un determinado “influencer” que pagan mensualmente, a través de la plataforma digital, una cantidad para poder visualizar los videos de su “influencer” favorito o para obtener acceso a alguna funcionalidad extra (como poder escribir al “influencer” alguna petición, tener acceso a contenido exclusivo, etc.)¹¹.

El funcionamiento de las plataformas de contenido parece incluido en el “trabajo en plataformas digitales” desde una doble perspectiva interpretativa: literal y finalista. Empezando por la interpretación finalista, la norma tiene por objetivo, por un lado, aclarar cuándo se está ante un asalariado y cuando ante un verdadero autónomo y, por otro lado, otorgar derechos frente al uso de algoritmos que afectan a las condiciones laborales tanto asalariados como autónomos.

En este sentido, ambos objetivos son necesarios en las plataformas de contenidos. Por un lado, la doctrina ha sugerido que, si bien las notas de laboralidad no se encuentren tan claramente en plataformas de contenidos como en otro tipo de plataformas, la realidad es que el alto control algorítmico existente respecto al

⁹ STSJ Cataluña 1/3/2022 (rec. 7491/2021) ECLI:ES:TSJCAT:2022:2522.

¹⁰ Entre miles de millones de videos existentes en la plataforma, aquellos que son recomendados por el algoritmo son los únicos que tienen una oportunidad real de generar ingresos.

¹¹ Para ver en profundidad el funcionamiento, ver Pătra L., Todolí Signes, A., “Ser influencer hoy: posibilidades y obstáculos de una nueva fuente de empleo”, 2022 <https://www.uv.es/catedra-economia-colaborativa-transformacion-digital/es/novedades/informe-ser-influencer-hoy-posibilidades-obstaculos-nueva-fuente-empleo-1286057015758/Novetat.html?id=1286256097235>

contenido, duración y frecuencia de los videos realizados y las extensas jornadas de trabajo imprescindibles para obtener unos ingresos dignos hace necesario aclarar su estatus jurídico¹². A su vez, y especialmente, la aplicación de las protecciones frente al uso de algoritmos es necesaria para los creadores de contenido -aunque estos sean verdaderos autónomos. El diseño del algoritmo y sus modificaciones afecta a la cantidad de suscriptores, de visualizaciones, a sus ingresos, etc. También el diseño del algoritmo modifica la duración de los videos (premiando más unos videos que otros) y su contenido. De esta forma, los derechos de transparencia y de explicación frente a los algoritmos son fundamentales para este tipo de prestadores de servicios.

Respecto a la interpretación literal del concepto, el uso algorítmico y la organización del trabajo en el sentido de casar los “clientes” con el prestador de servicios son claros (requisitos (a), (c) y (d)). Ahora bien, el requisito b) (“ese servicio se provee a petición del receptor”) puede tener mayor dificultad de encaje en las plataformas de contenidos. En efecto, los creadores de contenido normalmente no desarrollan contenido personalizado ni bajo petición específica, sino que producen los videos para toda su audiencia. De esta forma, se aleja del concepto de “petición” o “trabajo bajo demanda” de otro tipo de plataformas.

En este sentido, el cumplimiento del requisito (b) dependerá de cómo se interprete el requisito “petición del receptor”. De un lado, puede interpretarse, en sentido estricto, que solamente se cumple el requisito en aquellos casos en los que el servicio prestado se adecua a las necesidades previamente manifestadas de cada cliente.

De otro lado, en una interpretación más amplia, puede entenderse cumplida cuando exista una petición genérica del servicio. En este sentido, el modelo de “suscriptores” implica que los receptores del servicio -la audiencia o los aficionados- están pagando por tener más contenido de ese prestador de servicios. Por ello, esta “petición” puede interpretarse en un sentido amplio, que ese pago de suscripción representa una petición para que ese prestador de servicios (el “influencer”) cree más contenido -esto es, un encargo para ver más contenido originado por la persona. En mi opinión, cuando la norma exige la “petición del receptor”, solamente está describiendo la relación triangular clásica de las plataformas digitales. Esto es, la existencia de una plataforma que se interpone entre el cliente o usuario final y el prestador de servicios, sin que parezca que la norma prescriba que la petición deba ser concreta o específica.

En cualquier caso, incluso en los modelos económicos que no funcionan con suscripciones, sino que es la propia plataforma la que paga al “influencer” una parte de lo obtenido de la publicidad, se podría argumentar que quién estaría realizando

¹² Pătra L., Todolí Signes, A., “Ser influencer hoy: posibilidades y obstáculos de una nueva fuente de empleo”, 2022.

una petición de encargo de creación de contenido sería la propia plataforma. La demanda de trabajo viene de la plataforma que necesita el contenido para poder insertar la publicidad en él. Esto es, desde el momento en que la plataforma anuncia que pagará a los influencers con mayor audiencia, está solicitando la creación de contenido que tendrá retribución variable dependiendo de la calidad y el éxito de este. Por lo que se cumpliría con el requisito (b). En apoyo a esta segunda interpretación, cabe incluir que el considerando 20 de la DTPD, que contempla la posibilidad de que dentro del concepto de “plataforma digital de trabajo” el receptor del encargo sea la propia plataforma digital.

3.4. Plataformas basadas en concursos

Las plataformas basadas en concursos son aquellas en las que un cliente solicita a los prestadores de servicios que participen en el desarrollo de una tarea (ej, el diseño de un logo, de una página web, de un proyecto de arquitectura) y la envíen. El cliente, entre todos aquellos que desean participar en el concurso, selecciona la ganadora y la retribuye. El resto de los participantes no seleccionados no perciben retribución. Este tipo de plataformas plantean dudas respecto a la aplicación de la DTPD en cuanto a los requisitos (b) y (d), esto es, (b) se considera que la prestación del servicio se realiza a cambio de un pago; (d) existen medios algorítmicos o automatizados de monitorización o selección.

En cuanto al requisito del pago, pocas dudas presenta la aplicación de la Directiva al ganador del concurso. La duda realmente surge concerniente al resto de usuarios que no son retribuidos por no ser seleccionados en el concurso. En mi opinión, la necesidad de pago debe ser interpretado en el sentido clásico de la retribución en Derecho del trabajo, esto es, como exclusión del trabajo voluntario. Así, lo importante no es si finalmente hay o no pago, sino si existe “ánimo de lucro” al realizar la prestación de servicios, como contraposición del trabajo amistoso o benevolente que sería el trabajo excluido. De esta forma, cuando se presta un servicio con el objetivo de percibir una retribución -aunque finalmente esta no se obtenga- se cumpliría el requisito de “a cambio de un pago” exigido por la DTPD.

El segundo requisito controvertido de esta tipología de plataformas es conocer si se cumple la exigencia de seguimiento o toma automatizada de decisiones (d). En este caso, habrá que estar al caso concreto. En términos generales puede afirmarse que estos requisitos se encontrarían en aquellos supuestos en los que el algoritmo decide quién recibe la oportunidad de participar en el concurso (ej., solo reciben la oferta de participación en el concurso aquellos con una mínima reputación digital), en contraposición con plataformas en las que todos los inscritos reciben indiscriminadamente todas las ofertas de participación en concursos.

También se cumpliría este requisito si la plataforma estableciera procedimientos de “selección” del ganador del concurso, aunque fueran preliminares o parciales, que fueran automatizados. Así, por ejemplo, se cumpliría el requisito si existiera

un algoritmo que evaluara los proyectos enviados, pero también si el algoritmo comprobaba el cumplimiento de unos requisitos mínimos del proyecto o del usuario para pasar a la siguiente fase de selección del concurso.

3.5. El uso de empresas intermediarias entre la plataforma y los prestadores de servicios

De la experiencia española con la Ley Rider, la DTPD advierte la posibilidad de que las empresas de plataformas usen otras empresas -empresas intermedias- para que contraten y retribuyan el trabajo. Así, la DTPD regula en su art. 3 las empresas intermediarias.

Las empresas intermediarias, a efectos de la DTPD, son aquellas que gestionan la mano de obra que presta el servicio para los clientes de la plataforma. Así, para el servicio de reparto de comida a domicilio, empresas como UberEats o JustEat contratan a terceras empresas para que realicen los encargos que el cliente final solicita mediante su aplicación. Lo mismo ocurre en el servicio de transporte por ciudad en el caso de Uber y Cabify. Con esta externalización de la prestación de servicios la plataforma digital se aleja jurídicamente de las responsabilidades de la gestión de la mano de obra que presta el servicio.

Con objeto de evitar que el uso de empresas intermedias entre la plataforma digital y la persona que presta el servicio impida la aplicación de la DTPD, el art. 3 de la misma regula este supuesto en el sentido de que los EM deben garantizar que las personas prestadoras de servicio que tengan una relación contractual con una intermediaria deben disfrutar del mismo nivel de protección concedido por la Directiva que aquellos que tienen una relación contractual directa con la plataforma.

El objetivo de la normativa parece ser evitar que no se aplique la DTPD por el mero uso de la intermediaria. Sin embargo, la redacción del art. 3 está realizado en términos muy vagos y generales lo que permite varias interpretaciones.

En efecto, la normativa solamente exige que los prestadores “disfruten el mismo nivel de protección” que si la relación contractual fuera directamente con la plataforma digital. La primera pregunta que se plantea es si la presunción de laboralidad se aplicará frente a la intermediaria o frente a la plataforma o frente a los dos. Esto es, parece claro, de la redacción del art. 3 DTPD, que los prestadores de servicios tendrán derecho a que se les aplique la presunción de laboralidad en los mismos términos que en caso de ser contratados directamente por la plataforma. Ahora bien, se considerará cumplida la presunción de laboralidad con que se presuma *iuris tantum* que son asalariados de la empresa intermediaria o ¿tendrán derecho a ser presumidos *iuris tantum* asalariados de la plataforma digital directamente como si la intermediaria no existiera?

La misma pregunta podrá realizarse respecto a los derechos de transparencia algorítmica, de información y consulta, esto es, ¿es suficiente con que puedan ejercer estos derechos frente a la intermediaria o estos derechos deben garantizarse frente a la plataforma digital?

En mi opinión, una interpretación finalista del art. 3 DTPD debe llevar a entender que los derechos deben garantizarse siempre frente a ambos. En efecto, el objetivo del art. 3 DTPD es que el trabajador no sufra perjuicio por la existencia de la intermediaria. De esta forma, si los derechos se ejercen solamente frente a la intermediaria, se encontrarían en peor situación que otros prestadores de servicios comparables cuya relación directa fuera la plataforma digital¹³.

4. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

La parte de la DTPD que más cambios ha sufrido en el proceso de aprobación ha sido la presunción de laboralidad. La redacción finamente aprobada deja libertad a los EM para establecer en qué casos se aplica la presunción de laboralidad dentro del ámbito de aplicación del trabajo en plataformas digitales. Con la redacción propuesta por la Comisión -que finalmente se rechazó- todos los EM debían emplear la presunción cuando se acreditaba una serie de requisitos, no pudiendo negarla cuando se daban tales circunstancias¹⁴, ni permitía a los EM establecer exigencias más severas para dicha aplicación.

Con la actual redacción cada EM es libre de determinar las condiciones de aplicación que considere oportunas. A pesar de esto, la DTPD finalmente aprobada sigue exigiendo que todos los EM dispongan de una presunción *iuris tantum* de laboralidad para los trabajadores de plataformas. Esto significa que unos requisitos de activación demasiado severos podrían vaciar de contenido la propia presunción: algo contrario a la finalidad de la normativa. De hecho, el art. 5.2 DTPD explicita que la presunción de laboralidad no debe implicar un incremento de la carga de la prueba existente hasta el momento en el EM. El considerando 32 incide en esta idea al afirmar que los requisitos de la presunción legal no deben ser onerosos y deben aliviar las dificultades de la persona que realiza un trabajo de plataforma

¹³ Para ver una justificación de la “peor” condición en caso de que exista una empresa intermedia ver, Esteve Segarra A., Todolí Signes, A., “Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales”, RDS, 95, 2021, 37-64; Todolí Signes, A., “La dirección algorítmica de las redes empresariales: plataformas digitales, inteligencia artificial y descentralización productiva”, Revista CEF, 476, 2023.

¹⁴ En la redacción dada por la Comisión Europea en su propuesta en diciembre de 2021 los EM debían aplicar la presunción cuando el prestador de servicios acreditaba dos de los siguientes cinco requisitos: 1. La plataforma determina efectivamente la remuneración de los trabajadores o establece límites máximos a la misma; 2. Se exige a los trabajadores que respeten normas específicas y vinculantes en cuanto a la apariencia, la conducta hacia el destinatario del servicio o la realización del trabajo; 3. La plataforma supervisa la realización del trabajo o evalúa la calidad de sus resultados, incluso por medios electrónicos; 4. La plataforma restringe efectivamente, incluso mediante sanciones, la libertad de organizar el propio trabajo, en particular el tiempo de trabajo y la capacidad de aceptar o rechazar tareas o de utilizar subcontratistas o sustitutos, 5. Se restringe efectivamente la capacidad del trabajador de crear una base de clientes o de realizar trabajos para un tercero.

para aportar pruebas que indiquen la existencia de una relación laboral en una situación de desequilibrio de poder con respecto a la plataforma digital de trabajo.

El objetivo de la presunción es abordar y corregir eficazmente el desequilibrio de poder entre las personas que realizan un trabajo de plataforma y la plataforma digital de trabajo. Es decir, los EM están obligados a facilitar la prueba que indique la existencia de una relación laboral respecto a la situación anterior a la implantación de la presunción de laboralidad. De esta forma, una regulación nacional que estableciera unos requisitos de aplicación de la presunción de laboralidad que dificultara o exigiera para su aplicación los mismos requisitos que para probar la laboralidad no estaría cumpliendo con esta obligación.

En nuestro país, este razonamiento que se acaba de exponer podría llevar a concluir que el art. 8.1 del ET es insuficiente para cumplir con el objetivo de la DTPD en este punto, dado que el art. 8.1 ET no deja de ser una constatación del ámbito de aplicación del ET establecido en su primer artículo.

La presunción de laboralidad deberá aplicarse a todos los procedimientos judiciales y también administrativos que tengan por objetivo la correcta clasificación de las personas trabajadoras. Ahora bien, la normativa excluye la obligación de implementar una presunción de laboralidad en los procedimientos de Seguridad Social, tributarios y penales. Aquí se plantea la duda de si la presunción será aplicable a aquellos procedimientos judiciales o administrativos donde se resuelva conjuntamente la cuestión de la clasificación laboral y otras cuestiones inseparables como la correcta cotización a la Seguridad Social o aspectos tributarios derivados de dicha clasificación. En estos casos, en mi opinión, la presunción de laboralidad será aplicable. En efecto, la normativa establece la regla general de la aplicación de la presunción, siendo la exclusión en algunos procedimientos una regla excepcional. Por ello, la regla excepcional de exclusión deberá ser interpretada de forma restrictiva: quedando excluidos de la aplicación de la presunción de laboralidad solamente los procedimientos en los que únicamente se debatan aspectos de Seguridad Social, tributarios o penales. En cualquier caso, cabe señalar que, el art. 5.3 DTPD deja, expresamente, en manos de la trasposición la posibilidad de que la presunción se aplique a estos procedimientos también.

Mayores problemas jurídicos plantea el art. 5.6 de la DTPD al establecer que para aquellos contratos de prestación de servicios que comenzaron y todavía se mantienen en la fecha que tienen los EM para trasponer la normativa, la presunción legal mencionada solo se aplicará al período que comience a partir de esa fecha fijada por el art. 29.1 DTPD. Esta fecha será el día en el que pasen dos años de trasposición (en adelante la “Fecha”). Por tanto, para los contratos de prestación de servicios actualmente en vigor, o que comiencen antes de la Fecha, la presunción de laboralidad parece empleable solamente a los periodos de trabajo posteriores a ese día. Este precepto plantea un reto interpretativo relevante.

Conforme las reglas jurídicas clásicas, un contrato cuya forma de funcionar no ha cambiado durante un largo periodo de tiempo deberá ser calificado de la misma

forma por todo el periodo de duración. Esto es, si derivado de la aplicación de la presunción de laboralidad se considera un contrato de prestación de servicios como asalariado por el periodo de prestación posterior a la “Fecha”, la lógica jurídica debería llevar a entender que también lo fue por el periodo anterior hasta el inicio de la relación contractual (salvo que la empresa pudiera demostrar que la forma de trabajar dentro del mismo contrato ha sido distinta en un periodo de tiempo determinado anterior). La cuestión que surge es si a la vista del 5.6 DTPD esta solución jurídica -asumir que la relación a efectos de clasificación fue la misma durante todo el periodo- puede seguir aplicándose.

La literalidad del 5.6 DTPD establece que la presunción no debe aplicarse al periodo anterior a la fecha indicada. Por tanto, los tribunales no podrán aplicar dicha presunción de laboralidad para determinar la laboralidad durante los periodos anteriores a la fecha de trasposición. Sin embargo, los jueces cuando asumen que toda la relación se ha producido en términos similares durante un largo periodo de tiempo (salvo que se demuestre lo contrario) no están implementando una presunción legal de laboralidad, sino las reglas clásicas de carga de la prueba y la lógica jurídica. De esta forma, en mi opinión, en art. 5.6 DTPD no se opone a que los jueces asuman -salvo que se pruebe otra cosa durante el juicio- que un contrato considerado asalariado derivado de la presunción de laboralidad de la Directiva aplicada a periodos posteriores a la “Fecha”, también contenía las características de un contrato laboral en fechas anteriores a la misma.

Otra cuestión que plantea este precepto es qué ocurre con la aplicación de la presunción de laboralidad a los contratos ya finalizados en la “Fecha” del art. 29.1 DTPD. La normativa exige, para la no aplicación de la presunción, que la relación contractual examinada empezara con anterioridad a la “Fecha” pero, además, que todavía siga vigente. De esta forma, una interpretación literal permitiría que la excepción de no aplicación de la presunción (contenido en el art 5.6 DTPD) no se aplicara a contratos concluidos en la “Fecha”, por no cumplimiento de uno de los requisitos de la excepción. Sin embargo, parece razonable pensar que el legislador europeo quería inaplicar la presunción también a relaciones contractuales ya terminadas en la fecha estén o no vigentes en el momento de la “Fecha”.

5. LAS PROTECCIONES FRENTE A LOS ALGORITMOS

La DTPD dedica su capítulo tercero a la dirección algorítmica. En la literatura se ha expuesto de forma profusa los riesgos para las condiciones laborales, para los colectivos históricamente más discriminados, para la salud de los trabajadores e incluso para la libertad sindical y el poder de negociación de las personas trabajadoras el hecho de que los algoritmos tomen decisiones que les afecten¹⁵.

¹⁵ Ver en extenso Todolí Signes A., *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi, 2023.

En respuesta a estos retos, la DTPD plantea un conjunto de medidas detalladas y completas que otorgan protecciones individuales y colectivas frente al uso de algoritmos (que monitorizan o que toman decisiones) por parte de las plataformas digitales de trabajo.

La normativa tiene por objeto reducir el impacto negativo en las condiciones laborales de esta nueva innovación tecnológica cuando se usa para dirigir, organizar y controlar el trabajo. La DTPD diseña cuatro tipos de protecciones: i) prohíbe cierto tipo de usos de la tecnología; ii) fija obligaciones de transparencia sobre el uso y funcionamiento de este tipo de tecnología. Los derechos de información son de carácter individual y colectivo; iii) obligaciones de auditoría y control sobre los sistemas algorítmicos; iv) otorga derechos de revisión de las decisiones algorítmicas.

5.1. Usos prohibidos

El capítulo dedicado a la dirección algorítmica comienza limitando el procesamiento de datos personales mediante monitorización automatizada y decisiones automatizadas. De esta forma, el foco de la prohibición se pone en la conjunción de dos elementos, de un lado, procesar datos personales, y de otro lado, con cierto objetivo.

Los objetivos para los que se prohíbe procesar datos personales son los siguientes: (a) procesar cualquier dato personal sobre el estado emocional o psicológico de la persona que realiza trabajo en plataforma; (b) procesar cualquier dato personal en relación con conversaciones privadas, incluidos intercambios con otras personas que realizan trabajo en plataforma y sus representantes; (c) recopilar cualquier dato personal mientras la persona que realiza trabajo en plataforma no esté ofreciendo o realizando trabajo en plataforma; (d) procesar datos personales para predecir el ejercicio de derechos fundamentales, incluidos el derecho de asociación, el derecho a la negociación colectiva y la acción o el derecho a la información y consulta, según se define en la Carta; (e) procesar cualquier dato personal para inferir origen racial o étnico, estado migratorio, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, discapacidad, estado de salud, incluida enfermedad crónica o estado de VIH, el estado emocional o psicológico, pertenencia a un sindicato, la vida sexual o la orientación sexual de una persona; (f) procesar cualquier dato biométrico, según se define en el Artículo 4, punto (14), del Reglamento (UE) 2016/679, de una persona que realiza trabajo en plataforma para establecer la identidad de esa persona comparando esos datos con datos biométricos almacenados de individuos en una base de datos.

Como se puede observar para aplicar la prohibición no se exige el uso de un tipo de tecnología algorítmica avanzado ni existen requisitos respecto al tipo de algoritmos o inteligencia artificial. Por el contrario, cualquier tipo de procesamiento que tenga por objetivo uno de los elementos de la lista estará prohibido.

Este precepto, al igual que el resto del capítulo sobre dirección algorítmica, se aleja del concepto restrictivo del art. 22 RGPD que exige para su aplicación que la decisión sea totalmente automatizada sin intervención humana¹⁶. Por el contrario, el art. 7.3 de la DTPD señala expresamente que la prohibición se aplica a las plataformas cuando usen sistemas automatizados para dar soporte o tomar decisiones que afectan a las personas de cualquier forma. De esta forma, aunque exista intervención humana significativa en el procesamiento o toma de decisiones relacionados con la lista de elementos prohibidos, la prohibición de uso de sistemas automatizados se mantiene.

Respecto al ámbito subjetivo de la prohibición, el art. 7.2 establece que incluye procesar los datos, no solo de todas las personas prestando servicios en las plataformas (por tanto, con independencia de que sean asalariados o autónomos), sino también de aquellos potenciales prestadores de servicios que se encuentren en proceso de reclutamiento o de selección.

5.2. Transparencia. Derechos de información y consulta

En los últimos años, el principio de transparencia ha adquirido una relevancia central y omnipresente en todas las regulaciones tecnológicas. Específicamente, un estudio indica que el 94% de los documentos analizados sobre inteligencia artificial destacan la transparencia como un principio fundamental en cualquier normativa o desarrollo ético relacionado con la IA¹⁷. De manera similar, otro estudio muestra que, de 84 documentos sobre valores éticos en materia algorítmica, la transparencia es el principio más mencionado¹⁸.

Estos principios éticos se han incorporado ampliamente en la normativa reciente. Por ejemplo, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (RIA) incluyen el principio de transparencia, además de otros derechos que concretan este principio multifacético¹⁹. En el mismo sentido, la DTPD establece una completa regulación que tiene por objetivo reducir la asimetría informativa entre la plataforma digital y los prestadores de servicios -tanto asalariados como autónomos.

¹⁶ Todolí Signes, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, RDS, 84, 2018.

¹⁷ Fjeld, “Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for AI”, Berkman Klein Center for Internet & Society Research at Harvard University. 2020

¹⁸ Jobin, A. et al. “The Global Landscape of AI Ethics Guidelines”, *Nature Machine Intelligence*, 1, 2019, 389-399.

¹⁹ Ver Todolí Signes, A., “El principio de transparencia algorítmica en su dimensión individual y colectiva: Especial referencia a la Directiva de plataformas digitales y al Reglamento de IA”, Trabajo y Derecho, 19, 2024.

A su vez, este grupo de preceptos otorgan derechos de información y consulta a los representantes de los trabajadores respecto al uso de estas tecnologías en la plataforma digital. El carácter colectivo de estos derechos de información y consulta sigue la estela pionera de la Ley Rider española²⁰ y es una novedad a nivel europeo. En efecto, la doctrina ha sido crítica con el RGPD por establecer solamente derechos de información individuales e incluso por hacer recaer el peso de la legitimidad del tratamiento de datos automatizado en el consentimiento individual en una relación marcada por una gran desigualdad entre las partes que hace difícil considerar el consentimiento como válido como es en el contrato de trabajo. Por ello, la doctrina ha apostado por “negociar el algoritmo”²¹ a través de los representantes legales de los trabajadores. La redacción final de la DTPD no alcanza a establecer obligaciones de negociación en el sentido estricto o de cogestión, pero sí exige que la implementación de estos sistemas automatizados -de control y de toma de decisiones- sean consultados con los representantes legales de los trabajadores.

La DTPD cuando concede derechos de información y consulta diferencia, en ocasiones, de un lado, los conceptos de representantes de los trabajadores y, de otro, representantes de las personas prestando servicios en plataformas. La diferencia viene provocada porque los derechos de información de carácter colectivo se conceden, no solamente en plataformas donde hay asalariados -y, por tanto, representantes legales clásicos-, sino también en aquellas plataformas donde los prestadores de servicios son verdaderos autónomos. La Directiva no establece ni regula sistemas de elección de representantes de los autónomos ni atribuye dichas funciones a órganos específicos creados por la DTPD, sino que concede el estatus de “representantes de las personas prestadores de servicios de plataformas” conforme a las leyes del EM o la práctica habitual en tales estados (art. 2.1 (g) DTPD).

Adicionalmente, la normativa al definir representantes legales de los trabajadores (art. 2.1 (f)) no parece dar preferencia a un tipo de representación u a otra. Por el contrario, conforme el considerando 22, los representantes son personas reconocidas como tal por las leyes de los EM o la práctica de cada país. Los únicos

²⁰ Todolí Signes., A., “Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos”, IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball, [en línea], 2021, n.º 2, pp. 28-65.

²¹ A respecto ver, DE STEFANO, V.: “Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence, and labor protection”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 41 (1), 2020, pp. 15-46; De Stefano, V. y Taes, S.: “Algorithmic Management and Collective Bargaining.” *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29(1), 2023, pp. 21-36; Sáez Lara, C.: “Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales.” *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (2), 2022, p.297 y ss.; Collins, P. y Atkinson, J.: “Worker voice and algorithmic management in post-Brexit Britain”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 29 (1), 2023, p. 4

requisitos que se exigen es que sean representantes designados o elegidos por los sindicatos o elegidos como representantes por elecciones libres en las empresas conforme a la normativa nacional. Esta amplitud en la que la DTPD define quién puede ser representantes a efectos de los derechos de información y consulta será relevante para la trasposición, dado que permitirá que, en aquellos casos en los que no existan representantes legales de los trabajadores en la propia plataforma²², estos sean suplidos por los sindicatos más representativos u otros mecanismos de representación²³. También parece que la norma de trasposición podría dar preferencia a unos representantes sobre otros cuando existan los dos modelos en una concreta plataforma, puesto que la DTPD remite a la normativa del EM para concretar estos aspectos²⁴.

La única regulación que establece la normativa respecto a las relaciones entre diferentes tipos de representantes es la subsidiariedad de los representantes de los proveedores de servicios. En este sentido, el art. 15 DTPD establece que estos representantes podrán ejercer los derechos otorgados por la DTPD²⁵ a los representantes legales de los trabajadores, pero solamente en beneficio del personal autónomo. Esto es, la normativa parece querer evitar que, a falta de representantes legales de los trabajadores, los representantes de los proveedores de servicios cubran ese espacio ejerciendo los derechos de información y consulta a favor de los asalariados. La precaución podría tener su origen en un temor de legislador a la posible “captación” de estos representantes no sindicales (y de los que no existe una fuerte tradición en Europa) por parte de la plataforma digital. En cualquier caso, cabe señalar que el art. 22 de la DTPD dictamina la obligación de implementar medidas de protección, en favor de los representantes, frente a las represalias de la plataforma por ejercer sus funciones.

El contenido de los derechos de información es muy detallado. Por un lado, se regula una extensa lista de aspectos que deben ser notificados a las concretas personas prestadoras de servicios (con independencia de su clasificación jurídica) y a sus representantes (art. 9. 1)²⁶. La DTPD fija que esta información deberá entregarse

²² O representantes de las “personas prestadoras de servicios de plataformas”.

²³ Como ya ocurre en la negociación de los planes de igualdad.

²⁴ Lo único que es obligatorio, de acuerdo con el art. 14 de la DTPD, es que en caso de que no haya representantes de los trabajadores en la plataforma, los EM deben asegurar que la plataforma digital de trabajo informe directamente a los trabajadores implicados.

²⁵ Esto es, los derechos otorgados bajo el Artículo 8.2, el Artículo 9.1 y 9.4, el Artículo 10.4 y el Artículo 11.2 de la DTPD.

²⁶ Esa información deberá referirse a: (a) todos los tipos de decisiones respaldadas o tomadas por sistemas de toma de decisiones automatizadas, incluso cuando dichos sistemas respalden o tomen decisiones que no afecten de manera significativa a las personas que realizan trabajo en plataformas; (b) en cuanto a los sistemas de monitoreo automatizado: (i) el hecho de que tales sistemas están en uso o en proceso de ser introducidos; (ii) las categorías de datos y acciones monitoreadas, supervisadas o evaluadas por dichos sistemas, incluida la evaluación por parte del

por escrito y la información deberá presentarse de forma transparente, inteligible, en un formato fácilmente accesible utilizando lenguaje claro y sencillo (art. 9.2 DTPD). También se regula el momento de entrega de la información: el primer día de trabajo o antes de la introducción de cambios que afecten a las condiciones de trabajo y también en cualquier momento en que sea solicitada la información (art. 9.3 DTPD). Adicionalmente, deberá entregarse toda la información a las personas en proceso de selección (art. 9.5). Cabe entender, en este sentido, que, aunque las plataformas no hacen un proceso de selección al uso, la obligación de información nacerá en el momento anterior a que soliciten formar parte de la plataforma. Esto es, dentro del proceso a seguir decidido por la plataforma para formar parte de ella (y poder prestar servicios a través de ella o para ella) toda la información del art. 9.1 DTPD deberá estar disponible y accesible.

Adicionalmente a esta información, en el ámbito colectivo, el art. 13 DTPD determina que los representantes de los trabajadores en plataformas digitales de trabajo tendrán derecho de información y consulta -en los términos de la Directiva 2002/14/EC- cuando la plataforma tome decisiones que probablemente lleven a la introducción (o cambios sustanciales en el uso) de sistemas automatizados de seguimiento o de toma de decisiones.

Igualmente, la DTPD configura obligaciones adicionales en los casos en los que la plataforma digital deba realizar una evaluación de impacto conforme al art. 35 del RGPD. Concretamente, el art. 8 de la DTPD determina que en el desarrollo de la evaluación se deba consultar a las personas prestando servicios en la plataforma y sus representantes. Además, las plataformas deberán entregar la evaluación de impacto a los representantes de los trabajadores²⁷. A mi juicio, el mecanismo de cumplimiento de este precepto debería ser similar a cómo se desarrollan los planes de igualdad. Es decir, la empresa debería presentar una propuesta de diagnóstico -que sería la evaluación- y con los representantes

destinatario del servicio; (iii) el objetivo del monitoreo y cómo el sistema pretende lograrlo; (iv) los destinatarios o categorías de destinatarios de los datos personales procesados por dichos sistemas y cualquier transmisión o transferencia de dichos datos personales, incluida dentro de un grupo de empresas; (c) en cuanto a los sistemas de toma de decisiones automatizadas: (i) el hecho de que tales sistemas están en uso o en proceso de ser introducidos; (ii) las categorías de decisiones que son tomadas o respaldadas por dichos sistemas; (iii) las categorías de datos y los parámetros principales que tales sistemas tienen en cuenta y la importancia relativa de esos parámetros principales en la toma de decisiones automatizada, incluida la manera en que los datos personales o el comportamiento de la persona que realiza trabajo en plataforma influyen en las decisiones; (iv) los motivos de las decisiones para restringir, suspender o terminar la cuenta de la persona que realiza trabajo en plataforma, para rechazar el pago por el trabajo realizado por ella, así como para decisiones sobre su estatus contractual o cualquier decisión de efecto equivalente o perjudicial.

²⁷ Este es uno de los supuestos en los que la Directiva da preferencia a los representantes de los trabajadores. Ahora bien, ante la ausencia de estos, el art. 15 de la DTPD, permite que la entrega de la evaluación de impacto se realice a los representantes de las personas proveedoras de servicios, aunque solamente a efectos de sus representados que son las no asalariados.

se negocia tanto el diagnóstico como las medidas para reducir el impacto de la tecnología. En fin, la conjunción de los art. 8 y 13 de la DTPD parecen implicar una intervención fuerte de los representantes en cualquier implantación de un sistema de seguimiento automatizado o toma de decisiones algorítmico que va más allá de la mera entrega de información.

5.3. Auditoría algorítmica y de los sistemas de control

Bajo el principio fundamental de que una persona debe estar en control del algoritmo -siguiendo el extendido lema del “human in command”²⁸- la DTPD establece obligaciones de supervisión (art. 10) y revisión (art. 11) sobre el algoritmo que deben ser realizadas por humanos. Sin embargo, a pesar del título de los preceptos, su contenido no se centra tanto en que una persona humana deba realizar las actividades de supervisión y revisión como que las mismas deban hacerse correctamente. Es decir, las obligaciones impuestas tienen por objetivo garantizar la no vulneración de los derechos de las personas prestadoras de servicios y no la simple intervención humana en el proceso. De ahí que, a mi juicio, sería más acertado que, al menos el art. 10 DTPD, se hubiera titulado “obligaciones de auditoría algorítmica”.

Se busca conseguir este objetivo mediante el establecimiento de obligaciones *expost*, esto es, supervisión y revisión del resultado obtenido tras la toma de decisiones en la que interviene el algoritmo o el sistema automatizado de control. Así, la normativa dictamina obligaciones de reducción del riesgo de vulneración de derechos durante el desarrollo del sistema algorítmico y antes de su implantación en la empresa (el art. 35 RGPD y 8 y 13 DTPD). Adicionalmente se establece la obligación de supervisar que el sistema, una vez implantado, funciona correctamente y no vulnera dichos derechos (art. 10 DTPD).

Concretamente, el art. 10 DTPD indica que las plataformas digitales deberán supervisar regularmente -máximo cada dos años- y realizar una evaluación del impacto de las decisiones individuales tomadas o realizadas con el apoyo de los sistemas automatizados de control o de toma de decisiones en sus condiciones de trabajo y en materia de igualdad. Así pues, como se acaba de defender, la norma no impone solamente la intervención humana en la supervisión de los efectos que esté provocando el sistema automatizado, sino que ordena realizar una evaluación del impacto a posteriori: lo que yo llamaría una auditoría algorítmica²⁹.

²⁸ Un lema muy extendido entre la doctrina más autorizada y que fue incorporado al informe de la OIT sobre el Futuro del trabajo, Global Commission on the Future of Work, Work for a brighter future, ILO, 2019.

²⁹ Sobre la necesidad de obligar a establecer auditorías algorítmicas como forma real de proteger los derechos de las personas trabajadoras frente a la dirección algorítmica del trabajo ver, Todolí Signes, A., Algoritmos productivos y extractivos, Aranzadi, 2023.

En su art. 10.2 DTPD se indica que los EM deben requerir a la plataforma digital para que tenga suficientes recursos para una efectiva supervisión y evaluación (auditoria). Además, se especifica que el responsable de la auditoria deberá tener suficiente competencia, formación y autoridad para realizar sus funciones incluida la autoridad competencial para modificar decisiones automatizadas individuales. Esta persona deberá tener protección frente a represalias por parte de la empresa por ejercer sus funciones.

Una cuestión relevante que surge es si la plataforma digital podría externalizar la realización de la auditoria en terceras empresas. Actualmente se está creando un mercado relevante de empresas especializadas en la realización de auditorías algorítmicas y tendría sentido que la empresa pudiera externalizar alguna de las partes de esa auditoria de impacto. Ahora bien, la literalidad del precepto implica que exista un responsable en la propia empresa al estilo del Delegado de Protección de datos -de hecho, nada impide que fuera la misma persona-. La intención de que dicha persona o personas (la Directiva habla en plural) sea interna se vislumbra precisamente por concederle protección frente al despido (u otras represalias) por el ejercicio de sus funciones. A pesar de esto, considero que sería perfectamente posible que la empresa externalizara parte del proceso de auditoría bajo la supervisión o control de estas personas expertas y responsables nombradas por la plataforma digital.

Adicionalmente, la norma exige que dicha supervisión (auditoría) se realice con la participación de los representantes de los trabajadores (art. 10.1 DTPD). La norma no aclara cuál debe ser el nivel de intervención. Se debe entender que no puede ser un simple derecho de información y consulta sobre la auditoría, puesto que entonces el legislador hubiera usado ese término -que sí usa en el art. 13 de la propia Directiva-. De esta forma, la participación de los representantes en la auditoría debe ser algo más. En mi opinión, la solución puede venir por lo que algunas empresas ya están realizando dentro de la UE³⁰: los comités conjuntos. En efecto, el responsable final de la realización de la evaluación será la plataforma, sin embargo, el proceso y la toma de decisiones como: la elección, en su caso, de la empresa a la que subcontratar, el tipo de auditoría a realizar, la intensidad de la misma, las medidas a tomar tras los resultados de la auditoría, etc., deberían adoptarse mediante un comité paritario en el que los representantes de los trabajadores formaran parte con las mismas potestades que los representantes de la empresa.

³⁰ REGO, K.: “Works councils and the digitalisation of manufacturing: Opportunity or threat for their power position?”, *Economic and Industrial Democracy*, vol. 43 (4), 2022; DE STEFANO, V. y TAES, S.: “Algorithmic Management and Collective Bargaining.” *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29(1), 2023, pp. 21-36; COLLINS, P. y ATKINSON, J.: “Worker voice and algorithmic management in post-Brexit Britain”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 29 (1), 2023, p. 4.

Finalmente, el art. 10.5 nombra la intervención humana, en su sentido más clásico, al indicar que todas las decisiones que impliquen restringir, suspender o terminar una relación contractual con una persona prestadora de servicios deben ser tomadas por un humano. Por la redacción, no cabe duda, de que la intervención humana en este tipo de decisiones deberá ser significativa. La redacción no deja dudas de que la mera convalidación de la decisión automatizada por un humano no cumpliría la exigencia de que la decisión sea “tomada” por un ser humano.

De hecho, el debate que puede surgir respecto a este contundente precepto es el contrario. Es decir, dilucidar si el precepto permite que este tipo de decisiones se tomen con apoyo de un sistema automatizado o, por el contrario, si el precepto prohíbe también cualquier tipo de intervención automatizado en este tipo de decisiones. Esta última opción no parece el objetivo de la Directiva. En general, tal y como expresa el considerando 48 de la Directiva, este precepto es asimilable -con una redacción más clara para reducir posibles problemas interpretativos- al art. 22 del RGPD. En este sentido, el art. 10.5 DTPD tendría por objetivo garantizar una intervención humana significativa en la toma de este tipo de decisiones. Como ha indicado la doctrina, esto implica que la plataforma, para demostrar que hay intervención humana significativa, debería acreditar que, de forma estadísticamente relevante, se aparta de la toma de decisiones del algoritmo o, alternativamente, que el ser humano realiza un proceso de toma de decisiones independiente y que posteriormente es comparado con el tomado por el sistema automatizado³¹.

Un riesgo que puede tener esta interpretación, que asimila el objetivo del art. 10.5 DTPD con el contenido del art. 22 RGPD, es concluir que la intervención humana significativa es solamente aplicable para decisiones de restricción, suspensión o despido de prestadores de plataformas digitales. Sin embargo, aunque el ámbito del 10.5 DTPD se refiere únicamente a estas materias, el art. 22 RGPD hace referencia a cualquier decisión que “produzca efectos jurídicos” sobre la persona. De esta forma, parece relevante señalar que otro tipo de decisiones automatizadas que no sean del contenido descrito en el art. 10.5 DTPD le seguirá siendo aplicable el art. 22 RGPD.

5.4. Derecho de revisión

El art. 11 DTPD mantiene el objetivo de una IA “bajo control humano”. No obstante, su alcance es mucho más concreto. El precepto comienza estableciendo el “derecho a una explicación”. Este derecho ya forma parte del RGPD, por lo que de nuevo es un precepto que tiene por objetivo aclarar y concretar la aplicación de este en plataformas digitales. En efecto, el “derecho a una explicación” contenido en el RGPD se encuentra sometido a un fuerte debate doctrinal entre posiciones muy alejadas. Por un lado, se defiende que la persona tiene derecho a una explicación

³¹ Todolí Signes A., *Algoritmos productivos y extractivos*, Aranzadi, 2023.

previa de cómo funciona, en general, el sistema algorítmico³². Por otro lado, otra parte de la doctrina³³, entre las que me encuentro³⁴, sostienen que el derecho a la explicación nacido del RGPD frente a decisiones automatizadas es a posteriori. Esto es, se tiene derecho a conocer porqué el sistema algorítmico ha tomado la concreta decisión que ha afectado a la concreta persona que ha reclamado la explicación.

Este debate no se va a replicar respecto al art. 11 de la DTPD. Este artículo es claro al indicar que el derecho a obtener una explicación se refiere a la concreta decisión tomada por el sistema automatizado o con soporte del sistema automatizado. Adicionalmente, se indica que esa explicación debe presentarse sin retrasos indebidos, de forma transparente, inteligible y usando lenguaje claro y sencillo. Es decir, la norma aclara que no se busca una explicación del funcionamiento del algoritmo (o una explicación matemática de su funcionamiento) sino de los motivos que han llevado a la toma de esa decisión. Esto es, de los comportamientos, actitudes o aptitudes de la persona, de las valoraciones, evaluaciones o ponderaciones realizadas por el algoritmo y del nexo causal que ha llevado al resultado concreto (la decisión algorítmica o el resultado usado para apoyar la decisión humana).

Cuando la decisión tomada es de restricción, suspensión o terminación de la cuenta de la persona prestando servicios, la normativa se vuelve más garantista. En este supuesto, la norma no configura un derecho subjetivo a una explicación que debe ser activado por la persona afectada -o sus representantes-, sino que instaura una obligación a la plataforma de entregar por escrito las razones de la decisión. Ahora bien, estas garantías son diluidas posteriormente, cuando el art. 11.4 DTPD determina que el contenido del art. 11 no afecta a los procedimientos disciplinarios o de despido establecidos por la norma nacional o los convenios colectivos. De esta forma, parece indicar que la obligación de entregar por escrito

³² Wachter, B., Mittelstadt Y Floridi, “Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation” *International Data Privacy Law*, 7, 2017, pp 79–90.

³³ Isak Mendoza & Lee A. Bygrave, “The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling”, en Tatiani Synodinou et al. (eds.) *EU internet law: regulation and enforcement*, 2017, <https://papers.ssrn.com/abstract=2964855> [<https://perma.cc/XV3T-G98W>]; Edwards L Y Veale M., “Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ Is Probably Not the Remedy You Are Looking For”, *Duke Law & Technology Review*, 16, 2017, p 18-82; Wan Kim Y Routledge B., “Algorithmic Transparency, a Right to Explanation, and Placing Trust”, *Squarespace*, 2017, <https://static1.squarespace.com/static/592ee286d482e908d35b8494/t/59552415579fb30c014cd06c/1498752022120/Algorithmic+transparency%2C+a+right+to+explanation+and+trust+%28TWK%26BR%29.pdf> [<https://perma.cc/K53W-GVN2>, visitado 07/05/2024]; Gianclaudio Malgieri & Giovanni Comandé, “Why a Right to Legibility of Automated Decision Making Exists in the General Data Protection Regulation”, *International data privacy Law*, 7 (4) 243, 246–47, 2017.

³⁴ Todolí Signes, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *RDS*, 84, 2018.

las razones de la restricción, suspensión o terminación de la relación jurídica/ la cuenta en la plataforma no deberá ser valorado -o al menos la Directiva no obliga a ello- a efectos de la calificación jurídica del despido o de otras sanciones disciplinarias. En cualquier caso, esto no parece que vaya a afectar a nuestro país donde la normativa ya exige que la carta de despido contenga las razones del mismo.

6. RECOMENDACIONES PARA LA TRASPOSICIÓN

La Directiva otorga a los EM dos años para su trasposición y expresamente permite que en ella se puedan mejorar sus prescripciones en beneficio de las personas trabajadoras y autónomas (art. 26 DTPD). De esta forma, el Estado español tiene una oportunidad única para clarificar y desarrollar algunas de las cuestiones contenciosas que se plantean en la Directiva.

En primer lugar, considero que el contenido de esta Directiva debería ser traspuesto en el propio ET. En los últimos años se ha producido una disgregación normativa laboral al margen del Estatuto (ej., Ley del trabajo a distancia, Ley orgánica de protección de datos y garantía de Derechos digitales, entre otros). Como se ha sostenido en otros lugares³⁵, el fenómeno de la “huida” del Estatuto de los Trabajadores provoca problemas interpretativos, competenciales y de efectividad de la norma laboral. Estos problemas se verían reducidos si los derechos laborales se incorporaran directamente en el ET. Adicionalmente, en los últimos años a nivel político se ha planteado la necesidad “llevar” el ET al S.XXI. Dificilmente se entendería que se pretende cumplir este objetivo si la regulación de una parte esencial de lo que es el trabajo en el S.XXI, el trabajo en plataformas queda al margen de este³⁶.

En línea con lo anterior, la trasposición deberá aclarar quién es el órgano competente para supervisar y controlar el cumplimiento de la normativa traspuesta. La DTPD, en su art. 24, señala que “Las autoridades de control responsables de supervisar la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 también serán responsables de supervisar y garantizar la aplicación de los artículos 7 a 11 de la presente Directiva en lo que respecta a las cuestiones de protección de datos.” De esta forma, en materia de protección de datos contenida en los art. del 7 al 11, el órgano competente deberá ser la AEPD. Sin embargo, este conjunto de artículos, del 7 al 11, contiene muchas prescripciones más allá de la mera protección de datos. Así, por ejemplo, cuando el art. 7.1 (b) DTPD impide “tratar ningún dato personal relacionado con conversaciones privadas, tampoco los intercambios con

³⁵ Todolí Signes, A., “Algoritmos productivos y extractivos”, Aranzadi, 2023.

³⁶ Respecto a las garantías frente a los algoritmos concedidas a las personas naturales en plataformas digitales estas podrían incorporarse a la LOPDGDD o a la Ley del trabajo autónomo.

otras personas que realicen trabajo en plataformas ni con los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas”, lo que implica que el procesamiento de ese tipo de datos debería ser controlado y sancionado por la AEPD. Ahora bien, este tipo de procesamiento también implica una vulneración del derecho a la intimidad y en el caso de las conversaciones con los representantes legales determinaría una vulneración de la libertad sindical cuyo competente en materia de sanción debería ser la ITSS. En el mismo sentido, la existencia de una evaluación de impacto, art. 35 RGPD, debería ser controlada por la AEPD, pero el control de que la misma sea “consultada” con los representantes del personal y que sea entregada a estos, de nuevo, debería recaer en la ITSS. De esta forma, considero que la LISOS debería ser actualizada para concretar y aclarar la tipificación del incumplimiento de las salvaguardas frente a los algoritmos por razones de seguridad jurídica y garantía de la efectividad de la norma.

En segundo lugar, la normativa establece un amplio abanico de protecciones frente al control automatizado y a las decisiones automatizadas, unas garantías que, sin ser perfectas, mejoran sustancialmente las existentes en el RGPD, amén de clarificar muchos de los problemas interpretativos que el Reglamento genera en esta materia. En este sentido, considero que las protecciones frente a los algoritmos -art. 7 al 15 DTPD- deberían aplicarse a todas las empresas que usen sistemas de control automatizado o de toma de decisiones automatizadas y no solamente a las plataformas digitales. Cuatro razones justifican esta propuesta.

1. La normativa de protección algorítmica de la Directiva es técnicamente mejor, más completa y actualizada que la contenida en el RGPD. De un lado, el Reglamento fue aprobado en 2016. La rápida evolución de la IA en estos ocho años, así como un mejor conocimiento sobre los riesgos que plantea la IA para los derechos de las personas ha permitido una regulación actualizada. De otro lado, el RGPD es una norma transversal pensada principalmente para proteger consumidores informados (de ahí que el consentimiento individual sea la principal forma de legitimación del tratamiento de datos), donde instituciones como la identificación de un responsable, la elaboración de normas técnicas, la previsión de mecanismos de control o la relevancia del consentimiento son sus señas identitarias. Por el contrario, los principios aplicables a las normas laborales son muy distintos: garantía de derechos, limitaciones a la autonomía de la voluntad, reconocimiento de la autonomía colectiva, legitimación del conflicto. En este contexto, la DTPD se acerca mucho más a la perspectiva laboral clásica, regulando específicamente para las necesidades del mercado de trabajo.
2. Los riesgos frente a la dirección algorítmica del trabajo analizados por la doctrina y que se pretenden reducir con las prescripciones contenidas en la DTPD no afectan solamente a los trabajadores de plataformas. Por el contrario, el hecho diferencial que hace necesarias las protecciones específicas es la existencia de

un control automatizado o un sistema de toma de decisiones automatizado. Es decir, no es el factor “plataforma” lo que justifica la necesidad de estas garantías, sino el hecho de que un algoritmo tome decisiones que afecten a personas. Por esta razón, no hay justificación suficiente para excluir de la aplicación de estos derechos las personas trabajadoras sometidas a un algoritmo, pero que no trabajan en plataformas.

3. El tercer motivo, muy relacionado con lo anterior, es evitar la creación de trabajadores de primera y de segunda. Las diferenciaciones injustificadas en materia de protecciones laborales violentan el principio de igualdad ante la ley. De esta forma, si el factor diferencial es el control o la toma de decisiones automatizada este debería ser el factor activado/justificante de las protecciones.
4. La última razón es por seguridad jurídica. En efecto, ya con el RGPD, gran parte de las prescripciones frente a algoritmos que contiene la DTPD están incluidas y, por tanto, son obligatorias para todas las empresas y no solo las plataformas. Esto es, la DTPD solamente aclara y detalla las mismas. Así pues, convendría aplicar dicha “aclaración” a todas las empresas y no solo a las plataformas por razones de seguridad jurídica.

Por este argumento, considero que la trasposición debería incorporar estos derechos, no solo en el ámbito de plataformas, sino también para otras empresas siempre que usen esos medios tecnológicos para monitorizar, tomar o fundamentar decisiones organizativas o empresariales que afecten a trabajadores.

En tercer lugar, la trasposición debe concretar respecto a quien se predicen los derechos colectivos incluidos. De esta forma, cabría aclarar si se da preferencia a las secciones sindicales o al comité de empresa y en qué supuestos. En cualquier caso, parece conveniente indicar que en caso de que no existan representantes legales en la plataforma estos derechos son reconocidos a los sindicatos más representativos como se ha hecho con los planes de igualdad.

Por último, donde la Directiva deja mayor margen de posibilidades a los EM es en materia de los criterios de activación de la presunción iuris tantum de laboralidad. Las posibilidades son múltiples. En mi opinión, dado que en España la doctrina judicial ya ha considerado que el art. 8.1 ET tiene una presunción iuris tantum de laboralidad que desplaza la carga de la prueba a aquel que niega la laboralidad lo que podría hacer la trasposición es simplemente positivizar en la literalidad de la norma esa interpretación. En este sentido, se propone la siguiente redacción “*se presumirá, salvo prueba en contrario, que se cumplen los requisitos del art. 1.1 del ET cuando una persona individual preste servicios en plataformas digitales conforme están definidas en esta norma*”.

Esta redacción propuesta no significa que la presunción no tenga criterios de activación. Muy al contrario, la persona que solicita la aplicación de la presunción debería probar “que trabaja en una plataforma digital”, esto es, que cumple con

los cuatro requisitos: a) provee servicios a través de medios electrónicos como una web o una aplicación, b) ese servicio se provee a petición del receptor; c) la plataforma organiza el trabajo realizado por individuos a cambio de un pago, el servicio puede desarrollarse online o presencialmente; d) existen sistemas automatizados de monitorización o de toma de decisiones. Una vez probados que se prestan servicios en estas circunstancias la carga de la prueba pasaría a la plataforma digital para probar que los requisitos del art. 1.1 ET no se dan o que se está en alguno de los supuestos del art. 1.3 ET.

En fin, se debe hacer una valoración positiva de la norma aprobada en el seno de la Unión. No obstante, en este trabajo se plantea una serie de dudas jurídicas que deberían quedar resueltas en la trasposición con objeto de reducir la inseguridad jurídica y de garantizar que se cumple el objetivo normativo de mejora de las condiciones laborales de los trabajadores en plataformas digitales y sometidos a la dirección algorítmica.