

# LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE TRABAJO EN PLATAFORMAS

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Trabajo en plataformas, Directiva, inteligencia artificial, presunción de laboralidad, derechos de información

La propuesta de Directiva sobre el trabajo de plataformas representa un hito relativamente novedoso al plantear, en materia laboral, una regulación mínima sobre el tema. En el presente artículo se muestran los aspectos más destacados del contenido de la propuesta de Directiva. Dos son los aspectos fundamentales: la calificación jurídica de la relación contractual entre las partes, partiendo del establecimiento de una presunción –refutable– de laboralidad y la necesidad de anticiparse a la posible afectación de derechos básicos y elementales por la gestión de sistemas automatizados. Las preocupaciones fundamentales tienen que ver con la posible afectación de derechos fundamentales, como el de no discriminación o de protección de datos, pero también con la dificultad de atender las novedades que supone en la supervisión o en la toma de decisiones la intervención de tales sistemas. Por ello, la propuesta va desde el reconocimiento de la citada presunción, al reconocimiento de derechos de información básicos a los trabajadores y a sus representantes y al establecimiento de deberes específicos a las plataformas como los referidos a la supervisión, evaluación y revisión y rectificación. Todo ello en el contexto de exigencia de transparencia en la gestión logística.

## ABSTRACT

**Keywords:** Platform jobs, Directive, artificial intelligence, presumable relationship of laborality, information rights

*The proposal of Directive about platform jobs represents a relative novel milestone, as it raises a minimum regulation in the labour field. In this paper the most prominent aspects of the Directive are shown. Two of them are the fundamental aspects: the legal qualification of the contract between the parties, arising from the establishments of the presumable (yet rebuttable) relationship of laborality and the need to anticipate the affection of fundamental and basic rights due to automated management systems. Main concerns are related to the affection of fundamental rights, such as non-discrimination or data protection, but also with the difficulty of addressing the novelty it supposes to have these automated systems in terms of supervision or decision making processes. As a result, the proposal arises from the recognition of the aforementioned presumption to the recognition of basic information rights to workers and their representatives and the establishments of specific duties for the platforms, referred those to supervision, evaluation and review and rectification. All of this in the context of demand of transparency in logistic management.*

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL TRABAJO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES
3. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA (PROPUESTA DE) DIRECTIVA
4. DELIMITACIÓN CORRECTA DE LA SITUACIÓN LABORAL Y PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD
  - 4.1. La obligación de disponer de procedimientos adecuados para verificar y garantizar la determinación correcta de la situación laboral
  - 4.2. La presunción legal de laboralidad
  - 4.3. Aplicación de la presunción y garantía de la posibilidad de su refutación. El establecimiento de un marco de medidas de apoyo para su aplicación
5. GESTIÓN ALGORÍTMICA, DEBER DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LOS TRABAJADORES
  - 5.1. La plataforma como empleadora obligada a asumir las obligaciones del contrato
  - 5.2. Transparencia y contenido de los derechos de información
  - 5.3. Plataformas y límites al poder de dirección
  - 5.4. Protección de datos
  - 5.5. En concreto sobre la protección en materia de seguridad y salud
6. SUPERVISIÓN Y EVALUACIÓN HUMANAS DE LOS SISTEMAS Y REVISIÓN DE LA TOMA DE DECISIONES Y RECTIFICACIÓN
  - 6.1. Los deberes de supervisión y evaluación
  - 6.2. Derecho a solicitar explicación, revisión y deber de rectificación en caso de afectación de los derechos de los trabajadores
7. EL ROL DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES
8. REFLEXIÓN FINAL

## 1. INTRODUCCIÓN

La propuesta de Directiva sobre el trabajo de plataformas representa un hito relativamente novedoso al plantear, en materia laboral, una regulación mínima exigible a los Estados miembros sobre un sector relativamente concreto de actividad. Las razones estructurales de la decisión de la Comisión Europea, a la que corresponde la iniciativa, tienen que ver no solo con la expansión del fenómeno, su incidencia social o el número de personas afectadas<sup>1</sup>, sino, desde un punto de vista más cualitativo, con la afectación que supone en la conformación y configuración del trabajo<sup>2</sup> en un modelo social y económico caracterizado por los principios que

<sup>1</sup> Confr. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/platform-work-eu/>. Específicamente, vid. el estudio de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea, “Study to support the impact assessment of an EU initiative to improve the working conditions in platform work”. Elaborado por Barcevičius, Egidijus; Gineikytė-Kanclerė, Vaida; Klimavičiūtė, Luka; y, Ramos Martín, Nuria. 2021. ISBN 978-92-76-43545-7.

<sup>2</sup> Ya puestas de manifiesto, por ejemplo, en las conclusiones del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2019, “Un mundo laboral cambiante: reflexión sobre las nuevas formas de trabajo

defiende la Unión<sup>3</sup>, a lo que se une el carácter potencialmente estratégico de una actividad sustentada en la gestión a través de sistemas inteligentes<sup>4</sup>.

La propuesta se mueve, pues, entre la protección de los derechos elementales de las personas prestadoras del servicio y el reconocimiento de la innovación estratégica que conlleva esta forma de organización con amplia implantación transnacional. De esta dualidad surgen los problemas que se están manifestando en el propio curso de elaboración y, aún pendiente, aprobación definitiva de la Directiva. Las modificaciones introducidas al documento inicial de la Comisión, a través de las propuestas transaccionales de la Presidencia de turno, así como las enmiendas planteadas durante la primera lectura en el Parlamento, reflejan las divergencias sobre el texto, en relación con contenido y extensión que debe tener la Directiva<sup>5</sup>.

En todo caso, es evidente que se intenta aportar una serie de respuestas normativas básicas a elementos también esenciales que se ponen de manifiesto en el trabajo a través de plataformas. Estas respuestas se centran en la clarificación de la calificación jurídica de la relación contractual entre las partes, partiendo de la

y las implicaciones para la seguridad y la salud de los trabajadores”. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9686-2019-INIT/es/pdf>. Al respecto confr., por ejemplo, Stefano, “Labour is not a technology – reasserting the declaration of Philadelphia in times of platform-work and gig-economy”, *Iuslabor* 2/2017; López de la Fuente; “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; págs. 35 y ss. También son de consulta obligada, AA.VV. (Rodríguez Piñero Royo y Hernández Bejarno dir.); “Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos”. Bomarzo, Albacete, 2017; Pérez de los Cobos; “El trabajador en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura”, Madrid, Walters Kluwer, 2018. Desde una perspectiva más técnica sobre el impacto de las nuevas tecnologías y, en concreto, de las plataformas (partiendo de una concepción amplia de las mismas); AA. VV. (Del Rey Guanter dir.); “Documento sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la gestión de las personas y en las relaciones laborales”, Proyecto Technos II. Instituto de Estrategia Legal en RRHH. Cuatrecasas. Wolter Kluwer, 2021; particularmente en págs. 148 y ss. Destacables también las opiniones de Grau Pineda; “Las reflexiones de la economía digital o de plataformas (‘platform economy’) como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* n. 213/2018. BIB 2018/13396.

<sup>3</sup> Entre otros, los arts. 3 del TUE y 31 de la Carta y el principio 5 del Pilar Europeo de Derechos Sociales a que aluden los párrafos 1, 2 y 3 del texto expositivo de la propuesta.

<sup>4</sup> Por todos, confr. por ejemplo la Comunicación de la Comisión “Inteligencia artificial para Europa”. COM (2018) 237 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237>. Sobre el apoyo al modelo de economía colaborativa, confr., por ejemplo, Hernández Bejarano; “El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 192/2016. BIB 2016/85594.

<sup>5</sup> Confr. la remisión del Comité de Representantes al Consejo sobre la propuesta de Directiva. Bruselas 7 de junio de 2023. Expediente institucional 2021/0414 (COD). Sobre las diferentes posiciones de los Estados en relación con la tramitación de la Directiva, confr. [https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2021\\_414](https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2021_414).

presunción –refutable– de laboralidad, y en la necesidad de anticiparse a la posible afectación de derechos básicos y elementales por la gestión a través de sistemas automatizados de datos, lo que implica trasladar de manera específica aspectos contenidos en la normativa general sobre protección de datos (principalmente el Reglamento 2016/679) y en concreto, aquellos relativos a la elaboración de perfiles. De esta forma, se incorporan limitaciones específicas en la recaudación y tratamiento de datos; una exigencia de transparencia en la gestión logarítmica, que se concretan en una serie de derechos de información específicos en favor de los trabajadores y sus representantes; la especificación de una serie de deberes de supervisión, evaluación y revisión humanas, así como, en su caso, de rectificación, de las decisiones adoptadas por los sistemas inteligentes; además de otros deberes específicos de transparencia e información públicas.

## 2. EL TRABAJO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

Es evidente que el trabajo a través de plataformas ha modificado de manera importante la forma en que nos aproximamos a los conceptos delimitadores de la relación laboral (subordinación o dependencia y ajenidad), reconfigurándolos en base a nuevos indicios y relativizando los aspectos en que descansaba la tradicional dualidad entre trabajo autónomo y trabajo dependiente<sup>6</sup>. Ha actualizado viejos problemas en base a nuevas realidades y nuevos hechos, afectando, con claridad, a la forma en que se lleva a cabo la prestación de servicios y, por tanto, en que se concreta el objeto del contrato, con incidencia evidente en la determinación de las condiciones básicas de empleo, tiempo y forma de trabajo principalmente, pero también de la remuneración y formas de supervisión y control y aplicación de medidas disciplinarias<sup>7</sup>. Éstas, vinculadas a decisiones basadas en la utilización de sistemas algorítmicos fundamentados en la gestión de datos, se vuelven más sutiles, menos evidentes, pero igual o más eficaces, de forma que la tutela de derechos básicos de las personas trabajadoras y la responsabilidad exigible a las empresas se erigen como una cuestión ineludible<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Afirma Cruz Villalón que los criterios en España sobre la delimitación de la ajenidad resultan confusos y pueden estar presentes en formas de trabajo autónomos. Y concluye: “esta constatación a nuestro juicio, se intensifica y acentúa a resultas de la aparición y extensión de las nuevas formas de trabajo en el nuevo contexto de la digitalización y, en especial, del trabajo de plataformas”. “El poder directivo del empleador en el marco de la inteligencia artificial en España”. Cuaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell’università di Brescia. Copia del original. Confr. asimismo, Grau Pineda; op. loc. cit.

<sup>7</sup> “Nuevas soluciones, viejos problemas”. Desde esta perspectiva hace su aproximación López de la Fuente; “La revolución tecnológica...”, cit. págs. 73 y ss.

<sup>8</sup> Pretendiendo una “liquidez” de la responsabilidad (“*liquid responsibilities, solid control*”), Stefano; “Labour is not a technology...”; cit.

El trabajo a través de plataformas es reflejo, pues, del nuevo paradigma, no único, pero sí evidente, que supone el ejercicio del poder de dirección y control a través de sistemas basados en la gestión de datos, con lo que es capaz de centrar, en su estudio, muchos de los aspectos predicables de los nuevos problemas que supone la utilización de la IA en la determinación de las condiciones de trabajo. También es un paradigma de una nueva dualidad del mercado de trabajo, que tiende a distinguir según la cualificación requerida para el desarrollo de la actividad (independientemente, debemos aclarar, de la titulación personal del prestador de los servicios)<sup>9</sup>. Curiosamente (o no tanto), cuanto menor cualificación, más tendencia a la pretensión de excluir a las personas que llevan a cabo el servicio concreto del ámbito de aplicación de la normativa laboral (y mayor precarización). Cuanto mayor cualificación, más próxima a la relación laboral, dado que ésta, asociada a los deberes de buena fe, plantea una mayor vinculación del productor a la empresa, atendiendo, sobre todo, a su necesidad de retener el conocimiento y el valor añadido deducido del mismo. En esta dualidad, la parte prestadora de servicios básicos de *delivery*, auténtico objeto principal del trabajo a través de este tipo de plataformas, se ve afectada por todos los rasgos que supone un trabajo informal, con el riesgo de desprotección evidente que supone. Afecta a aspectos esenciales en la configuración del reconocimiento y acceso efectivo a la protección social, tanto por razones de encuadramiento derivados de la calificación de la prestación de servicios, como por las dificultades innatas de acceso efectivo a la acción protectora que conlleva la precariedad innata a las mismas (en muchas ocasiones, vinculada a formas de trabajo a llamada)<sup>10</sup>.

Por todos estos aspectos, el trabajo a través de plataformas ha venido a representar, también paradigmáticamente, una serie de retos importantes que afectan a los propios cimientos de una concepción clásica de la prestación de trabajo objeto del contrato laboral.

El primer reto tiene que ver, en el sentido indicado, con la definición de los criterios que sirven o han servido tradicionalmente para definir la existencia de

<sup>9</sup> Confr., por ejemplo, Stuart w. Elliott; “Artificial Intelligence, Robots, and Work: Is This Time Different? Issues in Science and Technologie. vol. XXXV, n.º. 1, Fall 2018 (<https://issues.org/artificial-intelligence-robots-and-work-is-this-time-different/>). Grau Pineda; op. loc. cit.

<sup>10</sup> Vid. al respecto el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Mejores condiciones de trabajo para una Europa social más fuerte: aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo” [COM(2021) 761 final] y la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales” [COM(2021) 762 final] (2022/C 290/16). DOUE 29 de julio de 2022. En particular, sobre la posible desprotección de los trabajadores de plataformas como forma de trabajo en la *gig-economy*, confr. Ginès y Fabrellas; “La (des)protección de los trabajadores en plataformas digitales”; en AA. VV. (Rodríguez Piñero Royo, Hernández Bejarano y Todolí Signes, dir.); “Cambiando la forma de trabajar y de vivir. De las plataformas a la economía colaborativa real”. Tirant lo Blanch. PUV, 2020, págs. 215 y ss.

una relación laboral. Y no solo por contraposición a lo que sería una prestación de servicios de carácter civil o mercantil, sino por confrontar directamente con formas parasubordinadas (o intermedias) ya tipificadas, como los trabajadores autónomos económicamente dependientes, cuya significación adquiere un nuevo valor a nivel nacional, precisamente por su acogida inmediata por parte de las empresas de *delivery*<sup>11</sup>.

El segundo tiene que ver con la definición de la actividad y la consideración o no como empresa a los efectos laborales de los que pretendían ser, en principio, mero intermediadores digitales. La superación de este criterio y su consideración como empleadores de los prestadores directos del servicio es una cuestión previa que no por resuelta estaba inicialmente fuera de controversia<sup>12</sup>.

El tercero alude a los problemas realmente estructurales que tienen que ver con la determinación de condiciones de empleo y trabajo en las que genéricamente han venido a denominarse nuevas formas de trabajo. La utilización de sistemas inteligentes basados en datos ha hecho que se concreten muchos de los retos que plantea la denominada gestión algorítmica de los recursos humanos. Estos tienen que ver con la determinación de condiciones básicas de trabajo y el ejercicio de las facultades de dirección y control, pero también, con la necesidad de transparencia respecto de las decisiones basadas en estos sistemas automatizados y la necesaria evaluación del impacto de las mismas. De esta forma, es obligada la atención a los nuevos riesgos que implica la gestión automatizada basada en datos. En materia de seguridad y salud, tal como contempla expresamente la propuesta de Directiva (art. 8.bis en la redacción de junio de 2023), pero, sobre todo, en relación con la posible afectación de derechos individuales de las personas trabajadoras derivados de la recaudación y tratamiento de datos y la posible elaboración no consentida de perfiles con transcendencia profesional. Ello obliga a trasladar a este ámbito, concretándolos, los deberes de transparencia y de obligada supervisión y revisión humanas –respecto de las decisiones que afecten a la ejecución del trabajo– que recoge, por ejemplo, la normativa general sobre protección de datos respecto a la elaboración de perfiles a través de sistemas automatizados (art. 22 del Reglamento 2016/679), identificando como sujeto responsable a la plataforma, a la que se atribuye la posición de garante y el deber de rendición de cuentas sobre la utilización de dichos sistemas. Se plantean asimismo otros problemas recurrentes,

<sup>11</sup> Sobre distintas opciones en relación con estas formas parasubordinadas, o sobre el planteamiento de otras posibilidades para resolver los problemas de judicialización derivados de la calificación jurídica de la relación entre plataforma y personas prestadoras del servicio vid. infra. En todo caso, la propuesta de Directiva opta por la laboralidad, sobre la base de la doctrina del TJUE y partiendo de la exclusiva dualidad entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia. Confr. al respecto Cruz Villalón, op. loc. cit. infra.

<sup>12</sup> Sobre la inicial pregunta en relación al carácter de empleadores de las plataformas, confr. Pérez de los Cobos; “El trabajo en plataformas...”, cit. págs. 40 y ss. Como destaca el autor, la sentencia del TJUE del caso Uber despeja cualquier duda al respecto.

como los referidos al rol de la representación de los trabajadores o a la más que probable transnacionalidad de las empresas y de los servicios a prestar. Y, por supuesto, el establecimiento de garantías para asegurar una transición a formas de trabajo estables, unas condiciones laborales adecuadas y mínimas garantizadas y un principio básico de certidumbre en la determinación de los criterios definitorios del régimen jurídico a aplicar.

A estos aspectos la propuesta de Directiva pretende aportar una solución transversal, no exenta, como decimos, de alternativas en su tramitación, lo que refleja, más allá de la evidente significación que tiene en sí misma la regulación de la materia, las dudas que los propios actores del proceso tienen en la conformación de una normativa mínima trasladable a los Estados miembros. La propuesta de Directiva no abarca suficientemente todos estos aspectos. Al menos, no aporta una solución suficiente (ni siquiera en elementos esenciales). Entre otras razones por la controversia que se refleja en su tramitación. Pero es cierto que la propia iniciativa en sí misma puede suponer un avance sobre la necesidad de regulación de un fenómeno que presenta auténticos rasgos estructurales y afecta cuantitativa y cualitativamente a la forma en que se prestan los servicios bajo el control y dirección de una determinada forma de comprender también la actividad empresarial.

### **3. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA (PROPUESTA DE) DIRECTIVA**

Tal como dispone el art. 1.1 de la propuesta de Directiva, en la versión aprobada por el Consejo (junio de 2023), esta fija como objetivos “mejorar las condiciones laborales de plataformas y la protección de las personas que realizan trabajo en plataformas en relación al tratamiento de datos personales a través del uso de sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones”. Estos objetivos, que ahora se equiparan en la definición del objeto de la Directiva, se perseguirían a través de “la introducción de medidas para facilitar la correcta determinación de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas; la mejora de la transparencia, la equidad y la rendición de cuentas en el uso de sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones para personas que realizan trabajo en plataformas; y mejorando la transparencia del trabajo en plataformas, incluso en situaciones transfronterizas” (art. 1.bis)<sup>13</sup>.

El objeto de la Directiva se circunscribe a las plataformas digitales de trabajo, en las que la prestación de un servicio (trabajo) realizado por personas

<sup>13</sup> Inicialmente, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del art. 1 de la propuesta inicial, la Directiva establecería “...los derechos mínimos aplicables a todas las personas que realizan trabajo en plataformas en la Unión que tienen (o que, sobre la base de una evaluación de los hechos, se puede considerar que tienen) un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se definen en la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en los Estados miembros,

físicas se erige como elemento definitorio y donde la organización de dicho trabajo es, también, rasgo “necesario y esencial” de la consideración como tal<sup>14</sup>. Así se contiene expresamente en la definición recogida en el art. 2.1.1)<sup>15</sup>. Estos rasgos son previos, delimitadores, en el sentido indicado, de la existencia de una plataforma de trabajo, en la que previsiblemente la prestación de dichos servicios se lleva a cabo a través de una relación laboral. Así se comprende desde el momento en que la Directiva parte de una presunción general –refutable– de laboralidad. Ello distingue las plataformas de trabajo, objeto de la Directiva, de las plataformas en línea, cuya función es de mera intermediación digital y cuyo ámbito regulatorio debe hallarse en la normativa (comunitaria) sobre provisión de servicios digitales. Unas plataformas digitales de trabajo que se centran en determinados sectores de actividad (transporte de mercancías o personas o limpieza) a los que alude, aunque a título de ejemplo y sin excluir otras posibilidades, la propia propuesta de Directiva en su texto expositivo<sup>16</sup>.

Se contempla expresamente en la redacción aprobada por el Consejo, el recurso a “intermediarios”, por parte de plataformas. Definidos [art. 2.4.bis)], de manera un poco farragosa, como “toda persona física o jurídica que establezca una relación contractual, también mediante subcontratación, con una persona que realiza trabajo en plataformas o con una plataforma digital de trabajo al objeto de

teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. La propuesta elaborada por la Comisión ampliaba también aspectos esenciales de su objeto a las personas que prestaran servicios no calificados como laborales, en concreto, las medidas relacionadas con la gestión algorítmica, y, en particular, las relativas al deber de transparencia, derechos individuales de información y supervisión humana. Esta extensión desaparece en el texto aprobado por el Consejo y remitido al Parlamento para la segunda lectura. Seguramente el fundamento se encuentre en la aplicación del Reglamento 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, al que remitía la propia propuesta inicial. La finalidad declarada de dicho Reglamento (art. 1.1) es “contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de normas para asegurar que se conceden opciones apropiadas de transparencia, de equidad y de reclamación a los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y a los usuarios de sitios web corporativos en relación con los motores de búsqueda en línea”.

<sup>14</sup> Como afirma el párrafo 18 del texto expositivo de la propuesta, “las plataformas de trabajo difieren de otras plataformas en línea en que organizan el trabajo realizado por personas físicas a petición, única o repetida, de la persona destinataria de un servicio prestado por la plataforma”.

<sup>15</sup> Se define como “plataforma digital de trabajo” (art. 2.1.1), “toda persona física o jurídica que preste un servicio comercial” en el que se dan una serie de requisitos: prestar el servicio, “al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, como un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles”; “a petición de un destinatario del servicio”; y, “como elemento necesario y esencial”, el que implique “la organización del trabajo realizado por personas físicas” (“con independencia de que ese trabajo se realice en línea o un lugar determinado”).

<sup>16</sup> Sobre sectores de implantación del servicio a través de plataformas, confr. OIT; “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2021: El papel de las plataformas de trabajo digitales en la transformación del trabajo y de empresas”. En <https://www.ilo.org/digitalguides/es-es/story/world-employment-social-outlook-2021#digital-labour-platform/types>.



poner el trabajo en plataformas a disposición a través de dicha plataforma digital de trabajo”, alude a la posibilidad de subcontratación (o puesta a disposición) de los servicios de plataforma de trabajo por parte de un tercero. En este caso, el texto transaccionado tiene la pretensión de obligar a los Estados miembros “a garantizar el mismo nivel de protección también en caso de intermediación” aunque les deja “la elección de las medidas adecuadas para hacerlo”, entre las cuales “podría incluirse el establecimiento de una responsabilidad conjunta, si algún Estado miembro lo considera adecuado”<sup>17</sup>. Y se concluye con una disposición normativa (nuevo art. 2.bis) donde se prevé expresamente que el recurso a intermediarios no dará lugar a una “reducción de la protección conferida por la presente Directiva a las personas que realizan trabajo en plataformas”<sup>18</sup>.

En otro orden de cosas, la Directiva extiende su ámbito de aplicación a todas las plataformas digitales de trabajo independientemente de su lugar de establecimiento, lo que supone una especificación de los criterios de normativa aplicable y en relación con las libertades básicas económicas de establecimiento y circulación y la doctrina del Tribunal de Justicia al respecto. Como afirma Cruz Villalón<sup>19</sup>, esta opción “modifica parcialmente los criterios establecidos por el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, pese a que siga siendo la norma de referencia. En todo caso supone una especificación de los criterios a aplicar, debiendo tomar como referencia el contenido de la Directiva cuando se trate del trabajo en plataformas digitales. Esta plantea su aplicación en todo caso de prestación de servicios efectiva en la Unión, independientemente del lugar de establecimiento de aquella y de la determinación de la legislación aplicable (art. 1.4 *in fine*). Como afirma el parágrafo 9 del texto expositivo de

<sup>17</sup> Explicación a la propuesta transaccional de la Presidencia; pág. 6. Como afirma el parágrafo 18.bis del texto expositivo de la citada propuesta transaccional, “En algunos casos, las personas que realizan trabajo en plataformas no tienen una relación contractual directa con la plataforma digital de trabajo, sino que mantienen una relación con un intermediario por medio del cual realizan trabajo en plataformas a través de plataformas digitales de trabajo. Esta forma de organizar el trabajo en plataformas a menudo da lugar a gran variedad de relaciones triangulares diversas y complejas, así como a responsabilidades difusas entre la plataforma digital de trabajo y los intermediarios en relación con el trabajo en plataformas. Las personas que realizan trabajo en plataformas a través de intermediarios están expuestas a los mismos riesgos en términos de clasificación errónea de su situación laboral y sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones que las personas que realizan trabajo en plataformas directamente para la plataforma digital de trabajo. Por consiguiente, los Estados miembros deben establecer medidas adecuadas, en particular creando sistemas de responsabilidad conjunta, cuando proceda, al objeto de garantizar que, en virtud de la presente Directiva, dichas personas disfruten del mismo nivel de protección que las personas que realizan trabajo en plataformas que mantengan una relación contractual directa con la plataforma digital de trabajo”.

<sup>18</sup> El art. 22 de la propuesta contempla la previsión también expresa de que en el proceso de revisión de la norma comunitaria “la Comisión prestará especial atención a las consecuencias del recurso a intermediarios para la aplicación general de la presente Directiva”.

<sup>19</sup> “La propuesta de directiva sobre condiciones de trabajo en plataformas digitales”; *Lavoro e Diritto* a. XXXVII n° 1, 2023; pág. 113.

la propuesta, así se intenta solventar el problema derivado cuando “a menudo no está claro dónde se realiza el trabajo en plataformas ni quien lo ejecuta”, un problema que se agrava –como continúa afirmando dicho texto– por la dificultad de acceso a los datos sobre plataformas digitales (aspecto que se intenta también corregir con la exigencia de deberes de información públicas a éstas). Ante esta declarada “complicación” de la ejecución de las normas aplicables, la propuesta opta sin más por extender la aplicación de la misma a cualquier supuesto donde se manifiesta la ejecución efectiva de la prestación de servicios dentro de la Unión. Como decimos no solo modula los criterios sobre ley aplicable a las relaciones contractuales previstas en el Reglamento 593/2008, sino que matiza los criterios del propio TJUE sobre libertad de establecimiento y circulación. En este sentido, por ejemplo, la evolución de la doctrina en relación con la aplicación de la Directiva sobre condiciones mínimas de trabajo en caso de desplazamiento de trabajadores y la posible afectación a las referidas libertades básicas económicas puede encontrar en esta previsión un hito importante hacia la consolidación de criterios sociales en la admisión de limitaciones a dichas libertades<sup>20</sup>.

#### **4. DELIMITACIÓN CORRECTA DE LA SITUACIÓN LABORAL Y PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD**

##### **4.1. La obligación de disponer de procedimientos adecuados para verificar y garantizar la determinación correcta de la situación laboral**

En relación con la “delimitación correcta de la situación laboral”, el aspecto fundamental sobre el que gira el contenido de la propuesta es, sin duda, el establecimiento de una presunción legal de laboralidad entre la plataforma digital de trabajo y las personas prestadoras del servicio. Sin embargo, esta presunción, basada en indicios sobre los que identificar el ejercicio del control y dirección de la ejecución del trabajo<sup>21</sup>, refutable y sujeta a la facultad discrecional de los órganos jurisdiccionales y administrativos de los Estados miembros, se ubica dentro del mandato de disponer de “procedimientos adecuados para verificar y garantizar la determinación correcta de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas”.

<sup>20</sup> Sobre el tema, confr. Del Rey Guanter y Valverde Asencio; “La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y derechos sociales”. En AA.VV. (Casas Baamonde y Gil Alburquerque dir.) “Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia”. Levefre, 2023. Capítulo 21. págs. 931 y ss.

<sup>21</sup> Sobre la posible debilidad del método indiciario, considerado en general, pese a su utilidad, confr. Cámara Botía; “La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?”. Revista Española de Derecho del Trabajo n.º 222/2019. BIB 2019/7752. En apartado III.

La mención a estos “procedimientos”, necesariamente “adecuados”, es relativamente novedosa porque, de principio, trasciende el mero recurso al establecimiento de una presunción tal como se dispone en derecho interno (disposición adicional 23<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores conforme la Ley 12/2021, de 28 de septiembre). Pero, al mismo tiempo, abre la discusión sobre cuál es el auténtico contenido de dicha referencia, cuál debe ser el objeto de los citados procedimientos, cómo deben quedar definidos y si, por consiguiente, deben quedar establecidos expresamente como tales en derecho interno. En el fondo, el planteamiento puede reconducirse a si estamos ante un deber específico de los Estados o si, simplemente, nos hallamos ante una mera alusión genérica a procedimientos a través de los cuales pueden sustanciarse las controversias sobre la calificación jurídica de la prestación de servicios.

En este sentido, la exposición sobre la propuesta transaccional de la Presidencia de turno en el documento sometido al Consejo en junio de 2023 aporta un dato que, pese a que no está en el texto normativo de la Directiva, puede ser clarificador de la intención al menos de las partes encargadas de su tramitación. Según afirma el citado documento, la presidencia sueca, siguiendo la actuación antecedente de la presidencia checa, ha mantenido los criterios sobre el capítulo en cuestión, pero aclara, en relación concreta con este tema, que “uno de los procedimientos adecuados para comprobar la existencia de una relación laboral es el establecimiento de la presunción legal de la existencia de una relación laboral (artículo 4)”. Ello relativiza, sin duda, la importancia de exigir tales “procedimientos adecuados” de manera específica, dado que el Consejo parece asumir como principal procedimiento, precisamente, el establecimiento de la presunción legal.

En todo caso, la importancia de estos procedimientos estaría en ubicar procesal o procedimentalmente dónde sustanciar las controversias sobre la calificación jurídica de la prestación de servicios en plataforma o cómo certificar la existencia de una relación laboral. Se exige, además, que sean adecuados, lo que implica un requisito de efectividad y eficiencia, y su objeto debe estar encaminado a “verificar” y a “garantizar” la determinación correcta de la situación contractual en ciernes, “con vistas a determinar la existencia de una relación laboral” (o lo contrario). Esto conlleva plantearse la necesidad o, cuando menos, la oportunidad de establecer (o disponer de) procedimientos específicos al respecto. Estos deben partir del objeto señalado y deben considerar la definición de relación laboral contenida en la normativa interna (conforme su legislación, convenios colectivos o prácticas vigentes), pero “teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia” de la Unión. La referencia a la negociación colectiva no tiene mucho sentido en nuestro sistema, dado que no corresponde al convenio determinar qué es y qué no es relación laboral. La referencia a la práctica vigente debe entenderse hecha a la jurisprudencia. Y en relación con la doctrina del TJUE, la remisión debe considerarse hecha a los supuestos en que la misma ha planteado los rasgos que definen la existencia de una relación laboral y a que remiten los propios textos

preparatorios y expositivos de la propuesta<sup>22</sup>. Sin embargo, en el caso concreto de trabajo en plataformas, los antecedentes del TJUE no se caracterizan precisamente por una interpretación extensiva de los elementos definitorios de una relación de trabajo (auto del TJUE de 22 de abril de 2020, asunto Yodel)<sup>23</sup>.

En otro orden de cosas, la propuesta dispone que la determinación de la existencia de relación laboral debe fundamentarse, en estos procedimientos, “principalmente” en base a hechos; hechos “relacionados con la ejecución real del trabajo” y “teniendo en cuenta el uso de algoritmos en la organización del trabajo en plataformas”. Ello implica, por un lado, la necesidad de partir de indicios derivados de dichos hechos probados (la prueba es obviamente esencial); pero, por otro, considerar la particularidad que tiene, a los efectos de la valoración de aquellos, que la organización del trabajo se lleve a cabo a través de la utilización de sistemas inteligentes basados en datos (algoritmos), por si en algo pudiera incidir o condicionar su apreciación<sup>24</sup>. En esta valoración necesariamente se han de considerar los criterios sobre los que se funda la presunción de laboralidad que recoge la propuesta, pero no debe olvidarse que el propio texto considera expresamente, tanto la posible existencia de normas más favorables a nivel de cada Estado miembro, como la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales y autoridades competentes para determinar la calificación de la relación jurídica según la norma y criterios nacionales y “con independencia del número de criterios que se cumplan” de los que constituyen la base de la citada presunción.

Por consiguiente, la mención al deber de establecimiento de “procedimientos adecuados” tiene un carácter relativamente genérico. No conlleva o exige la existencia de un procedimiento concreto, específico, *ad hoc*, sin perjuicio de las razones de oportunidad que justificarían su regulación. En todo caso, en estos procedimientos, necesariamente habrá de aplicarse la presunción legal recogida

<sup>22</sup> Por ejemplo, los recogidos en nota a pie en el párrafo 20 del texto expositivo de la propuesta que pasamos a transcribir: “Sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284; de 14 de octubre de 2010, Union Syndicale Solidaires Isère/Premier ministre y otros, C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612; de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411; de 9 de julio de 2015, Ender Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455; de 17 de noviembre de 2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH/Ruhrlandklinik gGmbH, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883; de 16 de julio de 2020, UX/Governo della Repubblica italiana, C-658/18, ECLI:EU:C:2020:572; y auto del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 2020, B/Yodel Delivery Network Ltd, C692/19, ECLI:EU:C:2020:288”.

<sup>23</sup> Sobre dicho auto y su contenido confr., por ejemplo, Ortega Lozano; “Economía colaborativa, condiciones laborales y la lógica algorítmica: la propuesta de ‘Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo de plataformas’”. Revista Española de Derecho del Trabajo nº 251/2022. BIB 2022/1134. Especialmente a partir del apartado V del artículo citado. También Cruz Villalón; “La propuesta...”, cit. págs. 118 y ss.

<sup>24</sup> Sobre “los problemas genéricos en la aplicación de los criterios de laboralidad” en el trabajo en plataformas confr., por todos, Cámara Botía; op. loc. cit.

en el art. 4 y su posible refutación<sup>25</sup>; deben entenderse incluidos tanto aquellos de naturaleza administrativa como judicial, como se desprende de referencias como la contenida en el art. 4.bis.1; y debieran tener trascendencia declarativa, incluyendo en su objeto dicho presupuesto (aunque pudieran tener, inicialmente, otra naturaleza, como, por ejemplo, sancionadora), porque deben servir para verificar (y garantizar) la determinación de la relación laboral.

Desde estos aspectos, sin obviar el carácter genérico de la mención, la reflexión vira hacia el derecho interno y a comprobar si en la normativa nacional se dan “procedimientos adecuados” sobre los presupuestos que establece la propuesta de Directiva.

No existe, en nuestro país, un procedimiento específico de verificación sobre la existencia de la relación laboral ni de certificación al respecto, como ocurre respecto a la consideración como indefinido de los contratos de trabajo conforme lo dispuesto en el art. 15.9 del Estatuto de los Trabajadores. Y no lo hay a instancia de parte en ningún caso, más allá del procedimiento sancionador iniciado bien de oficio, bien a través de denuncia. Ni el SEPE, ni las oficinas públicas de empleo, ni la propia ITSS tienen previsto un procedimiento de certificación de este aspecto. A lo sumo, como decimos, la actividad es de control (de verificación, en definitiva) sobre el cumplimiento de la normativa laboral y, lo que a la postre es importante, de seguridad social. Por tanto, los procedimientos administrativos previstos en la normativa nacional tienen que ver con la verificación del cumplimiento de la normativa laboral, y, en particular, en relación con los efectos que pueden tener, principalmente, en materia de encuadramiento, de liquidación de cuotas y en procedimientos sancionadores. En sede procesal, siempre se puede plantear una acción declarativa. O siempre se puede plantear una acción en proceso ordinario o en alguna modalidad procesal especial (principalmente en materia de despido, de régimen disciplinario, modificación de condiciones de trabajo, o de conflicto colectivo) donde se sustancie con carácter previo (por ejemplo, a través de la excepción de incompetencia de jurisdicción) la calificación jurídica de la relación contractual existente. Pero tampoco encontramos un procedimiento o proceso especial de certificación declarativa (y ejecutiva) de la existencia de relación laboral aplicables a supuestos como estos.

La propia propuesta de Directiva contempla distintas remisiones procesales y puramente procedimentales en relación con los derechos que asisten a los prestadores de servicio sin que conste un procedimiento específico. Así, el art. 13 prevé el derecho de acceso “a una resolución de litigios eficaz e imparcial” con el derecho a reparación, “incluida indemnización por el perjuicio sufrido (“adecuada” eran los términos de la propuesta inicial), en caso de vulneración de derechos contemplados en la Directiva, donde deberían incluirse la resolución

<sup>25</sup> Confr. parágrafo 25 quáter del texto expositivo de la propuesta en versión del Consejo.

de controversias sobre la calificación jurídica correcta de la relación contractual a la que podría asociarse la referida vulneración. Con más claridad si cabe, el art. 16 habla de “procedimientos relativos a una reclamación sobre la correcta determinación de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas”, para ordenar que las autoridades judiciales o administrativas puedan exigir a las plataformas que revele cualquier prueba.

Por tanto, la cuestión es si, teniendo en cuenta la propia experiencia nacional, no sería conveniente establecer un procedimiento administrativo *ad hoc* para resolver, a instancia de parte o de oficio, cualquier duda sobre la calificación jurídica de la relación contractual entre la persona que presta directamente el servicio y la plataforma o para aportar una “certificación”, al modo de “verificación”, de la existencia de la misma. Evidentemente, en este procedimiento debería contemplarse la posibilidad de refutar la presunción de laboralidad que exige en todo caso la Directiva propuesta (algo que se garantizaría con el carácter contradictorio del procedimiento). Pero, precisamente por eso, también desde la perspectiva de las plataformas, podría ser cuando menos útil prever una resolución inicial a nivel administrativo de las consecuencias derivadas de la calificación jurídica de laboralidad (fundamentalmente en materia de determinación de condiciones de trabajo aplicables y encuadramiento en Seguridad social) sin perjuicio de la siempre posible revisión jurisdiccional.

En relación con esta posibilidad surge el debate sobre la supresión del apartado d) del art. 148 de la LRJS (procedimiento de oficio). Según disponía, el proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia, entre otras razones, “de las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora”. La derogación de este supuesto específico del procedimiento de oficio suponía asegurar la efectividad de las actas sancionadoras o de liquidación en materia de Seguridad Social, dado que con la supresión se dispuso también la de los efectos suspensivos del expediente administrativo afectado por la demanda de oficio. Ahora se podría cuestionar la oportunidad de su derogación. Sobre todo, desde el momento en que se ha de garantizar la posibilidad de refutar, en procedimientos administrativos o judiciales, la presunción de laboralidad de que parte la Directiva propuesta respecto de estas formas de trabajo. Sin embargo, esta misma contiene una previsión en la versión más actual que avalaría, al menos desde la perspectiva de sus efectos, la supresión del procedimiento de oficio, al remitir ahora a la normativa interna la posibilidad de que el procedimiento de impugnación de las decisiones administrativas sobre la existencia de relación laboral “no tenga un efecto suspensivo sobre dicha decisión” (la versión inicial suprimía esta posibilidad y exigía, precisamente, que no tuviera efectos suspensivos).

En definitiva, no existe en nuestro derecho interno un procedimiento específico sobre la determinación de la laboralidad de una relación y, menos, en el ámbito concreto del trabajo de plataformas. Los procedimientos administrativos y procesales a través de los que se sustanciaría la cuestión son los habituales: en el ámbito administrativo y sancionador, las actas de liquidación de la ITSS, de la propia TGSS y las actas sancionadoras de la ITSS; en el ámbito puramente procesal, la acción declarativa o las cuestiones incidentales que pueden resolverse desde la excepción de incompetencia de jurisdicción. Es más, la derogación de la demanda de oficio fundamentada en la calificación jurídica de la relación de prestación de servicios a los efectos de impugnación de las actas sancionadoras o de liquidación en materia de Seguridad Social supone la supresión del único proceso específico sobre la materia. La posibilidad de refutación se puede plantear con el derecho de acceso a los expedientes administrativos, de personación y, en su caso, de alegaciones y recursos. Y el que la propuesta de Directiva remita a las normas de derecho interno sobre la supresión de efectos suspensivos de cualquier impugnación al respecto hace que pueda ser concordante con la referida supresión del procedimiento de oficio, que tenía carácter suspensivo del procedimiento administrativo. En este sentido, la norma nacional y, ahora la propuesta de Directiva, apuesta por la ejecutividad de la decisión administrativa en su caso, negando tal efecto suspensivo<sup>26</sup>. En todo caso, desde la perspectiva nacional, no hay un procedimiento que establezca, al modo de “certificación”, la calificación jurídica de la forma de prestación de servicios analizada. Quizá sea, tras la aprobación definitiva de la Directiva, una oportunidad para plantear el mismo.

## 4.2. La presunción legal de laboralidad

La propuesta de Directiva recoge la presunción legal, “desde un punto de vista jurídico”, de que la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y quien realiza trabajo en y a través de ella es laboral cuando aquella “ejerza el control y dirección sobre la ejecución del trabajo por parte de la persona” (art. 4.1 de la propuesta del Consejo). “La presunción legal se aplicará en todos los procedimientos administrativos o judiciales pertinentes cuando esté en juego la correcta determinación de la situación laboral de la persona que realiza trabajo en plataformas” (art. 4.bis.1 en su primer párrafo), con lo que condicionará de principio la iniciación y fundamentación de aquéllos.

<sup>26</sup> La modificación del Código Penal y la introducción del nuevo apartado 2º del art. 311, cuyo objeto es, precisamente, asegurar por esta vía la efectividad de las decisiones administrativas fundamentadas en la existencia de una relación laboral frente a la decisión contraria de la empresa [que guarda relación con la supresión del apartado d) del art. 148 en el procedimiento de oficio], prevé la sanción penal de “los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa”. Es cierto que la presunción establecida en la Directiva no se aplica a los procedimientos penales (como tampoco fiscales o de seguridad social), ex art. 4.bis.1 en su segundo párrafo del texto del Consejo, pero esta previsión no evita que se aplique en derecho interno.

La nueva redacción dada al régimen de la presunción en la fase transaccional de la tramitación de la propuesta ha planteado la duda sobre si la previsión inicialmente contemplada ha sido rebajada en su intensidad. Así lo han puesto de manifiesto las delegaciones de Bélgica, Eslovenia, España, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Rumanía en su declaración conjunta “en favor de una Directiva ambiciosa sobre el trabajo en plataformas”<sup>27</sup>. Para estas delegaciones, “en su concepción actual, la presunción legal refutable de la relación laboral en la orientación general actual es menos ambiciosa y eficaz que la propuesta por la Comisión”, dado que tal presunción debe aplicarse “con arreglo a normas y mecanismos claros y transparentes, comunes a todos los Estados miembros, que respeten la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los órganos jurisdiccionales nacionales”; y, sobre todo, no debe tener restricciones ni excepciones, “ya que solo perpetuaría el desequilibrio actual entre las plataformas digitales (también cuando utilizan intermediarios) y las personas que realizan trabajo en plataformas digitales, lo que ha dado lugar a la existencia de miles de falsos trabajadores autónomos en Europa y a condiciones de trabajo precarias”.

En este sentido, la nueva redacción aporta elementos de relatividad en la extensión de la presunción inicialmente diseñada por la Comisión. Por un lado, porque desaparece la mención expresa a que “las autoridades competentes que verifiquen el cumplimiento o hagan cumplir la legislación pertinente podrán basarse en esa presunción”, lo que implicaba la asunción en los procedimientos administrativos o judiciales de los términos de la presunción. Por otro, porque se incluyen determinadas excepciones que podrían relativizar la efectividad, a nivel de todos los países de la Unión, de la presunción. Esto casa mal con el objetivo inicialmente declarado en el texto expositivo (párrafo 7), que justifica la determinación de la presunción a nivel comunitario, precisamente, porque “los casos judiciales en varios Estados miembros han puesto de manifiesto la persistencia de la clasificación errónea de la situación laboral en ciertos tipos de trabajo en plataformas, en particular en sectores donde las plataformas digitales ejercen cierto grado de control sobre la remuneración y la ejecución del trabajo”.

Hay otros aspectos a considerar. En primer lugar, se excluye inicialmente su aplicación de los procedimientos fiscales, penales y de seguridad social, aunque se prevé que los Estados miembros podrían aplicarla en tales procedimientos de acuerdo con la normativa nacional propia. Esta exclusión, aunque fundamentada seguramente en los problemas competenciales de regulación de la Unión, no es baladí. Y menos cuando se habla de Seguridad Social, dado que el encuadramiento y la definición del campo de acción protectora es esencial en la conformación del deber de clarificación de la relación contractual. Además, supondría una quiebra no menor de los principios de igualdad y libre circulación real de trabajadores que

<sup>27</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_10107\\_2023\\_ADD\\_2](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10107_2023_ADD_2)



fundamentan el Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. En segundo lugar, también hay que señalar que, como hemos tenido ocasión de referir anteriormente, la norma que determinan la presunción –y su posible refutación– “no afectará a la facultad discrecional de los órganos judiciales y las autoridades competentes para determinar la existencia de una relación laboral” según el derecho interno (art. 4.1.bis). Y todo sin perjuicio, por una parte, de la posibilidad de que los Estados establezcan disposiciones más favorables (art. 4.1 en remisión al art. 20) y de que concedan a las autoridades administrativas la facultad también discrecional de no aplicar la presunción en los casos que verifiquen el cumplimiento de la legislación o la hagan cumplir por iniciativa propia o cuando sea evidente que no hay una relación laboral (evidencia por otra parte que entraría dentro de la referida facultad discrecional del órgano administrativo).

En definitiva, parece, conforme la apreciación de las delegaciones mencionadas, que estamos ante una devaluación de la presunción, que también ve modificados los criterios sobre los que se fundamenta los mismos, aunque, en este caso, la modificación no afecta a su conformación sustancial.

Efectivamente, si bien con carácter general pretende aclarar los términos en que se pueden dar los criterios en que basar la existencia de control o dirección de la actividad<sup>28</sup>, podemos encontrar algún elemento que viene a relativizar o a evitar algunos de los aspectos que se contenían en la propuesta inicial (fundamentalmente en relación con el control de la remuneración) mientras que en otros parece disgregar los aspectos indiciarios (fundamentalmente los referidos a los mecanismos de restricción de la libertad de actuación por parte de la persona prestadora de los servicios) de forma que podría facilitar la conclusión del número de indicios requeridos para aceptar la existencia de una relación laboral.

En todo caso, la presunción parte de la dualidad trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, no considerando soluciones intermedias<sup>29</sup>. Comprende la existencia de relación laboral cuando se ejerza el control y dirección sobre la ejecución del trabajo y concreta que se “entenderá” que se producen aquellos cuando se cumplan tres de los siete criterios (indiciarios) que se mencionan<sup>30</sup>, “en virtud de sus condiciones aplicables o en la práctica” –aclaración también incorporada en el texto transaccionado–.

Los criterios tienen que ver con distintos aspectos sobre los que la propuesta de Directiva entiende que, si concurren en número suficiente, representan evidencias

<sup>28</sup> La alusión a la “dirección” se incorpora en el trámite de elaboración de la propuesta y así aparece en el texto de junio de 2023. En la redacción inicial de la Comisión, la referencia era, en exclusiva, al control.

<sup>29</sup> Cruz Villalón; “La propuesta de directiva...”; cit. págs.114 y ss.

<sup>30</sup> En la redacción inicial eran dos de cinco.

para la calificación como laboral de la relación contractual (*iuris tantum*). De esta forma alude, en primer lugar, a la forma de fijación de la contraprestación por los servicios, recogiendo como criterio que la plataforma determine efectivamente “límites máximos para el nivel de remuneración” (en la versión inicial se contenía una referencia más general al “nivel de remuneración” o, lo que es lo mismo, a que se pudiera deducir de la gestión algorítmica la cuantía de la misma). En segundo lugar, alude a que la plataforma exija respetar por parte de la persona prestadora del servicio “normas vinculantes específicas en materia de apariencia, conducta hacia el destinatario del servicio o ejecución del trabajo”. En tercer lugar, a que supervise la ejecución del trabajo de sus resultados, “en particular por medios electrónicos” (antes se hacía referencia a que fuera “incluso” por tales medios y se extendía a la verificación de la calidad de los resultados). En cuarto lugar, desagregando los criterios en función del objeto, a que restrinja o limite, “en particular mediante sanciones”, respectivamente, la libertad de organizarse el propio trabajo, al limitar “la discrecionalidad para elegir las horas de trabajo o los períodos de ausencia”; “para aceptar o rechazar tareas”; o, “para utilizar subcontratistas o sustitutos”. Finalmente, también recoge como criterio que definiría un indicio de laboralidad el que la plataforma limite efectivamente “la posibilidad de establecer una base de clientes o de realizar trabajos para terceros”<sup>31</sup>.

La forma en que se pretende regular a nivel comunitario la presunción de laboralidad difiere de la fórmula empleada en derecho interno. La disposición adicional 23ª del Estatuto de los Trabajadores sigue la estela conceptual de que parte la normativa nacional –en concordancia con lo previsto en los arts. 8.1 y 1.1 de la norma estatutaria– y se refiere exclusivamente a los *riders*. Como afirma Cruz Villalón, la aprobación de la Directiva conllevaría cambios necesariamente en derecho interno, dado que debe ampliarse a cualquier supuesto de trabajo en plataformas digitales y que la solución comunitaria puede parecer más extensiva que la norma nacional<sup>32</sup>.

En todo caso, los criterios que recoge la propuesta pueden asimilarse en gran medida a muchos de los argumentos en que se fundamenta la propia jurisprudencia nacional a la hora de determinar, finalmente, el carácter laboral de esta forma de trabajo. Así, los precitados criterios se pueden identificar con los indicios relacionados con la exclusividad real del prestador de los servicios y la imposición real –aunque no formal– de aspectos que evitan la concurrencia con otros operadores; la supervisión de la actividad, modulada a través de la gestión

<sup>31</sup> Dice el párrafo 25 del texto expositivo: “La libertad de elegir, especialmente, las horas de trabajo o los períodos de ausencia, de rechazar tareas, de utilizar subcontratistas o sustitutos o de no estar limitado en el trabajo para terceros debe considerarse una de las características de una auténtica actividad autónoma. La restricción de esta libertad puede adoptar diferentes formas, teniendo en cuenta que el modelo de la economía de plataformas se encuentra en constante evolución”.

<sup>32</sup> Cruz Villalón; “La propuesta de directiva...”, cit. pág. 123.

automatizada; el respeto a normas de apariencia y conducta y su vinculación con la identificación de los problemas *reputacionales* de la prestación de servicios (que recaen sobre la plataforma y que incorporan elementos novedosos en la concepción de la ajenidad)<sup>33</sup>; la determinación, directa o indirecta, de los criterios de retribución (aunque ahora limitados al establecimiento de topes) y de organización del trabajo y, en concreto, con la determinación directa o indirecta de horarios o tareas, la limitación efectiva de períodos de ausencia; o con el reflejo del carácter realmente personal de la prestación (que de hecho evita la sustitución o subcontratación del mismo). Y, por supuesto, en relación con las medidas sancionadoras, directas o indirectas, que afectan a la determinación de condiciones de trabajo básicas<sup>34</sup>.

### **4.3. Aplicación de la presunción y garantía de la posibilidad de su refutación. El establecimiento de un marco de medidas de apoyo para su aplicación**

El art. 4.bis recoge algunas normas a las que ya hemos hecho referencia, como la previsión inicial de que la presunción no será de aplicación a los procedimientos penales, fiscales o de seguridad social.

Es obvia la crítica que merece, especialmente, la exclusión del ámbito de seguridad social, dada la particular significación que tiene, a efectos de encuadramiento, precisamente, la calificación jurídica del contrato, y los riesgos que supone la exclusión del ámbito de protección social de estas formas de trabajo. Pero, además de la referida crítica por tal exclusión, en un ámbito que nos parece esencial, en relación con los procedimientos penales (y, por extensión, también en los fiscales), la citada exclusión sugiere asimismo varias cuestiones importantes que tienen que ver con el ámbito de perfeccionamiento de los derechos y deberes laborales en estos casos. De principio, la calificación o no como laboral puede suponer una cuestión prejudicial que debe considerar la extensión que tiene el orden penal sobre el conocimiento prejudicial de estas. En este sentido, la exclusión de la aplicación de la presunción puede tener una importancia destacada por cuanto el órgano jurisdiccional penal no tiene por qué verse obligado a su consideración, lo que supone cierta quiebra en la comprensión unitaria del ordenamiento jurídico (como en materia fiscal). Pero, por otro lado, desde la perspectiva más próxima a la configuración del ilícito penal y a la sanción en este ámbito de los incumplimientos previsibles de la norma laboral, la cuestión fundamental puede estar en los efectos que pueda tener la (in)aplicación (o no consideración) de la presunción. Obviamente ello dependerá de cómo se configure el tipo, tanto desde la perspectiva de sus elementos objetivos, como, sobre todo, subjetivos. Así, salvo en el caso de que el ilícito penal tipifique exclusivamente una negativa al cumplimiento de los

<sup>33</sup> Confr. López de la Fuente; “La revolución tecnológica...”, cit. pág. 58.

<sup>34</sup> Baste con comparar dichos indicios o criterios con los enumerados y analizados en la completa STS de 25 de septiembre de 2020, incluyendo la completa referencia que hace a la doctrina precedente.

requerimientos administrativos (como, en parte, ocurre en el delito previsto en el art. 311 de nuestro Código Penal), la exclusión de la presunción supone que se evite el elemento de intencionalidad que exigiría la conducta punible, dado que deja en el terreno de lo interpretable el posible incumplimiento sancionable. Dicho de otra forma, si no se parte de esta presunción y el incumplimiento consiste en la inobservancia de la norma laboral, puede ser difícil apreciar dolo en la actuación de la plataforma dado que su actuación no está contraviniendo una norma aplicable en el orden penal. Por lo demás, solo si el ilícito consiste en una negativa a cumplir una resolución determinada del órgano administrativo competente, la presunción habrá sido aplicada en dicho procedimiento —si este es laboral—. Corresponde, pues, a los estados miembros considerar estas opciones.

Como también hemos dicho, la presunción puede no ser aplicable si los Estados miembros reconocen facultad discrecional para que las autoridades administrativas no la consideren. Ello se prevé en dos casos concretos; cuando estas “verifiquen el cumplimiento de la legislación pertinente o la hagan cumplir por iniciativa propia” y “cuando sea evidente que la persona que realiza el trabajo en la plataforma no es un trabajador de plataformas”. Esta posibilidad, basada en la evidencia, es parte de la capacidad discrecional que la normativa nacional pueda otorgar no solo a las autoridades administrativas (como en este caso), sino también judiciales en la valoración de la presunción. Es cierto que los supuestos contemplados en el art. 4.bis.2 son casos en los que la exclusión posible de la presunción deriva de la constatación de su carácter innecesario, bien porque la normativa es de exigido cumplimiento, bien porque resulte obvio que la relación contractual no es laboral. Pero, en todo caso, junto a la facultad más genérica que la legislación nacional puede modular, nos encontramos ante supuestos en los, por distintos motivos, se va a dejar a criterio de la autoridad nacional la aplicación de la presunción.

Por otro lado, el establecimiento de la presunción de laboralidad va unido a la posibilidad, garantizada, de su refutación. De conformidad con lo previsto en el art. 4.bis.3, “los Estados miembros garantizarán, en los procedimientos en los que se aplique la presunción, la posibilidad de que cualquiera de las partes refute la presunción legal”, consecuencia lógica del carácter *iuris tantum* de la presunción y de su propia configuración indiciaria, que ha de permitir la necesaria garantía de contradicción en cualquier procedimiento o proceso y, en principio, la garantía de igualdad de las partes.

Sin embargo, la propuesta de Directiva incorpora un par de aspectos importantes que matiza esta posición de las partes (lógica desde la conformación de una presunción como esta). Por un lado, como efecto procesal obvio de cualquier presunción, invierte la carga de la prueba y la hace recaer sobre la plataforma que pretenda desmontar la misma, alegando “que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral”; pero, por otro, que los procedimientos de impugnación de una decisión administrativa o judicial que determine la situación laboral sobre la base de la presunción pueden no tener efectos sustantivos si así lo determina la

regulación interna de cada Estado miembro. Esta última previsión es una corrección a la inicialmente propuesta por la Comisión, que directamente declaraba que los procedimientos de refutación “no tendrán (tendrían) un efecto suspensivo sobre la aplicación de la presunción legal”. En todo caso, salvo este matiz, importante conforme lo dicho anteriormente en relación con sus posibles efectos en nuestro ordenamiento nacional, implica una posición determinada de las partes procesal o procedimentalmente que, pese al reconocimiento de la garantía de posibilitar la refutación de la presunción, sitúa a la plataforma ante la carga de la prueba y ante la necesidad de soportar los efectos ejecutivos de la decisión administrativa impugnada.

Se insiste en esta posición procesal o procedimental de la plataforma aun cuando quien alegue la falta de laboralidad sea el propio prestador de los servicios. En este caso, sobre la base de la mejor (o única) posición real de la plataforma, la propuesta de norma prevé el deber de esta de aportar “toda la información pertinente que obre en su poder” para la resolución del procedimiento.

En otro orden de cosas, la aplicación de la presunción se producirá a partir de la fecha de entrada en vigor de las normas nacionales que transpongan la Directiva. Como afirma el apartado 4 del art. 4.bis del texto de junio de 2023, “por lo que respecta a las relaciones contractuales celebradas antes de la fecha...” de entrada en vigor de las normas de transposición de la Directiva (art. 21), “y que aún estén vigentes en esa fecha”, la presunción legal “solo se aplicará al período que comience a partir de esa fecha”. Los argumentos son de seguridad jurídica. Así lo aclara el texto expositivo en su nuevo párrafo 28.*quater*, según el cual “en aras de la seguridad jurídica, la presunción legal no debe tener efectos jurídicos retroactivos antes de la fecha de transposición de la presente Directiva y, por tanto, debe aplicarse únicamente al período que comienza a partir de esa fecha, incluso para las relaciones contractuales celebradas antes y que aún estén vigentes en esa fecha. Por consiguiente, las reclamaciones relativas a la posible existencia de una relación laboral antes de esa fecha, y los derechos y las obligaciones resultantes hasta entonces, deben evaluarse únicamente sobre la base de la legislación nacional y la legislación de la Unión anteriores a la presente Directiva”. Una legislación nacional que, como la española, podría establecer criterios determinados basados en una presunción y una legislación comunitaria que, si bien no contempla la precitada presunción, su aplicación sí ha de considerar la doctrina del TJUE, que, precisamente, sirve de base para la configuración de los procedimientos para clarificar la situación contractual y para conformar la propia presunción que determina el texto propuesto a nivel comunitario.

Finalmente, la propuesta recoge una serie de medidas que conformarían lo que denomina “marco de medidas de apoyo” (art. 4.ter). Este viene referido a la adopción de medidas de incentivo y de concienciación “para la aplicación efectiva de la presunción legal...”. Entre las actuaciones que deberían incluir los Estados en dicho marco se recoge, la disposición pública, “de forma clara, exhaustiva y

fácilmente accesible” de la aplicación de la presunción legal (que debe guardar coherencia con los deberes de transparencia pública que se exige a las plataformas); el desarrollo de orientaciones dirigidas a transmitir los contenidos de la presunción y de los derechos asociados a la misma, incluida las posibilidades de refutación, entre los directamente afectados (plataformas, trabajadores e interlocutores sociales); orientaciones dirigidas a las autoridades públicas para que se centren en los incumplimientos de la normativa y “persigan a las plataformas”, “en consonancia con la legislación y prácticas nacionales”; y, “...ofrecerán controles e inspecciones eficaces realizados por autoridades nacionales, garantizando que estos sean proporcionados y no discriminatorios”.

## **5. GESTIÓN ALGORÍTMICA, DEBER DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LOS TRABAJADORES**

### **5.1. La plataforma como empleadora obligada a asumir las obligaciones del contrato**

Uno de los presupuestos de que parte la propuesta de Directiva, y en el que se detiene, al menos incidentalmente, tiene que ver con la consideración e identificación de la plataforma como parte empleadora que asume las obligaciones del contrato, cuando se establezca la existencia de una relación laboral y sin perjuicio de la remisión que hace, en este punto, a la normativa interna de cada Estado. Tal como dispone el último inciso del apartado 2 del art. 3, “cuando la existencia de una relación laboral se establezca sobre la base de hechos, deberá identificarse claramente la parte que asume las obligaciones del empleador de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales”<sup>35</sup>.

Sin embargo, pese a este aspecto general de partida, es evidente que la prestación de servicios en plataformas digitales de trabajo implica, como en otros casos de implantación de sistemas inteligentes, una importante reconfiguración de los aspectos tradicionales de la estructura organizativa de la empresa y de las formas en que se desarrollan las facultades directivas de supervisión, control y determinación de las condiciones de trabajo<sup>36</sup>.

Independientemente del fenómeno denominado *softsizing*, caracterizado por la diversificación, deslocalización y reducción de las estructuras directivas de la empresa, junto a una mayor descentralización de las formas de prestación del

<sup>35</sup> Pérez de los Cobos; “El trabajo en plataformas...”, cit. págs. 40 y ss.

<sup>36</sup> Cruz Villalón; “El poder directivo...”, cit. en apartado 1 del trabajo *in fine*. Afirma: “... con la gestión algorítmica y la implantación de la inteligencia artificial el ejercicio de los poderes organizativos y de control propio del empleador en el trabajo subordinado cambia de forma de expresión y de modo de desarrollo, pero pervive cualitativamente a todos los efectos”.

servicio propia de la incorporación de la gestión algorítmica<sup>37</sup>, asistimos a cambios importantes en la manera de toma de decisiones y de concreción del objeto de la prestación del trabajo, cuyo control y efectividad se llevan a cabo a través de formas más sutiles<sup>38</sup>. Todo ello se basa en la posible cesión al algoritmo, con mayor o menor intensidad, de aspectos fundamentales sobre el control, la ejecución y desarrollo de la actividad (concentrando las decisiones estratégicas en el ámbito más puramente empresarial) que en algún caso ha servido para esconder o pretender matizar los rasgos más característicos de dependencia o subordinación y ajenidad que fundamentaban la existencia de una relación laboral.

En todo caso, la titularidad del poder de dirección es consustancial a la empresa. La gestión del algoritmo no es más que una manifestación más de este poder de dirección y no puede sustituir la referida atribución a la empresa de la posición de garante respecto del contenido obligacional derivado de la relación contractual. Frente a otras opciones que habrían planteado en su momento dotar incluso de personalidad jurídica a los robots, y, por tanto, a los sistemas inteligentes<sup>39</sup>, la propuesta de Directiva no abandona este criterio básico. Mantiene el carácter general como sujeto responsable de la plataforma en cuanto que empleadora (sin perjuicio del régimen de responsabilidad que pudiera plantearse en cada país miembro) y sobre esta base aborda el tratamiento de la implicación de la gestión por sistemas automatizados en la determinación de las condiciones de trabajo. En este sentido, es evidente que el algoritmo presenta novedades importantes en esta materia. La gestión automatizada tiene el riesgo de difuminar tanto los indicios a través de los cuales se manifiesta la subordinación, que caracteriza la calificación como laboral de la prestación de servicios (partiendo, por tanto, de la presunción que se establece), como los aspectos a través de los cuales se lleva a cabo la determinación y concreción de las condiciones de trabajo básicas.

Con todo, como decimos, corresponde a la plataforma, como empresa, el cumplimiento de los deberes y obligaciones normativos, así como la garantía de los derechos básicos y fundamentales de las personas prestadoras del servicio. En particular, debe evitar la concurrencia de sesgos discriminatorios, aun implícitos, en la ejecución y determinación de condiciones de trabajo<sup>40</sup>. También debe asegurar el respeto a los derechos de protección de datos de los prestadores de servicio y

<sup>37</sup> Grau Pineda (op. loc. cit.). También, AA.VV. (Del Rey Guanter, dir.) “Inteligencia artificial y su impacto en los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales”. Proyecto Technos, Cuatrecasas. Instituto de Estrategia Legal en RRHH; págs.75 y ss.

<sup>38</sup> López de la Fuente; “La revolución tecnológica...”, cit. págs. 73 y ss.

<sup>39</sup> Informe del Parlamento Europeo “con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica” [2015/2103(INL)]. Comisión de Asuntos Jurídicos. Punto 59.f).

<sup>40</sup> Como, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea “Inteligencia artificial para Europa”. Bruselas, 25.4.2018 COM (2018) 237 final. También la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “Building Trust

el cumplimiento de los deberes derivados de los mismos, aspecto particularmente sensible en sistemas basados precisamente en la gestión de datos, cuya observancia debe quedar garantizada en los términos tanto generales previstos en la normativa sobre la materia como específicos o particulares contemplados en la propuesta de Directiva. Y, por supuesto, la determinación de condiciones de trabajo básicas debe responder a los principios de certidumbre y previsibilidad que dispone la normativa comunitaria general aplicable (en concreto, la Directiva 2019/1152).

En relación con este último aspecto, es evidente que las peculiaridades que presenta el trabajo en plataformas exigen un plus de regulación si se quiere dar respuesta a la pretensión de mejorar –y aclarar– las condiciones de trabajo en consonancia con los objetivos marcados. Dichas peculiaridades van en una doble dirección. Por una parte, las propias de la gestión a través de sistemas inteligentes, que exigen un comportamiento transparente en la fijación de los criterios de supervisión de la actividad y de la determinación de las condiciones de trabajo; pero, por otra, las relativas a la necesidad de avanzar para evitar, en lo posible, la precarización que implica o ha venido implicando el trabajo de *delivery* a través de plataformas, caracterizado las más de las veces por tratarse de formas prestación a demanda, con comprensión estricta como tiempo de trabajo computable el preciso para el desarrollo efectivo de la actividad, cuando no exclusivamente de la tarea específica, y con una remuneración por servicio realizado, sin contar con los mecanismos implícitos o indirectos de control y sancionadores que pueden concluir con la retirada del acceso a la aplicación en que se basa la plataforma.

Por ello, la efectividad de estos objetivos básicos exige, como presupuestos, que la gestión algorítmica responda a un deber específico de transparencia y de supervisión humana de la toma de decisiones que exige su evaluación y que debe favorecer y facultar la revisión de las mismas cuando sea necesario o exigible para concluir con los principios de equidad y rendición de cuentas que, además de la referida transparencia, plantea la propia propuesta de Directiva en la determinación de su objeto (art. 1).

Para finalizar este aspecto general, hay que destacar un elemento no menor. La propuesta no plantea otras opciones que la atribución de los deberes derivados de la gestión automatizada a la plataforma (fundamentalmente en relación con los derechos de información y, en su caso, con la supervisión, evaluación y revisión humanas de la misma)<sup>41</sup>. Es a ésta a quien únicamente contempla como sujeto obligado. No contempla otros escenarios como los derivados de la posible

in Human-Centric Artificial Intelligence” [Brussels, 8.4.2019. COM (2019) 168 final. Se centra principalmente en ello el trabajo citado anteriormente de Ponce del Castillo; op. loc. cit.

<sup>41</sup> La única referencia al posible establecimiento de formas de responsabilidad conjunta la encontramos en el texto expositivo (apartado 18.bis, en la versión de junio de 2023) y respecto a la posible atribución de la misma en caso de intermediarios y por parte de las normas de derecho interno. Vid. infra.



subcontratación de los sistemas inteligentes. Es un tema, sin duda, pendiente, dada la “anomia” al respecto<sup>42</sup> y las claras insuficiencias del modelo de extensión de responsabilidad legalmente establecido en materia de subcontratación<sup>43</sup>.

## 5.2. Transparencia y contenido de los derechos de información

La transparencia, que la Comisión Europea ha llegado a asimilar a un concepto como el de “explicabilidad”<sup>44</sup> para asegurar la inteligibilidad de los contenidos a que se refiera la misma, se reconduce en la propuesta de Directiva a una serie de derechos (y correlativos deberes) de información sobre los contenidos que puedan afectar a los aspectos esenciales de la prestación de servicios. Así, dentro de su artículo 6, recoge el deber de los Estados miembros de exigir a las plataformas una serie de derechos de información a sus trabajadores más allá de los genéricamente establecidos conforme la Directiva 2019/1152. Estos derechos de información, que inicialmente se reconocen a los prestadores individuales del servicio y que se extienden a sus representantes, se refieren a dos ámbitos principales; por un lado, los sistemas automatizados de supervisión y, por otro, los sistemas que se utilicen para tomar o apoyar las decisiones que afecten a las condiciones de trabajo. La propia propuesta de Directiva concreta cómo se haría efectivo el contenido de la información. Debe formalizarse a través de un documento, que se permite en formato electrónico, y se dará “a más tardar el primer día de trabajo”, así como cuando se produzcan “cambios sustanciales” y “en cualquier momento a petición de los trabajadores”. La información debe proporcionarse “de forma concisa, transparente, inteligible y fácilmente accesible, utilizando un lenguaje claro y sencillo”, seguramente como concreción del referido criterio de “explicabilidad” al que aludíamos antes.

Como puede comprobarse, estos derechos de información implican un grado relativamente importante de concreción sobre las condiciones en que se desarrolla el servicio gestionado por el algoritmo, tanto a los efectos de la dirección y control de la actividad, como en relación con la determinación de condiciones de trabajo. Respecto al primero de los aspectos, la información debe referirse a si los sistemas de supervisión existen y si “están en uso o en proceso de introducción” y cuáles son “las categorías de acciones supervisadas, evaluadas o para las que tales sistemas recogen datos, incluida la evaluación por el destinatario del servicio”. Por tanto, la información exigible se refiere no solo al reconocimiento de la existencia de tales sistemas de supervisión y a su implementación, sino a su contenido y, sobre todo,

<sup>42</sup> Cruz Villalón, “El poder directivo...”, cit. en apartado 5, págs. 13 y ss. del original.

<sup>43</sup> Como habíamos puesto de manifiesto en otra ocasión, confr. nuestro trabajo “Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo”. Bomarzo, 2021; págs. 28 y ss.

<sup>44</sup> “Para aumentar la transparencia y reducir el riesgo de sesgo o error, los sistemas de IA deberían desarrollarse de tal modo que las personas puedan comprender (cuál es la base de) sus acciones”. Comunicación de la Comisión “Inteligencia Artificial para Europa”, cit.

extensión, considerando particularmente que se basan en la recaudación de datos, incluidos los derivados de la evaluación del servicio por parte del destinatario. En relación con la determinación de condiciones de trabajo (“toma de decisiones”), la pretensión es incluir todos los aspectos que puede abarcar la gestión a través del algoritmo, partiendo de la obligación de informar sobre la implementación de tales sistemas. Así, además de informar sobre si los sistemas en cuestión “están en uso o en proceso de introducción”, la empresa debe aportar información sobre las categorías de decisiones adoptadas o respaldadas por tales sistemas; los parámetros considerados por los mismos y la importancia relativa que puedan tener en la toma de decisiones automatizada, “incluida la forma en que los datos personales o el comportamiento de la persona que realiza trabajo en plataformas influyen en las decisiones”; los motivos que puedan suponer la restricción, suspensión o cancelación de la cuenta de la persona que realiza trabajo en plataformas, la denegación del pago por el trabajo realizado, así como de las decisiones sobre su situación contractual o que puedan afectar a la misma.

Hay que recordar que la alusión a los parámetros utilizados –incluidos, en su caso, la incidencia que en los mismos pudieran tener los datos personales o de comportamiento– pueden referirse a la totalidad de condiciones de trabajo: tareas asignadas, remuneración (ingresos), seguridad y salud, tiempo de trabajo, promoción profesional o suspensión o extinción de la relación (“restricción, suspensión o cancelación de su cuenta”). Además, dichos parámetros se deducen de una gestión basada en metadatos que exige una protección específica y concreta sobre la configuración potencial de perfiles profesionales.

Por ello, el deber de transparencia deriva no solo a una serie de contenidos de información que deben proporcionarse a trabajadores y a sus representantes, sino que debe insertarse en el cumplimiento y respeto de los derechos básicos de los trabajadores y de los límites y procedimientos en el ejercicio de las facultades directivas.

### **5.3. Plataformas y límites al poder de dirección**

La intervención del algoritmo en la supervisión de la actividad prestacional y en la determinación de las condiciones de trabajo no puede ser considerada más que como una forma de apoyo al ejercicio de las facultades directivas de la empresa. Las novedades que presenta la gestión por sistemas automatizados respecto a la forma en que tradicionalmente se ha comprendido el ejercicio de las referidas facultades directivas, incluidas las de control, supervisión y disciplinarias, no deben afectar ni a su titularidad –por otra parte, irrenunciable–, ni al marco jurídico en que se ejercen. Las potestades y los límites que conforman el poder de dirección quedan intactos. Precisamente el deber de transparencia que se pretende van en la dirección de asegurar que no se transgreden (ni transfieren) ni los referidos límites, ni los derechos de los trabajadores afectados.

Dentro de los límites al poder de dirección, debe encontrarse la interdicción de cualquier forma de discriminación, el necesario respeto de derechos fundamentales y, en particular, los de protección de datos y los derechos de información y certidumbre que establece la normativa comunitaria<sup>45</sup>. En esta sede presentan un perfil específico aspectos tan importantes como el cumplimiento de los deberes sobre la gestión de datos, la consideración de la plataforma como responsable del tratamiento, y, el necesario respeto a los derechos de *habeas data* de los prestadores del servicio. Tal como diremos a continuación, la propuesta de Directiva no solo remite al régimen general de protección de datos, sino que recoge el establecimiento de “limitaciones” específicas. Pero, antes de referirnos a este aspecto, que en gran medida centra el objeto declarado de la norma en elaboración, hemos de subrayar el necesario respeto, por parte de la plataforma, a los límites legales de las facultades directivas; unos límites, concretos en cada país miembro, que no pueden, ni deben, obviarse por la utilización de sistemas automatizados.

Como decimos, los derechos de los trabajadores en relación con la determinación de las condiciones de trabajo, regulados o no a nivel comunitario, y presentes en derecho interno, deben ser respetados. Ponemos un ejemplo. El contenido de la información que recoge específicamente la propuesta de Directiva se tiene que facilitar a sus titulares el primer día de trabajo. Pero la propuesta concreta que se debe dar en cualquier momento en que lo soliciten los trabajadores y “en caso de cambios sustanciales”. Esta referencia a cambios sustanciales en la determinación de las condiciones de trabajo implementadas por el sistema inteligente abre un aspecto importante que tiene que ver con la posibilidad de adaptación constante de dichas condiciones de trabajo a nuevos requerimientos diseñados por el sistema (o decididos por la empresa y amparados en la gestión automatizada). Sin embargo, esta posibilidad –contemplada implícitamente en la propuesta de Directiva y resuelta con una actualización de los derechos de información– no debe obviar los procedimientos y derechos reconocidos a los trabajadores en la normativa de cada país miembro en caso de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Los citados derechos de información no pueden suplantar, como aceptada, los procedimientos legales ni los derechos de los trabajadores de cualquier modificación que suponga un cambio sustancial de condiciones de trabajo.

Pero hay un aspecto que es necesario reseñar. Efectivamente la norma comunitaria no cuestiona los límites que al ejercicio de las facultades directivas pueden quedar definidos en derecho interno. Los referidos derechos de información no suplantán estos límites, ni evitan los procedimientos establecidos. Pero es cierto que, en gran medida, la propuesta parece partir de la modulación que supone el ejercicio de tales facultades directivas de supervisión o, en los términos que

<sup>45</sup> Además, en su caso, de los límites a las facultades de control y vigilancia. Confr. López de la Fuente; op. cit. págs. 67 y ss.

suele emplear, de toma de decisiones, cuando interviene un sistema automatizado. Entre otras cosas, porque, bajo el prisma de aparente objetividad que supone la utilización de sistemas inteligentes<sup>46</sup>, la gestión automatizada puede implicar una auténtica dificultad para hallar la base o fundamento de la toma de decisiones o de la propia evolución y desarrollo de las mismas. De ahí que los deberes de supervisión, evaluación y, sobre todo en este punto, revisión humanas surgen no solo como meros derechos instrumentales de los trabajadores, sino como elementos estructurales en el establecimiento de los objetivos de la propia propuesta en relación con la determinación de las condiciones de trabajo.

De igual forma, otro de los riesgos que plantea la prestación de servicios de *delivery* es la precariedad en la forma de trabajo que tradicionalmente se ha venido asociando a la misma. En este sentido, la prestación de trabajo a través de plataformas digitales tiene un carácter meramente accesorio, las más de las veces, respecto al auténtico objeto de negocio de la empresa (la intermediación y la creación de valor a través de la utilización de sistemas automatizados o inteligentes para la identificación de las demandas de servicios). De ahí la recurrente precarización y descentralización del trabajo que, pese a su carácter esencial o básico, no atienden a la línea estratégica de la empresa. Como hemos dicho en alguna otra ocasión, “el valor se desplaza a la creación del conocimiento y a la gestión conforme el sistema inteligente y el procesamiento de datos. Siendo así, quedan en un segundo (o tercer) plano el vínculo contractual de los prestadores de los mismos y, por tanto, la determinación de sus propias condiciones de trabajo”<sup>47</sup>. De ahí la búsqueda de fórmulas de trabajo informal acudiendo a nuevas formas de gestión y organización que permiten su utilización de forma más ágil. En este entorno de relativa incertidumbre, parte de la doctrina llega a plantear la oportunidad de buscar categorías o instituciones donde ubicar los rasgos fundamentales de esta forma de prestación de servicios, con especial incidencia, en este tema, sobre los tiempos de dedicación y su remuneración. Incluso, se plantea la necesidad u oportunidad de establecer un régimen jurídico diferenciado, bien como forma de trabajo autónomo, bien como relación laboral de carácter especial<sup>48</sup>. Sin embargo,

<sup>46</sup> Al respecto, conf. AA: VV. (Del Rey Guanter dir.); “Inteligencia artificial...”; cit. págs. 66 y ss.

<sup>47</sup> Valverde Asencio; “Nuevas formas de trabajo y jornada”, en AA.VV. (González Ortega dir.); “El Nuevo Escenario en Materia de Tiempo de Trabajo”. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Monografías de Temas Laborales nº 62, 2020, págs. 105-106.

<sup>48</sup> Grau Pineda; op. loc. cit. Por su parte, Del Rey Guanter aludía en su momento a una nueva relación de carácter especial (“Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos”. Iuslabor 2/2017). Pérez de los Cobos planteaba directivamente el modelo de trabajo autónomo (incluido los TRADE); “El trabajo...”, cit. págs. 109 y ss. También Ferrer, M.; “Plataformas digitales y trabajo, de un escenario judicial a un marco regulatorio avanzado”; en AA. VV. (Rodríguez Piñero Royo, Hernández Bejarano y Todolí Signes, dir.); “Cambiano la forma de trabajar y de vivir. De las plataformas a la economía colaborativa real”. Tirant lo Blanch.

la propuesta de Directiva parte solo de la calificación de laboralidad sobre una base estricta de dualidad entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia<sup>49</sup>.

Por ello, y resuelta, de principio, la calificación de la prestación de servicios sobre la base de la presunción de laboralidad, se deben respetar, más allá de los derechos de información específicos recogidos por la propuesta, las garantías mínimas de certidumbre o seguridad y previsibilidad que dispone la Directiva 2019/1152 en la determinación de las condiciones de trabajo; criterios mínimos que no solo se refieren a derechos de información (a los que remite la propuesta), sino que contienen previsiones específicas. Así, de conformidad con su art. 10, “si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes: a) el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados (...); y, b) el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales (...)”. Además, “si no se cumple uno o ninguno de los requisitos establecidos en el apartado 1”, se reconoce al trabajador el derecho “a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables”. Finalmente, el apartado 3 del art. 10 de la directiva dispone que “si los Estados miembros permiten que el empleador cancele una tarea asignada sin indemnización, adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, para garantizar que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela, sin observar un plazo de preaviso razonable determinado, la tarea asignada acordada previamente con el trabajador”<sup>50</sup>.

#### 5.4. Protección de datos

La propia conformación de los sistemas algorítmicos implica la gestión de metadatos y, por consiguiente, la recaudación y tratamiento de los mismos. Los problemas fundamentales tienen que ver con la configuración implícita de perfiles a través de la recepción de datos no expresamente consentidos, derivados de los procesos de selección y ejecución de la actividad, incluida la valoración de los

PUV, 2020; págs. 51 y ss. Pérez Capitán y López de la Fuente aluden a la normativa francesa en la *El Khomri loi* (Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels). Pérez Capitán; “La controvertida delimitación del trabajo autónomo y asalariado (El TRADE y el trabajo en las plataformas digitales). BIB 2019\8717. Aranzadi, 2019. López de la Fuente; “La revolución tecnológica...”; cit. págs. 40 y ss.

<sup>49</sup> Cruz Villalón; op. cit. pág. 114.

<sup>50</sup> Estas normas se remiten a la normativa nacional. De conformidad con el apartado 4 del mismo artículo “los estados miembros podrán establecer las modalidades de aplicación del presente artículo, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales”.

clientes, cuya finalidad no sea la estrictamente necesaria y de la que, además, puedan derivarse sesgos potencialmente discriminatorios en la determinación de las condiciones de trabajo o vulneren el ámbito de estricta privacidad del trabajador. En este sentido, el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos se erige como una cuestión de primer nivel.

En general, la gestión automatizada plantea un problema recurrente sobre cuándo pueden darse la referida elaboración de perfiles y su trascendencia a la hora de determinar las condiciones de empleo, incluidas aquellas sobre las que se debe dar información a los trabajadores. De conformidad con el art. 22 del Reglamento 2016/679, “todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. Sin embargo, esta prohibición general tiene sus excepciones, entre las que está, precisamente que el referido tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, sea “necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento”; esté “autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”; o, se base “en el consentimiento explícito del interesado” (que, con carácter general, no podrá afectar a categorías especiales de datos salvo en los supuestos específicamente contemplados<sup>51</sup>). En este sentido, la norma comunitaria exigirá al responsable del tratamiento, en todo caso, que adopte “las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”.

Como hemos visto, el deber de transparencia que plantea la propuesta de Directiva, asociado a deberes concretos de información, al deber de supervisión humana y las posibilidades de revisión también humana de la toma de decisiones incide en este aspecto. Pero, además, en la versión aprobada por el Consejo en junio de 2023, incluye la protección de datos como objeto de la misma<sup>52</sup>, consciente,

<sup>51</sup> Apartados a) y g) del art. 9.2 del Reglamento. Esto es, “si el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado” (como ocurre conforme el art. 11 de la ley nacional respecto determinadas categorías de datos); y, si “el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”.

<sup>52</sup> Como afirma el considerando 15.bis de la nueva redacción, “...la presente Directiva establece un marco para mejorar la protección de las personas físicas que realizan trabajo en plataformas en relación con el tratamiento de sus datos personales mediante el aumento de la

seguramente, del problema al que se enfrenta en la regulación del trabajo a través de plataformas. A partir de ahí, sistemáticamente antepuesto al deber de transparencia que en la versión inicial de la propuesta abría la regulación sobre la gestión algorítmica, la nueva versión parte del establecimiento de “limitaciones al tratamiento de datos personales mediante sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones” (nuevo art. 5.bis, trasladando a dicho artículo parte de la regulación contenida en el apartado 5 del art. 5 de la propuesta inicial de la Comisión).

La propuesta (en la versión del Consejo) plantea concretamente la exclusión expresa de tratamiento o recaudación de una serie de datos específicos. No se permitiría a las plataformas, “mediante sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones”, el tratamiento de “ningún dato personal sobre el estado emocional o psicológico...”; el tratamiento de “ningún dato personal relacionado con conversaciones privadas, incluidos los intercambios con representantes de trabajadores de plataformas”; ni, por último, “recoger datos personales cuando la persona que realiza trabajo en plataformas no esté ofreciendo ni realizando trabajo en plataformas”. Pretende, pues, establecer una serie de limitaciones específicas ante la posibilidad cierta de que pudieran darse dichas conductas. Dicho de otra forma, son exclusiones expresas ante la eventualidad de que, dada la capacidad técnica de los sistemas automatizados, pudieran llevarse a cabo tanto el tratamiento como la recaudación de datos en los ámbitos expresamente señalados. En estos supuestos, el tratamiento o, en su caso, recaudación de datos está prohibido y, aunque no lo diga la propuesta de Directiva, de darse, no podrían tener efectos en la toma de decisiones (tal como por otra parte se infiere de la normativa general sobre protección de datos en relación con la elaboración de perfiles no autorizados). Se trata, en definitiva, de situaciones que no se justificarían por la propia exigencia del principio de pertinencia en el tratamiento de datos, de “limitación de finalidad” a la estrictamente necesaria y del denominado principio de “minimización de datos” (art. 5 del Reglamento 2016/679).

La redacción contenida en el art. 5.bis del nuevo texto remitido por el Consejo al Parlamento es formalmente más restrictiva que el documento inicial de la Comisión. No contempla todos los supuestos previstos en el art. 5.5 de aquel, ni la prohibición genérica a la recaudación y tratamiento de datos no intrínsecamente relacionada con la ejecución del trabajo que recogía la misma. Es más, llama la atención que no se mencione ahora la prohibición de tratamiento de datos relacionados con la salud del trabajador. Pero en esta nueva versión quizá sea más evidente que la propuesta es deudora de la necesaria remisión a la normativa general (a nivel comunitario, el Reglamento 2016/679), tanto respecto a los datos especialmente sensibles –en concreto, los atinentes a la salud de la persona

transparencia, la equidad y la rendición de cuentas de los procedimientos de gestión algorítmica pertinentes en el trabajo en plataformas”.

interesada— como en relación con el necesario respeto del principio de pertinencia y finalidad de los datos y la consiguiente prohibición general de elaboración de perfiles no autorizados<sup>53</sup>.

Por ello, cuando la propuesta de Directiva recoge una serie de limitaciones expresas a la recaudación o al tratamiento de datos lo hace como especificación de la normativa general aplicable. Estas han de contemplarse como concreción o especificación de aspectos que, con particular incidencia, se dan en el trabajo de plataformas. Pero no excluye la atención a las normas generales sobre la materia. Al contrario. La garantía de los derechos de los interesados debe plantearse desde la calidad de los datos, el respeto a los principios básicos aplicables de recaudación y tratamiento (principalmente los de pertinencia, “limitación de la finalidad”, “minimización de datos”)<sup>54</sup>, protección de datos especialmente sensibles y de evitación de la elaboración de perfiles no autorizados, particularmente cuando puedan contener sesgos potencialmente discriminatorios. Y, por supuesto, ha de asegurar el cumplimiento de los derechos de acceso, oposición, rectificación y cancelación por parte de los titulares de los datos. Todo ello desde el deber de garantía imputable al responsable del tratamiento.

Es cierto que cuando nos aproximamos a la literalidad de las limitaciones contenidas parece que la norma está contemplando la posibilidad de que se den los supuestos no expresamente prohibidos. Es decir, si se limita expresamente la recaudación de datos cuando el trabajador no esté ofreciendo o realizando trabajo es porque, precisamente, sí podría darse cuando lo esté llevando a cabo (el ofrecimiento o la realización misma del servicio). Obviamente esto debe estar vinculado a la finalidad precisa, en función de los principios básicos del tratamiento establecidos en la norma general, pero indica un ámbito donde la posibilidad de recepción de datos puede darse, vinculada a la prestación del servicio. Por ello es esencial ubicar

<sup>53</sup> Así lo aclara, el considerando 29. Según el mismo, “si bien el Reglamento (UE) 2016/679 establece el marco general para la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, es necesario prever normas específicas que aborden las preocupaciones relacionadas con el tratamiento de datos personales realizado con sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones en el contexto del trabajo en plataformas digitales”. En el mismo sentido, pero referido a los deberes de transparencia, el considerando 32 de la propuesta, afirma con claridad que “sin menoscabo de los derechos y obligaciones derivados del Reglamento (UE) 2016/679, la presente Directiva establece salvaguardias adicionales relativas al uso de sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones en el contexto del trabajo en plataformas digitales”.

<sup>54</sup> De conformidad con el art. 5 del Reglamento 2016/679, en relación con los principios generales del tratamiento de datos, además del deber general de que los datos sean “tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado” (principios de “licitud, lealtad y transparencia), han de ser “recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines”. Debe regir, además, el principio de “minimización de datos”, conforme al cual la recaudación y tratamiento de datos han de ser “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados”.



estas limitaciones expresas dentro de la normativa general de protección de datos, como especificación de las mismas y, en concreto, como prohibiciones precisas que impiden cualquier recaudación o tratamiento y la elaboración de perfiles en supuestos no autorizados.

En este sentido, si atendemos al régimen general previsto para la protección de datos especialmente sensibles (categorías especiales de datos), el Reglamento en su art. 9 parte de la prohibición general de tratamiento de datos personales “que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física”. Esta prohibición general tiene su régimen de excepciones. Pese a su consideración, estos datos podrán ser objeto de tratamiento (art. 9.2), entre otros motivos, cuando el interesado dé su consentimiento explícito (“excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado”) o, precisamente, cuando el tratamiento sea “necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social...” (eso sí, “...en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”).

No parece ser el caso respecto a las categorías de datos expresamente excluidas en la propuesta de Directiva. Los datos sobre el estado emocional o psicológico de la persona trabajadora (que sí son asimilables a las categorías especiales de datos mencionadas); los datos recabados de conversaciones privadas, incluidas las mantenidas con los representantes de los trabajadores (como respeto esencial al ámbito de privacidad del trabajador y de garantía frente a la interlocución con sus representantes); e, incluso, los datos a que pudieran acceder cuando el trabajador no esté ofreciendo o realizando el servicio han de considerarse expresamente excluidos de cualquier tratamiento. Sin excepción. Sin posibilidad de recaudación o tratamiento, aunque se dé el consentimiento para ello. Es una medida de garantía especial, ante un supuesto especial fundamentado, precisamente, en las posibilidades que presentan los sistemas automatizados.

En todo caso, en relación con las categorías especiales de datos vale la pena incidir en algún aspecto. La interpretación de las excepciones a su posible tratamiento debe ser siempre restrictiva y coherente con los principios de pertinencia, limitación de finalidad y minimización de datos. La posibilidad de prestar consentimiento para su tratamiento también ha de ser limitada. Así, conforme la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (art. 9), y sin perjuicio de sus excepciones, vinculadas a situaciones

de interés general que aquí no se dan<sup>55</sup>, el mero consentimiento del interesado no basta “para levantar la prohibición de tratamiento de datos cuya finalidad sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico”. Es evidente, pues, la especial protección, por parte de la ley, de determinados datos vinculados a posibles sesgos discriminatorios. Su tratamiento no es posible. Ni siquiera en caso de consentimiento expreso del titular, salvo que, conforme con la remisión al art. 9.2 del Reglamento comunitario, estén en juego intereses de carácter general (donde el consentimiento debe ser expreso en todo caso) que en ningún caso encajan dentro de las actividades de control de la actividad de prestación de servicios ligada a plataformas de trabajo.

En definitiva, la gestión automatizada de datos en que se basa la implantación de sistemas automatizados o inteligentes tiene una especial y particular incidencia en los supuestos de trabajo en plataformas. A esta realidad pretende dar respuesta la propuesta de Directiva, partiendo de los parámetros consignados en la normativa general sobre protección de datos, plenamente aplicable, e incorporando algunas precisiones en forma de limitaciones específicas sobre tratamiento y recaudación de datos. Los deberes de transparencia, vinculados a los derechos de información antes vistos, y de supervisión, evaluación y posible revisión humanas insisten en este aspecto, concretando las normas previstas en el Reglamento 2016/679. En este sentido, tiene particular importancia el régimen aplicable sobre protección de datos especiales y sobre la limitación general de elaboración de perfiles a través de sistemas automatizados. La garantía de los derechos individuales de los trabajadores y, por extensión expresa de la propuesta de Directiva (art. 10 de la misma) a personas que realicen trabajo sin tener relación laboral, es clave en este asunto. De ahí la necesidad de integrar tanto la norma especial recogida en la propuesta, ciertamente restringida a los aspectos señalados, como la norma general sobre la materia.

## **5.5. En concreto sobre la protección en materia de seguridad y salud**

La intervención de sistemas automatizados en la supervisión de la actividad y en la toma de decisiones respecto a la determinación de condiciones de trabajo representan nuevos riesgos en materia de seguridad y salud. Ante esta eventualidad, la propuesta de Directiva incardina estos nuevos riesgos dentro de los deberes

<sup>55</sup> De conformidad con el segundo párrafo del artículo 9.1 de la Ley, la referida limitación “no impedirá el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así proceda”. Entre estos supuestos se comprenden aquellos que tienen que ver con un interés general (“...para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador...”; “...por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios...”; o, “...por razones de un interés público esencial”).

básicos de prevención regulados en la Directiva marco (Directiva 89/391/CEE), sin menoscabo de la cual, actualiza aquellas obligaciones que deben preservarse no solo en relación con la forma de prestación de servicios sino, también, por la interacción en la toma de decisiones de los sistemas automatizados (art. 8.bis)<sup>56</sup>. En este sentido, se introduce deberes especiales de evaluación de riesgos “de los sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones para su seguridad y su salud, en particular en lo que se refiere a posibles riesgos psicosociales, ergonómicos y de accidente laboral” y de adecuación sobre si las propias “salvaguardias de dichos sistemas son adecuadas para los riesgos detectados a la vista de las características específicas del entorno de trabajo”. Finalmente, y en consonancia, determina la obligación de introducir “las medidas preventivas y de protección adecuadas”.

En relación con los riesgos específicos derivados de la utilización de sistemas automatizados en las funciones de supervisión y de toma de decisiones, la propuesta, consciente de las consecuencias que pueden derivarse de esta forma de gestión, prevé expresamente un deber genérico de no utilización de dichos sistemas “de manera que se ejerza una presión indebida sobre los trabajadores de plataformas o se ponga en riesgo de algún otro modo la salud física y mental de los trabajadores de plataformas”.

El art. 20.bis prevé la posibilidad de que los Estados permitan que por convenio los interlocutores sociales establezcan disposiciones distintas de las previstas en esta norma.

## **6. SUPERVISIÓN Y EVALUACIÓN HUMANAS DE LOS SISTEMAS Y REVISIÓN DE LA TOMA DE DECISIONES Y RECTIFICACIÓN**

Consecuencia de los aspectos señalados anteriormente, la propuesta de Directiva recoge el deber de las plataformas de supervisar y evaluar “periódicamente las consecuencias que tienen las decisiones individuales adoptadas o respaldadas por sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones para las personas que realizan trabajo en plataformas”. Junto a este deber de supervisión y evaluación periódica la propuesta recoge el deber de los Estados de velar porque las personas, además, “tengan el derecho a obtener una explicación de la plataforma digital de trabajo” sobre la toma de decisiones basadas o respaldadas por los sistemas automatizados y el derecho “a solicitar” la revisión de las mismas.

<sup>56</sup> Un análisis sobre los efectos de estas tecnologías en materia de seguridad y salud, en Aguilar del Castillo; “La tecnología como herramienta favorecedora de una posible universalización de la protección de la salud en el trabajo digital”; AA.VV. (Rodríguez Piñero, Hernández Bejarano y Todolí Signes dir.); “Cambiando...”; cit. págs. 81 y ss., particularmente en págs. 105 y ss. sobre los riesgos específicos que suponen las nuevas formas de control de la actividad.

## 6.1. Los deberes de supervisión y evaluación

Los deberes de supervisión y evaluación complementan el deber de transparencia que debe informar el tratamiento automatizado, concretando en este ámbito, en gran medida, lo dispuesto con carácter general en la normativa de protección de datos. La concordancia es evidente, por ejemplo, con los criterios de transparencia que exige el art. 88 del Reglamento 2016/679<sup>57</sup> y con el concreto derecho de los interesados “a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión que dispone el art. 22 antes citado (y que se refleja en derecho interno en el art. 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de 8 de diciembre)<sup>58</sup>, en relación con la elaboración de perfiles a través de sistemas automatizados. La propia Comisión había incorporado en distintos documentos la supervisión humana como uno de los requisitos ineludibles para la consideración de cualquier sistema de inteligencia artificial como fiable<sup>59</sup>. Este sería un aspecto inicial, básico, en relación con la necesaria protección frente a sistemas basados en la IA que, en el proyecto general de regulación de la misma, plantea una mayor gobernanza y un empoderamiento de los Estados en su regulación y control, que incluiría, entre otras medidas, el registro de actividades que empleen sistemas de inteligencia artificial, por ejemplo, en el ámbito laboral –algo que también es concordante con el deber de transparencia pública que recogen los arts. 11 y 12 de la propuesta de Directiva que comentamos–<sup>60</sup>.

Pero, más allá de estas consideraciones generales, en cuyo contexto podrían incluirse estos deberes de supervisión y evaluación, el art. 7 de la propuesta presenta algunos aspectos de relativa y mínima delimitación sobre su contenido.

<sup>57</sup> En relación con las normas de derecho interno a que obliga la norma comunitaria en relación específica con la aplicación de los derechos de protección de datos en el ámbito laboral, el apartado 2 del citado artículo aclara: “Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”.

<sup>58</sup> Sobre esta norma, el texto expositivo del Reglamento, en su párrafo 71, recoge: “En cualquier caso, dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se deben incluir la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión. Tal medida no debe afectar a un menor”.

<sup>59</sup> Comunicación de la Comisión “Inteligencia artificial para Europa”; Bruselas, 25.4.2018. COM (2018) 237 final; “Plan coordinado sobre la inteligencia artificial”; Bruselas, 7.12.2018. COM (2018) 795 final; Comunicación de la Comisión “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”. Bruselas, 8.4.2019. COM (2019) 168 final. Confr. asimismo, en su momento, el Proyecto de Guía Ética para una Inteligencia Artificial Confiable elaborado por el Grupo de Expertos de la Comisión de 18 de diciembre de 2018 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/draft-ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

<sup>60</sup> Confr. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial->

Para comenzar se trata de una indicación a los Estados miembros que deben asegurar (“velarán”) el cumplimiento de deberes atribuibles a las plataformas, con lo que supone que no estamos tanto ante un modelo específico desarrollado por la propuesta, sino, como contenido propio de una Directiva, ante un mandato a la normativa interna para su desarrollo y especificación. Estos deberes están obviamente conectados. Tienen por objeto el análisis de las consecuencias de las actuaciones de los sistemas automatizados y se plantean de forma paralela a como se presentan los derechos de información de los trabajadores, referidos tanto a las actuaciones propias de supervisión de la actividad como a la toma de decisiones. Y ambos son deberes que debe cumplir la plataforma por propia iniciativa. Ahora bien, pese a esta conexión ineludible, ambos deberes deberían comprenderse de manera diferenciada ya que responden a lógicas y, sobre todo, a momentos distintos. La supervisión alude a una obligación general relativa a cualquier actuación de supervisión o toma de decisiones por parte de la plataforma y supone la necesaria intervención humana cuando sean “adoptadas o respaldadas por sistemas automatizados”. Es parte importante de un criterio de atribución de responsabilidad y manifestación de unos requisitos de intervención humana en la toma de decisión que son necesarios para la comprensión de la propia fiabilidad del sistema en el sentido indicado. La evaluación, por su parte, se refiere a la necesaria valoración periódica de dicha actuación y alude a la obligada evitación de riesgos que potencialmente pueden derivarse en relación con el uso de sistemas automatizados. Debe ser periódica y conllevará, conforme lo previsto en el apartado 4 del art. 7, un derecho específico de información a los trabajadores y a sus representantes (debe entenderse que sobre sus resultados). No obstante, no se recoge un derecho de participación en dicha evaluación, tal como sería seguramente adecuado, sin perjuicio de los derechos de información y consulta que específicamente tienen reconocidos en el art. 9 de la propuesta (incluyendo el derecho a asistencia técnica por parte de expertos).

Como garantía de estos deberes de supervisión y de evaluación periódica, la propuesta de Directiva exige a las plataformas la garantía de recursos humanos suficientes. Estos recursos deben tener “la competencia, formación y autoridad necesarias” para ejercer la función de supervisión y evaluación encomendadas cuya actuación debiera ser independiente (así se deduce), aspecto que se refuerza con el criterio de inmunidad previsto ante cualquier despido, medidas disciplinarias o tratos posiblemente desfavorables por el ejercicio de sus funciones.

[intelligence?&at\\_campaign=20226-igitial&at\\_medium=Google\\_Ads&at\\_platform=Search&at\\_creation=RSA&at\\_goal=TR\\_G&at\\_advertiser=Webcomm&at\\_audience=artificial%20intelligence%20act&at\\_topic=Artificial\\_intelligence\\_Act&at\\_location=ES&gclid=Cj0KCQjwz8emBhDrARIsANNjS5XgbSNYALa8LvEk4Uk4r4W55m536YJgxNZtxFqQS\\_8HUVm4f45BmcaAuSGEALw\\_wcB](https://www.google.com/campaign/20226-igitial?at_medium=Google_Ads&at_platform=Search&at_creation=RSA&at_goal=TR_G&at_advertiser=Webcomm&at_audience=artificial%20intelligence%20act&at_topic=Artificial_intelligence_Act&at_location=ES&gclid=Cj0KCQjwz8emBhDrARIsANNjS5XgbSNYALa8LvEk4Uk4r4W55m536YJgxNZtxFqQS_8HUVm4f45BmcaAuSGEALw_wcB)

## **6.2. Derecho a solicitar explicación, revisión y deber de rectificación en caso de afectación de los derechos de los trabajadores**

Además de estos deberes de supervisión y evaluación, la propuesta de Directiva recoge el derecho de las personas que presten servicios en plataformas “a obtener una explicación de la plataforma” en relación con cualquier decisión que fuera “adoptada o respaldada por un sistema automatizado”, así como el derecho a solicitar una revisión de las decisiones que pudieran vulnerar los derechos de los trabajadores.

Los Estados “velarán”, en el sentido indicado por la propuesta, por el referido derecho de los trabajadores a solicitar una explicación, cuyo objeto se referirá a cualquier decisión que afecte “significadamente” a condiciones de trabajo, y supone el correlativo deber de contestación por parte de la plataforma. Ésta se dará “sin demora indebida”, aportando cierta laxitud del referido plazo de respuesta y vinculándolo a que el retraso no sea excesivo. Además, con carácter general, se prevé que la plataforma disponga de una persona de contacto a tal efecto, con competencia y formación y, sobre todo, “con autoridades necesarias para ejercer esa función”. El deber de contestación se debe proporcionar a través de una declaración escrita cuando afecte a aspectos básicos y elementales del propio desarrollo de la relación contractual y a la propia situación de la parte débil del contrato (exceptuando los procedimientos estrictamente disciplinarios, incluido el despido, que están excluidos de las normas previstas en este artículo). En caso de insatisfacción con la contestación dada o en caso de que se entiendan vulnerados en sus derechos, los trabajadores pueden demandar una revisión de la decisión. Esta solicitud de revisión debe ser respondida en un plazo más concreto. No más de dos semanas después de la recepción de la solicitud.

Si objetivamente ha habido vulneración de los derechos de las personas, la plataforma tiene el deber directo de rectificar. Esta rectificación deberá producirse también “sin demora”, pero aquí ya no se habla de demora indebida, sino que se establece directamente un plazo máximo de actuación: “en cualquier caso, en el plazo de dos semanas”. Si no fuera posible la rectificación, la plataforma deberá ofrecer una indemnización.

El deber de indemnización cuando no fuera posible la rectificación debida supone un deber directo, no ejercido a instancia de parte (más que lo que supone la inicial solicitud de explicación o de revisión), y es concordante con el derecho de reparación que, en conexión principalmente con el Reglamento 2016/679, prevé el art. 13 de la propuesta de Directiva. Esto indica que la propuesta parte de la afectación de derechos vinculados a la interdicción de la discriminación y, sobre todo, de protección de datos. Así se deduce con claridad del texto dispositivo (párrafo 37). Pero es evidente que debieran incluirse aquí la vulneración de cualquier tipo de derecho de carácter laboral que pudiera afectar a los trabajadores.

Estos derechos de solicitud de información específica y de revisión presentan otros aspectos. La contestación a la explicación solicitada o la declaración escrita, cuando corresponda ésta, no debería poder sustituir la responsabilidad derivada de la decisión, aunque esta fuera adoptada o respaldada por el sistema automatizado. Se trata de un deber específico de información que no puede suponer la elusión de la potencial responsabilidad de la plataforma –ni su obvio deber de rectificación– cuando proceda por haber afectado los derechos de los trabajadores.

Desde este punto de vista, estos derechos de solicitud de explicación y de revisión son clave en la conformación de la posición jurídica de la persona trabajadora. Tienen cierto carácter instrumental, adicional o preparatorio de la posición procesal de quien, ante la posible afectación de sus derechos laborales, requiere de una explicación previa en que pueda fundamentar la correspondiente reclamación sustentada en prueba suficiente (en concordancia con otros deberes de acceso a pruebas como los planteados en el art. 14 de la propuesta). La Directiva en tramitación parte de la dificultad que conlleva la identificación precisa de los medios de intervención del sistema automatizado en la determinación de condiciones de trabajo. Por esto parece plantear fórmulas en que fundamentar la necesaria búsqueda, constatación y acreditación necesarias de aquellas y de la posible vulneración de derechos derivadas de las mismas. Este es el fundamento de estos derechos concretos. Pero, al margen de este carácter instrumental, estamos ante deberes específicos, conformadores del general deber de transparencia, cuya inobservancia conllevará la consecuente exigencia de responsabilidad. No debería, en ningún caso, admitirse que con la mera respuesta por parte de la plataforma se concluye el cumplimiento por parte de la plataforma de sus obligaciones contractuales.

Por otro lado, la propuesta no recoge medidas específicas de limitación del ejercicio de las facultades directivas. Los derechos de acceso a la información no suplantán estos límites, ni pueden obviar los procedimientos en caso de modificaciones sustanciales. Pero ante la modulación que en la toma de decisión supone la intervención del sistema automatizado, los deberes de supervisión, evaluación y, sobre todo de revisión y rectificación deben comprenderse, en la lógica de la propuesta de Directiva, como elementos estructurales en relación con la necesaria clarificación y mejora en la determinación de las condiciones de trabajo que fija como objetivos.

De ahí el deber asociado e ineludible de rectificación (o, en caso de que no sea posible, de indemnización). Es un deber objetivo. La existencia de vulneración de derechos se concibe de manera objetiva, aunque, obviamente, puede ser controvertida por la otra parte. Pero, si finalmente se constata a través del oportuno proceso en que se plantee la acción del trabajador (o, incluso, a través de un procedimiento sancionador), la plataforma será necesariamente responsable, se planteará la referida reparación a que alude el art. 13 y se ordenará la rectificación necesaria, aunque la propuesta normativa no llega a este extremo. Es cierto que

atribuye directamente el deber de rectificación a la plataforma, pero no menciona cómo puede hacerse exigible ni las consecuencias de su incumplimiento (más que la aludida responsabilidad indemnizatoria). Por tanto, corresponderá al ámbito de cada Estado miembro su definición, incluyendo, en su caso, la actuación sancionadora administrativa o penal.

Finalmente, hemos de recordar que estas previsiones no son aplicables a los procedimientos disciplinarios y de despido. Debe entenderse que se refieren a procedimientos expresamente declarados y reconocidos como tales por parte de la plataforma. Esta exclusión puede tener sentido por su especialidad y por la interferencia que pueden tener, principalmente en materia de plazos y dinámicas, acciones que, como en derecho interno, gozan de carácter sumario. Además, la decisión de despedir o sancionar se hace efectiva en sí misma, con lo que ya no tiene sentido la posible petición de explicación, revisión o rectificación más allá del ámbito procesal. En todo caso, ello no impediría el ejercicio de la correspondiente acción si, de la decisión inicialmente no formalizada como despido se dedujera, empero, la pretensión extintiva de la relación laboral por afectar tan sustancialmente su continuidad efectiva haciéndola inviable (por ejemplo, cerrando las vías de acceso a la app). Pero en ello no entra la propuesta. Simplemente excluye los procedimientos por despido o disciplinario, seguramente por los motivos citados y deja al ámbito procesal de la parte afectada y a la posible concreción en derecho interno las acciones que pudiera decidir ejercer ante actuaciones que pudieran afectar a su situación contractual.

## **7. EL ROL DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES**

Es relativamente interesante el rol que la propuesta de Directiva otorga (y evita) a la representación de los trabajadores, a los interlocutores sociales y, en su caso, a otras entidades jurídicas a las que se reconoce un papel procesal en la defensa de los intereses de las personas prestadoras del servicio en plataformas por tener un interés legítimo (art. 14 en una referencia en la que debemos entender incluidas a las organizaciones sindicales).

El papel de la representación colectiva en la gestión automatizada es clave. Y lo es porque a través de la misma podrían (y deberían) articularse realmente muchos de los mecanismos de control efectivo del cumplimiento de la normativa en relación con el necesario respeto a los derechos y posición jurídica de los trabajadores. Planteada de partida la calificación general como laboral de la relación contractual que une a las personas prestadoras del servicio con la plataforma, y asegurada la consideración de la misma como empleadora, el primer rol que debe atribuirse a la representación debe ser de el de fiscalización del cumplimiento de la normativa. Como dice el parágrafo 39 del texto expositivo de la propuesta, dadas “las repercusiones directas para la organización del trabajo y las condiciones



individuales de los trabajadores de plataformas, es fundamental garantizar que los derechos y obligaciones de información y consulta, en particular los establecidos en la Directiva 2002/14/CE, puedan ser ejercidos directamente por los representantes de los trabajadores de plataformas...”.

El art. 9 de la propuesta recoge la previsión general sobre los derechos de información y consulta. Según la misma, “sin menoscabo de los derechos y obligaciones derivados de la Directiva 2002/14/CE, corresponde a los Estados miembros garantizar un deber de información y de consulta a los representantes de los trabajadores de plataformas (o, en caso de que no tengan tales representantes, de los trabajadores de plataformas afectados) “por parte de las plataformas digitales de trabajo”. Estos deberes de información y consulta –que dan lugar a los correlativos derechos de la contraparte– versarán necesariamente “sobre las decisiones que puedan conducir a la introducción de los sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones o a cambios sustanciales en el uso de dichos sistemas”. Este deber genérico de información y de consulta<sup>61</sup> implica un grado necesario de participación de los representantes de los trabajadores en la determinación de la aplicación de la gestión automatizada. Como dispone la Directiva 2002/14 (y recoge en términos muy similares el art. 64.1 del Estatuto de los Trabajadores), si bien se entiende por “información” “la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo”; el derecho de consulta implica “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario”.

Pero, es más, estos deberes genéricos se concretan en otros contenidos específicos de información a que tienen derecho de acceso la representación de los trabajadores. Así, se reconoce el derecho a obtener la misma información que se garantiza a los trabajadores individuales en el art. 6. Según su apartado 4 “las plataformas digitales de trabajo también pondrán la información a que se refiere el apartado 1 a disposición de los representantes de los trabajadores de plataformas” (también lo pondrán esta información “a disposición de las autoridades nacionales competentes a petición de estas”). O la información relativa a la evaluación de la implantación de los sistemas automatizados (aunque aquí hubiera sido deseable garantizar la participación efectiva, a través de un procedimiento cuando menos de consulta, como implícitamente puede estar previsto –al menos en derecho interno– respecto de la actualización de los deberes de evaluación de riesgos laborales). O, finalmente, la información que conforme el art. 12 deben poner a disposición de

<sup>61</sup> Recordemos que conforme el art. 64.1 del Estatuto de los Trabajadores, “se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”.

las autoridades competentes nacionales las propias plataformas y que se refiere al “número de personas que realizan trabajo en plataformas con regularidad a través de la plataforma digital de trabajo en cuestión y su situación contractual o laboral”; a “las condiciones generales determinadas por la plataforma digital de trabajo, aplicables a esas relaciones contractuales, que se apliquen a un gran número de relaciones contractuales”; y, a “los intermediarios con los que la plataforma digital de trabajo tiene una relación contractual”.

Específicamente, en relación con estos contenidos, que lo son de transparencia activa<sup>62</sup>, se reconoce expresamente derecho de acceso a la representación de los trabajadores, e incluye el derecho reconocido a las autoridades competentes y, por extensión, a los representantes de los trabajadores, “a solicitar aclaraciones y detalles adicionales a las plataformas digitales de trabajo en relación con cualquier información facilitada”. Estas deben responder en un plazo razonable a estos requerimientos.

Uno de los problemas que puede tener la representación de los trabajadores es la relativa falta de formación ante la introducción de sistemas que requieren, para su conocimiento, una profunda capacidad técnica. Para evitar estos problemas la propuesta reconoce el derecho de asistencia por “un experto de su elección, en la medida en que lo necesiten para examinar el asunto objeto de información y consulta, y formular un dictamen”. En caso de empresas de más de quinientos trabajadores en un Estado miembro, corresponderá a la empresa asumir los gastos de la intervención de experto (“siempre que sean proporcionados”) y remite al desarrollo normativo interno “la frecuencia de las solicitudes de expertos y el límite máximo de los gastos a cargo de la plataforma digital de trabajo, garantizando al mismo tiempo la eficacia de la asistencia”.

En otro orden, los representantes “y las entidades jurídicas que, de conformidad con la legislación o la práctica nacionales, tengan un interés legítimo en la defensa de los derechos de las personas que realizan trabajo en plataformas” podrán participar en cualquier procedimiento judicial o administrativo destinado a hacer cumplir cualquiera de los derechos u obligaciones derivados de la presente Directiva, al modo en que, en derecho interno, reconoce el art. 65.1 del Estatuto de los Trabajadores (art. 14). Como sigue diciendo la propuesta de Directiva, “dichos representantes o entidades podrán actuar en nombre o en apoyo de una o varias personas que realizan trabajo en plataformas en caso de infracción de cualquier derecho u obligación derivados de la presente Directiva, de conformidad con su legislación y sus prácticas nacionales”.

<sup>62</sup> “La información se facilitará para cada Estado miembro donde haya personas que realizan trabajo en plataformas a través de la plataforma digital de trabajo de que se trate”. Se actualizará como regla general, al menos, cada seis meses y, respecto de las condiciones generales de trabajo, cada vez que se modifiquen las mismas de manera sustancial –en caso de microempresas estos plazos se amplían al año–.

En relación con los derechos de información de la representación de los trabajadores y la posible transmisión de la misma a sus representados, se plantean un par de cuestiones, algunas de las cuales aborda directamente la propuesta (otras no).

En este sentido, en primer lugar, la propuesta no aborda los problemas que pueden derivar de la delimitación de la extensión de los deberes de sigilo y, en particular, de confidencialidad que, en su caso, serían exigibles a la representación de los trabajadores respecto de los secretos industriales, aspecto que puede ser clave en la implantación de sistemas automatizados. Como decimos, la propuesta no alude a esta cuestión, seguramente porque entiende suficientes los deberes contenidos en el art. 6 de la Directiva 2002/14, cuyo contenido habrá que tener presente.

Pero, en segundo lugar, hay que considerar la protección de los datos personales de los propios trabajadores potencialmente afectados por el contenido de la información a que tienen acceso los representantes. En este ámbito, la propuesta sí incorpora una previsión específica (que entendemos que será objeto de reforma o, al menos, de mejora técnica) en la nueva versión de junio de 2023. De conformidad con el apartado 2.bis del art. 14, “cuando sea necesario para la defensa de los derechos de las personas que realizan trabajo en plataformas”, y respecto del contenido de la información derivada de los derechos individuales del art. 6 y de la evaluación del art. 7, la plataforma pondrá la misma “a disposición de los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas distintos de los representantes de los trabajadores de plataformas”. Esta previsión es sin duda una precaución que va más allá de los referidos deberes de confidencialidad y que redundará en la polémica recurrente sobre los límites de los derechos de información de la representación de los trabajadores en relación con la protección de datos de carácter personal. Obviamente se refiere a los contenidos señalados, no a otros contenidos de más amplio acceso (como los relativos a publicidad activa), pero en todo caso, la alusión a estos representantes distintos de los representantes de los trabajadores no se entiende bien, salvo que esté previendo la posible remisión individual exclusivamente a quien designe como tal representante la persona afectada. Este parece ser el sentido del art. 1.4, que, en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva, alude a lo siguiente: “Con respecto a los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas distintos de quienes representan a los trabajadores de plataformas, la presente Directiva se aplicará únicamente en la medida en que la legislación y las prácticas nacionales prevean una representación de las personas que realizan trabajo en plataformas”. Esta norma, introducida igualmente en el proceso de tramitación, alude a la misma figura cuya existencia debe entenderse incardinada en los referidos supuestos de protección de datos del trabajador individual y cuya función parece quedar remitida a lo que establezca la norma de cada estado.

En otro orden de cosas, también hay que aludir a la creación y protección de canales de comunicación entre los trabajadores y sus representantes. Tal como señala el párrafo 45 del texto expositivo, “la falta de un lugar de trabajo común” caracteriza el trabajo en plataformas, lo que supone una dificultad de comunicación entre los trabajadores y sus representantes. Para ello, como sigue afirmando, “es necesario crear canales de comunicación digitales, en consonancia con la organización del trabajo en plataformas”. Este es el fundamento de la previsión contenida en el art. 15. Según el mismo, “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las plataformas digitales de trabajo ofrezcan la posibilidad de que las personas que realizan trabajo en plataformas se pongan en contacto y se comuniquen entre ellas, y con los representantes de los trabajadores, a través de la infraestructura digital de las plataformas digitales de trabajo o de medios igualmente eficaces, sin dejar de cumplir las obligaciones derivadas del Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE”.

La propuesta de Directiva recoge algunas normas específicas para garantizar la protección de estos canales de comunicación (digitales) y su confidencialidad. Dos son los aspectos más destacados. Por un lado, la previsión del último inciso del citado art. 15, que recoge el deber de los Estados miembros de exigir a las plataformas “que se abstengan de acceder a dichos contactos y comunicaciones o de supervisarlos”; y, por otro, la referida prohibición expresa de recaudación de ningún tipo de dato “relacionado con conversaciones privadas, incluidos los intercambios con representantes de los trabajadores de plataformas” [art. 5.bis.1.b)].

Finalmente, la propuesta de Directiva hace alguna mención destacada a los interlocutores sociales y a las funciones encomendadas de mejora, desarrollo o de regulación *ex novo* a través de la negociación colectiva de algunos de los derechos contenidos en la propuesta. Como afirma el párrafo 50.bis del texto expositivo (en redacción de junio de 2023), “debe respetarse la autonomía de los interlocutores sociales”, a quien se le corresponde, según dicha exposición de motivos, “...poder considerar que, en situaciones específicas relacionadas con las condiciones de trabajo de los trabajadores de plataformas, son más adecuadas, para la consecución de los fines de la presente Directiva, disposiciones diferentes que determinadas normas establecidas en la presente Directiva”. Y concluye: “por tanto, los Estados miembros han de poder permitir a los interlocutores sociales mantener, negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos que difieran de determinadas disposiciones incluidas en dichos artículos, respetando al mismo tiempo la protección general de los trabajadores de plataformas”. Esto sin perjuicio del fomento del diálogo social, basado en la posibilidad de que los Estados confíen a estos interlocutores “la aplicación de la presente Directiva” (párrafo 52, incluida ya en la versión inicial).

Por consiguiente, tanto desde la perspectiva de la participación de los interlocutores sociales en la mejor aplicación de lo dispuesto en la Directivas a través de normas específicas que puede desarrollar la negociación colectiva, como

en el caso en que, cuando así esté previsto, pudieran establecer a través de dicho instrumento normas distintas sobre los contenidos tratados (como en materia de prevención de riesgos, información y consulta de los representantes, declaración del trabajo en plataformas y acceso a la información -publicidad activa-), “siempre que respeten la protección general de los trabajadores” (art. 20.bis), el papel que los Estados miembros puede otorgar a los sujetos negociadores es amplio. Es más, con carácter general, en el proceso de transposición, la propuesta exige a los Estados miembros que adopten “las medidas adecuadas para garantizar la participación efectiva de los interlocutores sociales y promover y mejorar el diálogo social con vistas a la aplicación de la presente Directiva” (art. 21.3).

## 8. REFLEXIÓN FINAL

En las presentes páginas hemos intentado hacer un relato del complejo contenido de una propuesta de Directiva como la analizada. Partiendo de su relativa novedad, al tratarse de una Directiva de corte laboral pero centrada en un sector muy específico de actividad, caracterizado por la novedad de los retos que impone y, en gran medida, por tratarse de un ámbito donde se están poniendo de manifiesto las dificultades de afrontar, desde los principios sociales de la Unión, la implantación de sistemas inteligentes en la gestión de recursos humanos.

Los aspectos principales de esta regulación se centran en la clarificación de la calificación jurídica de la relación contractual que une a los prestadores directos del servicio con la plataforma y en la protección de derechos fundamentales básicos, como la prohibición de discriminación y la protección de datos de carácter personal, dada la más que probable generación de perfiles profesionales en una gestión automatizada de supervisión y toma de decisiones. Pero también se centra en la mejora de condiciones de trabajo, aunque pretendidamente garantizadas, en este caso, a través del establecimiento de los deberes de transparencia de la plataforma y los consiguientes derechos de información y acceso de los trabajadores, que, junto a los deberes de evaluación y supervisión, así como de revisión y rectificación de decisiones adoptadas o respaldadas por el algoritmo, son los elementos sobre los que gira la referida y pretendida protección de los trabajadores.

Es evidente que la propuesta parte de las dificultades técnicas que puede suponer el acceso transparente a los contenidos y formas de tomas de decisiones que afectan a la determinación de las condiciones de trabajo y a la propia definición de la situación contractual de los trabajadores. Por ello recurre a derechos y deberes que hemos llamado instrumentales y que tienen que ver con cuestiones procesales ligadas al acceso efectivo a prueba (art. 16), deberes de declaración del trabajo realizado a través de plataformas (art. 11) o de puesta a disposición de la información sobre número de trabajadores, condiciones generales de contratación o existencia de intermediarios (art. 12).

Corresponde a los Estados miembros la transposición de la Directiva tras su aprobación, en un proceso de por sí intenso y que revela, en el sentido que indicábamos al principio, distintas posiciones entre los agentes que intervienen en su elaboración. De ahí las modificaciones importantes –y la modulación de contenidos– respecto del texto inicialmente propuesto por la Comisión. Deja un rol importante a la negociación colectiva y a los interlocutores, cuya participación se encarga de fomentar la propia propuesta. Y deja al ámbito de cada Estado el rol sancionador y de supervisión del cumplimiento normativo (art. 19). Con una particularidad, parece ubicar la competencia sancionadora en la sede de las autoridades de control del Reglamento sobre protección de datos (aunque limitadas a los derechos de información, supervisión, revisión y rectificación). Pero no puede olvidar que muchos de estos aspectos son de claro contenido laboral, desarrollados en una relación de trabajo, y, por consiguiente, supervisables por la autoridad encargadas de estas funciones en derecho interno. En nuestro caso, la ITSS.