



¿Quién vigila al algoritmo?: los derechos de información de los representantes de los repartidores en la empresa sobre los algoritmos de las plataformas de reparto

WHO'S WATCHING THE ALGORITHM?: THE INFORMATION RIGHTS OF DELIVERY DRIVERS' REPRESENTATIVES IN THE COMPANY ON DELIVERY PLATFORM ALGORITHMS

Francisco Pérez Amorós

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Autónoma de Barcelona

Investigador de honor del Institut d'Estudis del Treball

perez_amoros@hotmail.com  0000-0003-0803-9578

Recibido: 26.05.2021 | Aceptado: 04.06.2021

RESUMEN

Se presentan unas reflexiones sobre el derecho de información de los representantes en la empresa en materia de algoritmos, regulado en el reciente Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, en favor de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Al respecto se parte del "Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social", adoptado, el 10 de marzo 2021, entre el Gobierno, CC.OO., UGT y CEOE y CEPYME, y se tiene presente la STS de 25 de septiembre de 2020 sobre la laboralidad de los repartidores. Se comentan los elementos clásicos del nuevo derecho de información: sujetos (emisor y receptor) objeto (tiempo, forma y contenido) y finalidad.

ABSTRACT

Reflections are presented on the right to information of company representatives on algorithms, regulated in the recent Real Decreto-Ley 9/2021, of 11 May, in favour of people dedicated to distribution in the field of digital platforms. This is based on the "Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social", adopted on 10 March 2021 between the Government, CC.OO., UGT and CEOE and CEPYME, and takes into account the STS of 25 September 2020 on the employment status of delivery workers. The classic elements of the new right to information are discussed: subjects (sender and receiver) object (time, form and content) and purpose.

PALABRAS CLAVE

Derecho de información
Real Decreto-ley 9/2021
Algoritmos
Plataformas digitales
Repartidores

KEYWORDS

Right to information
Real Decreto-ley 9/2021
Algorithms
Digital platforms
Delivery drivers

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DEL ACUERDO DE LA MESA DE DIÁLOGO SOCIAL DE 10 DE MARZO DE 2021 AL REAL DECRETO-LEY 9/2021, DE 11 DE MAYO: TODO BAJO LA MIRADA DE LA STS DE 25 DE DICIEMBRE DE 2020
- III. REFERENTES DEL NUEVO DERECHO DE INFORMACIÓN
 - A. Aspectos generales
 - B. Los elementos clásicos del nuevo derecho de información: sujetos, objeto y finalidad.
 1. Sujeto emisor y receptor(es)
 2. Objeto: tiempo y momento, forma, y contenido
 3. Objetivo

I. INTRODUCCIÓN

Estas páginas se dedican a formular unas reflexiones sobre el derecho de información de referencia contemplado en el Real Decreto 9/2021, de 11 de mayo¹, a cuyos efectos es oportuno tener presente como lo ha (pre)configurado el “Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social”, adoptado, el 10 de marzo de 2021, entre el Gobierno, CC.OO., UGT y CEOE y CEPYME, sobre el servicio que prestan los repartidores y sus condiciones de trabajo (en adelante, el Acuerdo), del que dicha norma legal trae su causa.

Conviene anotar que el texto de dicho Acuerdo final y los documentos de parte considerados en mesa tripartita durante la negociación social del mismo, no se han publicitado institucionalmente, siendo así que los utilizados, citados y/o transcritos en estas páginas, se han obtenido de fuentes “indirectas” (constantemente sujetas a posibles cambios al socaire de propuestas y contrapropuestas de los negociadores), con el riesgo o margen de error que todo ello comporta².

Todas estas circunstancias, junto con lo reciente que es la publicación del referido Real Decreto-ley 9/2021, explica –a criterio de quien suscribe– que esta glosa del derecho de información de referencia contemplado en el mismo, no incluya citas doctrinales ni jurisprudenciales.

1. Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE, 12), disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7840.

2. El “Blog de Eduardo Rojo” (<http://www.eduardorojotorrecilla.es>) también es de comprobada utilidad para el seguimiento de las reuniones de la mesa de diálogo sobre la cuestión, y para el conocimiento de sus trabajos y de la documentación de parte; en especial, sus entradas de 9, 18 y 21 de noviembre, y 12 diciembre de 2020; y 2 y 22 de enero y 1 y 16 de marzo de 2021. En todo caso, las deficiencias en la localización, cita y manejo de los documentos que pudieran apreciarse en este estudio, son de quien lo suscribe.

II. DEL ACUERDO DE LA MESA DE DIÁLOGO SOCIAL DE 10 DE MARZO DE 2021 AL REAL DECRETO-LEY 9/2021, DE 11 MAYO: TODO BAJO LA MIRADA DE LA STS 805/2020, DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2020

Se presenta a continuación la evolución que ha seguido la configuración del derecho de información en cuestión durante el diálogo social desarrollado en la mesa tripartita hasta alcanzar el Acuerdo final; y, en un apartado propio (III, *infra*), se comentará su regulación en el Real Decreto-ley 9/2021.

El diálogo social sobre la regulación del trabajo en empresas de economía de plataforma se inicia institucionalmente con la primera reunión de la mesa tripartita (MITES; CEOE y CEPYME; y, CC.OO. y UGT) celebrada el día 21 de octubre de 2020 y se cierra con el referido "Acuerdo de la mesa de Diálogo Social", finalmente, alcanzado el 10 de marzo de 2021³: todo ello ha transcurrido bajo la mirada de la STS de 25 de septiembre de 2020, entendida como el resultado final de una labor judicial en torno a la laboralidad de los repartidores que bien merece un estudio monográfico, y que como tal tuvo sus primeras manifestaciones hace ya bastantes años, y que últimamente ha alcanzado mayor resonancia en el foro y en los medios.

Para ordenar la exposición, cabe recordar, con carácter previo, algunas cuestiones temáticas y cronológicas del diálogo social de referencia.

Durante la negociación tripartita, en el Acuerdo final resultante (y en el posterior Real Decreto-ley 9/2021), los temas tratados se pueden agrupar en dos bloques, que según el orden en que se han reflejado en ambos textos, son: en el primero se trata del derecho de información del comité de empresa sobre los algoritmos que utiliza la empresa y que afectan las condiciones de trabajo, y, el acceso y mantenimiento del empleo; y, en segundo, se considera la laboralidad de las actividades de reparto en el ámbito de las plataformas digitales de gestión algorítmica, tema que avanzado el diálogo social y en el Real Decreto-ley 9/2021, se planteará como una presunción de laboralidad. Ambas temáticas son distintas: la primera se refiere al derecho de información sobre algoritmos, en cualquier empresa que se utilicen (también pues, en las empresas de reparto con plataforma; y, la segunda, se refiere a la presunción de laboralidad, concretamente, de los repartidores con tales plataformas digitales, temática que se obvia en estas páginas. Son dos bloques temáticos, ciertamente diferenciables,

3. Bajo la rúbrica "Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social: Real Decreto-Ley para la laboralización de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales", se ha publicado en la red la parte dispositiva de dicho Acuerdo, disponible en <https://www.ccoo.es/40c061e2eaeae7db7cbd560ac15a617f000001.pdf> (última consulta: 12 de mayo de 2021). Y, bajo la rúbrica "Acuerdo de Diálogo Social: Proyecto de Real Decreto-Ley para la garantía de los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales", se ha publicado en la red, con la etiqueta de "Borrador", la Exposición de Motivos y la parte dispositiva de dicho Acuerdo, de consulta en <https://forelab.com/wp-content/uploads/ley-rider.pdf> (última consulta: 12 de mayo de 2021). La parte dispositiva incluida de ambos documentos coinciden entre sí, salvo alguna cuestión en punto a las disposiciones finales; el primero de documentos coincide con la parte dispositiva del Real Decreto-ley 9/2021 salvo alguna cuestión en punto a las disposiciones finales; y, el segundo de los documentos citados coincide con la parte dispositiva del referido RDL, y, sus respectivas Exposiciones de Motivos, guardan algunas diferencias.

pero con claras entre ambas relaciones (de la ajenidad laboral a la información debida) que han variado a lo largo de la negociación, y que, debidamente combinados entre sí, dan cuerpo, en concreto, al derecho de información de los representantes de los repartidores en la empresa, sobre los algoritmos de las plataformas de reparto, que es el objeto de atención en este ensayo.

Y como segunda previa se expone que en la negociación tripartita considerada podrían diferenciar dos etapas, distintas entre sí por el objetivo que persiguen⁴: en la primera etapa, abriendo el foco del debate, se trataba de regular aspectos del trabajo en el ámbito de las plataformas digitales de cualquier actividad y sector, incluido el derecho de información sobre algoritmos; mientras que, en una segunda fase, limitando el ámbito, se trató de regular el trabajo de las personas que –en concreto– prestan servicios de reparto para empresas de la economía de plataformas en y, la presunción de laboralidad de los repartidores en concretos, separando ambos temas. Este giro reduccionista del ámbito que sufre el proyecto en plena discusión del mismo, lógicamente, condiciona la estructura y el contenido del Acuerdo final de 10 de marzo de 2020, y del posterior Real Decreto-ley 9/2021, y, debe tenerse presente para tratar del derecho de información en concreto tal y como se hace en estas páginas.

Comentadas que han sido tales cuestiones más contextuales, se pasa a comentar que durante el diálogo social se han planteado sucesivas propuestas del derecho de información del comité de empresa sobre los algoritmos que gestionan las plataformas digitales –incluidas las de reparto–, propuestas todas, sustentadas en la modificación del artículo 64 LET, que como es sabido trata de “Derechos de información y consulta y competencias”, y cuya redacción vigente acusa un evidente desgaste manifiesto tras tantas y cuantas modificaciones ha sufrido hasta hoy día por muy distintas razones.

4. La primera fase del diálogo social, que gira en torno al trabajo de las plataformas digitales en general, se inicia con una primera reunión de la mesa de diálogo social el 21 de octubre de 2020 que toma como referente la primera versión de la primera propuesta ministerial, rubricada –gráfica, expresiva y didácticamente– “Anteproyecto de ley contra la huida del Derecho del Trabajo a través de las nuevas tecnologías”. En una segunda reunión de la mesa tripartita ya se toma en consideración una segunda versión del Anteproyecto bastante distinta que la primera, que seguirá modificándose con ocasión de la tercera, cuarta y quinta reunión de la mesa (26 de noviembre y 3 de diciembre de 2020, y 17 de diciembre de 2020) que tratan sobre sus respectivas y nuevas propuestas ministeriales y/o sindicales (sucesivamente: “Propuesta sindical sobre plataformas”, “Contrapropuesta MITES a la propuesta sindical plataformas” propuestas en la reunión de 26 de noviembre 2020, y las “Consideraciones sindicales sobre la propuesta del MITES 26.11.2020” que fueron tratadas en la reunión de la mesa del 3 de diciembre de 2020). En la última reunión de la primera fase, ya aparecían más sobre si intentar una regulación de todo el trabajo con plataformas tendría un final exitoso, y se comenzó a plantear que quizás convendría explorar la posibilidad de tratar de regular sólo los trabajos con plataforma de reparto (repartidores), dicho sea, sin exponer las opiniones de los tres negociadores al respecto de tal cambio de escenario, aunque resulta fácil adivinar que las tres son diferentes, y dos, claramente contrarias entre sí. En una segunda fase del diálogo social, la discusión da un giro: en la reunión de la mesa de diálogo social celebrada el 20 de enero de 2021, el MITES presenta una nueva propuesta más escueta reduciendo su planteamiento, al derecho de información sobre algoritmos en empresas de la economía de plataformas de cualquier sector, y a la presunción de laboralidad de las personas que prestan servicios de reparto (repartidores) con plataforma. Tras posteriores reuniones de la mesa tripartita, en la última del 10 de marzo de 2021 se adopta el Acuerdo final, rubricado, como se ha apuntado, “Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social: Real Decreto-Ley para la laboralización de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales”. Una simple comparativa entre el título de la primera propuesta ministerial y el de este Acuerdo final, avanza resumidamente algunos detalles del proceso. Se aprovecha esta nota a pie de página para significar que no consta que las representaciones empresariales en el diálogo, presentaran propuestas escritas para debatirlas como tales en el ámbito de la mesa institucional, aunque sí que expresaron sus opiniones por otras vías y en otras sedes.

Sigue una apretada síntesis de las propuestas del derecho de información planteadas durante el diálogo social, sinopsis que (aunque resulta algo compleja de elaborar, por las anticipadas dificultades que tienen el manejo de la documentación de parte utilizada en la mesa) puede resultar útil para comentar el derecho de información de referencia tal y como ha quedado plasmado en el Acuerdo de 10 de marzo de 2021, y en el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo.

Salvo error u omisión, tales antecedentes se pueden compendiar en los tres siguientes:

1º) Durante la referida primera etapa del diálogo social, sólo se plantea una –la primera– propuesta sobre el derecho de información en cuestión tenida y debatida como tal en la mesa de diálogo social.

El MITES, atendiendo peticiones sindicales, en un momento dado de la negociación, incorpora en su mencionado “Anteproyecto de ley contra la huida del Derecho del Trabajo a través de las nuevas tecnologías” un punto referido al derecho de información, que reza:

“(…) la representación legal de las personas trabajadores tendrá derecho a toda la información relativa a los parámetros y reglas de toma de decisión utilizados por los algoritmos utilizados por la empresa que puedan incidir directa o indirectamente en las condiciones de trabajo y de acceso y mantenimiento del empleo. Esta información deberá proporcionarse de forma clara y exhaustiva con carácter trimestral”.

Es una propuesta para ampliar el ámbito material del derecho información, modificando el punto 2 del ordinal del artículo 64 LET, cuyo literal resultaría ser el siguiente:

“Artículo 64. Derechos de información y consulta y competencias (...) 2) (...) el comité de empresa tendrá derecho a ser informado trimestralmente...” [sobre las materias que se indican en punto 2.a) hasta 2.d)], y “toda la información relativa a los parámetros y reglas de toma de decisión utilizados por los algoritmos utilizados por la empresa que puedan incidir directa o indirectamente en las condiciones de trabajo y de acceso y mantenimiento del empleo. Esta información deberá proporcionarse de forma clara y exhaustiva con carácter trimestral” (en negrita, el añadido a ubicar en una nueva letra del repetido artículo 64.2).

A subrayar los siguientes aspectos: se trata de un auténtico “derecho” de información del comité de empresa (*ex art. 64.2 LET*); el nuevo objeto de información es (son) “los algoritmos utilizados por la empresa” (organización, administración y control versus subordinación y ajenidad laboral) que “puedan incidir directa o indirectamente en las condiciones de trabajo y de acceso y mantenimiento del empleo”: no todos los algoritmos pues; puntualizando, que la información “deberá proporcionarse de forma clara y exhaustiva con carácter trimestral”, una precisión esta teóricamente superflua por ya prevista, pero prácticamente más que sintomática. Esta versión del derecho a la información, aunque no será la definitiva, aporta datos para la reflexión final.

2º) Y, ya en la referida segunda fase del diálogo social, en la que, se reduce el ámbito del diálogo tripartito en los términos referidos, se formulan nuevas y sucesivas propuestas ministeriales sobre el derecho de información comentado (reunión de 20 de enero de 2021).

Se plantea una modificación del artículo 64 LET, consistente en añadir en su punto 5 letra f), *in fine*, el siguiente y conciso párrafo: "(...) incluido cuando deriven de cálculos matemáticos a algoritmos".

Resultando así, que el pasaje del artículo 64.5.f) LET, por lo que aquí y ahora interesa, quedaría redactado así:

"Artículo 64. Derechos de información y consulta y competencias (...) 5) El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto. Asimismo, tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo. El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones: (...) f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo, incluido cuando deriven de cálculos matemáticos a algoritmos".

A subrayar que, en esta ocasión, la modificación, por su ubicación en el pasaje del artículo 64 LET, hace que los algoritmos no sean sólo objeto del derecho de información, sino también del derecho de consulta (que, a su vez, conlleva el referido "derecho a emitir informe previo..."), todo ello de forma conjunta y encadenada de manera que la información adquiere mayor relevancia; y se también de subraya, que en la nueva propuesta se concreta expresamente que los algoritmos son objeto de la información (consulta e informe), y que lo son todos los que incidan en la materia laboral –trabajo y empleo– ampliamente configurada (art. 64 LET), siempre respetando los límites a la información previstos con carácter general. Por lo que en su momento se apuntará, se adelanta que la nueva previsión del ordinal del artículo 64.5.f) LET, (pre)configura a los algoritmos como una materia más del derecho a la participación y negociación colectiva con todo lo que ello comporta en favor del derecho de información. Esta versión del derecho a la información, aunque no será la definitiva, también aporta datos para la reflexión final.

3º) Algo más avanzada la segunda fase del diálogo social, la mesa de diálogo, conoce y considera una nueva propuesta ministerial presentada bajo la referida rúbrica "Acuerdo de la mesa de diálogo social: Real Decreto-Ley para la laboralización de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales", que, en su

caso, se aprobaría como “Real-Decreto-ley” (art. 86 CE), dicho sea, a todos los efectos jurídicos y de política del derecho, y que se refiere solo a dos cuestiones sustantivas: al derecho de información del trabajo con plataforma en general (incluido pues, el de los repartidores), y a la presunción de laboralidad de los repartidores con plataforma.

La nueva proposición sobre el derecho de información en cuestión, tras las oportunas negociaciones, consiste en incorporar una nueva letra –d)– al punto 4 del repetido artículo 64 LET, cuyo literal quedaría así:

“Artículo 64. Derechos de información y consulta y competencias (...) 4. El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a (ser informado)” (...) d) (...) “los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles” (la letra “d” resulta del añadido referido).

Esta es la fórmula que, siguiendo el *iter* que se describirá, está vigente hoy día.

4º) La anterior propuesta sobre el derecho de información en cuestión, se incluiría, en sus propios términos, en el repetido “Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social de 10 de marzo de 2021 (Real Decreto-ley para la garantía de los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales)”, y posteriormente se recoge, íntegramente, en el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, tal y como se comprobará y comentará en el siguiente apartado de este estudio.

Son, pues, tres fórmulas del derecho a la información las que se han sucedido durante el tiempo que ha durado el diálogo social sobre el tema referido, y es la tercera de las mismas la que se aplicará en breve tal y como se detallará. El derecho de información ha estado presente en el diálogo desde el principio hasta el final, no todas las cuestiones han perdurado hasta el final.

III. REFERENTES DEL NUEVO DERECHO DE INFORMACIÓN

El Real Decreto-ley 2/2021, de 11 de mayo⁵, en su artículo único uno, estipula que:

“El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda modificado como sigue: (...) Se introduce una nueva letra d) en el artículo 64.4, con la siguiente redacción: “d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”.

5. Contiene un artículo único, con dos puntos, y dos disposiciones finales, publicado en el BOE, 12, y como se ha anticipado, de consulta en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7840.

El artículo estatutario, así modificado, y por lo que aquí interesa, queda redactado así:

“Artículo 64. Derechos de información y consulta y competencias (...) 4. El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a (...) d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”.

A recordar que la primera reunión de la Mesa de Diálogo Social se celebró el día 21 octubre 2020, que el Acuerdo final se adoptó el 10 de marzo de 2021, que el Real Decreto-ley 2/2021, de 21 de mayo, se publica el 12 de mayo de 2021, y que el mismo previene que la norma “entrará en vigor a los tres meses de su publicación...” (Disposición Final segunda), es decir, el día 12 de agosto de 2021, bien parece pues que el legislador –por la razones que sean– ha actuado pausadamente desde la adopción del Acuerdo final.

A. Aspectos generales

Partiendo de la idea que el derecho de información forma parte del derecho de libertad sindical –derecho de derechos– dicho sea con mayúsculas, a nivel conceptual y de garantías (derechos fundamentales), se formulan a continuación unas consideraciones generales sobre el Real Decreto-ley 9/2021 para contextualizar el estudio particular del derecho de información previsto en su artículo único punto dos:

1ª) El Real Decreto-Ley es sucinto por extensión y contenido; como se detallará, es la fórmula más breve de todas las debatidas mientras duró el diálogo social sobre la cuestión. Su título, expresa el carácter tuitivo del ordenamiento laboral, y subjetivamente se refiere a los repartidores con plataforma digital.

Ya se ha apuntado, pero conviene acentuarlo: es resultado de la concertación social tripartita y, consiguientemente, es un ejemplo de legislación concertada; a lo que se debe añadir sin solución de continuidad, que, como ha tomado la forma de Real Decreto-ley, su debate en sede parlamentaria ha sido lo conciso que prevé la Ley de leyes para este tipo de normas (art. 86 CE). Esta es una combinación interesante desde la óptica de la política del derecho.

2ª) Según la Exposición de Motivos (II, *in prius*) y el articulado de la norma, su ámbito subjetivo cubre dos colectivos: a trabajadores con plataformas digitales en general –incluidos los de reparto– (artículo único uno sobre derecho de información), y, a trabajadores de reparto (repartidores) en concreto (artículo único dos sobre presunción laboralidad); en cambio, el título de la norma, parece dirigida sólo a los repartidores, divergencias que, quizás, son derivadas de los giros que dio el diálogo social según se ha comentado.

Y, el ámbito material se limita a cubrir tres aspectos, ordenados y presentados, precisamente, como se resume ahora: el derecho de información del comité de empresa

sobre la materia referida en todos los sectores, la presunción de laboralidad en el ámbito concreto de las plataformas digitales de reparto, y, en tercer lugar se refiere la norma a su título competencial y su entrada en; siendo así que los dos primeros –y únicos– aspectos más “sustantivos” se presentan agrupados en un mismo y único ordinal (“artículo único”), y el resto, más “adjetivo”, se presenta, en sendas disposiciones finales.

Como se ha anticipado, el Acuerdo de 10 de marzo de 2021 y el consiguiente Real Decreto-ley 2/2021 son las fórmula más escueta subjetiva y materialmente de entre todas propuestas y contrapropuestas barajadas durante el proceso de diálogo: recordar que algunos de los asuntos debatidos (generalidades sobre laboralidad del trabajo de repartidores: ajenidad y subordinación; y, algunas cuestiones instrumentales de cariz registral) mientras duró el diálogo social sobre la cuestión, pero suprimidos en el texto final, podrían animar la reflexión sobre la laboralización de los repartidores en general, y del derecho de información en particular. Es por ello que algunas de tales pérdidas en el camino se recordarán cuando mejor convenga por razones de orden en el discurso, aunque ahora ya se puede adelantar que, por ejemplo, de haberse mantenido en el texto final el “Registro de algoritmos”, previsto en propuestas anteriores, tal derecho de información hubiera salido reforzado.

3ª) La norma legal de referencia, establece, en segundo lugar, la denominada “*presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto*” en beneficio de los repartidores (artículo único dos del Real Decreto-ley 2/2021 –y del Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social– todo *ex art.* 8.1 LET), que es una manera determinada de suponer la laboralidad de tales trabajadores (*ex art.* 1.1; no por la vía inclusiones del art. 2 LET; dando por citada también la Ley 10/2007, LETA, y concordantes).

Esta presunción seguro que merecerá pronta atención en el foro iuslaboralista por lo que representa y como se previene, aquí se trae a colación porque incide sobre el derecho de información de referencia.

A tales efectos interesa resalta que es una presunción reforzada (*sic* Exposición de Motivos de dicha norma de 2021) a partir de los tres referentes citados en la norma (art. único. dos Real Decreto- ley 9/2021). La presunción descrita, intenta evitar fraudes y falsos autónomos de cualquier modalidad (incluidos TRADES) entre los repartidores, operación que también puede casar con la defensa de la competencia. E interesa recordar que se trata de una presunción que no afecta o desdice las exclusiones plenas del pasaje 1.3 LET (art. único dos, segundo párrafo), especialmente la de los transportistas [art. 1.3.g) LET] que en su día se establecieron no sin polémica; la contraposición entre los transportistas de entonces (excluidos) y los mensajeros de hoy (incluidos) ayuda a resetear el sentido de la dependencia laboral, como presupuesto permanente pero cambiante –“flexibilizado”, en expresión *sic* Exposición de Motivos– como elemento conceptual de la relación laboral.

Tal presunción revaloriza el derecho de información, por cuando menos dos motivos. Primero, porque el derecho de información es el único tema sustantivo que acompaña al aspecto estelar del diálogo social, cual es la laboralización de los repartidores, y, porque no siempre que se ha “laboralizado” un colectivo de personas se ha reconocido, conjuntamente, tal derecho de información de forma expresa y sin solución de

continuidad como se hace en esta ocasión. En segundo lugar, tal presunción revaloriza tal derecho de información, porque al definir a los “empleadores” como se hace⁶, se está, indirectamente, anticipando algunos datos elementales sobre el perfil (características y contenido) de la información que deberán transmitir sobre su gestión empresarial: si se parte de la idea que la gestión empresarial [(“(...) organización, dirección y control (...))”, se hace con una plataforma digital activada por algoritmos (“gestión algorítmica”) que inciden en el servicio y de las condiciones de trabajo, y –por otra parte– se obliga al empresario a informar sobre su gestión (por todos, *ex art.* 64 LET), se puede y debe concluir que deberá informar sobre los algoritmos utilizados (art. único, dos del Acuerdo) en los términos que se precisarán.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2021, aporta otros más datos útiles para comentar tal presunción de laboralidad y para relacionarla con el derecho de información considerado de acuerdo con la vigente normativa (arts. 1, 2, 8 y 20, y, Disposición adicional primera LET *versus* art. 64 LET), datos que aquí no se pueden comentar por razones de extensión. Pero si conviene anotar que tal Exposición de Motivos contempla consideraciones que podrían hacer pensar que el legislador admite ciertas “dudas” cuando expresa que “la valoración de la naturaleza real del vínculo, va a depender en gran medida de la información verificable que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de plataformas, que debe permitir discernir si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita por dicha disposición, siempre desde el mayor respeto a los secretos industrial y comercial de las empresas conforme a la normativa, que no se ven cuestionados por esta información sobre las derivadas laborales de los algoritmos u otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial”, planteamiento este que -s.e.u.o. por nuestra parte- no constaba en los mismos términos en los borradores anteriores, comparativa que se hace para debate; de la misma manera que se subraya la mención y la ubicación de la cita a dichos secretos profesional y comercial en la Exposición de Motivos (Exposición de Motivos II, penúltimo párrafo).

En aras a la seguridad frente a la pertinaz realidad, se valorara muy positivamente que Real Decreto-ley 9/2021 asegure la laboralización de los repartidores vía presunción, aunque a efectos dialécticos siempre cabe preguntarse si, teóricamente, “era o no necesario” hacerlo teniendo en cuenta la LET vigente y las sentencias dictadas sobre la cuestión (arts. 1, 2, 8, 20 LET y LETA, y STS de 25 de septiembre de 2020); de la misma manera que parece un gran acierto que, de forma paralela, se considere el derecho de información sobre los algoritmos que activan la plataforma digital, pero también cabe preguntarse, dialécticamente, si era indispensable hacerlo expresamente si se acepta que convenida la laboralidad, la información es debida *per se* (*ex art.* 64 LET en su versión anterior al Real Decreto-ley 9/2021). El legislador, con la presunción de laboralidad, intenta evitar huidas del Derecho del Trabajo a través de las nuevas

6. Quienes “(...) ejercen facultades (...) de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital” (art. único, uno del Acuerdo).

tecnologías (*sic* Exposición de Motivos), y quiere evitar fraudes en favor de la competencia leal, una idea básica, que el legislador tiene muy presente desde el inicio del diálogo social, tal y como se ha comprobado.

4ª) El Real decreto-ley 9/2021 entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE (Disposición final segunda), es decir el 12 agosto 2021. Obviando otras consideraciones que merece esta *vacatio*, se apunta que la misma no impide (ni impedirá) seguir defendiendo la laboralidad de los repartidores ni el derecho de información en cuestión antes de la entrada en vigor de la norma (*ex LET*, y STS de 25 de septiembre de 2020, entre otras).

5ª) Y como penúltima consideración general sobre el Real Decreto-ley 9/2021, digamos –reiteremos– lo siguiente, siempre con tono reflexivo. Siendo cierto que la norma de 11 de mayo de 2021 introduce las dos novedades sustantivas precitadas –derecho de información general, y presunción laboral de los repartidores en concreto–, también lo es que la más sustancial por más novedosa (el derecho de información del comité de empresa sobre los algoritmos en todas las empresas y sectores que utilicen plataformas digitales), quizás, no ha resultado ser la más mediática (la presunción de laboralidad de los repartidores con plataforma digital), detalle que no compromete la relevancia de ambas. Una relevancia de ambas que se prueba recordando que tales cuestiones son las únicas cuestiones sustantivas contempladas en la norma legal, y añadiendo que una (el derecho de información) garantiza la finalidad que propone la otra (la presunción de laboralidad de los repartidores), idea que se recogía en la Exposición de Motivos contemplado en el mencionado documento “Acuerdo de Diálogo Social: Proyecto de Real Decreto-ley para la garantía de los derechos laborales de las personas dedicado al reparto en el ámbito de plataformas digitales” (etiquetado de “borrador”), y que no consta en el homónimo del actual Real Decreto-ley 2/2021.

6ª) Y como cuestión contextual más general, pero no por ello menos importante, se anota que el derecho de información debatido es un derecho colectivo y sindical que se ejerce en un sector en el que el que el ejercicio de los mismos, no resulta fácil.

Pues bien, en este contexto general se ubica el -nuevo- derecho de información sobre algoritmos de referencia, que se comenta en el apartado siguiente con la brevedad anunciada.

B. Los elementos clásicos del nuevo derecho de información: sujetos, objeto y finalidad

A partir de la estructura clásica del derecho de información de los representantes de los trabajadores, se comentan las novedades del mismo cuando se informa sobre los algoritmos, advirtiendo que siendo cierto que tal derecho rige en todas las empresas que se organicen con plataformas activadas con algoritmos, también lo es que, en estas páginas se reconduce a las empresas de reparto con plataforma (repartidores).

Al respecto dos acotaciones: muchos de los comentarios del derecho de información sobre algoritmos ya se plantean al tratar de la información en general o sobre

otras materias, no cabe pues reiterarlos (remisión); y, en las apreciaciones que se formularán, las citas legales de apoyo, serán las mínimas, reservando para otra ocasión mayor detalles, incluidos los de derecho comunitario e internacional.

Por su ubicación en el punto 4 del artículo 64 LET, se deduce que se trata de un “derecho” a “ser informado” (deber de informar), es decir se sitúa en el escenario, que, como es sabido, no es, en principio, el más garantista de todos los configurados en los restantes apartados del ordinal referenciado, pues en el considerado, sólo trata expresamente de información (ser informado), mientras que otros tratan de consulta e informes; aunque nada impide que para estudiar el artículo 64.4 LET se puedan tenerse en cuenta referentes del derecho de información de mayor nivel previsto en otros apartados del mismo pasaje, una operación de mejora, que sistemáticamente es posible. La referencia literal a “ser informado” del referido artículo 64.4 LET, admite una interpretación expansiva en el marco general de tal pasaje, y como parte que es del derecho de participación y de negociación colectiva.

Se recuerda que las propuestas sobre el derecho de información en materia de algoritmos debatidas presentadas anteriormente en la mesa de negociación tripartita, eran quizás más garantistas por estar ubicadas en otros apartados del repetido artículo 64 LET.

1. Sujeto emisor y receptor (es)

El sujeto obligado a emitir la información es el empresario [“por la empresa”, *sic*, arts. único uno Real Decreto-ley 9/2021 y 64.4.d) LET], un deber de información que se debe entender de distinta manera según sea una empresa estatal o multinacional, dicho sea, con la brevedad propia del caso.

El sujeto receptor es el “comité de empresa” [arts. único uno Real Decreto-ley 9/2021 y 64.4.d) LET]; y por todos: comités de centro, intercentros y conjuntos, según LET), que es tanto como decir que también lo son los delegados de personal (alternativamente) y, también lo son (acumulativamente: doble canal de representación) las representaciones sindicales en la empresa (delegados y/o secciones sindicales *versus* sindicatos, según LET y LOLS, y, convenios colectivos aplicables, dicho sin mayores detalles y debates, que no sea incluir en el debate a los representantes de comités de empresa europeos como receptores de tal información, cuando así lo permitan o requieran las normas comunitarias.

El sindicato al que esté afiliado el repartidor tendrá, pues derecho a recibir la información (que, como se dirá, también podría obtener por la vía de la negociación colectiva).

Siempre podría ocurrir, por ejemplo, que la empresa no tenga representación de los trabajadores, circunstancia que no debe dejar sin información a los asalariados, sino que se debe cubrir tal vacío de la misma o parecida manera –analogía– que se hace con otros derechos colectivos. Un convenio colectivo del sector podría y debería cubrir lagunas.

A tener presente que, la persona trabajadora, en este caso la repartidora o el repartidor, como tal, debe recibir información sobre los algoritmos desde el mismo momento de su contratación, cuestión que se cita sin más, pero que complementa la información de sus representantes, y viceversa.

2. Objeto: tiempo y momento, forma, y contenido

Sobre estas cuestiones, cabe recordar desde principio el literal del punto 4 del artículo 64 LET que ha sido transcrito en el que se ubica la información sobre algoritmos objeto de reflexión.

La frecuencia de la información no se cuantifica en el Real Decreto-ley 9/2021, pero el ordinal del artículo 64.4 LET en el que se incluye tenía preveía que se materializará “con la periodicidad que proceda” (art. 64.4 LET, *in prius*). Quizás el legislador debería haber ayudado a fijar la periodicidad de la información sobre algoritmos, dicho sea, a pesar que las informaciones englobadas en el artículo 64.4 son muy heterogéneas.

A los efectos de cifrar tal periodicidad, se indica que la expresión “la que proceda” es un imperativo, no una elusión, y la cuestión se remite a los convenios colectivos (ver *infra*), siempre teniendo presente que se trata de una información más relativamente fácil de disponer porque no es una previsión de futuro, sino una realidad fácil de “objetivizar” en todo momento.

Algunas de las propuestas sobre el derecho de información de referencia que se plantearon durante el diálogo social con anterioridad a la, finalmente, establecida en el Real Decreto-ley 9/2021, fijaban, directa o indirectamente, tal periodicidad o momento, referencias que pueden ayudar ahora.

En cuanto a la forma de la información, se reproducen las dudas que casi siempre se han planteado al tratar de la información sobre otro objeto o materia. Si se conviene que la información sobre algoritmos tiene unos objetivos (ver *infra*), se puede aceptar que deberá ser una información adecuada o suficiente para poder alcanzarlos (eficacia y realismo), siendo así que la forma escrita parece necesaria pues la verbal podría ser insuficiente, cuestión distinta es cómo documentar el escrito.

Naturalmente que la bóveda de clave del debate sobre la información en materia de algoritmos, es su objeto, tanto porque es un objeto nuevo, como porque es un objeto complejo: novedad y complejidad, califican muy bien a los algoritmos como objeto de tal información, aunque es fácil adivinar que resurgirán argumentos y contra argumentos ya conocidos, como por ejemplo los que se utilizaron para defender o demonizar la información a los representantes de los trabajadores sobre las famosas “copias básicas de los contratos” (expresión que en sí mismo ya era, cuando menos, curiosa), caídas en el olvido desde hace tiempo.

Los algoritmos son fórmulas, parámetros, reglas o instrucciones que accionan las plataformas digitales de las empresas de reparto. Los algoritmos, es decir las fórmulas, parámetros, reglas o instrucciones, las diseña y decide implementarlas el empresario, o alguien en su nombre. Las plataformas digitales, cual otra herramienta o maquinaria,

son propiedad del empresario, que como tal goza y dispone de las mismas comprometiendo a otros (ajenidad y subordinación). El empresario, por medio o a través de su plataforma digital de gestión algorítmica (sistema de inteligencia artificial), organiza, dirige o administra y controla la empresa (directa, indirecta o implícitamente) de acuerdo a sus intereses, decisiones empresariales que, también, inciden en las condiciones de trabajo, en el acceso y el mantenimiento del empleo de los repartidores, cuya subordinación laboral a tales instrucciones empresariales resulta así manifiesta.

Así pues, ni los algoritmos, ni las plataformas, son personas, ni mucho menos son sujetos de derecho: personificarlos(as) es correr un tupido velo tapando a unas personas que huyen así del Derecho del Trabajo. Ni siquiera los algoritmos gestionan la prestación laboral, pues lo hacen los gestores.

El empresario debe informar, y los representantes de los trabajadores deber ser informados, sobre tales –algoritmos– “fórmulas, parámetros, reglas o instrucciones” (...) “que afecten” (...) “a la toma de decisiones” (...) “que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles” [arts. único uno Real Decreto-ley 9/2021, y 64.4.d) LET].

Así perfilado el objeto de información, surgen varias reflexiones que se podrían resumir en dos: una cuestión de delimitación material, y otra de límites.

El objeto material de la información se plantea en el texto legal con amplitud. Informar sobre los algoritmos es hacerlo sobre cualquier “formula, parámetros, regla o instrucción” (listado ejemplificativo, es decir ampliable hasta cualesquiera “otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial que condicione las decisiones empresariales”, según Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 2/2021), que tengan cualquier incidencia en materia de acceso y mantenimiento del empleo y cualquier condición de trabajo, expresión que da cuenta de su amplitud; de la misma manera que se informa sobre algoritmos que pudieran incidir “en la elaboración de perfiles”, entendida como “toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física”⁷ (algoritmos discriminatorios). Así pues, no todo algoritmo es objeto de información, pero sí que lo son todos los que incidan en algún aspecto del empleo, y/o en las condiciones de trabajo, y/o en los perfiles citados, todo al amparo del ordinal del artículo 64 LET y concordantes; es más, cabe preguntar sobre la información de los algoritmos cuyas fórmulas o cálculos incidan también en materias que deber ser informadas de acuerdo, por ejemplo, a los apartados 1, 2, 3 y 5 del propio artículo 64 LET.

7. Artículo 4, apartado 4 del Reglamento U, 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE –Reglamento general de protección de datos– (4.5.2016 Diario Oficial de la Unión Europea L 119/1).

Pero como todo derecho, tiene sus limitaciones, que en este caso son de distinta condición: sólo se trata de información que incida o pueda incidir en materia de empleo o laboral (no sobre otros algoritmos, si los hubiere); y siempre que se respeten los límites legalmente establecidos (sigilo, secreto profesional y secreto industrial), restricciones estas nada fáciles de delimitar en este nuevo caso [art. 64.4.d) LET], como no lo ha sido anteriormente con otros de los supuestos de información previstos en la legislación laboral en general y en el repetido ordinal del artículo 64 LET en particular, pues el derecho a la información de los trabajadores en la empresa nunca ha sido tema pacífico tal y como lo demuestra la experiencia.

A recordar que el artículo 65 LET regula el sigilo profesional, que la Ley 1/2019, de Secretos Profesionales, los configura y protege (por todos, art. 1), que el precitado Reglamento General de Protección de Datos de 2019 de la UE, en su artículo 22, se refiere a "Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles"; normas que adquieren mayor actualidad debido al reconocimiento de del derecho información sobre algoritmos, que no quiere decir que desdigan tal derecho laboral colectivo, sino que lo explican y complementan .

3. Objetivo

Obviando los objetivos mediatos de la información en el marco de la función tuitiva por reequilibradora del Derecho del Trabajo (recordada en la Exposición de Motivos del RD-ley 9/2021), los objetivos inmediatos del derecho de información sobre algoritmos en concreto, son, dicho sea de forma sucinta, asegurar de manera real y efectiva el derecho de consulta, el de participación, de negociación colectiva, y el derecho de control y el de vigilancia de los representantes de los trabajadores, elemento finalista que ayuda a configurar el de información sobre los algoritmos. Todos los derechos tienen un objetivo, pero los de información que se ubican en el punto 4 del pasaje 64 LET tienen un elemento finalista especialmente remarcado; es más: que el propio art. 64 LET, incluya un apartado como el 7, eleva de todo el valor del elemento finalista de todos los derechos de información en general, y del derecho a la información sobre algoritmos en particular.

Si el derecho de información sobre algoritmos ha de ser suficiente y oportuno es, también, porque es indispensable que así sea para que otros derechos sean de disfrute real y efectivo, como, por ejemplo, para el ejercicio del derecho de negociación colectiva.