

José Antonio Castillo Parrilla

Investigador Juan de la Cierva Formación
Departamento de Derecho Civil
Universidad de Granada
castillop@ugr.es

[Power Point](#)



09/06/2021

SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORDINARIO DE BOLOGNA DE 31 DE DICIEMBRE DE 2020 (CASO DELIVEROO): ¿DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA O DISCRIMINACIÓN A TRAVÉS DE UN ALGORITMO?

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Ordinario de Bologna de 31 de diciembre de 2020¹ resuelve una demanda presentada por varios sindicatos (Federazione Italiana Lavoratori Trasporti – Filt Cgil di Bologna, Filcams Cgil di Bologna y Nidil Cgil Bologna) contra Deliveroo Italia SRL por discriminación en las condiciones de acceso a la reserva de las franjas horarias de trabajo en la plataforma. El caso ha despertado un gran interés por varios motivos: tanto desde un punto de vista laboral (si se trata de autónomos o falsos autónomos), como desde el punto de vista del derecho digital, en la medida en que es un algoritmo (de acuerdo con las instrucciones recibidas por parte de Deliveroo) quien puntúa y establece la prelación de trabajadores a la hora de que éstos puedan reservar las sesiones de trabajo.

Antes de entrar a detallar las posiciones de las partes, conviene rebajar las expectativas respecto de la importancia de esta Sentencia en cuanto a su incidencia en la discriminación por parte de algoritmos. La Sentencia constata la existencia de una discriminación indirecta contra los riders a través del algoritmo de puntuación, pero su *ratio decidendi* se apoya casi exclusivamente en la existencia de dicha discriminación indirecta, y no tanto en el hecho de que sea un algoritmo quien discrimine. Más que una discriminación algorítmica, se trata de una discriminación laboral... ejecutada a través de un algoritmo.

¹ Puede consultarse el texto completo aquí: <https://www.algoritmolegal.com/wp-content/uploads/2021/01/Sentencia-Bologna-Italia-Deliveroo-dic-2020-Original-italiano.pdf>.

2. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Como de todos es sabido, Deliveroo es una empresa que ofrece transporte a domicilio de comida a través de una plataforma. Esta plataforma tiene una doble vertiente, según nos fijemos en su uso por parte de consumidores (que solicitan un pedido) o por parte de los trabajadores de la plataforma (riders). La Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia trata de esta segunda vertiente, y se pronuncia acerca de la discriminación indirecta que sufren estos trabajadores en la medida en que el algoritmo que los puntúa no tiene en cuenta ciertas justificaciones de ausencias como por ejemplo la asistencia a huelgas o enfermedades.

Para entender las posturas de las partes en esta litis conviene aclarar cuál es el funcionamiento de la plataforma para los riders.

La plataforma Deliveroo dispone de un doble sistema: el sistema SSB (*self-service booking*) y el acceso libre (*free log-in*). El segundo es claramente residual, tal como admiten los representantes de Deliveroo², por lo que a los efectos de esta Sentencia se tiene en cuenta el funcionamiento del sistema SSB.

El sistema SSB funciona del siguiente modo: el rider puede reservar las franjas horarias de manera anticipada. A la hora de hacer su reserva en la plataforma puede elegir horarios y área o áreas disponibles en el momento de entrar. La plataforma hace una división discrecional de zonas teniendo en cuenta el área de trabajo y el perímetro municipal u otras circunstancias relevantes. En cuanto al momento de acceso, existen tres horas a partir de las cuales los riders pueden entrar cada lunes a reservar sus horarios de trabajo: 11h, 15h y 17h. El 15% de los riders con mejor puntuación accederá a partir de las 11h, el 25% siguiente a partir de las 15h, y el resto a partir de las 17h³.

Son precisamente los criterios que utiliza la plataforma (a través de su algoritmo) para puntuar a los riders los que consideran los sindicatos demandantes como discriminatorios. La puntuación de los riders depende de dos índices: fiabilidad y disponibilidad. El índice de fiabilidad tiene en cuenta el número de ocasiones en que un trabajador no cumple con una sesión de trabajo previamente reservada (a través de SSB). Según admiten la propia Deliveroo (tanto en el juicio como en sus condiciones generales disponibles en la plataforma) se entiende como incumplimiento no iniciar sesión en la plataforma en los quince primeros minutos. Para iniciar sesión el rider debe encontrarse físicamente en el área geográfica en la que ha reservado la sesión de trabajo. En cuanto al índice de disponibilidad, tiene en cuenta el número de veces en que el rider está disponible en los horarios de mayor demanda (20 a 22 horas de viernes a domingo).

De acuerdo con el criterio de los demandantes, este sistema de puntuación resulta discriminatorio en la medida en que de facto desincentiva (o directamente impide) que los trabajadores ejerzan su derecho a la huelga y no tiene en cuenta causas justificadas de asistencia como enfermedad u otras.

Se da la circunstancia de que la plataforma sí contempla dos supuestos en los cuales no iniciar sesión no cuenta como incumplimiento a efectos de la puntuación del rider: (1) si se ha producido un accidente que de facto impide la continuación de trabajos, o (2) si un problema técnico en la plataforma la impide funcionar⁴.

La defensa de Deliveroo se centra en los siguientes puntos:

² Vid. FJ-4 in fine (p. 21) las declaraciones de Madelli Martino y Prisco. Particularmente esclarecedora a este respecto es la de Prisco: “En teoría se puede reservar en cualquier franja horaria con free log in, pero de hecho no he sido capaz en ningún momento porque no he encontrado franja disponible.

³ Vid. FJ-4, p. 14.

⁴ Vid. FJ-4, p. 19.

- el sistema SSB es sólo una de las opciones que tiene el rider para poder trabajar en la plataforma (junto con el sistema de acceso libre);
- el rider no está obligado a prestar unas horas mínimas de servicio (puede incluso no prestar horas de servicio) ya que el sistema le permite una autonomía completa de su tiempo;
- la cancelación de la reserva no tiene impacto en la puntuación del rider;
- y el algoritmo (llamado “Frank”) es ajeno al sistema de puntuación.

La primera cuestión queda descartada por el propio Tribunal, como ya hemos visto, dado que la importancia del sistema SSB y el consiguiente carácter residual del sistema de acceso libre vacían de toda fuerza el primer argumento de Deliveroo. El segundo de los argumentos de defensa se relaciona con la libertad contractual de las partes y la condición (o no) de trabajadores autónomos de los riders. El Tribunal Ordinario de Bolonia tiene claro que se trata de trabajadores por cuenta ajena, cuestión que condiciona su razonamiento posterior en materia de tutela antidiscriminatoria. Los últimos dos argumentos tienen que ver con el motivo que ha dado más visibilidad a esta Sentencia en prensa: el carácter discriminatorio de su algoritmo.

3. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ORDINARIO DE BOLONIA

El Tribunal Ordinario de Bolonia considera a la luz de las argumentaciones y pruebas practicadas que existe una situación de discriminación indirecta contra los trabajadores de Deliveroo en la medida en que la plataforma opta por una “inconsciencia y ceguera” deliberada respecto de ciertas causas de ausencia del rider de la sesión de trabajo que había reservado. Considera que Deliveroo se escuda en una supuesta condición de autónomos de los trabajadores⁵ y en la aparente neutralidad de la norma, destacando que esta neutralidad no es tal en la medida en que existe discriminación indirecta cuando se da el mismo trato a situaciones distintas⁶. Si la plataforma tiene en cuenta ciertas situaciones que no inciden negativamente en la puntuación del rider y no admite otras (ej, huelga o enfermedad del trabajador), se trata de una elección consciente como empresa, por la que se colocan al mismo nivel todas las ausencias del puesto de trabajo (entendiendo por tal, no iniciar sesión en el área geográfica y dentro de los primeros quince minutos) distintas de las que se deban a un accidente o al mal funcionamiento de la plataforma.

Teniendo en cuenta esta argumentación, acepta el recurso y dispone lo siguiente:

- se constata la conducta discriminatoria de Deliveroo Italia SRL en relación con las condiciones de acceso a la reserva de sesiones de trabajo a través de la plataforma;
- se condena a Deliveroo a eliminar los efectos de esta conducta discriminatoria a través de la publicación de la Sentencia en su web, en el área de preguntas frecuentes;
- se ordena la publicación de un extracto de la Sentencia en el Diario “La República”;
- y se condena a Deliveroo al resarcimiento de daños (50000 €) y al pago de costas (7254 €).

Cabe destacar que no se condena ni se obliga expresamente a Deliveroo a publicar los detalles de funcionamiento de su algoritmo ni tampoco a su modificación. Cuestión distinta es que para cumplir con el segundo de los puntos de la parte dispositiva de la Sentencia (eliminar los efectos de la conducta discriminatoria) y evitar ulteriores condenas por dicha conducta discriminatoria deberán modificarse ciertos parámetros

⁵ El Tribunal considera que se trata de trabajadores por cuenta ajena, y como tales los trata.

⁶ *Vid.* FJ-4, p. 17.

del algoritmo de puntuación de los riders a los efectos de excluir como susceptibles de puntuación negativa incumplimientos justificados de la sesión de trabajo reservada a través del sistema SSB.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES A MODO DE REFLEXIÓN

4.1. SOBRE LA IMPORTANCIA DE ESTA SENTENCIA

En primer lugar, esta Sentencia, en línea con otras que cita, considera que los riders son trabajadores por cuenta ajena y no autónomos, extendiendo a este supuesto la jurisprudencia existente en materia de tutela antidiscriminatoria. De acuerdo con el Tribunal, “no parece que hoy pueda dudarse de la necesidad de extender también a estos trabajadores, independientemente del *nomen iuris* que le atribuyan las partes en el contrato, las consideraciones acerca de subordinación y tutela antidiscriminatoria del trabajador”⁷. En España, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de septiembre de 2020⁸, unifica doctrina y considera laboral la relación de los riders de Glovo con la plataforma⁹. Entre otros argumentos, cabe destacar a los efectos del presente comentario que según el TS (FJ-18) “la teórica libertad de elección de la franja horaria estaba claramente condicionada”.

Aceptado este marco, aplica la doctrina de la tutela antidiscriminatoria, estableciendo que un tratamiento aparentemente neutro que trate igual situaciones diversas debe calificarse de discriminación indirecta¹⁰. El Tribunal considera que en la medida en que el algoritmo no elimina la puntuación negativa de los riders que se ausentan en circunstancias de enfermedad o huelga vulnera sus derechos como trabajadores.

Una última consideración en relación con las condiciones que Deliveroo impone a sus trabajadores. Penaliza la puntuación que éstos obtengan la falta de puntualidad (ej, no iniciar sesión a la hora que empieza la franja horaria y estando físicamente en la zona) y las cancelaciones con menos de 24 horas de antelación.

Ambas circunstancias no se discuten por las partes. ¿Acaso no es razonable que el empresario exija al trabajador puntualidad y preaviso con tiempo razonable en caso de ausentarse injustificadamente de sus obligaciones?¹¹ En cuanto al derecho de huelga, éstas suelen organizarse y convocarse con antelación suficiente como para que los trabajadores se sumen, por lo que parece posible cancelar la sesión con un margen de al menos 24 horas.

4.2. SOBRE LA OPACIDAD DE LOS ALGORITMOS

En el apartado anterior se han pasado por alto cuestiones probatorias relacionadas con el algoritmo que utiliza la plataforma Deliveroo para puntuar a sus trabajadores. La razón es que la *ratio decidendi* de la Sentencia es la existencia o no de discriminación (ejecutada por el algoritmo, sí; pero presente en las condiciones generales del contrato plataforma – rider) en el acceso al trabajo.

El Tribunal entiende probadas ciertos criterios de la plataforma ejecutados a través del algoritmo Frank, que puntúa a los riders. Las entiende probadas por las

⁷ Traducción propia. FJ-1, p. 7.

⁸ STS de 25 de septiembre de 2020, núm. 805/2020. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/05986cd385feff03>.

⁹ Ergo, mutatis mutandi debe entenderse que los riders de Deliveroo también tienen una relación laboral.

¹⁰ Vid. FJ-4, p. 17.

¹¹ El art. 54.2.a LET considera incumplimiento contractual en el marco del despido disciplinario “las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”.

declaraciones de las partes y las condiciones sitas en la propia plataforma, pero no porque haya examinado el funcionamiento en detalle del algoritmo Frank. De hecho en el FJ-4 (p. 17) podemos leer que la cancelación tardía “parece perjudicar las estadísticas del rider”, y que no se han aclarado los criterios específicos de cálculo para tales estadísticas, ya que no están publicados en la plataforma. Así las cosas, no es posible saber con seguridad si la cancelación con 24 horas de antelación perjudica o no la puntuación del rider, o si penaliza iniciar sesión en el minuto 5 o 7 de la franja a pesar de estar dentro de la horquilla de los 15 primeros minutos.

Existe una preocupante situación de opacidad tolerada (e incluso fomentada) de los algoritmos, cuya importancia es cada vez mayor. La única norma que por el momento incide sobre este tema (y de una forma tímida) es el Reglamento UE 1150/2019, que en sus artículos 5 y 7 obliga a las plataformas a dar publicidad a los parámetros principales de sus algoritmos de prelación de ofertas¹². El resto de intentos de fomento de la transparencia de los algoritmos pueden encuadrarse en iniciativas de *soft law*¹³ o loables interpretaciones académicas sobre la adaptación del principio de publicidad normativa a algoritmos que en la práctica actúen como normas¹⁴, restringidas a algoritmos que actúen en el ámbito público.

Los intentos por parte de Deliveroo de eludir parte de la responsabilidad que se le reclama apoyados en la falta de prueba evidencian una vez más la necesidad de una normativa vinculante y a nivel de la UE que obligue a registrar el detalle de funcionamiento de ciertos algoritmos sin que ello perjudique los intereses comerciales de quienes los desarrollan. Por ello sería deseable que las normas de fomento de la transparencia de algoritmos no se centrasen únicamente en obligar a dicha transparencia, sino en hacerla económicamente viable (ej, permitiendo que los algoritmos sean patentables o protegibles como propiedad intelectual en cuanto tales y no únicamente como parte de un software).

Esta transparencia, además, debe superar las barreras técnicas (opacidad técnica) y permitir que el funcionamiento de los algoritmos sea comprensible para aquellos a los que afecta.

¹² La norma está pensada fundamentalmente para plataformas turísticas, como TripAdvisor, Booking o Airbnb.

¹³ Ej, las iniciativas surgidas al abrigo de las instituciones europeas sobre ética de la IA.

¹⁴ BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos. La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, en *Revista de Derecho Público: teoría y método*, nº 1, 2020, pp. 223-269.