



Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bologna 2949/2020, de 31 de diciembre

Sonia Fernández Sánchez

*Profesora de Diritto del Lavoro.
Università di Cagliari*

sfernandez@unica.it | <https://orcid.org/0000-0002-1195-1990>

Extracto

El Tribunal de Bologna ha emitido una sentencia histórica a finales del mes de diciembre de 2020. La decisión del tribunal es histórica tanto por su resultado como por los argumentos usados por la magistrada Chiara Zompi. Se trata de la primera vez en Europa que un tribunal cuestiona el funcionamiento de un sistema de gestión algorítmica de las personas trabajadoras y declara que los algoritmos pueden discriminar a las personas enfermas o a las personas trabajadoras que deciden participar en una acción sindical.

Palabras clave: algoritmo; plataformas digitales; discriminación; calificación jurídica.

Fecha de entrada: 22-02-2021 / Fecha de aceptación: 23-02-2021

Cómo citar: Fernández Sánchez, Sonia. (2021). Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bologna 2949/2020, de 31 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 179-193.





Frank, Deliveroo's conscious algorithm. Commentary on Bologna Court ruling 2949/2020, of 31 December

Sonia Fernández Sánchez

Abstract

A Court in Bologna issued an historic ruling in late December 2020. The court decision is a landmark one both because of its outcome and for the judge's arguments. It is the first time in Europe a court questions the operation of an algorithmic management system concerning workers and declares that algorithms may well discriminate against sick people or workers involved in union action.

Keywords: algorithm; platforms workers; discrimination; legal qualification.

Citation: Fernández Sánchez, Sonia. (2021). Frank, Deliveroo's conscious algorithm. Commentary on Bologna Court ruling 2949/2020, of 31 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 179-193.





Sumario

1. El caso del algoritmo Frank
 2. Cuestiones preliminares: legitimación activa y falta de interés
 3. La aplicación de la tutela antidiscriminatoria a las personas trabajadoras autónomas
 4. Calificación de la conducta empresarial como discriminación indirecta
 5. La condena judicial
- Referencias bibliográficas

Nota: trabajo elaborado en el marco del proyecto DER2017-83488-C4-3-R, «Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

1. El caso del algoritmo Frank

La [sentencia de Bolonia](#), según Barbera (2021), es como un «manual de derecho anti-discriminatorio aplicado», porque presenta al lector todas las posibles cuestiones que se plantean en un juicio de discriminación. Varias voces han elogiado la maestría con la que la magistrada de Bolonia Chiara Zompì maneja una materia tan compleja como es la tutela contra la discriminación (Ballestrero, 2021). Aquí radica su importancia, además del hecho de que se trata, como varias veces se ha afirmado (De Stefano y Aloisi, 2021), de una decisión histórica, por ser la primera relativa al algoritmo en Europa¹. Asimismo, para Barbera (2021), hay que resaltar la capacidad de quienes actúan como partes en la causa y sus defensas en construir un caso de *strategy litigation*.

La sentencia evidencia la necesidad de ocuparnos, más ampliamente, de la potencialidad y de los riesgos que representa la inteligencia artificial (IA) estando la tecnología del algoritmo en la base de esta². El uso del algoritmo en la organización productiva junto con el aprendizaje automático (*machine learning*) se traduce en el llamado «algoritmo *management*», al cual se confía, entre otras tareas, la gestión del personal. Este sistema algorítmico puede reforzar los esquemas discriminatorios existentes en la realidad, reproduciéndolos, aun de forma no intencional (elemento irrelevante en la tutela antidiscriminatoria). La IA, que se desarrolla con una gran rapidez, puede ser positiva para la sociedad, pero también tiene un «lado oscuro», por lo que entraña riesgos, y esta es la razón por la cual estamos obligados/as a ocuparnos de su estudio. Así, el [Libro Blanco sobre la inteligencia artificial](#) de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2020, afirma que «cambiará nuestras vidas», pero que también «conlleva una serie de riesgos potenciales, como la opacidad en la toma de decisiones, la discriminación de género o de otro tipo, la intromisión en nuestras vidas

¹ Contrariamente, cierto sector doctrinal considera que la sentencia «incide de manera mínima en el debate técnico y doctrinal en torno a los *riders*» y que la jueza se limita a condenar a Deliveroo sobre la base de la potencialidad lesiva del algoritmo adoptado, sin haber individualizado situaciones de objetiva y real discriminación (Fava, 2021, p. 4). Se trata de críticas infundadas, porque, como se verá, la tutela antidiscriminatoria se da aun cuando no haya una víctima identificable, según la jurisprudencia europea (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07, *Feryn*).

² Definido por Pasquale (2015) como *Black Box Society*. Según este autor, las cajas negras encarnan una paradoja de la llamada era de la información: los datos se están volviendo asombrosos en su amplitud y profundidad, pero a menudo la información más importante para nosotros está fuera de nuestro alcance, disponible solo para personas con información privilegiada. Por ello, Pasquale se pregunta: ¿Qué tipo de sociedad se crea? (p. 191).

privadas o su uso con fines delictivos». La controversia principalmente se centra justo en el aspecto de la discriminación colectiva por razones sindicales. La jueza ha decidido acoger el recurso del sindicato recurrente Cgil (Filt, Filcams y Nidil) y reconocer que el algoritmo de Deliveroo durante años ha gobernado el acceso al trabajo sobre la base de una lógica discriminatoria.

El sindicato recurrente lamenta el carácter discriminatorio del mecanismo algorítmico usado por la plataforma Deliveroo para organizar las reservas de las sesiones de trabajo de los/las *riders*. El sistema privilegiaba el acceso a las posibilidades de trabajo en función de un *ranking* reputacional organizado por puntos, que en cambio obstaculizaba la participación del/de la *riders* en acciones de lucha sindical. En concreto, el modelo organizativo de la plataforma basado en la reputación digital privilegiaba o prefería al/a la *riders* completamente disponible durante las sesiones reservadas en las que pretendía efectuar la actividad de reparto. Y, por el contrario, el sistema penalizaba a quien habiendo reservado una sesión de trabajo la cancelaba posteriormente, sin tener en cuenta si esto se debía a motivos de salud, de asistencia a familiares o por su adhesión a iniciativas sindicales de huelga; todos motivos jurídicamente protegidos. El sistema de gestión algorítmica usado por Deliveroo y llamado «Frank» valoraba como elemento de preferencia para la reserva de sesiones sucesivas, así como para elegir mejores franjas horarias para la realización del servicio de entrega, el hecho de no cancelar, aunque fuese de forma anticipada, la reserva previamente realizada por el/la *riders*. Cada domingo, los/las *riders* de Deliveroo recibían un mensaje donde se les informaba, en función del *ranking*, sobre la franja horaria en la que podían acceder a realizar las reservas de las sesiones de trabajo para la semana sucesiva. Así, cada lunes, los/las *riders* con mejor *ranking* reputacional accedían a la plataforma para realizar las reservas a las 11:00 de la mañana, los siguientes en el *ranking* accedían a las 15:00, mientras los que poseían una puntuación peor tenían que esperar hasta las 17:00 horas. Esto comportaba que las ocasiones de trabajo de los/las *riders* con una puntuación inferior se redujesen según avanzaban las franjas. De tal forma, Frank iba lentamente excluyendo del ciclo productivo a la persona repartidora que no aseguraba la disponibilidad.

2. Cuestiones preliminares: legitimación activa y falta de interés

La magistrada ha tenido que resolver en vía preliminar dos cuestiones importantes: por un lado, la legitimación activa del sindicato recurrente como ente representativo del derecho o del interés lesionado por la pretendida discriminación colectiva y, por otro lado, la falta de interés en el proceso porque Deliveroo ha cambiado su sistema algorítmico previamente a este.

La primera de las cuestiones se ha resuelto de forma positiva. Respecto del marco normativo en el cual se mueve la [sentencia de Bolonia](#), se hace referencia al [Decreto](#)

legislativo 216/2003³ donde se prevén dos tipologías de legitimación activa en materia de tutela antidiscriminatoria respecto de las organizaciones sindicales, asociaciones u organizaciones representativas del interés vulnerado. Según el artículo 5.1, tales organizaciones pueden actuar en nombre y por cuenta propia o en apoyo del sujeto pasivo de la discriminación, contra la persona física o jurídica a la cual se le atribuye el comportamiento o acto discriminatorio. Por otro lado, el artículo 5.2 establece que dichas organizaciones también están legitimadas para actuar en los casos de discriminación colectiva en los que no sea posible identificar de forma directa e inmediata a las personas afectadas por la discriminación. El sindicato actúa en nombre propio, esto es, como ente representativo y no como ente representante de sus afiliados y afiliadas, con el objetivo de verificar la existencia de una conducta discriminatoria respecto de una pluralidad indeterminada de personas, ya sean o no afiliadas⁴. Asimismo, la sentencia ofrece una serie de ideas muy interesantes. En relación con la clasificación teórica de la legitimación activa de las organizaciones sindicales, si bien es cierto que la tutela antidiscriminatoria europea reconoce legitimación activa a la persona víctima de la discriminación, también es verdad que, tal y como observa la magistrada de Bolonia, en los casos de discriminación respecto de una entera categoría de personas la ley prevé un supuesto de hecho de legitimación; se trata de una hipótesis de representación *ex lege* justificada por la naturaleza exponencial de las personas con legitimación activa respecto de los intereses de las personas discriminadas. En estos casos, según la sentencia, la organización actúa como portadora de un interés colectivo. Por último, la sentencia reconoce dos requisitos necesarios para la legitimación activa: el primero, de carácter objetivo, consiste en la naturaleza colectiva de la discriminación y en la imposibilidad de identificar de forma directa e inmediata a la persona discriminada. Dicho criterio subsiste en el presente caso desde el momento en que el comportamiento contestado determina un perjuicio para una «categoría indeterminada de sujetos», es decir, de aquellas personas repartidoras interesadas en participar en formas de abstención colectiva al trabajo. El segundo de los requisitos identificados por la magistrada, de carácter subjetivo, se refiere a la necesidad de verificar caso por caso la representatividad respecto del interés lesionado. En tal sentido, el órgano judicial debe en cada caso verificar que las asociaciones u organizaciones sindicales tengan un interés legítimo en garantizar que la normativa antidiscriminatoria sea respetada. Frente a esto, la jueza afirma que, por un lado, en los estatutos de las personas recurrentes se observa su intención de actuar frente a discriminaciones practicadas en el trabajo y asegurar la representación de cualquier forma contractual de trabajo. En concreto, en los estatutos de la Filt Cgil se lee «promover la lucha contra cualquier forma de discriminación, la libre asociación y la autotutela sindical y colectiva de las trabajadoras y trabajadores subordinados o heteroorganizados, de aquellos ocupados en formas cooperativas, de los autónomos sin dependientes, de los

³ Se trata de la norma de actuación de la Directiva 2000/78/CE, para la igualdad de trato en materia de empleo y condiciones de trabajo.

⁴ Sobre el tema, *vid.* Borelli *et al.* (2019, p. 259).

desempleados». Asimismo, por otro lado, que tratándose de organizaciones sindicales está en su naturaleza la titularidad de un interés propio a actuar a tutela del derecho de huelga, típica expresión de la actividad sindical, contra cualquier forma de discriminación directa o indirecta consecuente al ejercicio de dicho derecho. La magistrada no acepta la argumentación de la parte empresarial que considera que las organizaciones sindicales recurrentes no han demostrado la afiliación de los/las *riders* en sus organizaciones y, por esta razón, no tienen legitimación activa. La inscripción es absolutamente irrelevante según la jurisprudencia nacional y europea, siempre que la finalidad de la concreta organización sindical sea aquella de tutelar judicialmente un interés como en el presente caso.

La segunda de las cuestiones preliminares surge porque Deliveroo sostiene que cesa el interés en el proceso, ya que desde el mes de noviembre no está activo su sistema algorítmico de reserva, las estadísticas ya no condicionan el acceso a las reservas de las sesiones de trabajo de la persona repartidora. Sin embargo, la magistrada entiende que el interés no ha cesado, sobre todo, por el hecho de que el sindicato recurrente no solo solicita la condena de la sociedad a la modificación del mecanismo de acceso a las sesiones de trabajo, sino también el hecho de declararlo discriminatorio, así como el resarcimiento del daño. Si bien es verdad que no podrá condenarse a la empresa a cesar en la conducta discriminatoria porque el sistema que la creaba ya no está en uso, cierto es que la petición sobre la declaración de comportamiento discriminatorio y el resarcimiento no se resuelve con la modificación del sistema. Asimismo, la magistrada considera que el cambio en el sistema de reserva de sesiones de trabajo por parte de Deliveroo no se ha realizado con la finalidad de remover la previa conducta discriminatoria, esto es, que Deliveroo en ningún momento ha reconocido la validez de las reclamaciones de la contraparte. Más bien al contrario, insiste la sentencia, la sociedad ha contestado expresa y reiteradamente la validez del recurso.

La decisión de la magistrada debe considerarse razonable, y esto es así justo porque nos encontramos en el ámbito de un juicio antidiscriminatorio. El juicio antidiscriminatorio es un juicio sobre el derecho a la igualdad de trato que se ha visto lesionado por un determinado comportamiento, sea este individual o colectivo. Por lo tanto, nunca podrá ocurrir que un acto o comportamiento sucesivo removiendo el acto precedente sea capaz de eliminar integralmente la discriminación provocada. Por otro lado, la falta de identificación de la víctima, como en el presente caso, no condiciona el juicio antidiscriminatorio. Según la noción de *svantaggio da scoraggiamento* (desventaja por desánimo), consolidada por la jurisprudencia europea desde la [sentencia sobre el caso Feryn](#)⁵, la ausencia de una víctima identificable no puede modificar el supuesto de hecho de discriminación directa conforme a lo dispuesto por la [Directiva 2000/43/CE](#). Por lo tanto, según esta doctrina, el interés en un pronunciamiento judicial está vigente aun cuando Deliveroo haya sustituido su sistema

⁵ Según la doctrina Feryn, existe discriminación aun cuando la víctima no es identificable.

algorítmico, porque no podemos saber si con aquello anterior alguna persona se ha visto «desanimada» a participar en una huelga sabiendo previamente cuál era la forma de comportarse del sistema y, como consecuencia, debe ser tutelada⁶.

3. La aplicación de la tutela antidiscriminatoria a las personas trabajadoras autónomas

La magistrada de Bolonia resuelve la cuestión de la aplicación de la tutela antidiscriminatoria a las personas trabajadoras autónomas de forma rápida e impecable. Se enfrenta a la posible duda sobre la protección de este colectivo contra la discriminación gracias al articulado puzzle normativo del ordenamiento jurídico italiano. La sentencia no entra a valorar el debatido problema de la cualificación jurídica de la relación de trabajo existente entre *riders* y Deliveroo, aunque tampoco importa respecto al tema de la tutela antidiscriminatoria. Así, la magistrada afirma que, tanto si viene considerada una relación autónoma como parasubordinada, se le aplica la tutela antidiscriminatoria en el acceso al trabajo «a la luz de la reciente evolución legislativa y jurisprudencial en tema de tutela de los *riders*»⁷. En concreto, respecto de los/las *riders* autónomos, la jueza trae a colación la específica norma contenida en el artículo 47 *quinquies* del [Decreto legislativo 81/2015](#) que dispone expresamente que a estos se les aplica «la normativa antidiscriminatoria y aquella a tutela de la libertad y dignidad del trabajador previstas para los trabajadores subordinados, comprendido el acceso a la plataforma». Asimismo, el [Decreto legislativo 216/2003](#), sobre la igualdad de trato entre las personas independientemente de la religión, de las convicciones personales, de la discapacidad, de la edad y de la orientación sexual, respecto del empleo y condiciones de trabajo, expresamente prevé que la tutela antidiscriminatoria se aplica:

[...] a todas las personas tanto en el sector público como privado y es susceptible de tutela judicial [...] con específica referencia a las siguientes áreas: a) acceso al empleo y al trabajo, tanto autónomo como subordinado, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación [...].

Por otro lado, ninguna duda cabe sobre la aplicación del principio de no discriminación en todos aquellos casos en los que se use la IA. Tal es el enfoque holístico de la Comisión Europea y del Consejo de Europa que considera que cada Estado miembro debe respetar

⁶ Sobre el tema, *vid.* Guariso (2021).

⁷ La sentencia hace referencia al conocido «contencioso Foodora»: [Sentencia de la Corte d'Appello de Turín 26/2019, de 4 de febrero](#), y [Sentencia de la Corte di Cassazione 1663/2020, de 24 de enero](#). El juez ha considerado a los/las *riders*, en estas sentencias, personas trabajadoras heteroorganizadas a las que se les aplica el artículo 2 del [Decreto legislativo 81/2015](#) –tutela de la persona trabajadora subordinada–.

el principio de no discriminación siempre que se usen formas de IA o algoritmos. En este sentido, por ejemplo, el [Libro Blanco](#) presta una gran atención al respeto de los derechos fundamentales frente al uso de la IA y, entre ellos, lógicamente se encuentra el principio de no discriminación. Asimismo, la [Carta Ética Europea](#) recoge cinco principios fundamentales a tener en cuenta para un uso eficaz de la IA, entre los que se encuentra el principio de no discriminación. Desde la perspectiva europea, por tanto, la aplicación de la IA, es decir, el uso de algoritmos, implica el necesario respeto del principio de no discriminación, siendo este además uno de los principios recogidos por la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (art. 21).

Otra de las cuestiones analizada por la [sentencia de Bolonia](#) es la determinación del factor de discriminación en el que se puede enmarcar la discriminación por motivos sindicales, siendo el derecho de huelga expresión de la misma. En el ordenamiento jurídico italiano, la discriminación por motivos relacionados con la libertad y la actividad sindical se recoge en el artículo 15 del Statuto dei lavoratori y su represión puede acogerse al procedimiento previsto en el artículo 28 del mismo texto legal (represión de la conducta antisindical). Sin embargo, las organizaciones sindicales recurrentes solicitan la protección de la normativa antidiscriminatoria conocida como de segunda generación (Barbera, 2007). En concreto, la sentencia resuelve si es subsumible la discriminación por motivos sindicales en el ámbito de operatividad de la normativa antidiscriminatoria en la expresión de convicciones personales del artículo 1 del [Decreto legislativo 216/2003](#). Para ello, la magistrada hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo italiano 1/2000 que afirma que la normativa europea al tutelar contra la discriminación las convicciones personales ha introducido formalmente el reconocimiento de la libertad ideológica que no comprende solamente las hipótesis de discriminación por motivos religiosos (Tardivo, 2020). Por lo tanto:

[...] el contenido de la expresión convicciones personales [...] debe interpretarse en el contexto del sistema normativo especial en el que se incluye, siendo irrelevante que en otros textos normativos [dicha expresión] pueda utilizarse como alternativa al concepto de opiniones políticas o sindicales.

La sentencia del Supremo continúa afirmando que:

[...] la afiliación sindical representa la profesión pragmática de una ideología de naturaleza diversa a aquella religiosa [y añade que] en el ámbito de la categoría general de las convicciones personales, caracterizada por la heterogeneidad de las hipótesis de discriminación ideológica extendida a la esfera de las relaciones sociales, puede también comprenderse, diversamente de cuanto sostiene la sociedad, la discriminación por motivos sindicales, con la consecuente prohibición de actos o comportamientos idóneos a realizar un diverso trato o un perjuicio en razón de la afiliación o de la participación del trabajador en actividades sindicales.

Para quien, sin embargo, defiende que la participación en la huelga no entra dentro del concepto de convicciones personales por ser algo diferente a la libertad sindical, se trata de un argumento infundado (Tarquini, 2021). La adhesión a la huelga es en sí misma la expresión de la libertad sindical, comportamiento coherente con una convicción, y, por lo tanto, debe ser tutelada entre las prohibiciones de discriminación.

4. Calificación de la conducta empresarial como discriminación indirecta

El primer problema que se observa en el presente caso es la evidente falta de transparencia del sistema algorítmico usado por la plataforma Deliveroo. Así:

[...] la sociedad [...] jamás ha aclarado qué específicos criterios de cálculo se han adoptado para determinar las estadísticas de cada *rider*, ni siquiera dichos específicos criterios se ven publicados en la plataforma, donde se realiza únicamente una general referencia a los debatidos parámetros de fiabilidad y participación.

El sistema algorítmico utilizado servía para medir la fiabilidad y participación del/de la *rider*; dos índices que permitían asignar a cada persona repartidora una específica puntuación. Mientras el índice de fiabilidad se calculaba sobre la base del número de veces en las que el/la *rider* no participa en la sesión después de haberla reservado, el índice relativo a la participación preveía como parámetro el número de veces que el mismo/la misma *rider* estaba disponible para realizar la prestación desde las 20:00 horas del viernes hasta las 22:00 horas del domingo. Los valores de estos dos índices determinaban el *ranking* reputacional asignado a cada *rider* en función del cual tenía acceso a la plataforma para realizar las reservas de las sesiones de trabajo. Menor era el *ranking* reputacional obtenido, menores eran las posibilidades de acceder a sesiones de trabajo libres.

Ahora bien, si la forma de actuar del algoritmo es opaca, si se desconoce su funcionamiento, ¿cómo puede el órgano judicial reconocer la ilegitimidad de su uso? La respuesta se encuentra efectivamente en el derecho antidiscriminatorio que actúa sobre las consecuencias de los actos cuando la existencia de un nexo causal entre el acto y la desventaja producida sobre las personas que pertenecen a una *suspect class* –en el presente caso, las personas repartidoras que participan en una huelga– presume la existencia de una discriminación. En la formación de dicha presunción, como el TJUE ha aclarado desde la causa Danfoss (STJUE de 17 de octubre de 1989, asunto C-109/88), la falta de transparencia de los mecanismos decisionales, en el caso se trataba de un sistema retributivo, asume relevancia probatoria. Por lo tanto, la falta de información sobre el funcionamiento del sistema algorítmico, la opacidad del mecanismo, no puede comprometer la tutela antidiscriminatoria. Esta perspectiva permite al órgano judicial valorar si el modelo organizativo de trabajo de

las plataformas supone una violación de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Así, en función de los efectos o consecuencias, la magistrada ha comprobado que los/las *riders* que ejercían su derecho de huelga perdían ocasiones de trabajo, es decir, sufrían una desventaja respecto de uno de los factores protegidos por la normativa antidiscriminatoria.

La magistrada de Bolonia considera en su sentencia que el modelo de valoración adoptado por la plataforma nace de una «elección consciente» de la empresa; esta conscientemente e insensiblemente ha ignorado o no desea tomar en consideración las diferentes razones que podrían justificar la cancelación de la reserva por parte de la persona reparadora. La discriminación radica justo en esta ceguera consciente del algoritmo. Llama la atención cómo la jueza ha afrontado el examen de la cuestión, subrayando una minuciosa descripción de los procesos laborales y organizativos de la plataforma, ya que lo ha hecho humanizando un programa, en realidad o al menos es así como funciona, automatizado. La sentencia afirma que:

[...] cuando quiere, la plataforma puede quitarse la venda que la deja «ciega» (según las federaciones sindicales recurrentes) o «inconsciente» (según Deliveroo) respecto de los motivos de la falta de prestación laboral por parte del *rider*, si no lo hace, es porque deliberadamente lo ha elegido.

Por lo tanto, el sistema de acceso a las reservas de trabajo adoptado por la plataforma realizaba una discriminación indirecta, aplicando una disposición aparentemente neutra (la normativa contractual sobre la cancelación anticipada de las sesiones de trabajo reservadas) que determinaba para un concreto grupo de personas trabajadoras una situación de particular desventaja. Así pues, varios son los elementos presentes en una discriminación indirecta: comportamiento neutro, efecto desigual que consiste en una desventaja en perjuicio de un determinado grupo o clase de personas según su ideología o característica o identidad personales, carácter objetivo de la discriminación y falta de una adecuada justificación. Respecto de la aparente neutralidad de la conducta empresarial, la magistrada entiende que el sistema algorítmico se aplicaba a todos los/las *riders* y la cancelación tardía provocaba los mismos efectos para todos/as. En cambio, probar el segundo de los elementos relativo al efecto de desigual trato de los/las *riders* en función del ejercicio de la autotutela sindical como consecuencia del acto aparentemente neutro es mucho más complicado.

Para Ballestrero (2021), la argumentación de la sentencia puede articularse en tres etapas. La primera se refiere a la configuración de la discriminación indirecta como efecto de una conducta aparentemente neutra; la segunda, a la valoración de la lesión de los derechos sindicales y del derecho de huelga que puede derivar; y la tercera, a la justificación adoptada por Deliveroo. La sentencia afronta la primera etapa argumentativa afirmando que el efecto de desigualdad de trato es consecuencia de la indiferencia o ceguera de la plataforma respecto de las razones que determinan la falta de preaviso tempestivo de la cancelación. Así:

[...] tratar de igual modo a quien no participa en la sesión de trabajo reservada por fútiles motivos y a quien no participa porque participa en una huelga [...] en concreto discrimina a este último, eventualmente marginándolo del grupo prioritario y, por lo tanto, reduciendo significativamente futuras ocasiones de acceso al trabajo.

La magistrada concluye que la discriminación indirecta consiste exactamente en reservar el mismo trato a situaciones diversas. Asimismo, no hay ninguna duda por parte de la jueza del carácter objetivo de la discriminación, aunque como hemos visto anteriormente aprecia la consciencia, incluso la intencionalidad, del comportamiento del algoritmo, considerando la ceguera o indiferencia de la plataforma como una elección de la misma, ya que es ciega cuando quiere, porque cuando lo desea puede quitarse la venda de los ojos y decidir no penalizar a la persona repartidora que no respeta las sesiones de trabajo reservadas como consecuencia de un accidente de trabajo o de problemas con el sistema operativo. En la inconsciencia y ceguera del sistema algorítmico es donde se alberga la discriminación. Respecto de la segunda etapa argumentativa, la sentencia hace referencia al preaviso de la cancelación, así como a la obligación por parte del/de la *rider* de entrar en el sistema y «logarse» 15 minutos antes para evitar una valoración negativa del algoritmo. La magistrada observa la incompatibilidad de la obligación de «logarse» y de preaviso con el ejercicio del derecho de huelga haciendo referencia a la legitimidad de la huelga espontánea. El preaviso permitiría a la empresa la reorganización del servicio y poder utilizar los/las *riders* disponibles en sustitución de aquellos/as que se encuentran en situación de huelga. Dicha conducta es legítima, según la jurisprudencia, siempre que se trate de minimizar los daños, pero en ningún caso puede impedir o limitar el ejercicio del derecho de huelga. Para la magistrada de Bolonia, la obligación de preaviso en la cancelación de las sesiones de trabajo reservadas puede considerarse, como mínimo, un obstáculo al ejercicio del derecho de huelga. La última etapa se refiere a la justificación empresarial del comportamiento discriminatorio. La empresa frente a una discriminación indirecta puede argumentar que la desigualdad de trato es objetiva, racional y legítima demostrando que la norma o el comportamiento en cuestión persiguen una finalidad legítima, y que los medios usados para conseguir dicha finalidad son proporcionales y necesarios. En el presente caso, sin embargo, podríamos afirmar que la posible justificación es inexistente. Deliveroo insiste en afirmar que el sistema algorítmico es legítimo, porque, además, el sistema era «una ventaja para los *riders* en su conjunto» en cuanto permitía a otros/as *riders* acceder a la sesión previamente reservada y después cancelada. Sin embargo, como afirma la sentencia:

[...] no se discute sobre la legitimidad del sistema en sí, ni del hecho de que se incentive la cancelación preventiva de las sesiones reservadas que no se pretenden realizar, sino solo el hecho de que la eventual cancelación tardía o la falta de participación en la sesión de trabajo no cancelada no pueda justificarse por el *rider* sobre la base de comprobadas razones dotadas de relieve jurídico (la primera entre todas, pero no la única, el ejercicio del derecho de huelga constitucionalmente garantizado).

La declaración de una discriminación indirecta permite actuar contra los efectos de una determinada conducta, mientras que en tema de algoritmos que funcionan en una *black box* individualizar una discriminación directa es más difícil. Posiblemente esta sea la razón por la cual la magistrada se ha decidido por la discriminación indirecta. El problema es que dicha calificación deja espacio a la justificación, esto es, que puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima que en el presente caso en ningún momento la empresa Deliveroo intenta justificar, ya que únicamente niega la discriminación sin alegar nada más al respecto, mientras que en la discriminación directa únicamente puede justificarse en muy contadas circunstancias, concretamente bajo «requisitos profesionales esenciales y determinantes» (art. 4 [Directiva 2000/78/CE](#)). De esto se deduce que los posibles objetivos a los que se puede aludir para justificar una diferencia de trato indirecta están estructurados de forma mucho más amplia que los que se aplican a la justificación de una diferencia directa de trato. Sin embargo, analizando la sentencia se podría valorar la posibilidad de considerar directa la discriminación, lo cual reduciría considerablemente una probable justificación. Así, el hecho de que:

[...] la sociedad reserve un tratamiento «particular» a las dos únicas hipótesis (aquella del accidente en los turnos consecutivos y aquella del mal funcionamiento del sistema) en las que evidentemente considera la necesidad de tutelar la razón de la falta de participación en la sesión reservada demuestra plásticamente como no solo sea materialmente posible, sino que sea también concretamente realizable una intervención correctiva sobre el programa que elabora las estadísticas de los *rider*s, y que la falta de adopción, en los otros casos, de dicha intervención correctiva es el fruto de una elección consciente de la empresa.

Esto evidencia que el sistema algorítmico habría podido permitir y no perjudicar a la persona repartidora que decidiese no presentarse al trabajo o anular una sesión de trabajo previamente reservada si decidiese participar en una huelga. Que la decisión sea consciente o no poco importa para la calificación del comportamiento; el único elemento cierto es que el sistema al igual que excluía el accidente o un mal funcionamiento del sistema de la puntuación para elaborar las estadísticas de cada *rider*, también habría podido introducir el *input* de las justificaciones jurídicamente protegidas, como la participación en una huelga. La magistrada efectivamente puntualiza que, cuando quiere, reconoce la justificación de la falta de participación del/de la *rider* en una sesión de trabajo reservada, por lo tanto, en los casos en los que no viene reconocida la justificación, quizás signifique que a la sociedad no le interese hacerlo. Si esto es así, tal y como viene probado en la sentencia, sería posible pensar en la hipótesis de una discriminación directa. Tal argumentación ha sido examinada por el TJUE en el caso *Chez* ([STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14](#)). El tribunal europeo en tal caso propone dos hipótesis diversas, esto es, un caso de discriminación directa, pero que también podría ser calificada como indirecta. La discriminación sobre el origen étnico aparentemente basada en criterios de tipo neutro podría considerarse una discriminación directa si el órgano judicial nacional advierte que el origen étnico sea el

elemento que ha determinado la decisión de realizar el acto que ha dado lugar a un trato discriminatorio, como es en el caso en concreto el hecho de colocar los contadores de la luz a una altura mayor en el barrio donde residen mayormente individuos de etnia gitana respecto a los barrios en los que no hay tal presencia. En definitiva, el órgano judicial europeo considera que puede facilitar al órgano judicial nacional todos los elementos de interpretación necesarios que puedan serle útiles para verificar si la hipótesis de discriminación es directa o indirecta. En conclusión, según la [doctrina europea](#) [chez](#) y el hecho probado de que el algoritmo usado por Deliveroo no es ciego, sino que decide conscientemente, se podría considerar que se trata de una discriminación directa, sin espacio para alguna justificación (Barbera, 2021)⁸.

Finalmente, hay que señalar que algún autor (Perulli, 2021) se pregunta la razón por la cual no se ha usado en la causa el artículo 47 *quinquies* del [Decreto legislativo 81/2015](#), el cual hace referencia a la prohibición de discriminación respecto de aquellas personas trabajadoras autónomas que prestan su trabajo a través de plataformas digitales. En concreto, el segundo párrafo establece que «la exclusión de la plataforma y la reducción de las ocasiones de trabajo atribuibles a la falta de aceptación de la prestación están prohibidas». La razón por la cual no se alega el contenido de esta norma es porque dicha disposición se refiere a un determinado comportamiento de tipo retorsivo. Ahora bien, se revela inadecuado para hacer frente a un entero proceso organizativo como aquel puesto en acto por el algoritmo de Deliveroo, el cual, como hemos visto, clasificaba de forma continuada a las personas trabajadoras sobre la base de un mecanismo de carácter predictivo, basado en un cálculo de probabilidad entre la falta de participación a las sesiones de trabajo reservadas, la presentación tardía del/de la *rider* en la zona de trabajo reservada o la cancelación, y dos índices: la confianza y la participación. Sobre la correlación de estos elementos, el algoritmo construía el perfil reputacional de la persona repartidora, la cual, a su vez, tenía mayores o menores posibilidades de acceder a las sesiones de trabajo y, como consecuencia, a ocasiones de trabajo.

5. La condena judicial

El Tribunal de Bolonia finalmente ha condenado a Deliveroo al pago de 50.000 euros por daños a favor de la organización sindical recurrente:

[...] frente a conductas que además de incidir en la esfera subjetiva de cada víctima, son, como aquella en discurso, capaces de mermar la capacidad representativa de la organización en relación con el interés protegido y, por lo tanto, debilitar su eficacia de acción a costa de la entera colectividad.

⁸ Para Ballestrero (2021) es difícil considerarla directa, porque se trata de una medida neutra que no ha quedado probado en juicio que haya sido programada para castigar directamente la participación de la persona trabajadora en una huelga.

Por otro lado, ordena la publicación del texto de la sentencia en un periódico nacional, en concreto ha indicado *La Repubblica*, con la finalidad de garantizar su máxima visibilidad, también en el sitio web de la sociedad y en el área reservada a «preguntas frecuentes».

Referencias bibliográficas

- Ballestrero, Maria Vittoria. (2021). Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma. *Rivista Labor*. <https://www.rivista.labor.it/wp-content/uploads/2021/01/tbr.pdf>.
- Barbera, Marzia (a cura di). (2007). *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*. Giuffrè.
- Barbera, Marzia. (2 de febrero de 2021). *Frank discriminava, algoritmi e discriminazioni* [Webinar]. Labor Law Community.
- Borelli, Silvia; Guariso, Alberto y Lazzeroni, Lara. (2019). Le discriminazioni nel rapporto di lavoro. En Marzia Barbera y Alberto Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti* (pp. 165-270). Giappichelli.
- Fava, Gabriele. (2021). L'ordinanza del Tribunale di Bologna in merito alla possibile discriminarietà dell'algoritmo utilizzato da Deliveroo. *Lavoro, Diritti, Europa*, 1. https://www.lavorodirittieuropa.it/images/gabriele_fava_LDE_-_Sent._Trib._BO_riders.pdf.
- Guariso, Alberto. (2 de febrero de 2021). *Frank discriminava, algoritmi e discriminazioni*. Labor Law Community.
- Pasquale, Frank. (2015). *Black Box Society*. Harvard University Press.
- Perulli, Adalberto. (2021). La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'ordinanza del Tribunale di Bologna. *Lavoro, Diritti, Europa*, 1. https://www.lavorodirittieuropa.it/images/T._Bologna_rider_perulli_1.pdf.
- Stefano, Valerio de y Aloisi, Antonio. (7 de enero de 2021). Frankly, my rider, I don't give a damn. *La Rivista il Mulino*. https://rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5480.
- Tardivo, Davide. (2020). Il regime dell'onere della prova di cui all'art. 4, co. 4, d.lgs. n. 216/2003. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 11, 377.
- Tarquini, Elisabetta. (2 de febrero de 2021). *Frank discriminava, algoritmi e discriminazioni*. Labor Law Community.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0