

EDITORIAL

LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

1. El pasado 12 de mayo se publicaba en el BOE el 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 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. En concreto, la norma cuenta con un único artículo, que incorpora dos cambios en el ET, y dos disposiciones finales que hacen referencia, respectivamente, al título competencial en el que se apoya esta intervención normativa y a la entrada en vigor de la norma “a los tres meses de su publicación en el BOE”. Un plazo que el Gobierno considera razonable para realizar las adaptaciones necesarias a este “nuevo marco legal”.

Se trata, en todo caso, de una regulación que viene respaldada por los interlocutores sociales más representativos, pues es fruto del Acuerdo adoptado, el pasado 10 de marzo de 2021, entre el Gobierno, CCOO, UGT, CEOE y CEPYME.

Según el preámbulo del Real Decreto-ley 9/2021, la finalidad de estos cambios es, de un lado, precisar “el derecho de información de la representación de personas trabajadoras en el entorno digitalizado” y, de otro, “la regulación de la relación de trabajo por cuenta ajena en el ámbito de las plataformas digitales de reparto”. Sin embargo, esto último no es exacto. Esta norma no regula la relación de trabajo por cuenta ajena en ese ámbito, puesto que no entra a precisar quiénes son las partes de esa relación de trabajo, menos aún a concretar sus derechos y deberes.

En realidad, el objetivo de la norma no es otro que incluir en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores la actividad de las personas dedicadas al reparto a través de plataformas digitales, lo que supone que a esos repartidores les será de aplicación el régimen común de los trabajadores asalariados. No se ha querido o no se ha podido pactar un marco de regulación propio, como el que tienen las relaciones especiales de trabajo del art. 2 ET, ni adaptar, como se ha hecho recientemente con el trabajo a distancia, el régimen laboral común a esta prestación servicios de reparto que se desarrolla en un ámbito y en unas condiciones tan particulares.

2. La norma pretende garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. En concreto, la presunción de laboralidad que se incorpora expresamente a tal efecto limita su aplicación a ese particular ámbito. Por lo tanto, esta regla no alcanza a las

personas que puedan prestar otro tipo de servicios, que no sean de reparto, aunque lo hagan en el ámbito de plataformas digitales que utilicen igualmente algoritmos para concretar la actividad de que se trate.

Por el contrario, la otra previsión que se incluye en la norma, relativa a los derechos de información de los representantes de los trabajadores, tiene un ámbito de aplicación más amplio habida cuenta de los términos más generales en que se ha formulado (en la nueva letra d, del nº4 del art. 64 ET) y justificado (en el preámbulo del Real Decreto-ley 9/2021). El objetivo de esta regla es precisar los derechos de información de los representantes de los trabajadores “en el entorno digitalizado”, en el que la norma parece situar a todas las empresas que utilicen algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que puedan afectar a la toma de decisiones que terminen incidiendo en el acceso y mantenimiento del empleo, y en las condiciones de trabajo de sus trabajadores, cualquiera que sea la concreta actividad de prestación de servicios que desarrollen.

3. Como se acaba de decir, uno de los dos cambios que se introducen en el ET consiste en la formulación de una nueva presunción legal de laboralidad referida a la actividad de las personas que presten servicios retribuidos de reparto o distribución de mercancías o productos de consumo, en el ámbito de plataformas digitales que ofrezcan al mercado este tipo de servicios. Para ello se añade una nueva disposición adicional, la vigesimotercera, al texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

A primera vista, podría pensarse que lo que se ha querido es simplemente extender a este particular ámbito la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET, según el que el contrato de trabajo “*se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel*”. De hecho, la nueva disposición adicional vigesimotercera del ET comienza advirtiendo que es “*por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1 ET*” que “*se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales 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*”.

Sin embargo, los términos de esta nueva presunción presentan destacadas diferencias respecto de los utilizados en el art. 8.1 ET, que deben tenerse en cuenta a la hora de interpretar su alcance. De entrada, para activar la presunción del art. 8.1 ET es preciso la aportación de indicios de que concurren las principales notas del art. 1.1 ET, que definen al trabajador asalariado (dependencia, retribución y ajenidad), esto es, que se presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización de otro, que lo retribuye. En cambio, para activar la nueva presunción legal bastará con aportar indicios del carácter retribuido de la prestación de servicios de los repartidores, y de su desarrollo en el ámbito de una plataforma digital que utiliza algoritmos basados en reglas,

parámetros y valoraciones que permiten la organización, dirección y control de la actividad de reparto, en términos muy amplios, de forma directa, indirecta o implícita. Por lo tanto, bastará con que el algoritmo incorpore la posibilidad de organizar, dirigir y controlar la actividad, aunque no haya llegado a manifestarse, para entender que concurre la situación que determina la aplicación de la presunción.

No obstante, la redacción de la norma también plantea alguna duda, pues de acuerdo con su tenor literal la presunción se refiere a “*las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución (...), por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales (...) mediante la gestión algorítmica del servicio (...) a través de una plataforma digital*”. ¿Qué se ha querido decir con ese “*por parte de empleadoras*”? Por un lado, llama la atención la utilización del término “*empleadora*”, entre otras razones, porque desde que el art. 1.1 ET hace mención al empleador o empresario, en alusión a las persona física, jurídica o comunidad de bienes que asume la condición de empresario, no vuelve a aparecer en el texto del Estatuto de los Trabajadores referencia alguna a empleador y menos aún aplicada a la realidad empresarial. Por otro lado, es evidente que llevar a cabo el servicio de reparto o distribución de productos “*por parte de*” no es lo mismo que hacerlo “*por cuenta de*”. En cualquier caso, con este galimatías el legislador solo ha querido precisar que la nueva presunción se extiende a aquellas prestaciones de servicios que se integran en una actividad de reparto, organizada, dirigida y controlada por parte de la titular de la plataforma, mediante un algoritmo o sistema de inteligencia artificial, y, por lo tanto, que se llevan a cabo dentro de su ámbito de organización y dirección.

Aportados los indicios de que se prestan servicios de reparto retribuidos dentro del ámbito de organización de la plataforma, la regla de la disposición adicional vigesimotercera lleva a presumir que esa prestación de servicios está incluida en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, y lleva a presumir también (sin que sea necesario aportar indicios):

- a) Que por aplicación del art. 8.1 ET existe un contrato de trabajo entre el repartidor y el titular de la plataforma.
- b) Que la plataforma es la realidad empresarial en cuyo ámbito prestan servicios retribuidos los repartidores.
- c) Y que la prestación se realiza por cuenta de esa empresa titular de la plataforma, por lo que se trata de una actividad por cuenta ajena en sus distintas manifestaciones (ajenidad en los frutos, en los riesgos y en el mercado)

Se presumirá también que el medio de transporte aportado por el trabajador no tiene entidad económica suficiente para ser el elemento definidor de una actividad empresarial, cualquier que sea su valor real, salvo que se trate del

supuesto previsto en el art. 1.3 g ET, que excluye del ámbito de aplicación de esta norma “*la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador*”, y aunque se lleve a cabo a través de una plataforma, mediante un algoritmo o sistema de inteligencia artificial.

Salvada de forma expresa la aplicación del art. 1.3. ET, resulta evidente también que la presunción legal no puede impedir que quede fuera del ámbito de aplicación del ET todo trabajo de reparto que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1.1 ET, por mucho que se desarrolle a través de una plataforma que utilice un algoritmo para precisar la finalidad de la prestación del servicio.

En definitiva, la presunción de la disposición adicional vigesimotercera del ET no cierra la puerta a que sigan quedando fuera del ámbito de aplicación del ET prestaciones de servicios de reparto en el ámbito de las plataformas digitales si mediante prueba en contrario se acredita que no concurre alguna de las notas (de retribución a cargo de la plataforma, de ajenidad) que se han presumido, o se rebaten los indicios aportados para activar la presunción, sobre la finalidad organizativa, directiva y de control de las reglas, parámetros e instrucciones en que se basa el algoritmo utilizado por la plataforma, porque, por ejemplo, se justifique que dichas reglas se limitan a precisar el objeto del encargo, no la forma en que se debe llevar a cabo; y, en todo caso, cuando concurren en los repartidores las notas que, según el art. 11.2 del Estatuto del Trabajo Autónomo, definen al trabajador autónomo económicamente dependiente, en concreto, disponer “de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente”, y desarrollar la actividad de reparto con criterios organizativos propios

4. El otro cambio que se introduce en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores ha consistido en ampliar los derechos de información de la representación de los trabajadores en las empresas que actúan en el entorno laboral digitalizado. A tal efecto se añade una letra d) al art. 64.4 ET, según la que la empresa debe informar a los representantes “*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*”. Se trata de una obligación de información que se enmarca en las reglas generales del art. 64.1 ET, que entiende por información la transmisión de datos del empresario al comité de empresa a fin de que este tenga conocimiento y pueda proceder al examen, en este caso, de esos parámetros, reglas e instrucciones, en que se basan los algoritmos, que pueden terminar incidiendo en los trabajadores de la empresa por cuanto

puedan afectar a la toma de decisiones relativas a su acceso al trabajo y a las condiciones en que lo desarrollan.

¿A quién o quiénes corresponden las decisiones de que habla la norma? Parece claro que, en el caso particular de las plataformas digitales de reparto, esas decisiones pueden provenir de todos los sujetos implicados, no solo del empresario, también de los propios repartidores (aceptando o rechazando encargos), de los comercios y restaurantes, y de los clientes finales, pues de todos ellos puede depender que los repartidores trabajen o no, y en qué condiciones.

Por aplicación de las normas generales, esta obligación de información se extiende a los delegados de personal (62.2 ET) y a los delegados sindicales cuando no formen parte del comité de empresa (art. 10.3 LOLS). De acuerdo con lo dispuesto en el art. 64.1 ET, en la definición o aplicación del procedimiento de información, ambas partes (empresario y comité de empresa) deben actuar “con espíritu de cooperación”, “teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores”.

Este derecho que se reconoce a los representantes de los trabajadores en la empresa no les permite, en ningún caso, acceder directamente al algoritmo, sino recibir de la empresa una información que les permita comprobar que el mismo se basa en parámetros, reglas y criterios que pueden terminar afectando a los trabajadores de la empresa en los términos ya comentados. De ahí que el preámbulo de la norma haya descartado que esta obligación pueda comprometer los derechos de propiedad intelectual, pues entiende que la información a los representantes de los trabajadores sobre las derivadas laborales de los algoritmos es compatible con el obligado respeto a los secretos industriales y comerciales de la empresa. Por otra parte, de acuerdo con las reglas que regulan las atribuciones de los representantes de los trabajadores, esta información no podrá ser utilizada fuera del estricto ámbito de la empresa ni para fines distintos de los que motivaron su entrega. Este deber de sigilo, que pesa sobre los representantes de los trabajadores, subsistirá una vez expirado el mandato e independientemente del lugar en el que se encuentren (art. 65.3 ET)

En principio, podría pensarse que el fin de esta información es facilitar que se pueda “discernir” si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita por la disposición adicional vigesimotercera del ET. Como se desprende del preámbulo del Real Decreto-ley 9/2021, la regla se justifica desde el momento en que la eficacia de la nueva presunción legal depende de “la información verificable que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de las plataformas”. Sin embargo, no se puede pasar por alto que esta obligación se extiende, como ya se ha dicho, a todas las empresas que utilizan algoritmos que afectan a la toma de decisiones sobre el acceso al empleo y la contratación o sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores, cualquiera que sea su actividad, esté o no en juego, por tanto, la aplicación de la nueva presunción legal.

Por ello, cabe preguntarse si este cambio normativo tiene en realidad más alcance del que se anuncia en el preámbulo de la norma porque pueda incidir, de alguna manera, sobre la discrecionalidad que se viene reconociendo al empresario privado en la adopción de algunas decisiones, por ejemplo, sobre selección y contratación de trabajadores. En concreto, la duda que surge es si este cambio normativo supone que el empresario deberá informar a los representantes de los trabajadores sobre los criterios elegidos para la selección y contratación de los trabajadores, porque se hayan incorporado a un algoritmo o sistema de inteligencia artificial; cuando de no utilizar estas nuevas tecnologías en los procesos de contratación, no estaría obligado legalmente a dar explicaciones a los representantes sobre el particular.

5. La efectividad de esta obligación de información depende de que haya representantes de los trabajadores en la empresa, lo que plantea, a su vez, cuestiones de cierta complejidad en el caso de las plataformas digitales de reparto, como la identificación del ámbito en el que se ha de constituir la representación, los criterios para configurar la plantilla, la determinación de electores o elegibles, etc.

La aplicación de las reglas del Título II del ET, sobre los derechos de representación colectiva en la empresa, no es la única cuestión problemática que va a plantear, a estas plataformas digitales de reparto, la necesaria adaptación de su actividad al marco legal del Estatuto de los Trabajadores. Son numerosas las dudas que surgen, por ejemplo, sobre cuál es la modalidad de contrato adecuada para unos trabajadores que acceden a un programa informático en busca de un encargo, en régimen de concurrencia con otros trabajadores y, por ello, no tienen garantizada una prestación diaria de servicios; sobre la situación en la que permanece el trabajador si no consigue trabajar en el periodo de tiempo asignado; o sobre cómo deben concretarse los límites de jornada, las reglas sobre descanso o en materia salarial.

Habrá que ver también cómo se ajustan las reglas, instrucciones y parámetros en que se basa el algoritmo, que supuestamente permiten el ejercicio de las facultades empresariales de organización, dirección y control, a los términos legales y convencionales que limitan estos poderes.

En este sentido, la gestión algorítmica permite, en efecto, asignar tareas y seleccionar a los repartidores, que concurren a la realización del servicio, en función de un ranking que genera la propia aplicación a partir de las puntuaciones de clientes o consumidores, y de los índices de aceptación o rechazo de los trabajos por parte de aquellos. Esas puntuaciones se pueden ver afectadas por “penalizaciones”, que pueden sufrir los repartidores, por ejemplo, por no estar operativos en la franja horaria previamente reservada. De esta forma, hasta ahora, se han venido concretando, podría decirse que unilateralmente por la empresa, las condiciones de desarrollo del servicio reparto. A partir de ahora, parece claro que estas condiciones deberán en todo caso garantizar los derechos laborales de los trabajadores, entre ellos, el derecho a la ocupación efectiva, a la promoción y formación profesional en el trabajo, a no ser discriminados

directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados, a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales (...) y a cuantos otros se deriven del contrato de trabajo.

6. Con esta regulación el Real Decreto-ley 9/2021 ha pretendido incorporar los criterios y parámetros establecidos por el Tribunal Supremo en la STS 805/2020, de 25 de septiembre, que ha reconocido el carácter laboral de la prestación de trabajo de un repartidor de la plataforma Glovo, “por las concretas circunstancias” que concurrían en la prestación de servicios, al apreciar en esos trabajadores todas las notas del art.1.1 ET. El TS entendió que esta nueva forma de prestación de servicios de reparto, mediante una gestión algorítmica, a través de una plataforma informática, no excluye ni impide la aplicación del ET, ni de la jurisprudencia que hasta ahora y en contextos empresariales mucho más convencionales, había aclarado la naturaleza laboral de la actividad llevada a cabo por otros transportistas, repartidores y mensajeros, así como de otros profesionales (como subagentes de seguros, profesionales del periodismo...) que también pueden y suelen desarrollar su actividad en régimen de autonomía. Una respuesta que pretende situarse en la misma línea de lo que se ha defendido respecto de los traductores e intérpretes que prestan servicios para la Administración, a través de una plataforma informática (STS de 16 de noviembre de 2017, rec.2806/2015), aunque el esquema de relaciones en juego no tenga nada que ver

No parece haberse reparado en que la interpretación que ha hecho la STS 805/2020 deja en el aire aspectos relativos a esta actividad de reparto y distribución de mercancías y productos a través de una plataforma digital, con transcendencia laboral. Por ejemplo, no se hace ninguna alusión a la opción seguida por los establecimientos, tiendas y comercios de externalizar, gracias a las nuevas tecnologías, un servicio de reparto a domicilio que podían haber asumido directamente. Un servicio que, como consecuencia de la pandemia de la Covid-19, ha resultado esencial para la supervivencia de muchos de esos negocios. La sentencia no entra en la relación entre las empresas, probablemente porque no formaba parte de la cuestión debatida, tampoco entra analizar los acuerdos comerciales sobre los que se sustenta la actividad, pese a que no es descabellado pensar que alguna transcendencia debería tener en la precisión de quién asume realmente los beneficios y riesgos que caracterizan la actividad empresarial o por cuenta propia de reparto, clave para identificar al empresario desde el punto de vista laboral.

Para el TS ha sido suficiente con que los repartidores desarrollasen su prestación de servicios retribuidos “plenamente insertos en el ámbito rector y organizativo” del titular de la aplicación informática, que es la base de negocio para llevar a cabo la actividad, y la “herramienta esencial” que permite controlar el desarrollo de la prestación de servicios. Y ese es sin duda el presupuesto de la nueva presunción legal de laboralidad de la actividad de reparto en el ámbito de plataformas digitales.

7. En definitiva, el objetivo último de esta nueva regulación ha sido incluir en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores a las personas que

desempeñan su actividad en el contexto atípico de las plataformas digitales de reparto, porque todos (Gobierno e interlocutores sociales) parecen estar de acuerdo en que es la mejor opción para garantizar que sus condiciones de trabajo sean justas. También ha pesado el deseo de asegurar la igualdad de trato de las empresas, ya operen en forma de trabajo estándar o no estándar, lo que, a su vez, da alguna pista sobre las particulares razones que han llevado a las organizaciones empresariales a aceptar la solución normativa que el Real Decreto-ley 9/2021 ofrece.

El Gobierno ha querido asimismo que con esta regulación nuestro país “avance de forma pionera en esta materia”, aunque haya sido a costa de forzar una vez más la figura del Real Decreto-ley. Pero, las prisas no son buenas consejeras. Es cuando menos dudoso que una solución normativa, como la propuesta por el Real Decreto-ley 9/2021, resulte adecuada si no se ha analizado a fondo la realidad que se pretende regular, por mucho que se haya contado con “un diagnóstico y una solución compartida por los interlocutores sociales más representativos”.