

DE LA SENTENCIA DEL TS DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2020 AL RDL 9/2021. LA RELACIÓN LABORAL DE LOS REPARTIDORES DE LAS EMPRESAS DE REPARTO

EDUARDO ROJO TORRECILLA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

EXTRACTO

Palabras clave: Empresa, trabajador, relación de trabajo, Tribunal Supremo, Real Decreto-Ley

En el presente artículo se ha pretendido destacar la importancia de la reciente normativa reguladora de la relación laboral de quienes prestan servicios para las empresas de reparto, subrayando la presunción de laboralidad reforzada que puede extraerse de la puesta en común del nuevo marco legal con la ya existente en el art. 8.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y también con relación al art. 1.1. El punto de partida ha sido el análisis de la trascendental sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020, siguiendo con la historia de la negociación del acuerdo social que, tras varios meses de debates, se ha convertido en el RDL 9/2021. La importancia de la titularidad de la aplicación informática con la que se presta el servicio deviene un elemento esencial en la nueva regulación para reforzar si cabe la presunción de laboralidad que se enmarca en una visión de las relaciones de trabajo donde la flexibilidad organizativa no es incompatible en modo alguno, más bien al contrario, con la existencia de una relación laboral asalariada.

ABSTRACT

Key words: Company, worker, employment relationship, Supreme Court, Royal Decree-Law

This article has sought to highlight the importance of the recent legislation regulating the employment relationship of those who provide services for delivery companies, underlining the presumption of reinforced employment that can be drawn from the pooling of the new legal framework with that already existing in art. 8.1 of the Workers' Statute Law and also in relation to art. 1.1. The starting point has been the analysis of the transcendental ruling of the Supreme Court of 25 September 2020, following the history of the negotiation of the social agreement which, after several months of discussions, has become RDL 9/2021. The importance of the ownership of the computer application with which the service is provided becomes an essential element in the new regulation to reinforce, if possible, the presumption of employment, which is framed in a vision of employment relationships in which organisational flexibility is in no way incompatible, quite the contrary, with the existence of a salaried employment relationship.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. Y LLEGÓ EL TS Y DECLARÓ LA LABORALIDAD DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE LOS REPARTIDORES Y SUS EMPRESAS
 - 2.1. Examen de la sentencia de 25 de septiembre de 2020
 - 2.2. Una nota al auto de 18 de mayo de 2021
3. EL DIÁLOGO SOCIAL TRIPARTITO QUE FINALIZÓ EN ACUERDO. LAS NEGOCIACIONES SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN CONTRACTUAL
 - 3.1. Lanzamiento de una consulta pública
 - 3.2. El desarrollo del proceso negociador
 - 3.3. La obtención del acuerdo
4. LA PRESUNCIÓN REFORZADA DE LABORALIDAD EN EL RDL 9/2021 DE 11 DE MAYO
 - 4.1. El valor del acuerdo
 - 4.2. Examen del preámbulo de la norma
 - 4.3. Análisis del texto articulado
5. RECAPITULACIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

El 25 de septiembre de 2020 el Pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo fallaba, por unanimidad (Rec. 4746/2019), que la relación contractual entre la empresa Glovo y un repartidor era laboral, y rechazaba de plano la tesis de que aquella era una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. Casi ocho meses más tarde, el auto dictado el 18 de mayo (Rec. 1618/2020) inadmitía a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Deliveroo, manifestando que carecía de interés casacional por haberse interpuesto contra una sentencia cuya decisión era coincidente “con la doctrina sentada por esta Sala”. En la citada sentencia se trataba, como ya he indicado, de un litigio individual, mientras que en el auto se daba respuesta a un conflicto colectivo iniciado en procedimiento de oficio.

En efecto, el primer litigio se inició en sede judicial con una demanda por despido que fue resuelta por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid, dictada el 3 de septiembre de 2018, que consideró inexistente la relación laboral y encontrarnos ante un trabajador autónomo. El recurso de suplicación fue desestimado por sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada el 19 de septiembre de 2019 (Rec. 195/2019, con un voto particular discrepante en el que se defendía la laboralidad de la relación), y contra dicha resolución judicial se interpuso RCU, aportándose como sentencia de contraste la dictada por la Sala Social del TSJ de Asturias de 25 de julio de 2019 (Rec. 1143/2019), justamente la primera en la que un TSJ reconocía, confirmando la sentencia de instancia, la laboralidad de la relación. El segundo se interpuso por la parte empresarial, Deliveroo, contra la sentencia dictada, con unanimidad de sus miembros, por el Pleno de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 17 de enero

de 2020 (Rec. 1323/2019) que desestimó dos recursos de suplicación, interpuestos por la parte empresarial y por un grupo de repartidores que alegaron en instancia inexistencia de relación laboral, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid el 22 de julio, que declaró existente una relación contractual laboral asalariada de 552 repartidores con la empresa.

Solo una semana antes de dictarse el auto, el Consejo de Ministros aprobaba 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 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”, norma que era fruto del acuerdo alcanzado el 10 de marzo en el marco del diálogo social tripartito entre las autoridades ministeriales laborales y las organizaciones empresariales y sindicales, es decir tras varios meses de negociación. La norma fue convalidada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de junio (195 votos a favor, 151 en contra y dos abstenciones), habiéndose publicado dicho Acuerdo en el BOE del 19 de junio, y se acordó su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, encargándose su conocimiento, con competencias legislativa plena, a la Comisión de Trabajo, inclusión, Seguridad Social y Migraciones, por lo que pudiera haber algún cambio sobre el texto que analizaré en este artículo, si bien me parece muy poco probable, en atención a las tesis defendidas por las distintas fuerzas parlamentarias en el Pleno del 10 de junio, que se alteren las paredes maestras de la norma, y si acaso fuera así creo que sería para reforzar aún más la nota de laboralidad de la relación ¹.

Pero no adelantemos acontecimientos y ciñámonos a la realidad jurisprudencial y normativa existente. Por tanto, el propósito de este artículo es analizar primeramente los ejes básicos de la sentencia del TS, reiterados implícitamente por el posterior auto, que fijaron las líneas básicas, reiterando doctrina jurisprudencial anterior, de la relación contractual laboral asalariada entre las empresas de reparto y el personal que efectúa tales tareas y por consiguiente presta servicios para aquellas. A continuación, procederé a examinar la negociación tripartita desde su inicio hasta llegar a la firma del acuerdo, o dicho de otra forma, al análisis de los distintos textos puestos sobre la mesa del debate y relativos a la laboralidad de la

¹ Puede leerse el debate sobre la convalidación del RDL en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-110.PDF. En la presentación del RDL, la Ministra de Trabajo y Economía Social, Yolanda Díaz, expuso que “... la sentencia de nuestro Tribunal Supremo estableció que en estas plataformas puede existir un castigo algorítmico, como se le conoce comúnmente, que exige disponibilidad y aplica consecuencias si la persona trabajadora no cumple con las expectativas o no se adapta a lo exigido. La nueva disposición adicional vigesimotercera normativiza lo establecido en esta sentencia, dotándolo de dimensión general para referirlo a todas las plataformas de distribución. Es, por tanto, una norma declarativa cuyas finalidades son la certeza y la seguridad jurídica...”.

relación contractual, que en una primera fase iba referida también a otros ámbitos empresariales de la economía de plataformas. Por fin, me detendré con atención y detalle en la norma recientemente aprobada y cuya entrada en vigor se producirá tres meses después de su publicación en el BOE, es decir el 12 de agosto, pasando revista a las distintas aportaciones doctrinales que ya se han pronunciado sobre el contenido jurídico de la nueva disposición adicional vigésimo tercera de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Por último, formularé una breve recapitulación final mirando al futuro de estas relaciones de trabajo y de muchas otras que se dan en parecidos términos en las empresas de la economía de plataformas cuya actividad requiere la presencialidad de quienes prestan los servicios, siendo distinta por tanto la situación de quienes lo hacen a través de plataformas que operan on line y sobre cuyas relaciones jurídicas sigue habiendo un amplio debate tanto en España como en el ámbito europeo e internacional, y buena prueba de ello son las aportaciones efectuadas en documentos de la Comisión Europea y de la Organización Internacional del Trabajo.

Para finalizar esta introducción deseo manifestar que el artículo es continuación, ampliación y perfeccionamiento del estudio que vengo realizando desde hace ya casi seis años de la vida laboral en sede judicial, preferentemente, de las empresas de la economía de plataformas, y muy en especial de aquello en lo que se concentra este artículo, que es la naturaleza jurídica de la relación contractual entre los repartidores (también denominados mensajeros, riders, glovers, incluso “mejoradores del estilo de vida”) y las empresas para las que prestan sus servicios, que me ha llevado al estudio de más de cuarenta sentencias de Juzgados de lo Social, Tribunales Superiores de Justicia y TS, y por supuesto también al examen de las resoluciones judiciales dictadas en muchos otros países, con atención especial en los europeos. Por ello, me permito remitir a todas las personas interesadas que deseen ampliar sus conocimientos sobre todo aquello que se explica en este artículo, obviamente limitado en su extensión por mor de las necesidades de la Revista, a mi blog², e igualmente al del profesor Ignasi Beltrán de Heredia³ que recoge, en un inestimable trabajo que hay que agradecer, todas las resoluciones judiciales dictadas en Estados de los cinco continentes sobre la naturaleza jurídica de la relación que une a una empresa de la economía de plataforma y a quien presta servicios para ella.

² <http://www.eduardorojotorrecilla.es>

³ <https://ignasibeltran.com/>

2. DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL TRABAJO Y DIGITALIZACIÓN DEBIDO A LA PANDEMIA

2.1. Examen de la sentencia de 25 de septiembre de 2020

Con prontitud centra la Sala las cuestiones a las que debe dar respuesta según los términos del RCU: “1) Si existió una relación laboral entre el actor, que había prestado servicios como repartidor para la empresa Glovoapp23 SL (en adelante Glovo), y esta empresa. 2) Si la sentencia recurrida incurrió en contradicción e incongruencia al resolver el motivo de suplicación relativo a las acciones de despido y de resolución del contrato de trabajo después de negar la existencia de una relación laboral. La parte recurrente sostiene que, si no existe contrato de trabajo, el órgano judicial tiene vedado pronunciarse sobre los citados extremos”.

¿Aprecia el TS la contradicción requerida para poder entrar a conocer del fondo del litigio? Sí, ya que en ambas sentencias concurre la triple identidad requerida procesalmente (“hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”) respecto a la acción de despido ejercitada. Las discrepancias entre la forma de prestación de servicios que se plasman en las dos sentencias son solo consecuencia, razona con pleno acierto a mi parecer la Sala, el resultado “de la distinta actividad probatoria y de la diferente apreciación de la prueba realizada en cada litigio”, que no desvirtúa en modo alguno la contradicción requerida y alegada, ya que los hechos, fundamentos y pretensiones son sustancialmente idénticos y una sentencia declara inexistente la relación laboral mientras que otra se pronuncia en sentido afirmativo.

Llegamos a un punto nuclear del escrito de impugnación y de la fundamentación jurídica de la sentencia, y sobre el que ya habido pronunciamientos judiciales anteriores de rechazo de la tesis empresarial, además de numerosas aportaciones doctrinales sobre esta temática. Se trata de la petición de elevación de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y así se expone tal petición en el fundamento de derecho cuarto: “Esta parte procesal sostiene que la controversia litigiosa constituye un tema de dimensión europea que afecta a las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios recogidas en los arts. 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE); así como a los derechos fundamentales a la libertad profesional y a la libertad de empresa de los arts. 15 y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además, la parte demandada considera que la cuestión debatida afecta al concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea. Por ello solicita que esta Sala plantee dicha cuestión prejudicial para garantizar el efecto útil de dicho Derecho, para garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y por el interés general de la cuestión examinada”.

¿Qué respuesta da el alto tribunal a la petición de elevación de la cuestión prejudicial? En primer lugar, y acudiendo tanto a la normativa comunitaria (art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE) como a la consolidada jurisprudencia del TJUE al respecto (citando la de 30 de enero de 2019, asunto C-587/17), expone que los tribunales nacionales cuyas decisiones, como ocurre en este caso, no sean susceptibles de recurso alguno en derecho interno “no están sujetos a una obligación incondicionada de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE”, ya que no será necesario cuando se comprueba “que la cuestión suscitada no es pertinente, que la disposición de Derecho de la Unión de que se trata ya ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna, debiendo valorarse la existencia de tal eventualidad en función de las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades concretas que presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Unión”.

Pues bien, el “portazo” del TS a la tesis de la pretendida restricción a la libertad de prestación de servicios por parte de los glovers se sustenta en que a su parecer “no existen dudas razonables” para que se eleve la cuestión prejudicial, y no las hay porque, subraya el TS, las cuestiones prejudiciales solicitadas por la parte recurrida “parten de presupuestos que no se corresponden con la efectiva prestación de servicios realizada por el demandante”. Parece, pues, que al TS no le convence en absoluto la tesis de la pretendida autonomía y libertad organizativa del “glover” en la prestación de sus servicios.

No olvida en modo alguno el TS referirse al auto del del TJUE de 22 de abril de 2020 (asunto C-692/19), sobre el que se ha construido en gran medida la tesis de la necesidad de que el TJUE se pronuncie sobre la naturaleza jurídica de la prestación de los “riders” por considerar que la doctrina judicial española ampliamente mayoritaria (todas las sentencias de los TSJ menos la recurrida) podría estar vulnerando la libre prestación de servicios protegida por la normativa comunitaria. La Sala repasa su contenido y subraya, dato de especial interés, que se trata de un auto y que por ello el TJUE se limitó a reproducir jurisprudencia anterior o que llegó a la conclusión de que no había ninguna duda razonable, a la par que añade que la resolución judicial establece que la inaplicación de la Directiva 2003/88/CE por la que se regulan determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo “se excluye cuando la independencia del prestador del servicio parezca ficticia y cuando exista una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador, lo que corresponde determinar al Tribunal nacional”. Y nuevamente aquí, a partir de las manifestaciones anteriores, el TS subraya que del mencionado auto se evidencia que no es necesario en modo alguno elevar la petición de decisión prejudicial, ya que el debate jurídico se limita a determinar si hay subordinación entre el repartidor y la empresa, y ello debe resolverse (me vienen obviamente a la mente los arts. 1.1 y 8.1 de la LET) por el tribunal nacional

“valorando las concretas circunstancias del caso litigioso”, tal como han venido haciendo, obviamente, los JS y TSJ que se han pronunciado al respecto.

A partir del FD decimoquinto se entra en la resolución del conflicto, exponiendo primeramente los argumentos del TSJ en la sentencia recurrida, y que también fueron de la sentencia de instancia, y explicando a continuación qué tipo de empresa es Glovo, cuáles son sus características y en qué condiciones regula la prestación de servicios por parte de los repartidores. Como aportación personal, creo que la sentencia del TS hubiera podido hacer alguna referencia a la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE, y muy especialmente a su art. 10, aun cuando puede objetarse a mi tesis que la Directiva no era de aplicación al caso, por la fecha de su publicación y posterior necesidad de trasposición, y que por ello hubiera sido únicamente un obiter dicta en la sentencia.

Si hemos de hacer caso a los requisitos meramente formales, es decir aquello que consta en el contrato, el TS es del parecer, y no le falta razón, en que algunas cláusulas militarían en contra de la existencia de una relación contractual laboral, tales como “la capacidad de rechazar clientes o servicios, de elegir la franja en la que va a prestar servicios o de compatibilizar el trabajo con varias plataformas”. Pero inmediatamente, acude a la realidad material y va desgranando punto por punto como la pretendida formalidad se convierte en algo completamente distinto de la pretendida autonomía y libertad de la que se dice que tienen los “glovers”, y lo hace a partir de la constatación de los hechos probados y que, al margen de la calificación que le otorgó la sentencia recurrida, demuestran los estrictos controles que lleva a cabo la empresa hacia sus repartidores. Me permito reproducir un fragmento de la argumentación que va justamente en esta dirección:

“... la teórica libertad de elección de la franja horaria estaba claramente condicionada. Es cierto que en los hechos probados de autos se afirma que el trabajador podía rechazar pedidos sin penalización alguna. Pero también se declara probado que los repartidores con mayor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados (hecho probado séptimo)”, y en la práctica “este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución”.

También le merece especial importancia a la Sala, muy acertadamente a mi parecer dado que cada vez más se está implantando en muchas empresas, que sean los clientes quienes puedan valorar la prestación del repartidor, algo que en la sociedad del siglo XXI debe constituir, así lo dijeron TSJ y lo confirma el TS, un indicio favorable a la existencia de un contrato de trabajo, sin que por otra parte quepa desconocer que esa valoración de la clientela ya era tomada en consideración,

ciertamente con mucha menos intensidad que en la actualidad, para controlar a las personas trabajadoras, en épocas anteriores.

A continuación, y siempre partiendo de los hechos probados, la Sala va desgranando la existencia de otros indicios que avalan de forma clara e indubitada una relación de dependencia o subordinación del Glover hacia la empresa: la geolocalización del glover mientras realizaba su actividad; la precisión de las condiciones como debía prestarse; el proporcionar al actor una tarjeta de crédito para que pudiera comprar productos para el usuario; el abono de una compensación económica por el tiempo de espera; la introducción el contrato, formalmente de trabajador autónomo económicamente dependiente, de causas de extinción (ej.: transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza) que son una copia literal de causas de despido disciplinario tipificadas en el art. 54 de la LET; en fin, en una mención que a mi parecer puede englobar también la nota de ajenidad en el mercado, la Sala constata que quien dispone de la información para la organización del negocio, como por ejemplo la relativa a los comercios adheridos a la plataforma de la empresa o los pedidos que se realizan por los clientes, es únicamente de Glovo, sin que el glover tenga participación alguna al respecto.

Despejadas las dudas sobre la existencia del presupuesto sustantivo de dependencia o subordinación, la Sala se adentra (FJ vigésimo) en el examen de la existencia o no del requisito de la ajenidad, y ya sabemos que la respuesta será afirmativa, exponiendo primeramente, y enlazando de forma directa con la última manifestación efectuada respecto al presupuesto de la dependencia, que Glovo no es una mera intermediaria entre los clientes finales y los repartidores ya que “ni los comercios, ni los consumidores finales a quienes se realiza el servicio de reparto son clientes del repartidor, sino de Glovo”. La forma como se confeccionan las facturas (por parte de Glovo, y solo siendo necesario por el glover su firma) es otro claro indicio al respecto.

¿Hay ajenidad en los riesgos? Sí, porque a pesar de las condiciones contractuales formalmente pactadas, como que la parte trabajadora asumía frente al cliente los daños o pérdidas que pudiera sufrir la mercancía durante el transporte, y de los riesgos que pudiera sufrir por la utilización de un vehículo propio, hay que prestar atención, nuevamente insiste la Sala, con acierto, en “las concretas circunstancias de la prestación de servicios”, por lo que no puede decirse, y la Sala se apoya en varias sentencias anteriores, “que concurriera en el actor el binomio riesgo – lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones”.

¿Hay ajenidad en los frutos? Sí, ya que la empresa, con lenguaje jurídico clásico por parte de la Sala, “se apropia de manera directa del resultado de la prestación de trabajo, el cual redonda en beneficio de dicha empresa, que hizo suyos los frutos del mismo”, sin el que el glover tenga ninguna participación en los acuerdos establecidos entre la empresa, los comercios adheridos a la plataforma

y los clientes, siendo fijados los precios por aquella, así como la tarifa que percibe aquel por cada servicio prestado y los gastos adicionales por kilometraje y tiempo de espera.

¿Hay ajenidad en los medios? Sí. Aunque de forma algo más prudente que las tesis expuestas en diversas sentencias de los TSJ, el TS subraya la desproporción entre la importancia de los medios puestos por la parte trabajadora, vehículo y móvil, con el de la empresa y que es de obligada, y necesaria, utilización, para poder llevar a cabo la prestación del servicio, la plataforma digital, “al margen de la cual no es factible la prestación del servicio”, a lo que añade que la marca bajo la que opera el glover no es una suya propia, como podría corresponder a un auténtico trabajador autónomo, sino de la empresa para la que presta el servicio.

En definitiva, y tras esta muy cuidada y argumentada fundamentación, la Sala llegará a la conclusión de estar en presencia de una relación contractual laboral, y no autónoma, entre el Glover y la empresa, reiterando a modo de síntesis todas las tesis anteriormente expuestas en un excelente resumen efectuado en el FD vigésimo primero, en el que aporta alguna reflexión adicional sobre la importancia de la gestión algorítmica por parte de la empresa para la organización del trabajo de los glovers.

2.2. Una nota al auto de 18 de mayo de 2021

Añado a continuación una breve nota relativa al auto de 18 de mayo. Su interés doctrinal radica en las afirmaciones contenidas en el quinto párrafo del fundamento de derecho primero, y que consolidan sin duda, o al menos ese es mi parecer, la presunción reforzada de laboralidad que se recoge en la nueva DA 23^a de la LET, y que debería servir de guía para juzgados y tribunales laborales cuando se susciten nuevos conflictos en los que esté en juego la declaración de laboralidad de personas trabajadoras de otras empresas de la economía de plataformas que no sean aquellas reguladas concretamente por el RDL 9/2021.

La Sala se refiere a los cambios operados en las nuevas realidades organizativas y productivas empresariales (aunque algunas, de nuevo solo tienen el uso de aplicaciones tecnológicas, pues poca novedad, más bien retroceso, puede calificarse aquella o aquellas que llevan a las personas trabajadoras a trabajar 10 y 11 horas diarias por salarios, perdón facturas, muy bajos en su cuantía), y subraya, con toda razón, que plantean “problemas de protección jurídica, entre otros. A ellos ha tratado la Sala de dar respuesta en su sentencia de 25 de septiembre de 2020 respecto a la concreta cuestión planteada, pero que puede tener consecuencias jurídicas de mucho más amplio alcance, sobre la laboralidad de los trabajadores de las empresas de reparto en la economía de plataformas. Por su interés, reproduzco un fragmento de la tesis expuesta por la Sala:

“... la sentencia incorpora una interesante alusión a la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de trabajador que apunta hacia una definición de la relación de trabajo actualizada, expansiva e inclusiva, capaz de comprender a toda persona que realice una actividad real y efectiva para otro y, sin duda, con vocación de proteger las nuevas formas de empleo, en concreto, las desarrolladas en las plataformas digitales de empleo. Asimismo, la sentencia anotada hace referencia a la propia jurisprudencia tradicional sobre las notas que definen el trabajo en los términos del ET y que, como la misma resolución señala, «la existencia de una nueva realidad productiva obliga a adoptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 CC). En esta línea, resulta relevante esta decisión judicial porque incorpora nuevos indicios de laboralidad”.

3. EL DIÁLOGO SOCIAL TRIPARTITO QUE FINALIZÓ EN ACUERDO. LAS NEGOCIACIONES SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN CONTRACTUAL

3.1. Lanzamiento de una consulta pública

En las conversaciones y negociaciones para la regulación normativa que finalmente se ha plasmado en el RDL 9/2021 hubo una dedicación importante al derecho de la representación del personal a conocer los algoritmos utilizados por la empresa en la organización de trabajo, y un intento por parte sindical, que finalmente no llegó a buen puerto, de regular un registro de empresas de la economía de plataformas. Se trata sin duda alguna de una temática de extraordinaria importancia de cada al futuro de las relaciones de trabajo y que se ha plasmado, más modestamente de lo que eran las pretensiones iniciales de las organizaciones sindicales y también de las autoridades ministeriales laborales, en la modificación del art. 64 de la LET. Como he indicado con anterioridad, queda fuera de mi análisis en este artículo, dedicado únicamente a la regulación de la laboralidad de la prestación de trabajo por parte de los repartidores.

El gobierno lanzó el mes de junio de 2020 una consulta pública “previa a la elaboración de un proyecto normativo consistente en la modificación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, sobre determinados aspectos de la prestación de trabajo por cuenta propia y ajena del trabajo a través de plataformas”,

Era voluntad del Ministerio de Trabajo y Economía Social avanzar en el pleno reconocimiento de los derechos laborales de los repartidores, y probablemente también de otras personas trabajadoras en las variadas empresas de la economía de plataformas. Desde una perspectiva más general, la búsqueda de la ciudadanía social es un claro objetivo del MITEOS. Ese debate no versa solo sobre las personas

trabajadoras de las empresas de la economía de plataformas, sino también sobre las muchas y variadas formas atípicas de empleo, en las que los derechos laborales y de protección social quedan, cuando existen, muy disminuidos. En este punto, la normativa comunitaria europea es sin duda un punto de apoyo, en especial la Directiva 1999/70/CE que acoge en su anexo el acuerdo marco entre los agentes sociales sobre la contratación de duración determinada, la Directiva 1152/2019 sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles (aun cuando aún no ha finalizado el plazo para su transposición al ordenamiento jurídico interno), y por supuesto, con sus luces y sombras, la jurisprudencia del TJUE.

3.2. El desarrollo del proceso negociador

El mes de noviembre se iniciaron las negociaciones, con un documento sometido a debate en la mesa del diálogo social, y las cuestiones que suscitaba en punto a seguir con un debate que, ciertamente, ya tenía como punto de referencia obligada a tomar en consideración la jurisprudencia del TS. Todo ello, se decía, “a fin de adaptar la ley a la realidad social, para lograr un mercado de trabajo más justo y flexible, y para atajar las conductas que atenten contra los derechos de los trabajadores y nuestro sistema de Seguridad Social”.

El documento llevaba por título “Anteproyecto de Ley contra la huida del Derecho del Trabajo a través de las nuevas tecnologías”. Se anunciaba que la futura norma pretendía “articular de manera segura y con las certezas necesarias para los distintos sujetos implicados, una realidad económica nueva que debe garantizar la protección de quienes son trabajadores, aun cuando puedan prestar servicios de un modo que se aparta del tradicional -trabajo esporádico o intermitente, sin un lugar físico determinado, sin jornada ni horario preestablecido, con una retribución por hora de trabajo-, pero que están o pueden estar sometidos al control de la prestación, a un poder informático y tecnológico de nivel superior sobre los procesos y los resultados”. En definitiva, el objetivo perseguido debía ser “proporcionar una regulación suficiente que dé respuestas adecuadas al fenómeno descrito aclarando las notas de laboralidad y distinguiendo lo accesorio o instrumental- el uso de los medios tecnológicos- de lo esencial- la existencia de auténticas relaciones subordinadas y dependientes prestadas dentro del círculo rector y organizativo de la empresa, evitando el uso desproporcionado de soluciones judiciales a veces contradictorias, con la inseguridad jurídica y la desprotección que esto genera para las personas trabajadoras afectadas”. De lograr tal objetivo ello permitiría igualmente, según el documento sometido a consulta, “diferenciar el régimen jurídico de situaciones que tienen como único denominador común el uso de plataformas o medios digitales, pero en las que concurren aspectos esenciales diferenciados, potenciando un uso seguro de las nuevas tecnologías como fórmulas flexibles de prestación del trabajo por cuenta propia, con el valor añadido de una descentralización productiva eficiente y cualificada que se encuentra en la base

misma del desarrollo de trabajos susceptibles de ser desempeñados en régimen de autonomía, y que no es posible asumir por parte de las empresas”.

El denominado Anteproyecto de Ley, presentado como primer documento, constaba sólo de tres artículos y una disposición adicional pero todos ellos con una trascendencia jurídica innegable, en especial la regulación ex novo de una inclusión declarativa en la LET, a imagen y semejanza, pero justamente desde una perspectiva totalmente contraria, de la exclusión que llevó a cabo la Ley 11/1994 de 19 de mayo, de “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”.

El art. 1 definía cuál es el objetivo de la norma, en sintonía con lo anteriormente expuesto, si bien con un lenguaje mucho más claro y directo: por una parte, “evitar la huida del derecho del trabajo eventualmente propiciada por las nuevas formas de prestación de servicios a través de las nuevas tecnologías, en especial de las plataformas digitales”; por otra, como contrapunto de la anterior y desde un enfoque empresarial, “la protección de la competencia leal entre las empresas a cuyos servicios acceden las personas consumidoras a través de plataformas digitales”, por entender, y con acierto a mi parecer, que esa regulación sería “en interés de todas las empresas y personas que participan en el mercado”. El texto presentado a debate se refería a dos ámbitos de actividad (según lo dispuesto en la nueva DA 23ª de la LET que se proponía incorporar), los de “reparto o distribución de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceras personas” y “servicios en el ámbito del hogar familiar”, si bien dejando la puerta abierta a su ampliación a otros sectores de actividad en donde las empresas de la economía de plataforma tienen una importante presencia.

La nueva DA 23ª sería el eje central de la nueva normativa, que apuesta fundamentalmente a mi parecer por potenciar la tesis de la ajenidad en el mercado que tan brillantemente construyera el profesor Manuel Ramón Alarcón en el ya lejano año 1986⁴, año que, casualidades de la vida, fue el mismo en el que se dictó la histórica sentencia del TS sobre los mensajeros en la que se reconoció la laboralidad de la prestación, y que se encuentra ya plenamente plasmada en la jurisprudencia del TS, con el valor fundamental dado a la aplicación informática con la que operan tanto repartidores como clientes y que es propiedad de la empresa, y puede también encontrar perfecta acogida en la Directiva 1152/2019. Además, se aprovechaba la oportunidad para redefinir la figura jurídica del sujeto empleador.

⁴ “La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo”. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 28, 1986, págs. 495 – 544.

La redacción propuesta de la nueva DA era la siguiente:

“1. La inclusión en el ámbito de organización y dirección de la empresa, y en consecuencia, las condiciones establecidas en el artículo 1.1 de esta norma, concurren cuando el ejercicio por parte del empleador o empleadora de las prerrogativas de organización y dirección se efectúa de forma implícita, especialmente cuando la persona que presta los servicios pueda ver afectadas sus condiciones de trabajo, el mantenimiento de su empleo, el volumen del mismo o la retribución, como consecuencia de la autonomía en la forma de prestar el trabajo o en el cumplimiento de las condiciones que pudieran haberse establecido, incluyendo la libertad de horario”.

2. Concorre la condición de empleador o empleadora, en los términos establecidos en el artículo 1.2 de la presente norma, en la persona física o jurídica o comunidad de bienes, proveedora de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales cuando sea el agente primordial de la actividad en el mercado, bien por realizar una labor de coordinación y organización del servicio productivo, bien por disponer de los activos clave para su ejecución.

3. Está incluida en el ámbito de aplicación de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos a través de cualquier clase de medios, incluidos los tecnológicos o derivados de algoritmos, bajo el control, aún indirecto o derivado, en su caso, de operaciones matemáticas, de la que ofrece este servicio, en los siguientes ámbitos:

- a) Reparto o distribución de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceras personas
- b) Servicios en el ámbito del hogar familiar”.

El texto analizado en la segunda reunión fue el documento presentado por las organizaciones sindicales y que ciertamente fue aceptado en gran medida por el MTES, La “contrapropuesta” aceptó todas las aportaciones sindicales a los preceptos cuya modificación se proponía, con la única excepción de la relativa al art. 43 de la LET, regulador de la cesión de trabajadores, que fue rechazada.

Ahora bien, sí hubo modificaciones en la segunda redacción propuesta por el MITES de la DA 23ª con respecto a la propuesta sindical, que a mi parecer tenían por finalidad, sin entrar en absoluto en contradicción en el fondo de aquella, acotar y precisar más jurídicamente a qué personas trabajadoras y a qué empresas afectaría la norma. Adjunto el texto comparado de la propuesta sindical y de la del MTES. La letra negrita de la propuesta sindical se refiere a las modificaciones introducidas a la primera versión del MTES.

Propuesta sindical	Contrapropuesta MTES
<p>Inclusiones declarativas en el ámbito de esta ley</p> <p>1. Se encuentran dentro del ámbito de aplicación de esta ley las personas contratadas para la prestación de servicios a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la forma o modalidad en la que esta se abone por proveedores de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales.</p> <p>Las notas de dependencia y ajenidad a las que se refiere el artículo 1.1 de esta ley concurren aun cuando las prerrogativas de organización, dirección y control se realicen mediante la gestión algorítmica del servicio. Entre otras fórmulas, concurren cuando el control del servicio prestado se realiza mediante instrumentos digitales que permiten el seguimiento, geolocalización, verificación de las circunstancias de cumplimiento del encargo, la valoración o supervisión efectuada por clientes o destinatarios finales. También concurren cuando la persona que presta los servicios pueda ver afectadas sus condiciones de trabajo, el mantenimiento de su empleo, el volumen del mismo o la retribución, como consecuencia de la autonomía en la forma de prestar el trabajo o en el cumplimiento de las condiciones que pudieran haberse establecido, incluyendo la libertad de horario, y aun cuando exista utilización habitual por parte de quien presta servicios de equipos y herramientas de su propiedad en el desarrollo de la actividad laboral.</p>	<p><i>Inclusiones declarativas en el ámbito de esta ley</i></p> <p><i>1. Se presume existente una relación laboral en los términos del apartado 1.1 de esta ley entre las personas contratadas por proveedores de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales, y las personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes titulares de dichas plataformas, cuando las facultades de organización, dirección y control de la actividad laboral se ejerciten mediante la gestión algorítmica del servicio, manifestándose de forma implícita a través de la fijación indirecta de las condiciones de trabajo, cuando la ejecución de la actividad laboral por parte de las personas trabajadoras, dentro de los términos flexibles acordados o establecidos, tenga repercusión en el mantenimiento o volumen de su empleo, en su retribución o en cualesquiera otras condiciones de trabajo.</i></p>

Propuesta sindical	Contrapropuesta MTES
<p>2. Concorre la condición de empleador o empleadora, en los términos establecidos en el artículo 1.2 de la presente norma, en la persona física o jurídica o comunidad de bienes, proveedora de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales cuando sea el agente primordial de la actividad en el mercado, bien por realizar una labor de coordinación y organización del servicio productivo, bien por disponer, por sí misma o a través de otra persona física, jurídica o comunidad de bienes de los activos clave para su ejecución o por haber concertado todo o parte de la ejecución de servicios por otros.</p> <p>No tendrán la consideración de activos clave para la ejecución del servicio los equipos, herramientas o elementos que se usan en la prestación aportados por la persona trabajadora.</p> <p>3. La inclusión de estas relaciones en el ámbito de aplicación de esta ley conlleva, entre los demás derechos y obligaciones propios del contrato de trabajo, que la dotación y el mantenimiento de los medios, equipos y herramientas vinculados al desarrollo de la actividad así como a la totalidad de los gastos derivados de la misma corresponden a la empresa.</p> <p>De igual forma, sin perjuicio de la potestad disciplinaria que pueda ejercerse en su caso por la empleadora, las personas trabajadoras no responden frente al cliente ni asumen el riesgo del buen fin del servicio.</p>	<p>2. Concorre la condición de empleador o empleadora, en los términos establecidos en el artículo 1.2 de la presente norma, en la persona física o jurídica o comunidad de bienes, proveedora de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales cuando sea el agente primordial o promotor de la actividad en el mercado, bien por realizar una labor de coordinación y organización del servicio productivo, bien por disponer por sí misma o a través de otra u otras persona física, jurídica o comunidad de bienes de los activos clave para su ejecución o por haber concertado todo o parte de la ejecución del servicio con otros.</p>

Propuesta sindical	Contrapropuesta MTES
<p>4. La representación legal de las personas trabajadoras 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”</p> <p>3. Están incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos, en cualquier actividad, a través de cualquier clase de medios, incluidos los tecnológicos o derivados de algoritmos, bajo el control, aún indirecto o derivado, en su caso, de operaciones matemáticas, de la que ofrece este servicio. Entre otras, están incluidas:</p> <p>a) Reparto o distribución de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceras personas</p> <p>b) Servicios en el ámbito del hogar familiar</p>	<p>3. <i>De conformidad con lo dispuesto en los puntos 1 y 2, está incluido en el ámbito de aplicación de esta ley el trabajo de las personas que presten servicios retribuidos bajo el poder de organización, dirección y control de un empleador o empleadora que los ejerce a través de la gestión algorítmica del servicio, entre otras, en las actividades de:</i></p> <p><i>a) Reparto o distribución de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceras personas</i></p> <p><i>b) Servicios en el ámbito del hogar familiar</i></p>

Durante el proceso negociador, un nuevo documento ministerial redujo el ámbito de aplicación de la nueva regulación básicamente al sector de la restauración (recuérdese que es al que le afecta directamente la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Social del TS el 25 de septiembre en el caso Glovo), mientras que las organizaciones sindicales consideraban que la regulación debía ser de aplicación a todas las empresas que trabajan en las mismas condiciones respecto a la organización de su trabajo para el personal que les presta servicios y que aparece formalmente considerado como sujeto acogido al régimen del trabajo autónomo.

Paso a continuación al examen del documento presentado en la mesa del diálogo social por parte de las organizaciones sindicales el 3 de diciembre, como contrapropuesta al texto del MITEs presentado el 26 de noviembre.

Propuesta MITES	Propuesta sindical
<p>Inclusiones declarativas en el ámbito de esta ley</p> <p>1. Se presume existente una relación laboral en los términos del apartado 1.1 de esta ley entre las personas contratadas por proveedores de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales, y las personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes titulares de dichas plataformas, cuando las facultades de organización, dirección y control de la actividad laboral se ejerciten mediante la gestión algorítmica del servicio, manifestándose de forma implícita a través de la fijación indirecta de las condiciones de trabajo, cuando la ejecución de la actividad laboral por parte de las personas trabajadoras, dentro de los términos flexibles acordados o establecidos, tenga repercusión en el mantenimiento o volumen de su empleo, en su retribución o en cualesquiera otras condiciones de trabajo.</p> <p>2. Concorre la condición de empleador o empleadora, en los términos establecidos en el artículo 1.2 de la presente norma, en la persona física o jurídica o comunidad de bienes, proveedora de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales cuando sea el agente primordial o promotor de la actividad en el mercado, bien por realizar una labor de coordinación y organización del servicio productivo, bien por disponer por sí misma o a través de</p>	<p><i>Inclusiones declarativas en el ámbito de esta ley</i></p> <p><i>1. Están incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley aquellas actividades respecto de las cuales las facultades de organización, dirección o control se manifiesten de forma implícita, especialmente a través de la fijación indirecta de las condiciones de trabajo o cuando la ejecución de la actividad laboral por parte de las personas trabajadoras, dentro de los términos flexibles acordados o establecidos, pueda tener repercusión en el mantenimiento o volumen de su empleo, en su retribución o en cualesquiera condiciones de trabajo.</i></p> <p><i>2. La condición de empleador conforme al artículo 1.2 de esta ley concurre en las empresas proveedoras de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos informáticos o digitales cuando estas sean el agente principal de la actividad en el mercado o cuando aporten o controlen los activos esenciales para su ejecución o cuando las facultades empresariales de organización, dirección o control se manifiesten de forma implícita en los términos establecidos en el apartado anterior.</i></p>

Propuesta MITES	Propuesta sindical
<p>otra u otras persona física, jurídica o comunidad de bienes de los activos clave para su ejecución o por haber concertado todo o parte de la ejecución del servicio con otros.</p> <p>3. De conformidad con lo dispuesto en los puntos 1 y 2, está incluido en el ámbito de aplicación de esta ley el trabajo de las personas que presten servicios retribuidos bajo el poder de organización, dirección y control de un empleador o empleadora que los ejerce a través de la gestión algorítmica del servicio, entre otras, en las actividades de:</p> <p>a) Reparto o distribución de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceras personas</p> <p>b) Servicios en el ámbito del hogar familiar</p>	<p>3. <i>De conformidad con lo dispuesto en los dos apartados anteriores, se encuentra dentro del ámbito de aplicación de esta ley el trabajo de las personas que prestan servicios retribuidos cualquiera que sea la forma o modalidad en que se esta se abone, en la actividad consistente en el reparto o distribución, por parte de una proveedora de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos informáticos o digitales.</i></p> <p><i>La inclusión de estas relaciones en el ámbito de aplicación de esta ley conlleva, entre los demás derechos y obligaciones propios del contrato de trabajo, que la dotación y el mantenimiento de los medios, equipos y herramientas vinculados al desarrollo de la actividad laboral así como la totalidad de los gastos derivados de la misma corresponden a la empresa.</i></p>

En el acuerdo de gobierno PSOE-UP de 30 de diciembre de 2019, y en el bloque dedicado a “consolidar el crecimiento y la creación de empleo de calidad”, se incluía un apartado dedicado al impulso de la lucha contra el fraude laboral siendo una de las áreas en la que debían concentrarse los esfuerzos la siguiente: “Impulsaremos la lucha contra el fraude laboral: “identificaremos relaciones extra laborales que deberían articularse a través de contratos de trabajo como por ejemplo falsos autónomos, falsos cooperativistas y falsos becarios. Perseguiremos el fraude de los falsos autónomos, prestando especial atención a las situaciones en las que los ingresos obtenidos por los trabajadores y las trabajadoras procedan de un único cliente o empleador”.

Y en efecto, el MITES había intentado un acuerdo con las organizaciones sindicales y empresariales, en la mesa del diálogo social, para lograr la regulación normativa laboral asalariada de la prestación de servicios de quienes lo llevan

a cabo para empresas de la economía de plataformas, y no únicamente, aunque sin duda sería una parte muy importante, de quienes trabajan para las empresas de restauración. No fue posible que ese acuerdo, trasladado después al ámbito normativo, viera la luz en 2020. En el balance de la actividad de 2020, el MITES daba debida cuenta de que el dialogo social “continúa trabajando, con varias mesas abiertas, entre ellas la que aborda la regulación de los falsos autónomos, uno de los compromisos del Ejecutivo”.

En una reunión posterior, celebrada el 20 de enero, el MITES presentó una nueva propuesta bastante más escueta, desde luego, que otros documentos con los que se había trabajado con anterioridad en la mesa del diálogo social, tanto presentados por el MITES como por las organizaciones sindicales.

La modificación de la LET radicaría en la incorporación de una nueva disposición adicional vigésimo tercera, con el título, no causal en absoluto a mi parecer, de “Inclusiones declarativas en el ámbito de esta ley”, y digo que no es casual porque aquello que pretendía el legislador, o al menos así me lo parece, era reforzar para un sector concreto de actividad y para las personas que prestan sus servicios en empresas de dicho sector, la nota de laboralidad de la prestación que ya existiría claramente a mi entender (y por supuestos en el del TS y de todas las sentencias de TSJ, menos unas, que han debido pronunciarse al respecto) si se aplica correctamente el art. 1, y el art. 8.1 de la LET, pero que las empresas habían tratado de desvirtuar por la vía de formalización de contratos aparentemente con trabajadores autónomos y más aparentemente aún con una autonomía organizativa y de prestación de servicios que “la realidad de las cosas”, es decir cómo se trabaja realmente, han desmontado de manera gradual y paulatina, siendo aquí digno de elogio el trabajo llevado a cabo por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La redacción propuesta era fruto, así me lo parece, de muchas idas y vueltas de las propuestas ministeriales y de las presentadas por las organizaciones sindicales, hasta intentar llegar a un punto de síntesis que en cualquier caso debe tener como punto de referencia obligada la reciente sentencia del TS de 25 de septiembre, y afecta de forma expresa a las empresas de restauración que son las que se han visto implicadas en los conflictos que han llegado a los juzgados y tribunales.

La redacción propuesta en el último documento ministerial era la siguiente:

“1. En aplicación de lo previsto en esta ley, concurre la condición de empleadora en aquellas empresas proveedoras de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos informáticos o digitales que sean agente primordial de la actividad en el mercado o aporten o controlen los activos esenciales, aun cuando las facultades empresariales de organización, dirección o control se manifiesten de forma implícita o indirecta, sea o no a través de la gestión algorítmica del servicio, incluyendo los supuestos en que una eventual flexibilidad por parte de la persona trabajadora en la ejecución del trabajo sea solo

aparente, bien llevar aparejada la posibilidad de cualquier consecuencia negativa o perjuicio algorítmico, bien poder tener repercusión en el mantenimiento de su trabajo, en su volumen o en el resto de sus condiciones de trabajo.

2. De conformidad con lo previsto en el apartado anterior, se entienden incluidas en el ámbito de esta ley las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución por parte de una proveedora de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos informáticos o digitales, de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceros, a través de cualquier clase de medios, incluidos los tecnológicos o derivados de algoritmos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1.3 de esta norma”.

De la redacción del precepto me surgían algunas cuestiones que paso a exponer:

Mientras que el primer párrafo se refería con carácter general a todas las empresas que se ajustaran a los criterios fijados, en el segundo se hacía una mención expresa a las empresas, permítaseme la síntesis, de los repartidores. Por consiguiente, parece que el legislador quería reforzar el segundo flanco, mientras que no se cerraba la puerta en modo alguno a que la norma fuera de aplicación a todas aquellas que se encuadren en el primer grupo.

Por ello, y aún sin citarlo, la nueva disposición adicional reformularía el concepto de sujeto empleador incluido en el art. 1.2 LET, ampliándolo para dar cabida a toda empresa que sea la auténtica empleadora y con independencia del mayor o menor grado de flexibilidad en la prestación de sus servicios por parte del personal.

La terminología a que las facultades empresariales de organización, dirección o control “se manifiesten de forma implícita o indirecta, sea o no a través de la gestión algorítmica del servicio”, parece querer dar cumplimiento a los criterios que han ido elaborándose por los TSJ y el TS para reconocer la existencia de relación de trabajo cuando aparentemente no lo fuera, y esta tesis se ve a mi parecer reforzada por las afirmaciones que se contienen con posterioridad en el precepto, esto es las de ratificación de esa presunción de laboralidad en la que se incluirán “los supuestos en que una eventual flexibilidad por parte de la persona trabajadora en la ejecución del trabajo sea solo aparente, bien llevar aparejada la posibilidad de cualquier consecuencia negativa o perjuicio algorítmico, bien poder tener repercusión en el mantenimiento de su trabajo, en su volumen o en el resto de sus condiciones de trabajo”, manifestaciones que como es bien sabido son aquellas relativas a las cuestiones problemáticas que se han suscitado en prácticamente todos los conflictos que han llegado a los juzgados y tribunales.

3.3. La obtención del acuerdo

En la reunión celebrada el 23 de febrero por la mesa tripartita del diálogo social el MITES puso sobre la mesa una nueva propuesta, que pretendía ser la última, sobre la regulación del trabajo de las personas que prestan servicios de reparto para las empresas de la economía de plataformas, que llevaba por título “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”.

Obsérvese la diferencia significativa, que obviamente se trasladará después a su contenido, con el título del primer documento sometido a debate, “Anteproyecto de Ley contra la huida del Derecho del Trabajo a través de las nuevas tecnologías”, con el carácter pretendidamente omnicomprendivo de este y el mucho más limitado, a un solo tipo de empresas en un único sector de actividad, del segundo.

El texto, contenía un artículo con dos apartados y una disposición final única en la que se disponía que la norma entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Al objeto de mi estudio, interesa destacar la incorporación de una nueva disposición adicional vigesimotercera en la LET, que llevaría por título “Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto” y con este contenido “Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, 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. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma”.

Dicha presunción entiendo que ya queda claramente recogida tanto en el marco normativo vigente, en una interpretación integradora y flexible, atendiendo a la realidad de las nuevas realidades organizativas y productivas empresariales, tanto del art. 11 como del 8.1 de la LET y poniéndolo en relación con la exposición de motivos y el texto articulado de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE, si bien la nueva redacción no dejaría lugar a dudas, reforzando la presunción de laboralidad, cuando estuviéramos en presencia de un sujeto empleador que ejerza las facultades empresariales en los términos previstos en dicha propuesta, y limitándose de momento a las empresas de reparto de productos, lo cual deja dudas e interrogantes sobre la regulación contractual en otras empresas de otros sectores de actividad de la economía de plataformas y que pueden estar también perfectamente afectados por la presunción de laboralidad ya vigente en el art. 8.1 LET.

Finalmente, el 10 de marzo hubo acuerdo sobre la regulación objeto de atención en este artículo, que quedó plasmada en un comunicado conjunto del MITES y las organizaciones sindicales y empresariales, titulado “El Gobierno y los interlocutores sociales alcanzan un acuerdo sobre los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto a través de plataformas digitales”. En dicho, breve, comunicado, se explicaba que “Se reconoce la presunción de laboralidad para los trabajadores que presten servicios retribuidos de reparto a través de empresas que gestionan esta labor mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Además de lo anterior, y para todos los ámbitos, la representación legal de los trabajadores deberá ser informada de las reglas que encierran los algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial que pueden incidir en las condiciones laborales por las que se rigen las plataformas, incluyendo el acceso y mantenimiento del empleo y la elaboración de perfiles”. En cuanto al contenido de la norma, se procede a la modificación de la LET mediante la introducción de una nueva disposición adicional vigesimotercera, por una parte, y de una nueva letra, d) al art. 64, que recordemos que regula los derechos de información y consulta y competencias de la representación del personal en la empresa. Procederé a la explicación del contenido de la nueva DA 23^a en el epígrafe posterior, una vez que ya vio la luz pública en el BOE de 12 de mayo.

4. LA PRESUNCIÓN REFORZADA DE LABORALIDAD EN EL RDL 9/2021 DE 11 DE MAYO

El Consejo de Ministros celebrado el martes 11 de mayo, aprobó un nuevo RDL, núm. 9 de 2021 que modifica la LET. El texto se publicó en el BOE al día siguiente, y su disposición final segunda dispone que entrará en vigor a los tres meses de su publicación, es decir el 12 de agosto. El citado texto procede a la modificación de la LET, según se recoge expresamente en su título, “para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales

Poco podían imaginarse quienes realizan este trabajo, las y los repartidores, mensajeros o riders, que iban a ser objeto de tanta atención (bueno, no exactamente ello sino las condiciones en que desarrollan su actividad) por los medios de comunicación y redes sociales, por el mundo académico, por la ITSS, y por los Juzgados y Tribunales laborales, aunque muy probablemente ello no hubiera existido si las relaciones de trabajo se hubieran conceptualizado desde sus inicios como lo que realmente son y así ha sido declarado por la inmensa mayoría de sentencias de JS y de TSJ de Justicia, y por supuesto por el TS, es decir relaciones laborales contractuales por cuenta ajena, a las que son de aplicación la normativa laboral y de Seguridad Social general.

La nueva norma ha provocado, desde el día de su aprobación un muy amplio número de análisis y comentarios por la doctrina académica laboralista, por profesionales de la abogacía y graduados sociales, escudriñando ya con mucha atención las modificaciones incorporadas a la LET, tanto por lo que se refiere a la laboralidad de los repartidores como en cuanto al derecho a la información que se reconoce a la representación del personal sobre los algoritmos utilizados por la empresa en la organización del trabajo. Se ha destacado la importancia del acogimiento en sede normativa de la tesis del TS y se ha recalcado que “la norma viene a poner fin a un debate jurídico que estaba ya terminado, por más que algunas plataformas se empeñaran en mantenerlo vivo”, al mismo tiempo que ha destacado, y con razón, la importancia de la modificación operada en el art. 64 de la LET ya que la norma “afecta a todas las empresas, cuando modifica el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores con carácter general”⁵. Cuestión distinta, ya la apunto, es la problemática que puede suscitarse, de hecho ya se suscita, si se acude a la subcontratación por parte de estas empresas y en realidad la empresa que pone a disposición los trabajadores contratados, aun cuando tenga entidad propia conforme a derecho, no cumpla con las obligaciones empresariales propiamente dichas y que en realidad estarían a cargo de las empresas de reparto que aunque no contraten directamente siguen teniendo efectivamente el poder de dirección y organización de la actividad empresarial.

Como es lógico, no han faltado las valoraciones de las organizaciones sindicales, tanto las que han estado presente en la mesa del diálogo social y en la que se cerró a mediados de marzo el acuerdo que ahora se ha convertido en norma legal, como quienes no estuvieron y que manifiestan duras críticas al nuevo texto. Por el contrario, se observa silencio en las organizaciones empresariales, muy probablemente porque ya se manifestaron al respecto sobre el acuerdo social, y también sin duda por las disputas y polémicas que el texto, y más exactamente el reconocimiento de la laboralidad de los repartidores, ha provocado entre las empresas del sector.

La lectura de los artículos publicados sobre el RDL 9/2021 permiten tener una visión más amplia no solo de su contenido sino también de su importancia, y de las dudas jurídicas que plantea su redacción y de las interpretaciones que pueden efectuarse tanto de la laboralidad como de la información reconocida a la representación del personal sobre los algoritmos.

Tampoco cabe olvidar que sigue habiendo un sector doctrinal que mantiene la bandera de una regulación propia y diferenciada para este colectivo de la del personal trabajador por cuenta ajena, apoyándose en su interpretación de las normas comunitarias y de la regulación existente en otros países europeos, si bien se olvida,

⁵ Rodríguez-Piñero Royo, M. “Por fin la ley Rider” <http://grupo.us.es/iwpr/2021/05/13/por-fin-la-ley-rider/> (consulta: 15 de junio).

o más bien no lo trata, de aquello que, basándose en la realidad de la prestación, han debido juzgar los juzgados y tribunales laborales españoles, y previamente en varios casos muy relevantes la ITSS en sus actuaciones por presunta (y después confirmada en sede judicial) vulneración de la normativa en materia de Seguridad Social.

Dividiré mi exposición en estos bloques: en primer lugar, me detendré en el valor del acuerdo alcanzado en la mesa del diálogo social, algo en lo que se ha detenido la doctrina laboralista⁶ Analizaré a continuación el preámbulo de la norma, que sorprendentemente ha pasado, al menos hasta este momento casi desapercibido para quienes han analizado la norma, con alguna excepción⁷ Seguirá después el examen de la nueva disposición adicional vigésimo tercera de la LET y la polémica jurídica suscitada sobre el tipo de presunción plasmado en la norma, *iuris tantum*, algo más que fuerte, casi *iuris et de iure*, no compartiendo la tesis de quien sostiene⁸ que “el ámbito de aplicación de la presunción general parece quedar reducido”. La bondad jurídica de la reforma ha sido expresamente destacada⁹ al afirmar que el legislador no ha considerado a los repartidores como “menores necesitados de protección”, sino que “lo que ha hecho es clarificar y dar certidumbre a una relación que se encontraba al margen del derecho social, en un intento de equilibrar la situación de los miembros integrantes de esta forma de trabajar con quienes se sirven de su actividad”.

4.1 El valor del acuerdo

La primera parte estaría dedicada a destacar la importancia del acuerdo alcanzado en la mesa del diálogo social y ahora ya incorporado a una norma

⁶ Cruz Villalón, J. “Una presunción plena de laboralidad de los riders” <https://jesusercruzvillalon.blogspot.com/2021/05/una-presuncion-plena-de-laboralidad-de.html> (consulta: 14 de junio); Baylos Grau, A. “Por fin la norma sobre los repartidores de plataformas (Ley riders)” <https://baylos.blogspot.com/2021/05/por-fin-la-norma-sobre-los-repartidores.html> (consulta: 14 de junio); Pérez del Prado, D. “La ley rider: un muy buen comienzo” <https://forodelabos.blogspot.com/2021/05/la-ley-rider-un-muy-buen-comienzo.html> (consulta: 15 de junio).

⁷ Además del artículo del profesor A. Baylos, vid Molina Navarrete, C. “La “Ley” de personas repartidoras en plataformas online (“riders”): ¿pequeño paso legal, gran paso para humanizar el precariado digital? <https://www.transformaw.com/blog/la-ley-de-personas-repartidoras-en-plataformas-online-riders-pequeno-paso-legal-gran-paso-para-humanizar-el-precariado-digital/> (consulta: 17 de junio).

⁸ Todolí Signes, A. “Nueva Ley Rider. Texto y un pequeño comentario a la norma”. <https://adriantodoli.com/2021/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma/> (consulta: 14 de junio).

⁹ Eguaras Mendiri, F. “Paternalismo y Derecho Laboral”. *Revista Jurisdicción Social*, núm. 222, mayo 2021, págs. 12-29. <http://www.juecesdemocracia.es/2021/06/02/revista-jurisdiccion-social-222-mayo-2021/>

legal sin tocar una coma de su contenido, acompañado de un amplio y detallado preámbulo de explicación y justificación del texto articulado y de la necesidad de su aprobación por la vía de un RDL, es decir por motivos de extraordinaria y urgente necesidad según lo dispuesto en el art. 86 de la Constitución.

Quienes hemos seguido desde su inicio las conversaciones y negociaciones sobre la regulación de la relación jurídica del personal dedicado al reparto en el ámbito de las empresas de la economía de plataformas, o como reza el título del RDL “en el ámbito de plataformas digitales”, y hemos tenido acceso a información de primera mano sobre su desarrollo, sus avances y retrocesos, sus dimes y diretes, su posible fracaso por la imposibilidad de llegar a un acuerdo y quedando entonces obligado el gobierno a regular unilateralmente la relación, sabemos que no ha sido un camino de rosas y que ha habido muchas espinas en el camino, y que las expectativas generadas por los primeros documentos eran, probablemente, bastante exageradas con respecto a la posibilidad de alcanzar un acuerdo tripartito, sin olvidar ni mucho menos las distintas “sensibilidades” que sobre la regulación del personal de reparto en tales empresas, y en general de todo aquel que trabaja para las plataformas digitales, existen en el seno del gobierno, ya que no son ningún secreto las diferencias existentes entre las áreas social y económica.

Por tanto, el acuerdo finalmente alcanzado puede decepcionar a quienes leen únicamente el texto final, y por supuesto también a quienes han sido sujetos activos de la negociación (la UGT ha valorado positivamente la norma, pero ha criticado con dureza que no se haya ido más lejos por la actitud empresarial y por no haber impuesto el MITES tesis más contundentes jurídicamente hablando), y ya he escuchado en más de una ocasión el conocido refrán “para ese viaje no se necesitan tantas alforjas”. Así, desde sectores sindicales o asociativos muy beligerantes con la situación que ha provocado tanta conflictividad judicial, si bien se ha reconocido que “siempre es más positivo todo fortalecimiento de presunción de ser un asalariado de la empresa”, se critica que la norma solo “presume” y no “obligue”, y de ahí se deduce, algo que ciertamente puede ocurrir pero que no creo que sea por donde se encauce la estrategia empresarial, que “...los litigios judiciales continuarán, las empresas no cambiarán su posicionamiento porque el ‘problema’ continúa individualizado”¹⁰ En la misma línea, se afirma que seguirá habiendo conflictos sobre la existencia de la relación laboral asalariada y se critica duramente (quizás olvidando que toda negociación tiene contrapartidas, ya se compartan o no), que el MITES “finalmente ha querido contentar a la patronal y poco a los trabajadores”.¹¹

¹⁰CGT de Catalunya. « Ley Rider : mucho ruido para nada ». <https://www.tercerainformacion.es/articulo/catalunya/11/05/2021/cgt-de-catalunya-ley-rider-mucho-ruido-para-nada/> (consulta: 14 de junio).

¹¹ ridersxderechos. “Un paso insuficiente, nada que celebrar”. <https://www.ridersxderechos.org/?p=3260> (consulta: 13 de junio).

Sin embargo, no cabe reducir el valor del acuerdo, y así ha sido subrayado¹² compartiendo por mi parte su tesis de que “el hecho de que esta novedad legal se haya producido a resultas de un laborioso acuerdo de concertación social refuerza la legitimidad de la medida y le otorga dosis superiores de eficacia y efectividad”. Respaldo del diálogo social que también ha sido valorado positivamente y pidiendo más al gobierno en la regulación del trabajo en plataformas digitales al afirmar que “el diálogo social (y la acción del Gobierno) debiera plantearse cuáles han de ser los siguientes pasos en la regulación de esta forma particular de prestación de servicios”¹³. En parecidos términos¹⁴, se manifestaba que “estamos una norma que posee la gran virtud de venir avalada por un acuerdo tripartito en el que han participado activamente los representantes de los empresarios y que sirve para consolidar a nivel normativo los resultados de un proceso de calificación como laboral de la actividad de los trabajadores de las plataformas digitales previamente zanjado a nivel jurisprudencial”. En fin, la importancia de un acuerdo ha sido también destacada¹⁵ al recordar que “la negociación, larga y complicada entre las partes sociales en una mesa de diálogo que se constituyó a finales de octubre de 2020, se prolongó hasta llegar al acuerdo alcanzado el 10 de marzo de este año, cinco meses después”.

Una negociación compleja, no solo desde su inicio sino por las influencias y presiones que las plataformas de reparto ha ejercido sobre el mundo político y sindical, y por supuesto también sobre su personal, desde que se iniciaron los primeros conflictos, y de ello da buena y detallada cuenta el informe de la UGT “Análisis de la presión política y social de las plataformas de reparto”¹⁶, que pone “blanco sobre negro” todas y cada una de las actuaciones empresariales más allá del mundo jurídico. La introducción no deja lugar a dudas de aquello que ha pretendido explicar el documento: “Este informe trata, precisamente, sobre la presión que han ejercido en el colectivo de repartidores en busca de dar paso a un movimiento que las respaldara: las asociaciones pro-plataformas. Un grupo de trabajadores que defiende a rajatabla el modelo instaurado por las empresas y que intentan impedir cualquier introducción de normas mínimas en el sector. Bajo esa meta, han librado una intensa campaña para imponer una verdad específica: la ley los precarizará

¹²Vid. artículo del profesor Cruz Villalón.

¹³Vid artículo del profesor Pérez del Prado.

¹⁴Sanguinetti Raymond, W. “La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad” <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2021/05/15/la-presuncion-de-laboralidad-de-los-riders-o-como-se-consiguio-la-cuadratura-del-circulo-de-la-laboralidad/> (consulta: 14 de junio).

¹⁵Vid artículo del profesor Baylos Grau.

¹⁶https://www.ugt.es/sites/default/files/analisis_presion_politica_social_plataformas_reparto-informe.pdf (consulta: 12 de junio).

y les quitará el empleo. Para ello, han estado dispuestas a utilizar todo tipo de medios, cayendo deliberadamente en la persecución y represión sindical”.

Y para quienes descalifiquen, o minusvaloren, el texto por su contenido, me permito recordar que los tribunales laborales, y muy especialmente el TS, han destacado la relevancia de acuerdos alcanzados en procedimientos de despidos colectivos para reconocer su validez cuando han sido suscritos por un número de representantes del banco social que llevaban consigo la representación de un elevado porcentaje de los trabajadores afectados por los despidos; o lo que es lo mismo, han valorado la importancia del acuerdo alcanzado entre los sujetos negociadores. ¿No les parece que podría aplicarse el mismo criterio, más reforzado aún ya que se trata de un acuerdo sin fisuras, cuando, hipotéticamente hablando, se vuelva a plantear un conflicto en sede judicial sobre la laboralidad de la prestación del personal de reparto, de tal manera que no sea solo la presunción, más que fuerte, de laboralidad plasmada en la nueva disposición adicional de la LET, sino el reconocimiento pleno de dicha laboralidad por los agentes sociales, el que deba llevar a juzgados y tribunales a tomarlo en consideración?

Quede aquí una reflexión, y propuesta para debate, que lleva a mi conclusión de que un acuerdo siempre es relevante, tanto por el valor de fortalecimiento social de los sujetos negociadores como por su impacto en la interpretación de la norma que lo ha acogido.

4.2. Examen del preámbulo de la norma

Pasemos al segundo bloque, el relativo al examen del preámbulo de la norma, en el que indudablemente se nota el buen conocimiento del mundo del trabajo y de la normativa laboral y de su interpretación jurisprudencial por parte de quienes lo han redactado, y que, tal como he indicado con anterioridad, ha pasado hasta el momento bastante desapercibido, al salvo de algunas excepciones como he indicado con anterioridad.

La primera tesis o idea central del texto es la necesidad de compatibilizar los avances tecnológicos con el progreso de la sociedad, de toda la sociedad, jugando un papel relevante el acuerdo social y la normativa laboral para lograr que las mejoras que posibilitan tales avances (un tanto quizás exageradamente se habla de “revolución tecnológica”) vayan de la mano con la protección de las personas trabajadoras, que son la parte o el eslabón más débil de la relación contractual, y todo ello en el marco, bien planteado y que debe ser concretado en cada empresa de “la gestión de los recursos humanos y mejora de la productividad de las empresas”.

Tras explicar sucintamente el contenido de la norma, que no se olvide que presta atención primeramente a la nueva redacción del art. 64 LET y más adelante a la nueva disposición adicional (algo completamente lógico ciertamente, pero que se presentaba en orden contrario en algunos documentos presentados durante los

debates), se resalta el buen y riguroso trabajo de la ITSS para “descubrir” que detrás de la formalidad de un trabajo autónomo, de un contrato de TRADE, existía (principio de prevalencia de la realidad) una auténtica relación laboral asalariada, por concurrir todas las notas o presupuestos sustantivos recogidos en el art. 1.1 de la LET, convenientemente interpretados algunos a la luz de las nuevas realidades organizativas y productivas empresariales.

Principio de prevalencia de la realidad material sobre la formal, que no solo se recoge de forma expresa en la sentencia del alto tribunal de 25 de septiembre de 2020, sino que también ya había quedado plasmado en jurisprudencia anterior, así como también la necesidad de adaptación de los presupuestos sustantivos. Un homenaje a la histórica sentencia de 26 de febrero de 1986 (núm. 915/1986), es su cita en este preámbulo, que demuestra cómo ha cambiado la tecnología y que ello no implica necesariamente un cambio en la conformación de las relaciones entre las empresas y quienes prestan sus servicios para ellas, siendo también referenciadas otras varias del alto tribunal, con lo que supongo, por haber sido bien seleccionadas, que el legislador ha querido enfatizar en el preámbulo aquello que se plasma en el texto articulado, es decir la dirección, organización y poder sancionador empresarial, “aunque sus prerrogativas se manifiesten de forma indirecta o implícita, a través de la gestión algorítmica, de las condiciones de trabajo o del servicio prestado”, de tal manera que dicha gestión y la titularidad de la plataforma digital son “los activos claves y esenciales de la actividad”.

Puede observarse en la explicación, y justificación de la norma, cómo se trata de justificar que la flexibilidad en la organización y prestación del trabajo no es obstáculo alguno para la existencia de laboralidad, y así ha quedado plasmado en las actas de la ITSS y en numerosas y bien documentadas sentencias, ya que tal “flexibilidad y libertad” es solo aparente, ya que como muy bien se recoge en el preámbulo es apariencia “por llevar en realidad aparejada consecuencias o repercusiones en el mantenimiento del empleo, en su volumen o en el resto de sus condiciones de trabajo”. Una sentencia referenciada con amplitud es la de 20 de enero de 2015 (Rec. 587/2014), que analiza cómo han ido evolucionando, en especial, las notas de dependencia y ajenidad.

En el debate sobre el valor de la presunción de laboralidad a la que se refiere la disposición adicional vigésimo tercera de la LET ha pasado desapercibida la mención contenida en el preámbulo al art. 20 de la LET, es decir al ejercicio del poder de dirección empresarial “que puede ser ejercido de numerosas maneras”, y la mención expresa al art. 8.1 para valorar “la naturaleza real del vínculo, el contenido de las prestaciones, y la configuración asimétrica y efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual, como un elemento necesario para garantizar el efecto útil y protector que corresponde al derecho laboral”, todo ello en perfecta coherencia a mi parecer con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el concepto de trabajador y con las posibilidades interpretativas que abre tanto la introducción como el texto articulado

de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE.¹⁷

No cabe duda, o al menos así me lo parece, de la dificultad de encajar una reforma laboral como la que se ha operado en el marco de una norma que debe justificarse por motivos de extraordinaria y urgente necesidad, si bien tiene una clara justificación a mi parecer no sólo por la necesaria seguridad jurídica para quienes operan en el mundo del trabajo, sino también por la sorprendente, jurídicamente hablando, inaplicación inmediata de la sentencia del TS, con argumentos tales como que respondía a un supuesto contractual distinto del actualmente existente (o de los sucesivos cambios que se han ido operando en la regulación de las relaciones entre empresas y repartidores a medida que los juzgados y tribunales iban reforzando la laboralidad real de la prestación frente al carácter formalmente autónomo de la misma).

Va más allá del texto normativo, a mi parecer, el preámbulo cuando, tras insistir en la presunción reforzada de laboralidad de una relación de trabajo algo más moderna pero que no altera la existencia de los presupuestos sustantivos, afirma que se pretende no solo declarar expresamente, con presunción más que fuerte la laboralidad de la prestación llevada a cabo para las empresas, ya operen estas “con formas de trabajo estándar o no estándar”, expone que la norma incorpora mecanismos “para conseguir su cumplimiento y aplicación efectivos”.

En este punto, sin perjuicio de la aplicación de la normativa general laboral, y de intentar llegar a un acuerdo colectivo (harto difícil en unas relaciones en donde las empresas no reconocen dicha laboralidad) con eficacia erga omnes, sí sería conveniente plantearse de qué forma la normativa legal puede ayudar a tomar en consideración algunas particularidades de estas prestaciones, y teniendo además como referencia la jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, sobre tiempos de trabajo y períodos de descanso, y además buscar la extensión de la norma, ya que “una regulación general y omnicompreensiva del trabajo en plataformas digitales resulta a todas luces necesaria”¹⁸.

¹⁷En sentido contrario se manifiesta la profesora Sánchez Uran, Y. “Concepto de trabajador y economía digital. Respuesta en el contexto internacional y en el Derecho de la UE”. Revista Derecho Social y Empresa, núm. 14, enero a junio de 2021. <https://www.dykinson.com/revistas/revista-derecho-social-y-empresa/concepto-de-trabajador-y-economia-digital-respuesta-en-el-contexto-internacional-y-en-el-derecho-de-la-ue/9139/> (consulta: 10 de junio).

¹⁸Vid artículo del profesor Pérez del Prado.

4.3. Análisis del texto articulado

Toca ya adentrarse en el texto articulado, un artículo único por el que se modifica la LET. Esta es la modificación introducida en la nueva DA 23^a:

“Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, 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.

Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma”.

Como era lógico suponer, este precepto es el que ha generado más debate hasta el momento en la doctrina laboralista, siendo mi parecer, ya lo he adelantado, el de estar ante una presunción que va más allá de su carácter *iuris tantum*, una presunción “más que fuerte” si se dan los requisitos requeridos por el precepto y que fortalecen la presunción general de la laboralidad ya plasmada en el art. 8.1 LET, sin olvidar que tanto el nuevo precepto como el art. 8.1 tiene directa, y necesaria, relación con los requisitos requeridos por el art. 1.1 LET, en la interpretación efectuada por el TS, para conceptualizar la existencia de una relación laboral asalariada.

Hay diversas y distintas tesis sobre la relevancia y el carácter de la presunción que aparece plasmada en la nueva disposición adicional. Con los obligados límites de un artículo como el que estoy redactando, señalo algunas de las mismas por parte de la doctrina laboralista.

Se ha manifestado que la referencia al artículo 8.1 hace pensar que es una presunción *iuris tantum*, “puesto que este precepto del Estatuto contiene una de este tipo”, y de ello deduce que “cabría, por tanto, la prueba en contrario que acreditara que los servicios prestados a la plataforma no lo han sido bajo un contrato de trabajo sino con un título jurídico diferente¹⁹. Más contundentemente se afirma que estamos ante una presunción de laboralidad “para cuya activación se establecen más requisitos que para activar la presunción general del art. 8.1 ET”. Cree que la presunción establecida por la disposición adicional “exige -o parece exigir- bastantes más requisitos para su aplicación”, por lo que es del parecer que “parece quedar reducido” el ámbito de aplicación de la presunción general, y manifiesta, siempre con bastante prudencia, que “Así, a primera vista, tiene poco sentido que una normativa, que tiene por objetivo reducir la conflictividad, y conseguir la laboralidad de los repartidores en plataforma, añada una carga superior de presupuestos o requisitos de “activación” de los ya existentes antes de la norma”,

¹⁹Vid artículo del profesor Rodríguez-Piñero Royo.

considerando que la redacción del precepto es consecuencia de las “dificultades de alcanzar un acuerdo en el dialogo social” y por ello de estar ante una norma que satisface “intereses contrapuestos”, decantándose finalmente por la presunción *iuris tantum*²⁰, si bien el sustento en la mención al mantenimiento de la exclusión del art. 1.3 g) LET no creo que afecte en absoluto a la valoración que se haga de la presunción en un sentido u otro, ya que perfectamente hubiera podido no incluirse esa mención en la norma (recordemos su origen en 1994 como consecuencia de la conflictividad existente en el sector del transporte) y seguiría abierto el debate.

También se ha expuesto que “una lectura atenta, desapasionada o prejuiciosa, de la letra no aclara lo que se dice quiere decir. Expresamente remite al art. 8.1 y exige que la plataforma ejerza facultades de dirección y organización ex art. 1 ET. Entonces ¿qué aporta realmente esta regla, si lo que dice es que serán personas con relación laboral las que presten servicios en el ámbito de dirección y control algorítmico?” si bien no se descarta que pudiera llegarse a tratar de una presunción *iuris et de iure*, aunque ciertamente tampoco lo tiene claro, y buena parte de este debate radica en que la norma introduce “más incertidumbre que claridad, pues traicionando su misión, con lo que confunde más que innova”.

En sentido radicalmente contrario, y en términos con los que ya he apuntado mi acuerdo, defendiendo la presunción más que fuerte recogida en la nueva norma encontramos a otro sector doctrinal. Se ha destacado²¹ que es la mención al art. 8.1 LET la que abona ese planteamiento, por tratarse de un precepto que “precisamente recoge esta presunción plena cuando concurren los elementos de ajenidad y dependencia”, Estamos en presencia de una variante de la subordinación que puede demostrarse claramente con los indicios expresamente indicado en la norma, y que deberá llevar al reconocimiento de la existencia de laboralidad. Y en la línea que antes he apuntado, conviene señalar lo que se apunta respecto a la problemática (de poca afectación ahora a nuestro debate) sobre el art. 1.3 g LET: “Del mismo modo que a principios de los noventa se estableció una exclusión plena para los transportistas, que expresamente se mantiene por remisión en la nueva disposición, ahora se introduce una presunción de inclusión plena, igualmente fuerte, para los repartidores de mercancías con uso de algoritmos si se dan las premisas de la norma”.

En los mismos términos se afirma²² que la concurrencia de los requisitos requeridos por la norma hará innecesario el debate que ha estado en el centro de toda la conflictividad judicial desde la primera sentencia dictada por el JS núm. 6 de Valencia el 1 de junio de 2018, con la que “inauguraba” la “saga repartidores de empresas de la economía de plataformas”, es decir, “la intensidad mayor o

²⁰Vid artículo del profesor Todolí Signes.

²¹Vid artículo del profesor Cruz Villalón.

²²Vid artículo del profesor Baylos Grau.

menor de la dependencia o subordinación de las personas que trabajan para una empresa de reparto a través de plataformas digitales”. Es claro y contundente el criterio defendido: “la ley presume de manera terminante que la inclusión en el ámbito laboral se produce en cuanto se trate de una actividad de reparto gestionada u organizada mediante algoritmos a través de una plataforma digital”.

Desde otro planteamiento, que no niega en absoluto, todo lo contrario, la importancia de la norma²³, se manifiesta que “es muy discutible... que el legislador haya dado lugar a una auténtica presunción de laboralidad, por lo que seguramente hacemos mal en intentar extraer consecuencias desde esta perspectiva, puesto que ni esa es su naturaleza, ni cumple en realidad esa función”, tesis que desarrolla con amplitud y que expone que “las cosas serían distintas, y se podría hablar con propiedad de una presunción, si se hubiese optado, por ejemplo, por señalar que el trabajo prestado a través de plataformas digitales de reparto se presume incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, salvo prueba en contrario que demuestre el carácter autónomo de la prestación de quien lo realiza o su condición de empresario, dotado de la infraestructura y los medios necesarios para el desarrollo de esa actividad”. Bueno, no me parece en absoluto contrapuesta esta tesis a la de quienes defendemos la existencia de una presunción más que fuerte, ya que justamente la existencia de esos indicios de laboralidad son los que pueden justamente llevar a considerar incluido ese trabajo en el ámbito de aplicación del art. 1.1 LET. ¿Se puede llegar, a través de distintas interpretaciones de la norma, a un mismo resultado? Así me lo parece. Y en cualquier caso, a efectos de determinar la carga de la prueba, introduciendo un apunte de carácter procesal, no está de más recordar el art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”; o la doctrina jurisprudencial sobre a quién corresponde demostrar la existencia de vacantes, o no, cuando la empresa comunica a la parte trabajadora que no puede proceder a su reincorporación tras una excedencia voluntaria por no haber vacantes “de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”.

En conclusión, es muy cierto que toda lectura de una norma debe hacerse sin prejuicios y de forma desapasionada..., y ello no impide llegar a valoraciones y tesis distintas, diversas total o parcialmente, o concordante de forma total o parcial. Quede esta afirmación para el debate.

²³Vid artículo del profesor Sanguineti Raymond.

5. RECAPITULACIÓN FINAL

Concluyo quedando abierto, como no puede ser de otra forma, a debatir las tesis y a retocar, modificar, cambiar, o confirmar las expuestas, en el marco de una franca y serena discusión, algo que debe ser el santo y seña de la vida académica (debería serlo también de la política, pero no parece, lamentablemente, que se vaya por esos derroteros). Y lo hago reiterando un parecer defendido desde hace bastante tiempo y que creo que sigue siendo plenamente válido: las relaciones de trabajo siguen siendo conflictivas, la desigualdad de partes sigue existiendo, la subordinación al poder de dirección, organización y disciplinario del empleador, también; la reformulación del presupuesto substantivo de la ajenidad, para atender a las nuevas (algunas no tanto, ni mucho menos) realidades laborales basadas en aplicaciones informáticas, no obsta a que éste siga existiendo. Y, más allá, aquello que se considera del todo punto necesario es que toda persona trabajadora, asalariada o autónoma, tenga unos derechos laborales y de protección social garantizados. O, al menos, es lo que defendemos quienes creemos que la existencia de tales derechos garantiza, mínimamente al menos, la necesaria cohesión social que debe existir en toda sociedad democrática. Y tanto en el presente como en el próximo futuro cobra, y cobrará, especial importancia de qué forma se trabaja y cuáles son las condiciones de trabajo en que se presta el servicio.