Plataformas de reparto y algoritmos (ley de *riders*)

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

El consenso entre los agentes sociales y el Gobierno posibilita una nueva norma legal, en este caso para establecer la presunción de laboralidad de los servicios de reparto o distribución a través de plataformas digitales y para posibilitar el acceso de los representantes de los trabajadores a los algoritmos que condicionan la relación laboral en las empresas.

1. Negociada, esperada y, por qué no, criticada, la reforma legal que declara la presunción de laboralidad de quienes prestan sus servicios para plataformas digitales de reparto es ya una realidad con la aprobación del Real Decreto Ley 9/2021, de 11 de mayo (BOE de 12 de mayo), por el que se modifica el Estatuto de los Trabajadores (LET) para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Un único artículo —que amplía el contenido del artículo 64.4 del Estatuto de los Trabajadores y añade una disposición adicional a las veintidós existentes en el citado estatuto— y dos disposiciones finales —para justificar la competencia estatal y para postponer la entrada en vigor en tres meses— conforman esta breve norma.

Se presume laboral y, por ende, incluida en el ámbito de aplicación de este Real Decreto Ley 9/2021 referido a las plataformas digitales de reparto, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, «la actividad de las personas que presten

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

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» (disp. adic. 23.ª LET).

Aunque podía haberse regulado de otra forma, lo cierto es que la declaración de laboralidad de los trabajadores de las plataformas de reparto más populares había sido propugnada por los tribunales, especialmente tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre esta cuestión en su Sentencia de 25 de septiembre del 2020, Ar. 5169. Que dicha sentencia se halla en la base de esta reforma legal es algo que se reconoce expresamente en la exposición de motivos cuando se afirma que «la nueva disposición adicional incorpora los criterios y parámetros establecidos por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, primera dictada en unificación de doctrina, valiéndose para ello de la prevalencia del principio de realidad en el sentido señalado por sentencias precedentes, como la STS 263/1986, de 26 de febrero de 1986, o STS de 20 de enero del 2015, recurso 587/2014, y en la que se destaca, asimismo, la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al contexto actual».

Existe una serie de parámetros que intentan explicar la norma según su exposición de motivos. Por un lado, la necesidad manifestada por la jurisprudencia desde los años noventa del pasado siglo de adaptar, en la nueva realidad productiva, las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas conforme a lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil. En segundo lugar, que, teniendo en cuenta la jurisprudencia precedente, las facultades empresariales de dirección, organización o control de la actividad y, en tal sentido, las notas de dependencia y ajenidad pueden trasladarse a la realidad de forma diferente a la más clásica cuando la empleadora asume los riesgos de la operación y es beneficiaria de sus frutos, «realizando una labor de coordinación, organización o control de la prestación u ostentando la potestad sancionadora, y ello 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» (exposición de motivos). Por otra parte, se constata cómo las facultades empresariales a las que se refiere el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores pueden ser ejercidas a través de la moderna gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo mediante una plataforma digital. En consecuencia, «la forma indirecta o implícita de ejercicio de las facultades empresariales abarca los supuestos en los que una cierta flexibilidad o libertad por parte de la persona trabajadora en la ejecución del trabajo sea sólo aparente, por llevar en realidad aparejada[s] consecuencias o repercusiones en el mantenimiento de su empleo, en su volumen o en el resto de sus condiciones de trabajo» (exposición de motivos). Además, la alusión expresa al artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores refuerza la necesidad de 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» (exposición de motivos). Finalmente, una regulación como la adoptada «garantiza la igualdad de trato entre las empresas «tradicionales» y las que utilizan medios de control digital basadas en la gestión de datos algorítmicos, sobre la base de una competencia transparente y leal entre unas y otras» (exposición de motivos).

2. En la pugna entre la declaración de laboralidad, la actuación como trabajadores por cuenta propia o autónomos, la creación de una relación de carácter especial con fisonomía propia o cualquier otra solución, se opta por la presunción de laboralidad. Obsérvese lo que esto supone. No se modifica el ámbito de aplicación de la norma laboral —que suele ampliarse o restringirse con inclusiones o exclusiones constitutivas o declarativas a través de la consideración como incluido o excluido de nuevos supuestos como el que ahora precisa de regulación—, sino que, de hecho, se aclara que «esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma», al optar por presumir la laboralidad de esta relación. Y esto es importante, al menos, por dos consideraciones. La primera, porque seguirán prevaleciendo las exclusiones cuando se den los requisitos propios de ellas —si el servicio se presta a título de amistad o benevolencia, si se realiza en la esfera familiar o si se desarrolla en los términos previstos para transportistas excluidos de la legislación laboral en atención a dicho precepto, entre otros—. Y, la segunda, porque expresamente la norma se remite a la presunción de laboralidad del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, y como toda presunción, podrá demostrarse lo contrario, esto es, que no existe relación laboral, si no operan todos los requisitos que precisa esta norma para su aplicación.

Recuérdese, en este sentido, que el citado artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a la forma del contrato y es ahí cuando señala que el contrato laboral «se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél». Como toda presunción, constituye un medio de prueba, ya sea legal, esto es, la demostración de hechos que pueden ser establecidos en la ley (arts. 1250 y 1251 del Código Civil), ya sea fáctica, al inferirse de otros hechos acreditados según las reglas de la lógica, ex artículo 1253 de la citada norma. Pero la presunción es la prueba de un hecho. Y, aquí, el hecho que recoge el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores no es muy diferente del que señala el artículo 1.1 de la misma norma. La descripción del hecho que supone prestar servicio remunerado por cuenta de otro deriva en una calificación jurídica que es la existencia del contrato de trabajo, algo que, por cierto, ya se deduciría directamente de la aplicación del mencionado artículo 1.1. Por eso se interpreta que el valor añadido del artículo 8.1 y su presunción es admitir el consentimiento implícito en contratar laboralmente cuando se produce el hecho descrito por la norma, lo que, por otra parte, resulta asimismo innecesario porque, con consentimiento o sin él, si se produce el hecho descrito en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, existirá un contrato laboral, independientemente de la voluntad de las partes.

Quizá la clave para interpretar el sentido de esta nueva regulación se halle en las referencias históricas y en el desarrollo de esta presunción basada en que de un hecho se deduce otro hecho, a saber, que la prestación se efectúa en las condiciones que la legislación establece para el contrato de trabajo. Ante una posible informalidad y precariedad de las condiciones laborales, el contrato de trabajo —también aquí y ahora— se convierte en el contrato tipo frente a otras posibles opciones de contratación de servicios profesionales. Cumple, de este modo, una función integrativa. No en vano, la jurisdicción social, en su interpretación normativa, extendió la laboralización de los contratos de servicios y no tanto por la configuración del tipo normativo, sino porque, en la práctica, ante la ausencia de formalidades en la contratación se presumía existente el contrato de trabajo, aunque los indicios de laboralidad fueran mínimos. Con todo, la diferencia entre la redacción normativa histórica de esta presunción y la vigente, contenida en el citado artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, es que, ahora, el tipo normativo sigue siendo el mismo, pero, ante la ausencia de forma, no todo servicio se convierte en contrato de trabajo de forma automática si no se demuestra que, junto con la prestación para otro, existe retribución y se realiza bajo la subordinación y con ajenidad en los frutos.

3. A tal efecto, los elementos que componen el ámbito aplicativo de este nuevo Real Decreto Ley 9/2021 y de la nueva disposición adicional vigésima tercera del Estatuto de los Trabajadores son claros, aun cuando no exentos de inseguridad. Y, así, parece claro que se trata únicamente de «reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía», por lo tanto, no cualquier plataforma digital o gestión algorítmica deberá partir de esta presunción de laboralidad en la prestación de servicios. Ciertamente, estos últimos deberán ser retribuidos por el empleador y, en este sentido, la forma, modo, estructura, contenido, cantidad, etcétera, resultan indiferentes; basta con que se perciba una contraprestación a cambio del servicio para que se considere que existe retribución al respecto.

Se requiere, por otro lado, que el empleador ejerza sus facultades empresariales «de organización, dirección y control», pudiendo plantearse si basta con una de ellas o han de concurrir todas para considerar que no sólo se cumplen los rasgos propios de laboralidad del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, sino también el concepto de «empleador» del artículo 1.2 de dicha norma legal. Y aquí podría cuestionarse si la referencia que este último precepto hace a los empresarios como toda aquella persona —física o jurídica— o comunidad de bienes que reciba la prestación de servicios de los trabajadores por cuenta ajena se halla incluida en este caso, pues, no en vano, la plataforma o el gestor de algoritmos no van a recibir la prestación por cuenta ajena de la persona trabajadora. Será el cliente el que la reciba directamente. De ahí que resulte determinante conocer quién organiza, quién dirige y quién controla porque, de esta concreción, derivará el concepto de dependencia que caracteriza la relación laboral. No en vano, se trata de desarrollar servicios retribuidos «dentro del ámbito de organización y dirección» del empleador. En consecuencia, para que exista la presunción de laboralidad, deberá existir la prueba de dependencia. Bien es cierto que, consciente el legislador de la presencia de estas relaciones «líquidas» en las que se

desfiguran los rasgos de ajenidad y dependencia como consecuencia de la intromisión tecnológica en la adopción de decisiones empresariales, admite que dicha facultad puede desempeñarse «de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital». Quizá no se pueda conocer a la persona física, a la persona jurídica o a la comunidad de bienes que emite instrucciones y que se beneficia de la prestación de servicios, pero siempre será el empleador el que gestione la plataforma o el algoritmo directa, indirecta o «implícitamente».

En consecuencia, y aun cuando existen discrepancias sobre si la relación que entablan los prestadores de servicio de reparto con las plataformas es o debería ser por cuenta ajena o autónoma e incluso si debería encontrarse una forma híbrida que conjugara los intereses de aquellos que reivindicaban su naturaleza laboral y los que exigen seguir manteniendo su autonomía, lo cierto es que esta norma «regulariza» esta discusión desde la perspectiva laboral y de la Seguridad Social con esta presunción de laboralidad. Pero eso no significa que toda prestación de servicios en estas plataformas o gestoras de algoritmos sea laboral. Dependerá de cómo se conforme. Porque, si la prestación de servicios, aunque sea habitual, personal y directa, se efectúa por cuenta propia y fuera del ámbito de la dirección y organización de la plataforma de servicios de reparto, operando ésta como una mera intermediaria, se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1.1. del Estatuto del Trabajo Autónomo y, si se hace de manera «predominante» para una plataforma o una gestora de algoritmos de la que dependan económicamente por percibir de él, al menos, el setenta y cinco por ciento de sus ingresos de «rendimientos de trabajo» y de actividades económicas y profesionales, serán trabajadores autónomos económicamente dependientes del artículo 11 del Estatuto del Trabajo Autónomo. Porque no se ha producido una «declaración» de laboralidad, sino una «presunción» sobre dicha prestación.

Por lo demás, la nueva regulación sobre los trabajadores de las plataformas digitales de reparto aún precisa de concreción en aspectos tan determinantes como las normas de prevención de riesgos laborales o la representación de los trabajadores, basados ambos ámbitos en su aplicación sobre centros de trabajo para una prestación en la que no hay centros de trabajo, sino lugares de trabajo, entre otras posibles.

4. Sin embargo, y pese a que la delimitación conceptual y aplicativa resulta relevante, lo cierto es que ha sido el contenido de la reforma del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores el principal escollo en esta nueva legislación laboral negociada. A partir de su entrada en vigor, los representantes de los trabajadores deberán ser informados por la empresa «de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles» (art. 64.4d LET).

Quizá pudiera cuestionarse qué sentido tiene regular primero la información sobre los algoritmos y después la presunción de laboralidad, mas la explicación se halla en la exposición de motivos de la norma. No en vano, la valoración sobre la naturaleza real del vínculo, «va a depender en gran medida de la información verificable que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de plataformas, que debe permitir discernir si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita por dicha disposición, siempre desde el mayor respeto a los secretos industrial y comercial de las empresas conforme a la normativa, que no se ven cuestionados por esta información sobre las derivadas laborales de los algoritmos u otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial» (exposición de motivos).

Pues bien, esta regulación —epicentro de las discrepancias empresariales— supone una manifestación clara de las consecuencias jurídicas que la inteligencia artificial tiene ya en el Derecho y que vienen reproduciéndose hace ya tiempo en las relaciones laborales. No corresponde a este análisis de urgencia profundizar sobre ellas, pero sí procede efectuar algunas precisiones para intentar explicar la pretensión del legislador que condiciona la laboralidad al conocimiento algorítmico de los representantes de los trabajadores.

En sus Directrices éticas sobre una inteligencia artificial fiable (2019) y a través del Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial (2020), la Comisión Europea precisa que el término *inteligencia artificial* se entiende referido a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente al ser capaces de analizar el entorno y realizar acciones, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos. Una de sus ramas es el aprendizaje automático (*machine learning*), mediante el cual se diseñan modelos predictivos que construyen por sí mismos la relación entre las variables que se han de estudiar mediante el análisis de un conjunto inicial de datos, la identificación de patrones y el establecimiento de criterios de clasificación. Una vez fijados los criterios, al introducir un nuevo conjunto de datos, el componente de inteligencia artificial es capaz de realizar una inferencia. En este contexto, el algoritmo establece un sistema matemático de solución de problemas.

Desde la perspectiva europea, la regulación e implementación de la inteligencia artificial fiable exige que sea transparente y clara, constituyendo éste el primer hándicap jurídico por cuanto la transparencia deviene difícil al estar supeditado el proceso de construcción de un algoritmo a la confidencialidad y por hallarse generalmente amparado por la normativa de propiedad industrial, y la claridad se antoja lejana dada la aparente complejidad técnica de aquél. Porque, además de la multitud de elementos técnicos que confluyen en su configuración, los sistemas algorítmicos se basan en una correlación de datos cuya interpretación conforma el epicentro de su funcionalidad, sobredimensionándose en este punto la intervención humana. En este sentido, la «responsabilidad algorítmica» que se proyecta en la Unión Europea pasa, precisamente, por comprobar la calidad de los datos que confluyen en los algoritmos. A estos efectos, se precisa que, dada la cantidad de datos generados y utilizados (metadatos), supone un gran desafío evaluar su calidad para evitar discrimi-

naciones, desviaciones, vulneración de derechos, etcétera (se plantea el posible impacto adverso; el origen de los datos; el responsable de su recopilación, mantenimiento y segregación; la información incluida en los datos; su ámbito de cobertura; el marco temporal y geográfico; los estándares empleados, etcétera). Los expertos coinciden en que lo más importante del algoritmo es su «caja negra», esto es, su definición, la forma en que trabaja y su facultad de predicción.

Por eso, no resulta extraño que el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, que otorga derechos de información y consulta y recopila las competencias de los representantes de los trabajadores en la empresa, añada el conocimiento de los algoritmos. Con la nueva regulación, la empresa deberá informar sobre los «parámetros, reglas e instrucciones» en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial. Mas, dadas las reticencias en la negociación y puesto que, como se ha señalado, los secretos y la propiedad intelectual pueden ser un obstáculo para la difusión del contenido y desarrollo de dichos parámetros, reglas e instrucciones, los representantes de los trabajadores únicamente podrán conocer los que puedan incidir en las decisiones sobre «condiciones de trabajo, acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». Se circunscribe así el conocimiento de los representantes de los trabajadores a la injerencia laboral de estos algoritmos y se constriñe a aspectos concretos de la relación laboral. Eso sí, no parece que la norma se refiera tan sólo a las plataformas o a los algoritmos de las empresas de «reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía», como sí precisa la disposición adicional vigésima tercera del Estatuto de los Trabajadores, sino que, al incorporarse a una norma general (art. 64.4d LET) sin matiz alguno, la aplicación se hará, consecuentemente, a toda plataforma o gestión algorítmica que incida en condiciones laborales, independientemente de la empresa o del sector en el que se desarrolle.

5. Especial significación alcanza asimismo el retraso en la entrada en vigor de la norma, tres meses tras su publicación, dirigido a facilitar la «adaptación» de las diferentes empresas con este formato y con empleados sobre los que no constara sentencia firme acerca de su laboralidad para ajustar sus condiciones de trabajo y su relación con la Seguridad Social, entre otras, a la calificación de su relación como laboral. A tal plazo habría que añadirle los dos meses transcurridos desde la adopción del acuerdo entre los agentes sociales y el Gobierno y la publicación de la norma.