



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders

ANTONIO BAYLOS GRAU
Universidad de Castilla La Mancha

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders

ANTONIO BAYLOS GRAU
Universidad de Castilla-La Mancha
Catedrático de Derecho de Trabajo
Antonio.Baylos@uclm.es

ABSTRACT

After reconstructing the vicissitudes that preceded the adoption of the regulation amending the Workers' Statute, in the comment, the author analyses the innovations to the statute produced by the 2021 law; specifically, the author points out that there are two fundamental innovations: the extension of the information rights of unitary representatives and the presumption of employment of persons working in this sector. These changes are not free from possible conflicts, for example with regard to the rules on working time, remuneration and the system of occupational risk prevention, or the implementation of collective representation rights, but they nevertheless make the rule pioneering insofar as it has a general scope, valid for any company that uses these artificial intelligence tools to determine the organisation of work and set working or employment conditions.

Keywords: Food delivery; workers' statute; subordination; right to information.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13116>

Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Los precedentes de la norma española. – 2. La presunción de laboralidad de los riders – 3. El derecho de información sobre el algoritmo.

1. Los precedentes de la norma española

Los avatares que precedieron a la firma del Acuerdo social son ya conocidos de los lectores de L&L Issues, porque arrancan de la ofensiva jurídica de las empresas de plataformas para conseguir un pronunciamiento judicial que situara en el área del trabajo autónomo – precisando después en el del trabajo autónomo económicamente dependiente, con la figura del TRADE digital⁽²⁾ – la relación de trabajo de los repartidores en el sector de la entrega de comida, dominado por grandes empresas multinacionales del sector.

Esta ofensiva se saldó de manera negativa para dichas empresas, y la STS 805/2020, de 25 de septiembre⁽³⁾ consagró la plena laboralidad de este tipo de

⁽¹⁾ Il testo della legge spagnola segue il commento di Antonio Baylos, anche in traduzione italiana.

⁽²⁾ Es decir, precisando mediante una norma especial que los trabajadores de reparto eran económicamente dependientes pero jurídicamente autónomos, con lo que podrían gozar de una protección mínima correspondiente según la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo del 2007, una figura especial que sin embargo apenas ha tenido recorrido en la realidad económica y social española. Según las informaciones de las propias organizaciones de trabajadores autónomos, en el año 2019, los TRADE (Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes) representaron el 12% del total de autónomos, es decir, unos 400.000 profesionales cuyos ingresos dependían en más de un 75% de un solo cliente, que es el requisito que marca la ley para orientar la dependencia o subordinación económica. Sin embargo este cálculo no se corresponde con el registro de contratos de TRADE al que obliga la ley, que apenas supera las 10.000 personas, de manera que aunque materialmente puedan ser autónomos dependientes, para el sistema jurídico siguen siendo trabajadores autónomos a los que no se les aplica el régimen demediado de derechos que prevén los arts 11 y ss. de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo y permanecen completamente *extra muros* del derecho del trabajo.

⁽³⁾ A. Todoli Signes, *Commento alla sentenza del Tribunale Supremo spagnolo che considera i riders lavoratori subordinati*. *Tribunal Supremo Sala de lo Social*, 25 settembre 2020, n. 805, in LJI, 2020, 2, 2, R.1-R.13. En la base de esta sentencia se encuentra la doctrina de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de noviembre de 2019. Cfr. R. Morón Prieto, *El necesario fortalecimiento del concepto de trabajador por cuenta ajena: algunas reflexiones con ocasión del caso Glovo*, *Revista de Derecho Social*, 2019, nº 88, 153-165.

trabajadores. Sobre esta base, y pese a que algunas empresas de plataformas, modificando los contratos con sus empleados, siguieron pleiteando en los tribunales para intentar obtener pronunciamientos diferentes⁽⁴⁾, a la vez que reduplicaban sus esfuerzos para intentar acudir al Tribunal de Justicia con idéntico objetivo, 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 2021, cinco meses después⁽⁵⁾. Un acuerdo que resultó demasiado corto para los sindicatos y que no obtuvo un consenso generalizado en el sector empresarial, pero que sin embargo fue valorado muy positivamente por la doctrina académica en la medida en que establecía un piso mínimo de derechos y abría importantes espacios de desarrollo respecto de la mejora de las condiciones de trabajo y la propia organización del mismo⁽⁶⁾.

A partir de esta fecha, se iniciaron los trámites internos para poder aprobar en el Consejo de ministros la norma de urgencia, dos meses de obligadas consultas técnicas durante las cuales ha seguido existiendo presiones internas para modificar si no el acuerdo, si al menos matizar su contenido mediante la introducción de ciertas matizaciones en la Exposición de Motivos, presiones internas en el seno del Gobierno originadas por el potente lobby de las empresas de plataformas que tiene una gran influencia en el área económica del gobierno, que sin embargo no han obtenido su objetivo.

De hecho, la fuerza de esta norma reside en su prolongado proceso de negociación que ha culminado en un acuerdo tripartito, con el consenso expreso por tanto de la CEOE-CEPYME que ha justificado su apoyo al texto como una forma de defensa de la competencia para evitar la utilización de falsos autónomos en este sector⁽⁷⁾, un sector en el que algunas empresas de

⁽⁴⁾ En la saga judicial se entremezclan casos de las compañías Glovo y Deliveroo. El Tribunal Supremo, en un Auto de 26 de mayo de 2021, ha reiterado su doctrina inadmitiendo a trámite un recurso de casación de la empresa Deliveroo contra una Sentencia del Tribunal de justicia de Madrid que declaró la laboralidad de 532 repartidores de esta firma.

⁽⁵⁾ F. Ferrando Garcia, *Algunas reflexiones sobre la regulación del trabajo a través de las plataformas digitales*, <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/ALGUNAS-REFLEXIONES-SOBRE-LA-REGULACION-DEL-TRABAJO-A-TRAVES-DE-PLATAFORMAS-DIGITALES.pdf> efectúa un recorrido sobre la resistencia empresarial de las empresas de plataformas frente a la calificación de laboralidad de los trabajadores a su servicio.

⁽⁶⁾ E. Rojo Torrecilla, *La laboralidad de los repartidores. Un buen acuerdo en el diálogo social*, <https://www.net21.org/la-laboralidad-de-los-repartidores/>; J. Cruz Villalón, *Una presunción plena de laboralidad para los 'riders'*, <https://elpais.com/economia/2021-05-12/una-presuncion-plena-de-laboralidad-para-los-riders.html>

⁽⁷⁾ J. Cruz Villalón, *Una presunción plena de laboralidad para los 'riders'*, *cit.*

plataformas ya reconocían la condición de trabajadores por cuenta ajena a los *riders*. Esta es la razón por la que Glovo, la principal empresa del sector y la más implicada en la batalla jurídica junto con Deliveroo, haya hecho pública su decisión de abandonar la CEOE haber “dado la espalda” a esta compañía al pactar la ley, que “lastra el desarrollo de la economía digital”. La salida se hará efectiva en junio de este año y lleva aparejada la formación de una nueva asociación empresarial de compañías de reparto, llamada APS, por el momento “solo formada por empresas perseguidas por la Inspección de Trabajo por usar fraudulentamente a autónomos en el reparto”, según informaciones periodísticas⁽⁸⁾.

No obstante, según esas mismas fuentes, la CEOE ha anunciado que Deliveroo, Amazon y Uber Eats siguen en la organización empresarial, junto con la patronal de empresas digitales Adigital, que también defendía el mantenimiento del modelo de repartidores autónomos a través de la figura del TRADE digital. Veremos qué consecuencias puede tener esta escisión de algunas importantes empresas del reparto de la organización empresarial, un hecho infrecuente en nuestro país que coincide con algunos movimientos relevantes que cuestionan el monopolio representativo del asociacionismo empresarial en la pequeña y mediana empresa, como la creación de una nueva asociación empresarial que une a pequeños empresarios y a trabajadores autónomos y que se denomina CONPYME⁽⁹⁾.

El caso es que, con el retraso indicado, el Boletín Oficial del Estado del 12 de mayo, publicaba el RDL 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⁽¹⁰⁾. En su Exposición de Motivos se enuncia una visión propositiva y favorable a la regulación estatal de estas relaciones sobre la base de hacer compatible el progreso inducido por la introducción de la digitalización y el goce de los derechos básicos que permiten hablar de ciudadanía también en las relaciones de subordinación en el trabajo. “La aplicación de estos medios tecnológicos – la digitalización - ha introducido elementos novedosos en las relaciones laborales, cuyas ventajas son evidentes. Las ventajas y consecuencias

⁽⁸⁾ https://www.eldiario.es/economia/glovo-marcha-ceoe-pactar-ley-rider-forma-asociacion-empresas-sancionadas-falsos-autonomos_1_7873510.html

⁽⁹⁾ Una noticia de la constitución de esta nueva patronal en <https://baylos.blogspot.com/2021/05/representacion-y-representatividad.html>

⁽¹⁰⁾ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7840

positivas sobre las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras son perfectamente compatibles con la finalidad del derecho del trabajo en su función reequilibradora de intereses, protectora de la parte más débil contractualmente o de gestión de los recursos humanos y mejora de la productividad de las empresas”. Y añade, de manera enfática: “Un mercado de trabajo con derechos es garantía de una sociedad moderna, asentada en la cohesión social, que avanza democráticamente; un mercado centrado en las personas, que convierte a su tejido productivo en menos volátil y más resiliente ante los cambios”.

Frente a otros supuestos de la regulación efectuada en medio de la crisis de aspectos no directamente relacionados con la misma, aunque tengan evidentes puntos de conexión, como sucede con la regulación del trabajo a distancia (RDL 28/2020 de 22 de septiembre, de trabajo a distancia⁽¹¹⁾) no se ha optado en esta ocasión por una estrategia de “circunvalación” del Estatuto de los Trabajadores⁽¹²⁾, promulgando una norma especial al margen de éste. Por el contrario, el RDL 9/2021 procede a reformar el Estatuto de los Trabajadores en dos puntos. Uno mediante la ampliación de los derechos de información de las representaciones unitarias y electivas en la empresa⁽¹³⁾, y el otro mediante la incorporación de una Disposición Adicional 23^a que incorpora la presunción de laboralidad de las personas que trabajen en este sector.

De esta manera el RDL 9/2021 se define como norma pionera en esta materia en relación con el derecho comparado, y hace hincapié en lo que sin duda constituye el elemento que le blindará frente a posibles críticas desde todos los ángulos, el de que el texto legal supone “la solución compartida por los interlocutores sociales más representativos cuyas aportaciones han resultado decisivas”. Esa “aportación decisiva” del diálogo social se condensa en dos elementos: se reconoce un derecho de información de los representantes de los trabajadores sobre el mecanismo algorítmico de la gestión del personal y la organización del trabajo y se inserta una declaración inclusiva de laboralidad de las personas que trabajan en este sector. Este es el elemento que se va a priorizar a continuación.

(11) Una exposición de los contenidos de la norma en S. Bini, *Il lavoro a distanza in Spagna: dalla emergenza alla normalità*, LLI, 2020, 2, C.1-C.22.

(12) M^a E. Casas Baamonde, *El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia*, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n^o 11, 1413-1437 e qui 1425.

(13) Es decir, Comités de Empresa y Delegados de Personal, regulados en el Título II del Estatuto de los Trabajadores.

2. La presunción de laboralidad de los riders

La norma establece una presunción fuerte y específica de laboralidad, que se conecta con la general del art. 8.1 ET⁽¹⁴⁾, de manera que se considera que la relación es laboral y sometida al derecho del trabajo y en consecuencia también hace nacer por tanto de manera superpuesta a ésta, la relación jurídico-pública de seguridad social con las obligaciones consiguientes de alta y cotización por estos sujetos, si concurren los tres requisitos siguientes:

- a) Debe tratarse de una actividad que sea de reparto o distribución “de cualquier producto de consumo o mercancía”;
- b) la empleadora tiene que ejercer facultades de organización, dirección y control, sea “de forma directa, indirecta o implícita” a través de una plataforma digital, y
- c) consecuentemente se ha de utilizar un algoritmo para gestionar el servicio o para determinar las condiciones de trabajo en dicha empresa o en dicho servicio.

Son requisitos claros a partir de los cuales no será necesario, como sin embargo se debatía principalmente en los pleitos planteados, insistir en la intensidad mayor o menor de la dependencia o subordinación de las personas que trabajan para una empresa de reparto a través de plataformas digitales, sino que 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, sin atender a la intensidad mayor o menor de la subordinación, que puede ser indirecta o implícita.

Se trata de una declaración inclusiva en el ámbito del Derecho del Trabajo que sólo puede destruirse mediante el cuestionamiento de los elementos básicos que la componen. Se puede conjeturar que el supuesto concreto no coincida con ese ámbito típico – como puede suceder con la confusión entre el sector del reparto de mercancías y el del transporte del art. 1.3 ET⁽¹⁵⁾ – o, lo que

⁽¹⁴⁾ “El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”.

⁽¹⁵⁾ “Se entenderá excluida del ámbito laboral 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”, un precepto que proviene de la reforma de 1994, tras la declaración de laboralidad de los llamados “pony-express” o mensajeros por los tribunales laborales. En ese caso la acción legislativa incidió

seguramente podrá producirse, por la concurrencia de una relación societaria como sucede en las cooperativas de trabajo asociado que puedan constituirse en este sector del *delivery*. Sin embargo, hay que tener en cuenta la fuerza expansiva de esta presunción legal, que incide de manera decisiva en la eliminación de la figura de falsos autónomos y por lo tanto asimismo en la desvirtuación de la utilización fraudulenta de estas formas societarias para escapar a la calificación de laboralidad plena de la relación de trabajo.

Un intento de fraude de ley que puede intentarse y ante el cual la Inspección de Trabajo y los propios sindicatos han de estar atentos. La experiencia italiana nos muestra, además, la posibilidad de que las empresas reticentes al Acuerdo Tripartito alcanzado en marzo – que ya antes cuestionaban el fallo del Tribunal Supremo – y ahora a la norma recién publicada, puedan utilizar la vía del convenio colectivo para intentar introducir a su través elementos de desvirtuación de la laboralidad de la relación. En estos casos, la ilegalidad de una cláusula convencional que pretenda limitar la declaración inclusiva producida por la ley, resulta evidente, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del acuerdo.

La norma solo tiene por objeto la declaración de laboralidad de las personas que prestan servicios a las empresas de reparto a través de plataformas digitales. Reacciona ante la consideración generalizada de figuras de falsos autónomos como forma de eludir las obligaciones laborales y de seguridad social por parte de los empleadores. Deja por tanto abierta toda la problemática de la adaptación de los derechos laborales individuales y colectivos a esta categoría de personas que trabajan, lo que posiblemente será objeto de nuevas y posteriores decisiones judiciales, hasta el momento centradas en la calificación jurídica de la relación a partir de demandas de oficio de la Inspección de Trabajo o, residualmente, de despido. La imperatividad de las normas sobre jornada, salario y sistema de prevención de riesgos laborales, es un primer terreno de conflicto.

La puesta en práctica de los derechos de representación colectiva y la implantación sindical supondrá sin duda otro momento complicado. Hay que tener en cuenta que el RDL 9/2021 introduce el derecho de la representación colectiva a ser informado sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, incluidos los perfiles, que afectan a la toma de decisiones sobre la organización del trabajo, condiciones de trabajo y mantenimiento del empleo, de manera que esta

excluyendo expresamente a los transportistas de un cierto tonelaje (pequeños camiones o furgonetas).

prescripción exige la constitución de un sujeto colectivo que pueda gestionar esta información para proceder por tanto a la negociación de estas condiciones. La peculiar estructura organizativa de este sector, en donde el centro de trabajo no existe, impone la necesidad de una adaptación de la normativa del Título II del Estatuto de los Trabajadores⁽¹⁶⁾. Además, la estructura asociativa y el tejido sindical entre los *riders* se diferencia por el momento de manera importante del que es característico de otros sectores en donde la presencia sindical confederal está asegurada⁽¹⁷⁾.

Un convenio colectivo de sector sería una iniciativa muy interesante en la medida que posibilitaría generalizar unas condiciones salariales y de empleo homogéneas en el sector y ayudaría a impulsar experiencias de representación en la empresa y de fijación de una cierta institucionalidad colectiva en el sector, con determinación de la audiencia electoral y la delimitación a su través de los sujetos representativos. Sin embargo, la separación que se ha dado en el sector empresarial junto con la actual imprecisión de sujetos sindicales por parte de los trabajadores, puede permitir el ensayo de fórmulas de acuerdo colectivo extraestatutario donde las empresas de plataformas – o la asociación de empresas disidentes de la CEOE – seleccionen previamente un interlocutor y elaboren un acuerdo colectivo que les “blinde” respecto de los contenidos laborales que impone, en defecto de convenio, la legislación laboral. La utilización de la negociación colectiva con esta finalidad puede ser la siguiente ofensiva de las multinacionales que actúan en el sector del *food delivery* en su largo combate contra la consecución de derechos laborales para el personal a su servicio. Habrá que estar atentos a esta posible nueva fase del conflicto.

3. El derecho de información sobre el algoritmo

El segundo punto que aborda el RDL 9/2021 es el derecho de información sobre los algoritmos que organizan el servicio y las condiciones de trabajo de esta actividad. Se trata de una prescripción original, que se hace cargo, según se explica en la exposición de motivos de la norma, de “la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral y la necesidad de que la legislación laboral tenga en cuenta esta repercusión tanto en los derechos colectivos e

⁽¹⁶⁾ Que regula el derecho de representación en la empresa a través de la audiencia electoral a los órganos unitarios o electivos: Comités de empresa y Delegados de Personal.

⁽¹⁷⁾ Cfr. E. Garrido Pérez, *La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, *Revista de Derecho Social*, 2017, n° 80, 209-232.

individuales de las personas trabajadoras como en la competencia entre las empresas”. En realidad estas afirmaciones son de una gran vaguedad, se relacionan con los derechos digitales que la nueva Ley de Protección de Datos Personales – Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre - formuló en su momento como manifestaciones reforzadas del poder de dirección que sólo conoce el límite del derecho a la intimidad en la protección de datos digitales del trabajador, configurado como un derecho individual⁽¹⁸⁾ y como tal reiterado en la referencia a la capacidad regulativa de la materia por los convenios colectivos a tenor del art. 91 LOPDP sobre los “derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”⁽¹⁹⁾.

El enfoque que adopta el RDL 9/2021 es diferente. Parte en efecto de la importancia que progresivamente la digitalización reviste en la determinación de las condiciones de trabajo y de empleo de un número creciente de empresas, pero desplaza el eje de su intervención al campo de los intereses colectivos y de la representación, electiva o sindical, de las personas que trabajan en las empresas y centros de trabajo. De esta manera, “los cambios que están introduciendo en la gestión de los servicios y actividades empresariales, en todos los aspectos de las condiciones de trabajo”, merecen que el legislador dirija su atención y análisis a los algoritmos, “sobre todo porque dichas alteraciones se están dando de manera ajena al esquema tradicional de participación de las personas trabajadoras en la empresa”, una forma elegante de señalar el dominio unilateral por parte del empleador de las medidas de control del proceso de producción y la determinación de las condiciones de trabajo.

El mecanismo elegido por la norma ha sido el de ampliar los derechos de información básicos de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, añadiendo al apartado 4 del art. 64 ET⁽²⁰⁾ un nuevo párrafo según el cual el comité de empresa, “con la periodicidad que proceda en cada caso”, tendrá derecho a “ser informado 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

⁽¹⁸⁾ Cfr. J.L. Goñi Sein, *El impacto de las nuevas tecnologías disruptivas sobre los derechos de privacidad (intimidad y “extimidad”) del trabajador*, *Revista de Derecho Social*, 2021, nº 93.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. Baylos, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella legge sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali in Spagna*, *LLI*, 2019, 1, C.1-14.

⁽²⁰⁾ “El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo”

condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». Se trata de un precepto cuyo significado innovador ha sido puesto de manifiesto por varios comentaristas⁽²¹⁾, al tratarse de un cambio de perspectiva normativa, que en esta ocasión sitúa el tema del control digital de la dirección de la organización del trabajo en el espacio del interés colectivo y por tanto hace entrar en juego a los sujetos que lo representan, tanto los órganos de representación unitarios y electivos como las secciones sindicales y el delegado sindical.

Conviene señalar además que, frente a lo que constituye el elemento más reconocido de la norma, la regulación laboral de las personas que trabajan en el sector de reparto de comida a través de las plataformas digitales, la regla prevista en el art. 64.4 ET no se limita a este sector, sino que tiene un alcance general, para toda empresa que utilice estos instrumentos de inteligencia artificial para la determinación de la organización del trabajo y fijación de las condiciones laborales o de empleo.

Se ha advertido sin embargo que el reconocimiento de este derecho se sitúa en el nivel de participación más débil, el que se refiere a los derechos de información, sin que por consiguiente se haya intentado establecer un deber de iniciar un proceso de consultas sobre este particular, como sucede en supuestos más importantes como la modificación de condiciones de trabajo, traslados de empresa, sucesión de empresas o despidos colectivos, por ejemplo. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho de información tiene una gran potencialidad si resulta bien interpretado. En efecto, aunque la información se restringe en el propio art. 64 ET a la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada, sin que por consiguiente implique la apertura de un diálogo con el mismo, que es lo que caracteriza los derechos de consulta, lo cierto es que el párrafo 6 del mismo artículo señala que la información debe facilitarse “en un momento, en una manera y con un contenido apropiado” que permitan a los representantes de los trabajadores “proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe”. Lo relevante es el reconocimiento de este derecho de información que traslada al empresario el deber de informar sobre esta materia. No hay realmente compartimentos estancos en la graduación de

⁽²¹⁾ A. Todolí Signes, *Nueva ley rider y un pequeño comentario a la norma*, <https://adriantodoli.com/2021/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma/>; E. Rojo Torrecilla, *Y llegó la norma que declara la relación laboral de ‘las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales’*. *Primeras notas y comentarios al RDL 9/2021 de 11 de mayo*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/05/y-llego-la-norma-que-declara-la.html>.

derechos de representación, todos ellos convergen al final en un proceso de negociación, y a este fin es al que está directamente encaminado el precepto previsto en el RDL 9/2021.

Hay que tener en cuenta que lo que se viene a conocer como *Algorithmic Management*, que refuerza el poder de dirección y de control a través de instrumentos tecnológicos sofisticados de supervisión digital no sólo facilita el control disciplinario y la evaluación del desempeño o capacidad profesional de las personas trabajadoras, sino que actúa mediante una inmensa recolección de datos personales de las personas que trabajan en la empresa y encauza la conducta digital de éstas, con repercusiones evidentes sobre la salud laboral y los riesgos psíquicos, o decisiones relevantes en orden a la contratación y evaluación en el acceso al empleo. El elemento decisivo y original que aporta este derecho de información reconocido en la norma recién publicada es el de la transparencia de los parámetros y criterios empleados en la toma de decisiones del empleador tanto en las condiciones de trabajo como en las de empleo. Ello implica el cuestionamiento de la neutralidad de estos parámetros por discriminatorios o impeditivos del ejercicio de derechos fundamentales, como ya ha sido efectuado ante los jueces por los sindicatos italianos, pero a este problema de enorme relevancia se une la determinación a través de estas herramientas digitales de las condiciones concretas de prestación del trabajo, el impacto sobre las condiciones de trabajo.

Por eso el derecho de información sobre el algoritmo va directamente encaminado a su utilización sindical en el marco de la negociación colectiva. O dicho de otra manera, es evidente la idoneidad de la negociación colectiva para imponer y regular los criterios, reglas e instrucciones de inteligencia artificial que afecten a los procesos de toma de decisiones sobre la organización del trabajo y sus efectos sobre las condiciones de desarrollo de la prestación laboral. La importación de un principio de transparencia informativa que permita el “contenido apropiado” que facilite y oriente la intervención colectiva de la representación de los trabajadores es el eje de esta facultad, y dentro del programa de acción de la Confederación Europea de Sindicatos, esta propuesta quiere ser llevada al proyecto de norma europea sobre Inteligencia Artificial²².

Ciertamente que el reconocimiento de este derecho, cuya omisión por parte del empresario es una infracción grave a tenor del art. 7 de la LISOS, y puede ser objeto de un conflicto colectivo, requiere su utilización efectiva en la

(22) <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence>

práctica sindical negocial. En principio, parecería particularmente encaminado hacia la negociación colectiva de empresa, lo que plantea el problema de la doble legitimación, unitaria y sindical, para la elaboración del convenio colectivo, si bien abre también, en este mismo espacio, la posibilidad de acuerdos informales de empresa. Pero además los convenios sectoriales pueden establecer reglas de carácter general, la adopción de un principio de transparencia y la eliminación de elementos previsiblemente discriminatorios u obstaculizadores del ejercicio de derechos fundamentales, sin perjuicio de posteriores concreciones en el nivel de empresa. La estrategia sindical sobre la negociación colectiva en el período post-Covid deberá tener muy en cuenta estas posibilidades.

Bibliografía

- Baylos A., *Il ruolo della contrattazione collettiva nella legge sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali in Spagna*, in *LLI*, 2019, 1, C.1-14.
- Bini S., *Il lavoro a distanza in Spagna: dalla emergenza alla normalità*, in *LLI*, 2020, 2, C.1-C.22.
- Casas Baamonde M^a E., *El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia*, in *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n° 11, 1413-1437.
- Cruz Villalón J., *Una presunción plena de laboralidad para los 'riders'*, <https://elpais.com/economia/2021-05-12/una-presuncion-plena-de-laboralidad-para-los-riders.html>
- Ferrando Garcia F., *Algunas reflexiones sobre la regulación del trabajo a través de las plataformas digitales*, <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/ALGUNAS-REFLEXIONES-SOBRE-LA-REGULACION-DEL-TRABAJO-A-TRAVES-DE-PLATAFORMAS-DIGITALES.pdf>.
- Garrido Pérez E., *La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, in *Revista de Derecho Social*, 2017, n° 80, 209-232.
- Goñi Sein J.L., *El impacto de las nuevas tecnologías disruptivas sobre los derechos de privacidad (intimidad y "extimidad") del trabajador*, in *Revista de Derecho Social*, 2021, n° 93.
- Morón Prieto R., *El necesario fortalecimiento del concepto de trabajador por cuenta ajena: algunas reflexiones con ocasión del caso Glovo*, in *Revista de Derecho Social*, 2019, n° 88, 153-165.
- Rojó Torrecilla E., *La laboralidad de los repartidores. Un buen acuerdo en el diálogo social*, <https://www.net21.org/la-laboralidad-de-los-repartidores/>
- Rojó Torrecilla E., *Y llegó la norma que declara la relación laboral de 'las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales'. Primeras notas y comentarios al RDL 9/2021 de 11 de mayo*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/05/y-llego-la-norma-que-declara-la.html>.
- Todoñi Signes A., *Commento alla sentenza del Tribunale Supremo spagnolo che considera i riders lavoratori subordinati. Tribunal Supremo Sala de lo Social, 25 settembre 2020, n. 805*, in *LLI*, 2020, 2, 2, R.1-R.13.
- Todoñi Signes A., *Nueva ley rider y un pequeño comentario a la norma*, <https://adriantodoli.com/2021/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma/>

DISPOSICIONES GENERALES

JEFATURA DEL ESTADO

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

I.

Las tecnologías de la información y la comunicación han tenido la virtualidad de transformar, en todo el mundo, las relaciones sociales, los hábitos de consumo y, con ello, han generado oportunidades de nuevas formas de negocio que giran, entre otros factores, en torno a la obtención y gestión de datos y a la oferta de servicios adaptados a esta nueva etapa.

Del mismo modo, los métodos de cálculo matemáticos o algoritmos se han aplicado a las relaciones de trabajo revolucionando la forma en que se prestan los servicios, optimizando recursos y resultados. Estos métodos presentan un fuerte potencial para contribuir a mejorar las condiciones de vida de las personas. Buena muestra de ello han sido los resultados de una digitalización forzada o acelerada a lo largo de la crisis sanitaria, habilitando servicios y atención sanitaria personalizados a distancia, permitiendo el mantenimiento de negocios a través de servicios en línea; o garantizando la continuidad de las prestaciones de trabajo a distancia.

La aplicación de estos medios tecnológicos ha introducido elementos novedosos en las relaciones laborales, cuyas ventajas son evidentes. Las ventajas y consecuencias positivas sobre las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras son perfectamente compatibles con la finalidad del derecho del trabajo en su función reequilibradora de intereses, protectora de la parte más débil contractualmente o de gestión de los recursos humanos y mejora de la productividad de las empresas.

Esta es la fórmula de compatibilidad que garantiza que la revolución tecnológica aporte sus efectos positivos de forma equitativa y redunde en el progreso de la sociedad en la que se ha instalado. Un mercado de trabajo con derechos es garantía de una sociedad moderna, asentada en la cohesión social, que avanza democráticamente; un mercado centrado en las personas, que convierte a su tejido productivo en menos volátil y más resiliente ante los cambios.

A pesar de las enormes dificultades, especialmente las técnicas, que ha supuesto afrontar este reto, el diálogo social ha permitido que nuestro país avance de forma pionera en esta materia y lo haga de la mano de un diagnóstico y una solución compartida por los interlocutores sociales más representativos cuyas aportaciones han resultado decisivas. Este real decreto-ley, por tanto, es fruto del Acuerdo adoptado, el pasado 10 de marzo de 2021, entre el Gobierno, CC. OO., UGT, CEOE y CEPYME, tras el trabajo desarrollado por la Mesa de Diálogo constituida, a tal efecto, el 28 de octubre de 2020.

II.

El presente real decreto-ley cuenta con un artículo y dos disposiciones finales, cuya finalidad es la precisión del derecho de información de la representación de personas trabajadoras en el entorno laboral digitalizado, así como la regulación de la relación trabajo por cuenta ajena en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

El artículo único modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en dos aspectos. En primer lugar, modifica el artículo 64, relativo a los derechos de información y consulta de la representación legal de las personas trabajadoras añadiendo un nuevo párrafo d) a su apartado 4, en el que se reconoce el derecho del comité de empresa a ser informado 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.

En segundo lugar, introduce una nueva disposición adicional sobre la presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía, cuando la empresa ejerce sus facultades de organización, dirección y control, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Dicha presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores.

La labor esencial realizada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se encuentra en el origen de buena parte de las sentencias que han resuelto a favor o en contra de la laboralidad de las prestaciones de servicios en plataformas digitales de reparto y que han culminado con la STS 805/2020, de 25 de septiembre.

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 de 2015, recurso 587/2014, y en la que se destaca, asimismo, la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al contexto actual. En dicha sentencia se fundamenta lo siguiente:

«Desde la creación del derecho del trabajo hasta el momento actual hemos asistido a una evolución del requisito de dependencia-subordinación. La sentencia del TS de 11 de mayo de 1979 ya matizó dicha exigencia, explicando que “la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa”. En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (artículo 3.1 del Código Civil)» (FJ 7.º).

Partiendo de esta máxima, el Alto Tribunal analizó la relación entre la plataforma de reparto demandada y el trabajador concernido por el recurso, reiterando, como ya lo había establecido en numerosas ocasiones con anterioridad (por todas, SSTS de 22 de abril de 1996, recurso 2613/1995; y de 3 de mayo de 2005, recurso 2606/2004), que las facultades empresariales de dirección, organización o control de la actividad y, en tal sentido, las notas de dependencia y ajenidad, pueden traducirse a la realidad de formas diferentes a las clásicas 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.

A través de una nueva disposición adicional vigesimotercera, y por acuerdo adoptado en la mesa del diálogo social, se traslada a la ley la jurisprudencia sobre esta materia, con el objetivo de que el Estatuto de los Trabajadores refleje estas nuevas realidades de forma clara.

De este modo, en el Estatuto de los Trabajadores se contempla que las facultades empresariales, a las que se refiere el artículo 20 de dicha norma, pueden ser ejercidas de numerosas maneras y, entre ellas, por medio de la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo a través de una plataforma digital, que son, por lo tanto, los activos clave y esenciales de la actividad. 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 solo aparente, por llevar en realidad aparejada consecuencias o repercusiones en el mantenimiento de su empleo, en su volumen o en el resto de sus condiciones de trabajo.

Asimismo, se refuerza, a través de la invocación explícita del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, la importancia 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.

Los algoritmos merecen nuestra atención y análisis, por los cambios que están introduciendo en la gestión de los servicios y actividades empresariales, en todos los aspectos de las condiciones de trabajo y, sobre todo, porque dichas alteraciones se están dando de manera ajena al esquema tradicional de participación de las personas trabajadoras en la empresa. En este sentido, otra de las reflexiones compartidas por la mesa de diálogo social consiste en señalar que no podemos ignorar la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral y la necesidad de que la legislación laboral tenga en cuenta esta repercusión tanto en los derechos colectivos e individuales de las personas trabajadoras como en la competencia entre las empresas.

La eficacia de la nueva disposición adicional vigesimotercera, basada, como se ha expuesto, en la valoración de 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.

Por último, se incluye una disposición final primera relativa al título competencial y una disposición final segunda relativa a la entrada en vigor, que establece un periodo de tres meses, contados a partir de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado», periodo que se estima necesario para posibilitar el conocimiento material de la norma y la adopción de las medidas necesarias para su aplicación.

III.

En relación con la concurrencia de los presupuestos habilitantes de extraordinaria y urgente necesidad, debe tenerse en cuenta la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, resumida en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia 61/2018, de 7 de junio, conforme a la cual se requieren, por un lado, «la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación», y, por otro, «la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella».

A la hora de justificar la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad, debemos referirnos a la litigiosidad comentada en esta exposición de motivos y la doctrina contenida en la STS 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, que impone, de lege ferenda, la adopción de una solución legislativa que procure un panorama necesario de normalización y seguridad jurídica para personas trabajadoras y empresas.

De un lado, la urgente necesidad de articular equilibradamente una realidad económica nueva —en su forma de organización— con la protección de quienes son personas trabajadoras que, si bien prestan servicios de un modo que se aparta del tradicional, están sometidas a un control en su prestación, básicamente sobre los procesos y los resultados.

En este sentido, debe entenderse la propuesta y su urgencia bajo el principio de protección inherente, que no puede dejarse al albur de actuaciones administrativas o judiciales a las que se encomienda la función de garantizar el efecto útil de los derechos incluidos en el Estatuto de los Trabajadores.

Resulta fundamental para conseguir este nivel de protección adoptar un concepto material de persona trabajadora y un concepto funcional de empresa, superando elementos instrumentales que impidan garantizar el efecto útil de un conjunto de derechos mínimos de los que se ocupa de manera genuina el Derecho del trabajo. De otra manera, corremos el riesgo de que un número creciente de personas que desempeñan su actividad en el contexto atípico de las plataformas digitales de reparto queden excluidas de su ámbito de aplicación y condenadas a una situación de extrema vulnerabilidad.

Los ingresos que perciben las personas trabajadoras, las cotizaciones a la Seguridad Social, la renta disponible de los hogares y otros efectos adicionales y añadidos que inciden en la fortaleza y capacidad de recuperación del tejido empresarial, hacen especialmente necesaria esta regulación, ante los retos comprometidos con la Unión Europea en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Por ello, es urgente contar con un medio que procure certezas, seguridad y previsibilidad mediante la adopción de esta nueva técnica que refleja en el texto del Estatuto de los Trabajadores las características de una realidad productiva altamente digitalizada, pero que no altera el contenido ni el alcance de las notas que definen la naturaleza laboral de una relación de servicios conforme a lo establecido en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, ni sus consecuencias. Resulta igualmente urgente, además, garantizar 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.

Todo lo anterior pone de manifiesto la urgencia de garantizar condiciones de trabajo justas en la economía de las plataformas digitales de reparto, a través de una presunción de laboralidad de las personas que prestan servicios en dicho ámbito, que asegure la igualdad de trato de las empresas, ya operen con formas de trabajo estándar o no estándar; así como

procurar, por último, la efectividad de la modificación legislativa operada, mediante la incorporación de mecanismos para conseguir su cumplimiento y aplicación efectivos.

En este sentido, la aprobación y publicación de la medida otorgará seguridad jurídica a los operadores, que dispondrán de un plazo razonable para realizar las adaptaciones necesarias al nuevo marco legal, periodo de tiempo que se considera como mínimo indispensable a tal fin.

IV.

Esta norma se ajusta a los principios de buena regulación contenidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en particular, a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

Así, de acuerdo con los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa se encuentra justificada por una razón de interés general, habiéndose identificado los fines perseguidos y entendiéndose que es el real decreto-ley el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. Por otra parte, las medidas contenidas en el real decreto-ley son adecuadas y proporcionadas a las necesidades que exigen su dictado, habiéndose constatado que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios. A su vez, como garantía del principio de seguridad jurídica, esta iniciativa normativa se adopta de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, generando un marco normativo de certidumbre, que facilita su conocimiento y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas afectadas.

Con esta norma, de igual manera, se observa el principio de transparencia, al definir claramente la situación que la motiva y sus objetivos, descritos en la parte expositiva del texto y en el apartado correspondiente de la memoria del análisis de impacto normativo, sin que se hayan realizado los trámites de participación pública que se establecen en el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al amparo de la excepción que, para los reales decretos-leyes, regula el apartado 11 del aludido precepto.

Por último, en relación con el principio de eficiencia la norma no incorpora ninguna carga administrativa adicional.

Este real decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en las materias de legislación laboral.

La inmediatez con la que es necesario incorporar las modificaciones referidas al Estatuto de los Trabajadores exige la adopción de la presente norma a través del instrumento del decreto-ley, toda vez que la situación a la que se pretende dar respuesta no puede abordarse mediante el procedimiento legislativo ordinario o a través de su tramitación urgente. En este sentido, ha de tenerse en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional, en base a la cual el decreto-ley constituye un instrumento constitucionalmente lícito, siempre que el fin que justifica la legislación de urgencia sea subvenir a una situación concreta, dentro de los objetivos gubernamentales, que por razones difíciles de prever requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, máxime cuando la determinación de dicho procedimiento no depende del Gobierno (sentencias 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; 11/2002,

de 17 de enero, FJ 4, 137/2003, de 3 de julio, FJ 3, y 189/2005, de 7 de julio, FJ 3; 68/2007, F. 10, y 137/2011, F. 7).

En su virtud, haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución Española, a propuesta de la Vicepresidenta Tercera del Gobierno y Ministra de Trabajo y Economía Social, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 11 de mayo de 2021,

DISPONGO:

Artículo único. *Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.*

El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda modificado como sigue:

Uno. Se introduce una nueva letra d) en el artículo 64.4, con la siguiente redacción:

«d) Ser informado 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.»

Dos. Se introduce una nueva disposición adicional vigesimotercera, con la siguiente redacción:

«*Disposición adicional vigesimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.*»

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.»

Disposición final primera. *Título competencial.*

Este real decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado las competencia exclusiva en materia de legislación laboral.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

El presente real decreto-ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, el 11 de mayo de 2021.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Regio Decreto Legge 9/2021, dell'11 maggio, che modifica il testo rivisto della Legge sullo Statuto dei Lavoratori, approvato dal Regio Decreto Legislativo 2/2015, del 23 ottobre, per garantire i diritti lavorativi delle persone dedicate alla consegna nel campo delle piattaforme digitali.

I.

Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione hanno avuto la virtualità di trasformare, in tutto il mondo, le relazioni sociali, le abitudini di consumo e, con questo, hanno generato opportunità per nuove forme di *business* che ruotano, tra gli altri fattori, intorno alla raccolta e alla gestione dei dati e all'offerta di servizi adeguati a questa nuova fase.

Allo stesso modo, metodi di calcolo matematico o algoritmi sono stati applicati ai rapporti di lavoro, rivoluzionando il modo in cui vengono forniti i servizi, ottimizzando le risorse e i risultati. Questi metodi hanno un forte potenziale per contribuire al miglioramento delle condizioni di vita delle persone. Un buon esempio sono stati i risultati della digitalizzazione forzata o accelerata nel corso della crisi sanitaria, permettendo servizi personalizzati a distanza e assistenza sanitaria, permettendo il mantenimento del *business* attraverso servizi online; o garantendo la continuità dei servizi di lavoro a distanza.

L'applicazione di questi mezzi tecnologici ha introdotto elementi nuovi nei rapporti di lavoro, i cui vantaggi sono evidenti. I vantaggi e le conseguenze positive sulle condizioni di lavoro dei lavoratori sono perfettamente compatibili con lo scopo del diritto del lavoro nella sua funzione di riequilibrare gli interessi, proteggere la parte contrattualmente più debole o gestire le risorse umane e migliorare la produttività delle imprese.

Questa è la formula di compatibilità che garantisce che la rivoluzione tecnologica porta i suoi effetti positivi in modo equo e ridonda al progresso della società in cui è stata installata. Un mercato del lavoro con diritti è garanzia di una società moderna, basata sulla coesione sociale, che avanza democraticamente; un mercato centrato sulle persone, che rende il suo tessuto produttivo meno volatile e più resistente di fronte ai cambiamenti.

Nonostante le enormi difficoltà, soprattutto tecniche, che comporta affrontare questa sfida, il dialogo sociale ha permesso al nostro paese di fare progressi pionieristici in questo campo e di farlo di pari passo con una diagnosi e una soluzione condivisa dalle parti sociali più rappresentative, i cui contributi sono stati determinanti. Il presente Regio Decreto Legge, pertanto, è il risultato dell'accordo adottato lo scorso 10 marzo 2021 tra il Governo, le CC. OO., UGT, CEOE e CEPYME, a seguito del lavoro svolto dal Tavolo di Dialogo istituito a tal fine il 28 ottobre 2020.

II.

Questo regio decreto legge ha un articolo e due disposizioni finali, il cui scopo è quello di specificare il diritto all'informazione della rappresentanza dei lavoratori nell'ambiente di

lavoro digitalizzato, così come la regolamentazione del rapporto di lavoro nel campo delle piattaforme digitali di consegna.

L'articolo unico modifica il testo rivisto della Legge sullo Statuto dei Lavoratori, approvato dal Regio Decreto Legislativo 2/2015, del 23 ottobre, in due aspetti. In primo luogo, modifica l'articolo 64, relativo ai diritti d'informazione e di consultazione della rappresentanza legale dei lavoratori aggiungendo un nuovo paragrafo d) alla sua sezione 4, che riconosce il diritto del comitato aziendale di essere informato dall'azienda su parametri, regole e istruzioni su cui si basano gli algoritmi o i sistemi di intelligenza artificiale che influiscono sul processo decisionale che può influenzare le condizioni di lavoro, l'accesso e il mantenimento dell'occupazione, compresa la profilazione.

In secondo luogo, introduce una nuova disposizione aggiuntiva sulla presunzione di occupazione delle attività di consegna o distribuzione di qualsiasi tipo di prodotto o merce, quando l'azienda esercita i suoi poteri di organizzazione, gestione e controllo, mediante la gestione algoritmica del servizio o delle condizioni di lavoro, attraverso una piattaforma digitale. Questa presunzione non pregiudica le disposizioni dell'articolo 1.3 dello Statuto dei lavoratori.

Il lavoro essenziale svolto dall'Ispettorato del Lavoro e della Previdenza Sociale è all'origine di molte delle sentenze che si sono pronunciate a favore o contro lo *status* di impiego della prestazione di servizi su piattaforme di consegna digitale, culminate nella STS 805/2020, del 25 settembre.

La nuova disposizione aggiuntiva riprende i criteri e i parametri stabiliti dalla Corte Suprema in detta sentenza, la prima emessa in conformità alla dottrina, utilizzando a tal fine la prevalenza del principio di realtà nel senso indicato dalle sentenze precedenti, come la STS 263/1986, del 26 febbraio 1986, o la STS del 20 gennaio 2015, ricorso 587/2014, e che evidenzia anche la necessità di adattare i requisiti di dipendenza e alienità al contesto attuale. Tale sentenza si fonda su quanto segue:

“Dalla creazione del diritto del lavoro fino ad oggi abbiamo assistito ad un'evoluzione del requisito di dipendenza-subordinazione. La sentenza del CS dell'11 maggio 1979 aveva già qualificato questo requisito, spiegando che 'la dipendenza non implica una subordinazione assoluta, ma solo l'inserimento nel circolo direttivo, organizzativo e disciplinare dell'impresa'. Nella società post-industriale la nota di dipendenza è diventata più flessibile. Le innovazioni tecnologiche hanno portato alla creazione di sistemi di controllo digitalizzati per la fornitura di servizi. L'esistenza di una nuova realtà produttiva obbliga ad adattare le note di dipendenza e dipendenza esterna alla realtà sociale dell'epoca in cui le norme devono essere applicate (articolo 3.1 del Codice Civile)" (FJ 7.º).

Sulla base di questa massima, la Corte Suprema ha analizzato la relazione tra la piattaforma di consegna convenuta e il lavoratore interessato dal ricorso, ribadendo, come aveva stabilito in numerose occasioni precedenti (per esempio, SSTS del 22 aprile 1996, ricorso 2613/1995; e del 3 maggio 2005, ricorso 2606/2004), che i poteri di direzione, organizzazione o controllo dell'attività da parte del datore di lavoro e, in questo senso, le note di dipendenza e di lavoro esterno, possono tradursi in realtà in modi diversi da quelli classici quando il datore

di lavoro assume i rischi dell'operazione ed è beneficiario dei suoi frutti, svolgendo l'opera di coordinamento, organizzazione o controllo della prestazione o detenendo il potere sanzionatorio, e questo anche se le sue prerogative si manifestano indirettamente o implicitamente, attraverso la gestione algoritmica delle condizioni di lavoro o del servizio prestato.

Con una nuova ventitreesima disposizione aggiuntiva, e con un accordo adottato al tavolo del dialogo sociale, la giurisprudenza in materia viene trasferita nella legge, con l'obiettivo di assicurare che lo Statuto dei lavoratori rifletta chiaramente queste nuove realtà.

Così, lo Statuto dei Lavoratori contempla che i poteri imprenditoriali, di cui all'articolo 20 di questo regolamento, possono essere esercitati in numerosi modi e, tra questi, attraverso la gestione algoritmica del servizio o delle condizioni di lavoro attraverso una piattaforma digitale, che sono, quindi, gli *asset* chiave ed essenziali dell'attività. Di conseguenza, la forma indiretta o implicita di esercizio dei poteri dell'azienda copre i casi in cui una certa flessibilità o libertà da parte del lavoratore nell'esecuzione del servizio sia solo apparente, perché in realtà ha conseguenze o ripercussioni sul mantenimento del loro impiego, sul suo volume o sul resto delle loro condizioni di lavoro.

Allo stesso modo, attraverso l'esplicita invocazione dell'articolo 8.1 dello Statuto dei Lavoratori, si rafforza l'importanza di valutare la natura reale del rapporto, il contenuto delle prestazioni e la configurazione asimmetrica ed effettiva degli obblighi assunti nell'accordo contrattuale come elemento necessario per garantire l'effetto utile e protettivo che corrisponde al diritto del lavoro.

Gli algoritmi meritano la nostra attenzione e analisi per i cambiamenti che stanno introducendo nella gestione dei servizi e delle attività aziendali, in tutti gli aspetti delle condizioni di lavoro e, soprattutto, perché questi cambiamenti stanno avvenendo al di fuori dello schema tradizionale di partecipazione dei lavoratori nell'impresa. In questo senso, un'altra delle riflessioni condivise dalla tavola rotonda del dialogo sociale è quella di sottolineare che non si può ignorare l'impatto delle nuove tecnologie nella sfera del lavoro e la necessità che la legislazione del lavoro tenga conto di questa ripercussione sia sui diritti collettivi e individuali dei lavoratori che sulla concorrenza tra imprese.

L'efficacia della nuova ventitreesima disposizione aggiuntiva, basata, come detto, sulla valutazione della natura reale della relazione lavorativa, dipenderà in larga misura dalle informazioni verificabili disponibili sullo sviluppo dell'attività attraverso le piattaforme, che dovrebbero permettere di discernere se le condizioni della prestazione di servizi espresse in una specifica relazione rientrano nella situazione descritta da tale disposizione, sempre con il massimo rispetto per i segreti industriali e commerciali delle aziende in conformità con la normativa, che non sono messi in discussione da queste informazioni sui derivati del lavoro degli algoritmi o altre operazioni matematiche al servizio dell'organizzazione aziendale.

Infine, include una prima disposizione finale relativa al titolo di competenza e una seconda disposizione finale relativa all'entrata in vigore, che stabilisce un periodo di tre mesi dalla pubblicazione nella «Gazzetta Ufficiale dello Stato», periodo ritenuto necessario per

consentire la conoscenza materiale del regolamento e l'adozione delle misure necessarie alla sua applicazione.

III.

In relazione al concorso dei presupposti abilitativi di straordinaria e urgente necessità, deve essere presa in considerazione la dottrina del nostro Tribunal Constitucional, sintetizzata nella base giuridica 4 della Sentenza 61/2018, del 7 giugno, secondo la quale, da un lato, è richiesta "l'esposizione esplicita e motivata delle ragioni che sono state prese in considerazione dal Governo nella sua approvazione", e, dall'altro, "l'esistenza di un collegamento necessario tra la situazione di emergenza definita e la misura specifica adottata per porvi rimedio".

Nel giustificare la concomitanza della necessità straordinaria e urgente, dobbiamo fare riferimento alla litigiosità commentata in questa relazione e alla dottrina contenuta nella STS 805/2020, del 25 settembre 2020, che impone, *de lege ferenda*, l'adozione di una soluzione legislativa che fornisca un necessario panorama di normalizzazione e certezza giuridica per i lavoratori e le imprese.

Da un lato, l'urgente necessità di bilanciare una nuova realtà economica - nella sua forma di organizzazione - con la protezione di coloro che sono lavoratori che, pur fornendo servizi in un modo che si discosta da quello tradizionale, sono soggetti a controllo nella loro prestazione, fondamentalmente sui processi e sui risultati.

In questo senso, la proposta e la sua urgenza devono essere comprese sotto il principio della protezione intrinseca, che non può essere lasciata alla mercé di azioni amministrative o giudiziarie a cui è affidata la funzione di garantire l'effetto utile dei diritti inclusi nello Statuto dei Lavoratori.

Per raggiungere questo livello di protezione, è essenziale adottare una concezione materiale del lavoratore e una concezione funzionale dell'impresa, superando gli elementi strumentali che impediscono di garantire l'effetto utile di un insieme di diritti minimi dei quali si occupa il Diritto del lavoro. Altrimenti, corriamo il rischio che un numero crescente di persone che lavorano nel contesto atipico delle piattaforme di consegna digitale siano escluse dal loro campo di applicazione e condannate a una situazione di estrema vulnerabilità.

Il reddito percepito dai lavoratori, i contributi di sicurezza sociale, il reddito disponibile delle famiglie e altri effetti aggiuntivi e aggiunti che incidono sulla forza e la resilienza del tessuto imprenditoriale, rendono questo regolamento particolarmente necessario, date le sfide impegnate per l'Unione europea nel piano di recupero, trasformazione e resilienza.

Pertanto, è urgente disporre di un mezzo che dia certezza, sicurezza e prevedibilità attraverso l'adozione di questa nuova tecnica che riflette nel testo dello Statuto dei Lavoratori le caratteristiche di una realtà produttiva altamente digitalizzata, ma che non altera il contenuto e la portata delle norme che definiscono la natura lavorativa di un rapporto di servizio in conformità con le disposizioni dell'articolo 1.1 dello Statuto dei Lavoratori, né le sue conseguenze. È altrettanto urgente, inoltre, garantire la parità di trattamento tra le imprese

«tradizionali» e quelle che utilizzano mezzi digitali di controllo basati sulla gestione algoritmica dei dati, sulla base di una concorrenza trasparente e leale tra loro.

Tutto ciò evidenzia l'urgenza di garantire condizioni di lavoro eque nell'economia delle piattaforme digitali di consegna, attraverso una presunzione di impiego delle persone che prestano servizi in questo settore, che assicuri la parità di trattamento delle imprese, sia che operino con forme di lavoro standard o non standard; così come assicurare, infine, l'efficacia della modifica legislativa apportata, incorporando meccanismi che garantiscano il suo effettivo rispetto e applicazione.

In questo senso, l'approvazione e la pubblicazione della misura fornirà certezza giuridica agli operatori, che avranno un periodo di tempo ragionevole per fare i necessari adattamenti al nuovo quadro giuridico, un periodo di tempo che è considerato il minimo necessario per questo scopo.

IV.

Il presente regolamento rispetta i principi di buona regolazione contenuti nell'articolo 129 della legge 39/2015, del 1° ottobre, sul procedimento amministrativo comune delle pubbliche amministrazioni, in particolare i principi di necessità, efficacia, proporzionalità, certezza del diritto, trasparenza ed efficienza.

Così, in conformità con i principi di necessità ed efficacia, l'iniziativa normativa è giustificata da un motivo di interesse generale, avendo identificato gli scopi perseguiti e comprendendo che il Regio Decreto Legge è lo strumento più appropriato per assicurare la sua realizzazione. D'altra parte, le misure contenute nel Regio Decreto Legge sono adeguate e proporzionate alle necessità che richiedono la sua emanazione, avendo constatato che non esistono altre misure meno restrittive dei diritti, o che impongono meno obblighi ai destinatari. A sua volta, come garanzia del principio della certezza del diritto, questa iniziativa normativa viene adottata in modo coerente con il resto del sistema giuridico nazionale e dell'Unione Europea, generando un quadro normativo di certezza, che facilita la sua conoscenza e, di conseguenza, l'azione e la decisione delle persone e delle imprese interessate.

Allo stesso modo, si osserva il principio di trasparenza con questo regolamento, definendo chiaramente la situazione che lo motiva e i suoi obiettivi, descritti nella parte esplicativa del testo e nella sezione corrispondente del rapporto di analisi dell'impatto normativo, senza che si siano realizzate le procedure di partecipazione pubblica stabilite nell'articolo 26 della legge 50/1997, del 27 novembre, del Governo, con l'eccezione che, per i regi decreti legge, regola la sezione 11 del precetto citato.

Infine, in relazione al principio di efficienza, la norma non prevede alcun onere amministrativo aggiuntivo.

Il presente Real Decreto-Legge è emanato ai sensi dell'articolo 149.1.7 della Costituzione spagnola, che concede allo Stato la competenza esclusiva in materia di legislazione del lavoro.

L'immediatezza con cui è necessario incorporare le modifiche di cui allo Statuto dei lavoratori richiede l'adozione di questo regolamento attraverso lo strumento del decreto-legge, dato che la situazione a cui si intende rispondere non può essere affrontata attraverso la procedura legislativa ordinaria o attraverso il suo trattamento urgente. In questo senso, si deve prendere in considerazione la dottrina del Tribunal Constitucional, secondo la quale il decreto-legge costituisce uno strumento costituzionalmente legittimo, a condizione che il fine che giustifica la legislazione d'urgenza sia quello di affrontare una situazione specifica, all'interno degli obiettivi governativi, che per ragioni difficilmente prevedibili richiede un'azione normativa immediata in un periodo più breve di quello richiesto dalla procedura normale o d'urgenza per l'elaborazione parlamentare delle leggi, soprattutto quando la determinazione di detta procedura non dipende dal Governo (Sentenze 6/1983, del 4 febbraio, FJ 5; 11/2002, del 17 gennaio, FJ 4, 137/2003, del 3 luglio, FJ 3, e 189/2005, del 7 luglio, FJ 3; 68/2007, F. 10, e 137/2011, F. 7).

In virtù di ciò, avvalendosi dell'autorizzazione contenuta nell'articolo 86 della Costituzione spagnola, su proposta del Terzo Vicepresidente del Governo e Ministro del Lavoro e dell'Economia Sociale, e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri nella riunione dell'11 maggio 2021,

DISPONGO:

Articolo unico. Modifica del testo consolidato della Legge sullo Statuto dei Lavoratori, approvato dal Regio Decreto Legislativo 2/2015, del 23 ottobre.

Il testo consolidato della Legge sullo Statuto dei Lavoratori, approvato dal Regio Decreto Legislativo 2/2015, del 23 ottobre, è modificato come segue:

Uno. Una nuova lettera d) è introdotta nell'articolo 64.4, con la seguente formulazione:

«d) Essere informati dall'azienda dei parametri, delle regole e delle istruzioni su cui si basano gli algoritmi o i sistemi di intelligenza artificiale che influenzano il processo decisionale che può avere un impatto sulle condizioni di lavoro, l'accesso e il mantenimento dell'occupazione, compresa la profilazione».

Due. Viene introdotta una nuova ventitreesima disposizione aggiuntiva, con la seguente formulazione:

«Ventitreesima disposizione aggiuntiva. Presunzione di impiego nell'ambito delle piattaforme di consegna digitale.

In applicazione delle disposizioni dell'articolo 8.1, si presume che l'attività delle persone che forniscono servizi a pagamento consistenti nella consegna o distribuzione di qualsiasi prodotto di consumo o merce da parte di datori di lavoro che esercitano poteri aziendali di organizzazione, gestione e controllo direttamente, indirettamente o implicitamente, mediante la gestione algoritmica del servizio o delle condizioni di lavoro, attraverso una piattaforma digitale, sia inclusa nell'ambito della presente legge.

Questa presunzione non pregiudica le disposizioni dell'articolo 1.3 del presente regolamento».

Prima disposizione finale. *Titolo competente.*

Il presente Real Decreto-Legge è emanato ai sensi dell'articolo 149.1.7 della Costituzione spagnola, che concede allo Stato la competenza esclusiva in materia di legislazione del lavoro.

Seconda disposizione finale. *Entrata in vigore.*

Il presente decreto legge reale entra in vigore tre mesi dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dello Stato.

Dato a Madrid, l'11 maggio 2021.

FELIPE R.

Il presidente del governo,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN