

Laboral

El trabajo autónomo en las plataformas digitales

Tras la aprobación de la presunción de laboralidad en la prestación de servicios en las plataformas de reparto, aún se mantiene la discordancia entre la realidad normativa y la necesidad empresarial. Muchas de estas empresas se han adaptado a la norma, otras han revisado su actividad para que sea prestada mediante el trabajo autónomo, algunas no se desarrollan en el sector del *delivery* y son muchas las que aún mantienen contenciosos abiertos con sanciones pendientes de la calificación de sus trabajadores.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

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

1. En su momento (Ley 12/2021, de 28 de septiembre, *BOE*, 29 y, previamente, el Real Decreto-Ley 9/2021, 11 de mayo, *BOE*, 12), la aprobación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores (artículo 64 y DA 22, respectivamente) para declarar la presunción de laboralidad de quienes prestan sus servicios para plataformas digitales de reparto, generó una cierta inquietud en el sector. Ha pasado algo más de un año y procede hacer un balance de situación, ya con más sosiego.

La reforma vino motivada, en gran medida, por la actuación judicial y, en particular, por la declaración de laboralidad efectuada por la STS de 25 de septiembre de 2020, Ar. 5169. Con base en la misma, el legislador establecerá

la presunción laboral de “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” (DA 23ª del Estatuto de los Trabajadores, en adelante, LET).

Como confesara el propio legislador, las notas de dependencia y ajenidad debían adaptarse a la realidad social. Además, existen unos

márgenes de flexibilidad o libertad en la prestación del trabajo que pueden generar confusión en las condiciones laborales. Por otra parte, las facultades empresariales de dirección, organización y control se ejecutan ya de forma muy diferente a la habitual, con una gestión algorítmica del servicio prestado por lo que se requiere 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” (Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 9/2021).

2. Pues bien, en estos meses de vigencia normativa, ha ocurrido de todo. Empresas que han laboralizado a sus repartidores optando normalmente por la contratación indefinida, incluyendo la modalidad del contrato fijo discontinuo; empresas que mantienen un contencioso previo, con hechos desarrollados antes de la vigencia de la nueva reforma aunque hayan laboralizado a su plantilla tras esta última; empresas que no han laboralizado a su plantilla y mantienen la prestación de servicios con trabajadores autónomos hasta comprobar cómo finaliza la actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social o, en su caso, hasta obtener una decisión judicial firme; o empresas que han ajustado sus plantillas a la nueva reforma, si bien con el espacio que la misma permite para el desempeño del trabajo autónomo en estas plataformas, incluso, en este último caso, con una plantilla híbrida —en parte con trabajadores por cuenta ajena y, en parte, con trabajadores por cuenta propia, según las descripción del servicio que presten en la empresa—.

Y, así, algunas plataformas ofrecen plena libertad a los *riders* para establecer no sólo condiciones de trabajo como el horario o la aceptación del encargo sin penalización ni valoración por parte del cliente sino, lo que es

más importante, la fijación libre de la tarifa a aplicar en el servicio. Se permite, de este modo, que el trabajador —calificado como autónomo— fije el precio mínimo del kilómetro recorrido en cada entrega, pudiendo rechazar libremente aquellos servicios que no le compensen. Es más, la tarifa podrá ser modificada por el repartidor en cualquier momento con oscilaciones al alza o a la baja según conveniencia. Además, podrá decidir si percibe la compensación en metálico o mediante plataforma de pago previamente seleccionada.

3. El análisis de esta actuación conduce necesariamente a afirmar que el Estatuto de los Trabajadores no ha establecido una “declaración” de laboralidad sino una “presunción” sobre la misma. Mas “esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma”, en el que, como es sabido, se dispone cuáles son las exclusiones a la aplicación de la normativa laboral. Entre otras, “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”.

Conviene precisar que el artículo 8.1 LET regula la forma del contrato laboral y es ahí cuando señala que dicho contrato “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”. Como toda presunción constituye un medio de prueba, ya sea legal, esto es, la demostración de hechos que pueden ser establecidos en la ley (artículos 1.250 y 1.251 del Código Civil) o fáctica, al inferirse de otros hechos

acreditados según las reglas de la lógica, ex artículo 1.253 de la citada norma. Pero la presunción es la prueba de un hecho. Y, aquí, el hecho que recoge el artículo 8.1 LET no es muy diferente al que señala el artículo 1.1. LET. 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 artículo 1.1 LET.

Pero, *sensu contrario*, si no se prueba la existencia de los presupuestos sustantivos de la laboralidad y no se prueba la existencia de remuneración, subordinación y ajenidad en los frutos o en los riesgos, la relación deberá ser considerada por cuenta propia, pese a la garantía explicitada por la nueva reforma toda vez que esta última también contempla un espacio para el desarrollo del trabajo autónomo en estas plataformas. Es cierto que no se ha incluido en la norma la salvedad de una prueba en contrario, mas es el artículo 385.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el que establece cómo “las presunciones establecidas por la ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”. Porque la aplicación de la presunción no opera automáticamente, sino que, incluso aunque se constaten los elementos propios de la norma, las partes pueden presentar prueba en contrario que destruya dicha presunción.

4. Por lo demás, la propia referencia legal contiene limitaciones. Así, alude únicamente a las plataformas “de reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía”, excluyendo de su ámbito de aplicación a cualquier otra plataforma digital o gestión algorítmica de servicios. Se requiere, por lo demás, 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 LET 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 realiza 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”.

Pero esto no significa que toda prestación de servicios en estas plataformas o gestoras de algoritmos sea laboral. Dependerá de cómo se conforme la misma. Porque si la prestación de servicios, aunque sea habitual, personal o directa, se efectúa por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de la plataforma, operando

ésta como mera intermediaria del servicio prestado y el cliente, 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.

5. A las consecuencias propias sobre la aplicación o la exclusión de la norma laboral, se une todo lo relacionado con la gestión algorítmica y la obligación de informar a los representantes de los trabajadores, ex artículo 64 LET, acerca 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” [artículo 64.4.d) LET]. Pues si la plataforma materializa sus servicios únicamente a través de trabajadores autónomos, dicha obligación se verá neutralizada por la extralaboralidad del servicio prestado pero si la plataforma, como comienza a ser frecuente, opera de forma híbrida y tiene parte de su plantilla contratada laboralmente, dicha obligación deberá hacerse efectiva a fin de “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 Ley 12/2021).

Esta información, que abarca “parámetros, reglas e instrucciones” en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, deberá respetar el secreto industrial y la propiedad intelectual, circunscribiéndose la información únicamente a aquellos datos que puedan incidir en las decisiones sobre “condiciones de trabajo, acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. Bien es cierto que, a diferencia de lo que establece la DA 23ª LET, constreñida su aplicación a las plataformas o a los algoritmos de las empresas de “reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía”, el artículo 64.4.d) LET no restringe su ámbito por lo que, consecuentemente, toda plataforma o gestión algorítmica que incida en condiciones laborales, estará sometida a esta obligación legal, independientemente de la empresa o del sector en el que se desarrolle.

6. Como toda transición laboral, desde la aplicación de la reforma se ha actuado en los términos descritos, pero son muchas las empresas que operan a través de plataforma digital que aún mantienen contenciosos, en sede administrativa o judicial, por la calificación de la prestación de servicios desarrollada en la misma. La jurisprudencia del orden social resolvió buena parte de los colectivos y en relación a gran parte de las empresas sobre la calificación como laboral o extralaboral de los servicios prestados. La casuística es compleja, pero, teniendo en cuenta los supuestos antes descritos, la mayor preocupación será la de aquellas empresas que, antes de la entrada en vigor de la norma, recibieron propuesta de sanción, recurrida hasta conocer la calificación como laboral o no de la relación o bien la de aquellas otras que, tras la vigencia de la norma, mantienen a sus trabajadores como autónomos en los mismos términos que antes, a la espera de dicha sanción y/o, en su caso,

calificación, o tras haber novado las condiciones contractuales del prestador del servicio para adaptarlas al trabajo por cuenta ajena.

La solución dista de ser sencilla. Salvo en el último caso, en el que empresa y trabajador pactan la prestación de servicios en términos que claramente suponen una actividad por cuenta propia, el resto de situaciones no dejan de resultar conflictivas. Puede ocurrir, en primer lugar, que la empresa imprima rasgos extralaborales en la prestación que realmente no lo sean, en cuyo caso se impondrá la presunción de laboralidad analizada. Puede suceder, en segundo término, que la empresa se haya mantenido en las mismas condiciones anteriores a la entrada en vigor y esté a la espera de la correcta calificación, asumiendo las consecuencias sancionadoras de la posible declaración de laboralidad. Pero cabe, finalmente y sin exhaustividad en el planteamiento, que la empresa haya cumplido con la normativa desde su entrada en vigor, pero mantenga un contencioso, administrativo o judicial, por las sanciones —y, en consecuencia, por la calificación— derivadas de la prestación de servicios anterior a la reforma. En este caso, procederá valorar la condición *ex tunc* o *ex nunc* de la aplicación normativa. Y, teniendo en cuenta que la entrada en vigor de esta reforma se demoró en tres meses tras su publicación (DF 2^a Real Decreto-Ley 9/2021) con el afán de facilitar la “adaptación” de las diferentes empresas con este formato y con empleados sobre los que no constara sentencia firme acerca de su laboralidad, la solución pasa por una interpretación sistemática de la norma. Así, en aquellos procesos descritos en los que obviamente no conste sentencia firme, no procederá sanción alguna ni consecuencia derivada de la laboralidad de la prestación, más allá del plazo de carencia normativa y su cumplimiento.

7. Si se materializa la previsión contenida en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales [COM(2021) 762 final 2021/0414], deberán cumplirse los criterios listados para determinar si una plataforma digital ejerce el control sobre una persona, lo que habría operar una presunción de laboralidad, calificado por esta norma como "refutable" (esto es, con posible expresión en contrario). Bastaría con que concurrieran al menos dos de los criterios asumidos por el legislador europeo; a saber, el establecimiento del nivel de retribuciones o la fijación de unos límites máximos; la supervisión de la ejecución del trabajo por medios electrónicos; la restricción de la libertad a la hora de elegir los horarios de trabajo o los períodos de ausencia, de aceptar o rechazar tareas o de recurrir a subcontratistas o sustitutos; el establecimiento de normas vinculantes específicas en relación con la apariencia, la conducta hacia el destinatario del servicio o la ejecución del trabajo; o, en fin, la restricción de la posibilidad de construir una base de clientes o de trabajar para terceros.

Todo ello parte de la base de la condición de empleadora de la plataforma pues, en muchos casos, se presentan como meras intermediarias de servicios ofrecidos de forma virtual. De ser así, la condición de trabajador autónomo será más fácil de defender toda vez que la plataforma constituye un mero instrumento de conexión entre el trabajador y el cliente. La defensa de la condición de autónomo puede basarse en la falta de exclusividad, en la autonomía de la prestación, en la disponibilidad plena de los beneficios obtenidos por el servicio o, en fin, en la posibilidad de sustitución e incluso de subcontratación de la actividad.

Por el momento, y con la legislación vigente, ante cualquier controversia, será el juez quien

habrá de precisar la existencia de subordinación o independencia en el servicio prestado. A tal fin, y como elementos orientativos, podrá revisar si las órdenes sobre la prestación de servicios se reciben por parte de la plataforma o es el trabajador quien organiza por sí mismo su prestación; si la plataforma geolocaliza al trabajador; si este último debe trabajar en exclusiva o puede prestar servicios simultáneos para varias plataformas; si existe un sistema de distribución de servicios según los criterios algorítmicos marcados por la empresa; si existe libertad de horario, de aceptación de pedido, de subcontratación del servicio; si percibe su compensación directamente del cliente o a través de la plataforma; si debe abonar a la plataforma una cuota por la adscripción a la misma; o, en fin, si la plataforma opera como mera empresa intermediaria o como empleadora del trabajador. En todo caso, y sin género de duda alguna, las futuras reformas de la legislación laboral deberán contemplar realidades tan difíciles de ajustarse a los clásicos conceptos de ajenidad y dependencia o subordinación para crear nuevas figuras que permitan un desarrollo más cómodo de la opción de presta-

ción por parte del trabajador y también por parte de la empresa.

Sin duda, el anunciado proyecto del Gobierno sobre un posible Estatuto de los Trabajadores (o del Trabajo) para el siglo XXI deberá integrar estas realidades que, con la protección del trabajo asalariado, se desarrollan dentro de una autonomía difícilmente compatible con el trabajo por cuenta ajena, tal y como se define en la actualidad. De hecho, se alude a una fórmula híbrida, prevista tal vez en exclusiva para el trabajo en plataformas, que reúna ambas características, la autonomía en el desarrollo profesional y la protección en su régimen laboral. De algún modo, se trata de alcanzar una cierta homogeneización de derechos laborales y de protección social, independientemente de que la actividad se preste desde la ajenidad o desde la independencia. Para el empleador resultará más sencillo pues la similitud de derechos permitirá una relación más fluida con el trabajador que, sometido a un control por parte de aquél, será trabajador por cuenta ajena y, con ausencia del mismo, se desarrollará de forma autónoma.