

MÁS ALLÁ DE LA LEY RIDER: EL FRACASO DE LA NORMA Y LA REACCIÓN DEL LEGISLADOR LABORAL

Miguel Rodríguez-Piñero Royo¹
Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Sevilla,
Senior Counsellor, PwC

PRESENTACIÓN: DE LAS LEYES Y SU NOMBRE

No era Félix una persona aficionada a las modas, y menos en el ámbito del Derecho. Su seriedad y rigor le hacían mirar con desconfianza las tendencias superficiales que cada cierto tiempo se generaban y extendían entre la comunidad universitaria y los operadores jurídicos. Y una de estas tendencias es la de ponerle apodos o motes a las leyes que se aprueban. De esta manera, junto a los elementos identificativos tradicionales (número de disposición, fecha de aprobación, denominación) se genera uno relacionado con su contenido, objetivos o personas promotoras, que es el que se utiliza durante su tramitación para acabar generalizándose en la práctica del Derecho. Tenemos, así, una “Ley Zerolo”, una “Ley LGTBQI”, una “Ley del sólo sí es sí”, una “cláusula Telefónica”... A decir verdad, si tenemos en cuenta la técnica legislativa de los últimos años, en la que se ponen nombres enormes a las leyes, esta práctica tiene todo el sentido. También se ha generalizado en la Unión Europea, donde buscan títulos más fáciles y comerciales para sus nombras más importantes.

Una de estas leyes con apodo es la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la 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

¹ Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322. mrodriguez7@us.es. ORCID 0000-0001-7926-6175

las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Todo el mundo la conoce como Ley Rider, y ahora veremos porqué.

El objetivo de este trabajo es analizar el proceso que llevó a la aprobación de esta norma; sus principales aportaciones; su relativo fracaso en la consecución de sus objetivos; y la reacción posterior del legislador para apuntalarla. De ahí la denominación que he elegido para este trabajo, porque estudiaré esta ley y las medidas adoptadas posteriormente para apoyar su aplicación.

La hipótesis de partida es que esta legislación no ha producido los efectos deseados por una serie de factores, que tienen que ver muchos de ellos con las peculiaridades de las plataformas digitales como empleadoras. Esto ha llevado a tener que corregir y completar este marco normativo con otras disposiciones posteriores, que, a pesar de tener un objeto diferente, enlazan con aquélla para formar una misma línea del Derecho, la de la defensa de los derechos de los trabajadores de plataforma.

APARICIÓN Y DESARROLLO DE LAS PLATAFORMAS DE DELIVERY EN ESPAÑA

El surgimiento y desarrollo del trabajo de plataforma en España no ha sido fácil, ya que desde el principio se denunciaron la calificación fraudulenta y las malas condiciones económicas y laborales. Los mayores problemas se detectaron en los sectores del transporte de pasajeros y del reparto de comida, al que se le denomina ahora como “delivery”. En ambos las principales empresas del sector optaron por un modelo de negocio basado en la contratación de trabajadores autónomos y de TRADES, vulnerando en muchos casos la legislación laboral y privando a estas personas de la protección social a la que tenían derecho. El resultado fueron unas condiciones laborales inaceptables e injustas, combinando el fraude en la contratación con la explotación laboral. En poco

tiempo estas empresas se convirtieron en un icono de la mala práctica laboral en el siglo XXI, combinando soportes tecnológicos avanzados con formas innovadoras de organización del trabajo.

Ante esta situación los trabajadores reaccionaron de diversas formas. Una primera fue la puramente colectiva, mediante la organización y la presión. De esta manera, se organizaron en asociaciones, como RidersXDerechos, y buscaron el apoyo de los sindicatos.

La segunda forma de lucha ha sido la legal, acudiendo tanto a la Administración Laboral como a los tribunales laborales. La cuestión de la calificación de sus contratos se planteó por varias vías: demandas individuales de despido por personas a las que las plataformas dejaban de enviar encargos, muchas veces como represalia por su activismo sindical; revisión judicial de multas administrativas, instada por las plataformas; y condenas a éstas por incumplimientos en materia de seguridad social.

En un primer momento la respuesta de los Juzgados de lo Social fue variada: mientras que algunos mantuvieron la calificación de TRADE para algunas plataformas, otros consideraron a sus empleados sujetos al derecho laboral. Sin embargo, este debate no duró mucho, ya que se produjo un giro en esta interpretación, especialmente en las sentencias de finales de 2019 y a lo largo del año 2020. Esta tendencia fue consecuencia de la visión adoptada por los los Tribunales Superiores de Justicia, una vez que estos casos llegaron a su conocimiento. Para ellos, de forma casi unánime, la relación entre los trabajadores de la plataforma y las empresas debía considerarse como una relación laboral.

Esta postura fue confirmada en septiembre de 2020 por el Tribunal Supremo, que ha venido a zanjar la cuestión, dando una solución al problema con un procedimiento de unificación de doctrina. La sentencia no fue una sorpresa, ni en la propia conclusión (los riders son asalariados) ni en los argumentos utilizados para llegar a este punto. Sentencias posteriores de otros tribunales han acogido

esta doctrina. Actualmente no hay debate en los tribunales españoles sobre esta cuestión.

Es interesante señalar que esta sentencia también confirma una tendencia general en la jurisprudencia sobre la definición del contrato de trabajo, ya que en los últimos años se detecta un cambio al prestarse menos atención a elementos tradicionales como la subordinación, y entenderse de forma más flexible los elementos básicos de la relación laboral, con mayor sensibilidad a la dependencia económica. Este cambio, que ha sido progresivo pero evidente, no se aplica sólo a las plataformas, ni tampoco sólo a los trabajadores digitales; al contrario, sirve para todo tipo de trabajo, por lo que parece que en el futuro será más fácil resolver los casos de clasificación de los trabajadores.

Una tercera forma de acción colectiva ha sido la creación de plataformas cooperativas, clónicas a los sujetos privados del sector pero con un marco laboral mucho más favorable.

LA LEY RIDER: UN HITO EN EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL Y EUROPEO

Los sindicatos y algunos partidos políticos hicieron del trabajo en plataforma una de sus principales prioridades, buscando una regulación adecuada que garantizara su calificación como trabajadores asalariados, y unas condiciones laborales justas y adecuadas. Tras algunas propuestas legislativas que no prosperaron por falta de apoyo parlamentario, optaron por el diálogo social, que sí tuvo éxito.

El 10 de marzo de 2021 los interlocutores sociales a nivel nacional, los sindicatos más representativos y las asociaciones patronales, firmaron un acuerdo sobre esta cuestión. Este fue el resultado de un largo proceso de negociación entre los interlocutores sociales sobre un acuerdo que sentaría las bases de una nueva norma, una

"Ley Rider" como la han llamado los sindicatos desde que se inició este proceso.

Hablemos del nombre, porque tiene su interés. La utilización de esta palabra no es casual: las plataformas inventaban denominaciones para sus trabajadores (riders, drivers, turks, glovers), tomándolas generalmente del inglés, con una finalidad muy clara, la de evitar la que realmente correspondía, la de trabajador asalariado, que es lo que eran. Al margen de posibles consideraciones organizativas y de marketing, lo que se pretendía era generar un indicio más contrario a la calificación de trabajo dependiente. El origen de la expresión está, pues, en las plataformas mismas. Los propios trabajadores, sin embargo, la asumieron, utilizándola como un elemento de identidad. Se denominaban a sí mismos como riders, y esta práctica la asumieron también los sindicatos, que comenzaron a referirse al conjunto de medidas que proponían como una verdadera "ley de riders". Lo demás es historia.

El Gobierno implementó el acuerdo de los interlocutores sociales aprobando el Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para garantizar los derechos laborales de las personas que realicen entregas en el ámbito de las plataformas digitales. El texto que está en vigor es la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, universalmente conocida como la "Ley Rider".

La disposición no es muy larga, y cambia la redacción del principal cuerpo legal del Derecho Laboral español en dos áreas principales: la definición de trabajo dependiente; y los derechos de los comités de empresa a ser informados por las empresas. Se trata de dos contenidos legislativos diferentes, con un elemento en común: ambos están relacionados con cuestiones generadas por la digitalización. En términos prácticos, se podría hablar de dos leyes en una: la Ley de los Repartidores y la Ley de los Algoritmos.

La Ley Rider encara directamente la cuestión de la calificación jurídica de los servicios de estos trabajadores. Para ello introduce una nueva disposición adicional vigesimotercera en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, con el siguiente tenor literal:

«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.»

La ley se remite al artículo 8.1 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), que contienen una presunción general de laboralidad que rige para todas las prestaciones de servicios. Y después introduce una nueva, específica para este colectivo. El legislador laboral afirma que se introduce “*la presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía*”, acreditados unos datos fácticos que activen el mecanismo.

Esta presunción opera cuando se produzcan los siguientes hechos:

- servicios retribuidos
- actividad consistente en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía,

- actividad desarrollada por empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control
- estas facultades pueden ejercitarse de forma directa, indirecta o implícita,
- estas facultades se desarrollan, bien mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, bien a través de una plataforma digital

Estos elementos se fijan sobre todo en el elemento de la dependencia, que es definido de manera precisa, adaptada a la realidad de las plataformas de trabajo en este sector; a la dependencia que podemos considerar material, derivada del ejercicio de poderes empresariales. No hay ninguna referencia a la ajenidad, lo que resulta llamativo toda vez que el debate sobre la calificación de servicios del trabajador de plataforma ha puesto en primera línea a este criterio, entendiéndolo en un sentido renovado; ni tampoco a la dependencia económica, un factor que tanto el legislador laboral en el Estatuto del Trabajo Autónomo como alguna jurisprudencia reciente han valorado a la hora de determinar el estatuto jurídico de las personas cuando trabajan. El legislador se ha fijado sobre todo en los aspectos técnicos de los poderes que hacen de éste un trabajo subordinado, no ya porque sean novedosos, sino porque eran éstos los que en muchas ocasiones eran utilizados para camuflar la existencia de una relación sometida al Derecho del Trabajo.

De darse estos elementos se presume la existencia de un contrato de trabajo entre el prestador y la plataforma. Uno ordinario, desmarcándose de las propuestas que han circulado sobre modalidades contractuales propias para este colectivo o sobre relaciones laborales especiales para el trabajador digital. Y fijo, por aplicación de la presunción del artículo 15 TRLET, que ha salido fortalecida de la reforma de 2021.

Esta presunción, como el propio legislador reconoce, viene a incorporar los criterios y parámetros establecidos por el Tribunal Supremo en su ya citada sentencia de su Sala de lo Social de 25 de septiembre de 2020. Dos elementos conforman su construcción: la prevalencia del principio de realidad; y la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al contexto actual. De esta manera, en el Derecho español se combinan dos formas de ajustarse a la calificación del trabajo digital: una presunción y una redefinición de los indicios de laboralidad, la primera legal y la segunda jurisprudencial.

La Ley 12/2021 tuvo un gran impacto en su momento. Por un lado, fue una norma pionera, de las primeras en el mundo dedicadas monográficamente a esta forma de empleo. Su aprobación ha sido, entre otras cosas, un argumento que ha apoyado el proceso de elaboración de una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, que se encuentra en fase muy avanzada. Por otro, refleja una nueva forma de entender el Derecho del Trabajo, que se aleja progresivamente del modelo de flexibilidad imperante desde la década los ochenta del siglo pasado para construir otro más equilibrado, más propio del siglo XXI, en el que la tutela de las personas que trabajan no sea sistemáticamente preterida a las necesidades empresariales. A lo que se une que ha sido, entre nosotros, la primera pieza en la construcción de una regulación de la gestión algorítmica de los recursos humanos. Finalmente, esta ley es una historia de éxito de la acción colectiva, pues ha sido la organización de los trabajadores del sector la que llevó eventualmente a la aprobación de una norma alineada con sus preferencias y necesidades. Por todos estos motivos, y siendo consciente de lo limitado de su campo de aplicación, considero que es una ley de gran relevancia.

LA APLICACIÓN DE LA LEY

La aprobación de la Ley 12/2021 fue percibida en términos de “llegada”, de finalización de un proceso de regularización de esta forma de empleo. Porque existía la sensación de que con ella terminaban los debates jurídicos en torno a esta figura, y se normalizaba el tratamiento de estos trabajadores como asalariados a todos los efectos. Lo que se traduciría en una mejora de las condiciones laborales de sus empleados. Estas expectativas demostraron ser demasiado elevadas, porque estas empresas se negaron a aceptar este cambio, y se mantuvieron en su postura de que sus repartidores no eran empleados, sino autónomos. Se inició así lo una “fase de resistencia”, durante la cual las plataformas han venido oponiéndose al objetivo principal de la norma, la calificación laboral, a través de distintas estrategias.

Es llamativo cómo las plataformas de delivery no han actuado de manera conjunta, ni siquiera a través de su patronal propia, sino que cada una de ellas eligió una estrategia diferente, en muchas ocasiones enfrentándose a sus competidoras a pesar de compartir todas ellas una posición de partida, la oposición a la Ley Rider.

Deliveroo, una de las cuatro grandes, fue la que mantuvo la posición más fuerte contra la ley. En julio de 2021 la firma anunció que había decidido poner fin a todas sus operaciones en el país, y se inició un procedimiento de despido colectivo para despedir a toda su plantilla, más de tres mil personas en ese momento. En noviembre de este mismo año la firma abandonó efectivamente España.

Otros actores relevantes del sector se mantuvieron en su modelo de negocio tradicional basado en el autoempleo de los riders. Este es el caso de otra de las cuatro grandes, Glovo, que diseñó nuevos modelos de contratación de personas a través de terceras empresas; y también trató de reordenar sus condiciones contractuales para pasar el nuevo test legal, como diferentes formas de autoem-

pleo. Esto incluyó una serie de controvertidos cambios en su sistema de asignación de pedidos, con el fin de seguir trabajando con autónomos. También modificó las condiciones contractuales con los restaurantes cuya comida reparten, con el mismo objetivo.

La tercera de las cuatro, Just Eat, decidió cumplir la ley desde el principio. De hecho, su modelo no se basaba en el trabajo por cuenta propia mucho antes de que se aprobara la Ley de 2021. En su lugar, esta plataforma trabajaba en cooperación con empresas de transporte más pequeñas, que eran las que empleaban a los riders necesarios para apoyar sus operaciones. Además de esta externalización, se contrató a un volumen significativo, aunque minoritario, de repartidores mediante contratos de trabajo.

Por último, Uber Eats también optó por trabajar con empresas externas, a través de la subcontratación, en lugar de contratar directamente a los trabajadores. Los riders tienen derecho a un contrato de trabajo, pero su empleador no es la plataforma, sino una pequeña o mediana empresa de transporte.

Estas diferencias en sus reacciones a la Riders Act produjeron una ruptura entre plataformas, con acusaciones mutuas de infringir la ley para obtener una ventaja competitiva. En marzo de 2022 la directora general de Uber Eats en España envió una carta abierta (porque fue conocida por la prensa) a la ministra de Trabajo la que criticaba la situación de desigualdad en la que se encontraban las plataformas, al competir entre sí manteniendo modelos laborales diferentes. Apuntaba especialmente a la empresa Glovo, a la que acusaba de resistirse al cumplimiento de la nueva legislación. La denuncia de este incumplimiento que vulneraba la competencia en el sector venía acompañada de la amenaza de hacer lo propio, volviendo al modelo de repartidores autónomos. Meses después esta amenaza se hizo realidad, cuando esta empresa anunció que procedía a contratar a un volumen importante de personas para esta

tarea mediante contratos sometidos al Derecho privado, no laborales. Para ello modificada sus condiciones de contratación, incluyendo elementos más coherentes con el trabajo autónomo.

LA REFORMA DEL DERECHO PENAL DEL TRABAJO: LA “LEY GLOVO”

La resistencia de Glovo y la apuesta de Uber Eats recibieron una gran atención de los medios, y preocuparon al Gobierno, que veía como una de sus leyes más relevantes de la legislatura peligraba. A la actuación inspectora de la administración laboral, constante durante todo el período, se le acompañó el anuncio de nuevas reformas legales para doblegarlas, incluyendo una reforma del Derecho penal del Trabajo.

Con varios meses de retraso respecto de su anuncio, finalmente se aprobó la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.

Esta norma contiene una reforma de los delitos contra los derechos de los trabajadores de amplio espectro. El Derecho Penal del Trabajo tiene su importancia entre nosotros, ya que el vigente Código Penal contiene un conjunto de delitos vinculados a estos incumplimientos bastante amplio: delitos contra la seguridad social (artículos 307, 307bis y 307ter); delitos contra los derechos de los trabajadores (artículo 311), empleo irregular de menores y extranjeros (artículo 311 bis), tráfico ilegal de mano de obra (artículo 312), fraude para promover la emigración (artículo 313), grave discriminación en el empleo (artículo 314), delitos contra el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga (artículo 315), y el incumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales (artículo 316).

Como señala la misma Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/2022, *“el conjunto de instrumentos de tutela de la relación de trabajo reposa en el ordenamiento jurídico laboral, que garantiza la eficacia de sus preceptos mediante las instituciones, administrativas y judiciales, que permiten asegurar la vigencia de las normas y de las decisiones judiciales. No obstante, cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última ratio, al Derecho penal”*.

Esto es precisamente lo que hay ocurrido, que se ha constatado que existen unas prácticas que la legislación laboral ordinaria, y el propio Derecho administrativo sancionador, no han sido capaces de evitar.

Dos son los motivos que, según el legislador penal, han llevado a esta reforma: *“por un lado, el nuevo precepto pretende cubrir una laguna de punibilidad sobre hechos vinculados, en general pero no exclusivamente, a nuevas tecnologías que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo (...). Por otro lado, pretende garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico laboral y de su sistema de control administrativo ante incumplimientos del mismo en detrimento de los derechos, individuales y colectivos, de las personas trabajadoras”*. La primera referencia nos remite, claramente, a la experiencia de las plataformas de delivery, y a la práctica de algunas de crear modelos de contratación que mantuvieran la no laboralidad a pesar de la presunción legal en contrario.

Estas prácticas están perjudicando a las que se han adaptado a los objetivos de la Ley Rider, y cuyo modelo de negocio excluye la contratación de trabajadores autónomos para el reparto de comida. Porque las hay que están cumpliendo la ley, comprometiendo en ocasiones su competitividad frente a las otras. Si la reforma penal consigue cambiar esta situación, logrando los objetivos de la Ley

12/2021, del 28 de septiembre, se alcanzará un doble objetivo: mejorar las condiciones económicas y de trabajo de estas personas; y garantizar una competencia sana y justa en el mercado del delivery, eliminando las prácticas que vulneran esta mediante artificios contractuales bordeando la ilegalidad.

La novedad es breve, pero de gran alcance. En concreto, se añade un nuevo numeral 2.º al artículo 311, que contiene algunos de los delitos contra los derechos de los trabajadores, con la siguiente redacción:

«2.º Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.»

De esta manera, el bien jurídico protegido es la calificación real de los servicios prestados por las personas, de la que depende la aplicación de la legislación laboral y el ejercicio efectivo de una serie de derechos, legales y convencionales. En otras palabras, se persigue la calificación fraudulenta de los servicios personales.

La conducta perseguida es contratar personas en fraude de ley, “mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo”; como falsos autónomos, por supuesto, pero es posible pensar en otras formas, también frecuentes en nuestras relaciones laborales. Por poner sólo un ejemplo, las cooperativas de trabajo asociado fraudulentas, utilizadas en algunos sectores. Es discutible que pueda aplicarse también a la utilización de falsos becarios, ya que en este caso no se produce una verdadera contratación que dé lugar a que se produzca el tipo penal, al menos formalmente, aunque sí pueda haberla materialmente, un contrato de trabajo encubierto y camuflado con una beca. Hay que recordar que estamos en pleno proceso de elaboración de un Estatuto del Becario, uno de cuyos objetivos principales es precisamente luchar contra el fraude en la utilización de esta figura. Tampoco parece que se esté pensando

en otros supuestos de irregularidades laborales, como la realización de horas extraordinarias no retribuidas o cotizadas.

Esta contratación bajo fórmulas ajenas debe tener un efecto, la imposición de condiciones ilegales; de tal modo que, si éste no se produce, no nos encontraríamos ante el tipo penal. De la misma manera, si las condiciones ilegales son impuestas a través de otros medios, el tipo penal sería otro, quizás el del número 1 del mismo artículo 311, *“los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”*.

Es interesante señalar que el tipo persigue la lesión de los derechos de los trabajadores, como consecuencia de una contratación irregular, no laboral. Porque con estas prácticas existe otro bien jurídico lesionado, la cotización a la Seguridad Social, que podrá dar lugar a la aplicación del artículo 307 del Código Penal, que castiga a quienes defrauden a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas exceda de cincuenta mil euros. De darse el caso, por la cuantía defraudada, podríamos encontrarnos ante un concurso de delitos, que sería ideal (por constituir una misma acción más de un delito) y heterogéneo (por afectarse dos bienes jurídicos distintos), aplicándose el artículo 77 del Código Penal. De acuerdo con su apartado 2º, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

La inclusión de este nuevo apartado obliga a reenumerar los siguientes del artículo 311, que ahora pasa a tener numerales del 1 al 5.

Este delito es castigado con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses, salvo que la conducta se lleve a cabo con violencia o intimidación, en cuyo caso se impondrán las penas superiores en grado. Al delito contra la seguridad social se le aplica una pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social.

LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE OFICIO: LA “LEY GLOVO II”

La reforma del Código Penal ha sido la que ha recibido una mayor atención, con toda justicia. No ha sido, sin embargo, la única propiciada por la actitud de las plataformas digitales. En la misma línea podemos ubicar otro cambio legislativo que ha pasado casi desapercibido, a pesar de su importancia. Y lo ha hecho porque, siguiendo otra técnica legislativa cada vez más frecuente, se ha introducido en una ley monográfica sobre otra materia, en la que no cabría esperar una medida de este tipo. Veamos cómo ha sido.

La norma en la que se ha introducido esta medida ha sido la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, concretamente en su disposición final novena. Ésta aparece bajo una denominación poco comprometida, “Modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social”, lo que tampoco ayudó a identificarlo. Su contenido normativo es exiguo, ya que se limita a afirmar que *“se suprime el apartado d) del artículo 148 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social”*.

Este precepto, como es sabido, prevé la forma en que podrá iniciarse el procedimiento de oficio. Y junto a las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y a determinados acuerdos de la autoridad laboral competente, que a día de hoy todavía se prevén, se disponía una forma de inicio consistente en *“las comunicaciones de la*

autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora”.

Este supuesto imponía que ante cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, siempre que hubieran sido impugnadas por el sujeto responsable, era necesario iniciar este procedimiento. Se exigía que la impugnación se basara en la naturaleza no laboral de la relación jurídica afectada; esto es, que la empresa alegara, aportando alguna prueba, que no había conducta sancionable porque no existía contrato de trabajo alguno. Esta previsión se aplicaba a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3 de la misma ley reguladora; esto es, entre otras materias, las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a la afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores; y los de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas. La consecuencia era que se iniciaba un procedimiento de oficio ante el órgano judicial competente, y se retrasaba la imposición de la sanción hasta que éste concluyera con una sentencia que declarara la verdadera naturaleza del contrato de servicios.

¿Cuál es la conexión de esta norma con las plataformas? Es muy directa, en realidad, porque gracias a esta previsión las plataformas retrasaban afrontar su responsabilidad en caso de fraude en la contratación de sus empleados. Hay que tener en cuenta que la mayoría de la litigiosidad derivada de las prácticas de estas empresas se vinculaba con cuestiones de seguridad social, puesto que una calificación deficiente de la naturaleza jurídica del vínculo pla-

taforma-rider se traducían también en un encuadramiento defectuoso, y en una actuación inspectora que podía llevar aparejada una sanción. La Inspección proponía sanciones muy elevadas, dado el alto número de trabajadores afectados; pero su pago se dilataba en el tiempo al interponerse la sustanciación de un procedimiento de oficio en todos los casos. Esto explica, entre otras cosas, que las mayores sanciones a estas empresas se produjeran una vez entrada en vigor la Ley 12/2021; porque se trataba de conductas anteriores a ésta.

Esta modificación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ha producido el efecto de impedir esta práctica, y hacer que las sanciones por encuadramiento defectuoso sean mucho más inmediatas y operativas. Si tenemos en cuenta la estrategia de estas empresas, que buscan retrasar todo lo posible la recalificación de sus empleados de reparto, se trata de una medida muy efectiva.

EL DESARROLLO DEL DERECHO ALGORÍTMICO

La misma Ley de Empleo contiene un precepto que desarrolla la Ley Rider en su faceta de “Ley Algoritmo”, dando un paso más en la construcción de una regulación del uso de los algoritmos en las relaciones laborales. Se trata del artículo 17, que se ocupa de la toma de decisiones fundamentada en el análisis de datos, las evidencias estadísticas y el análisis del mercado de trabajo. En éste se prevé la utilización de la información contenida en el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo para el diseño de herramientas de apoyo a las decisiones fundamentadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas. Estas herramientas se desarrollarán en el seno del Sistema Nacional de Empleo, con la colaboración de las Comunidades Autónomas, se pondrán a disposición de las personas responsables de la tutorización y seguimiento individualizado de las personas demandantes de los servicios de empleo o de las personas responsables de la prestación de servicios a personas, empresas o entidades empleadoras

usuarias, para facilitar su toma de decisiones y las recomendaciones que elaboren y emitan en el ejercicio de sus funciones. Se prevé un desarrollo reglamentario del conjunto de instrucciones que compondrán el algoritmo subyacente a las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas. Estas herramientas no podrán utilizar datos personales pertenecientes a las categorías especiales que regula el artículo 9.1 del Reglamento General de Protección de Datos.

De la misma manera, se prevé que las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos y en las evidencias estadísticas siempre podrán ser revisadas o modificadas por el personal responsable de la tutorización y seguimiento individualizado de cada persona demandante de servicios. También se garantiza el acceso de los distintos usuarios al contenido íntegro de estas decisiones y recomendaciones

Existe, finalmente, un Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Se trata de una norma union europea de la mayor importancia, cuyo plazo de transposición ha sido ya incumplido por España, por lo que su aprobación es urgente. Pues bien, esta reforma, de aprobarse finalmente, significaría la introducción de un nuevo artículo 8 bis en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, que recogería una obligación para los empleadores de entregar información adicional a la ya prevista en el artículo 8, en aquellos casos en los que se produzca la utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones, de seguimiento o de vigilancia. Se trata de un derecho de información individual sobre el uso de algoritmos, que se sumaría al de carácter colectivo introducido en el artículo 64 del Estatuto por la Ley Rider.

Ambos preceptos, uno ya vigente y otro todavía en fase de aprobación, inciden sobre la utilización de los algoritmos en las decisiones empresariales que afectan a su personal, siguiendo la línea ya iniciada por esta Ley en el año 2021.

CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores hemos explicado el devenir de la Ley 12/2021: su génesis, en la explotación de los riders y en su lucha por sus derechos, y en el contexto de un período muy fructífero de diálogo social; los mecanismos establecidos para lograr su finalidad principal, garantizar la laboralidad de este colectivo; su relativo fracaso, y las causas que lo produjeron; y, finalmente, las medidas introducidas en los últimos meses para contrarrestar la resistencia de las plataformas.

La aprobación de la Ley Rider no ha tenido el impacto esperado en los contratos de estos trabajadores ni en sus condiciones económicas y laborales. Las plataformas se han resistido a la aplicación de sus consecuencias de diversas maneras, defendiendo un modelo de negocio que ya no es sostenible en España. Incluso tras la laboralización la situación del mercado no ha permitido una mejora en la situación de este colectivo.

La principal explicación que encuentro es que el trabajo de plataforma es una nueva forma de empleo que está mostrando algunas características distintivas que tienen que ver con la naturaleza especial de estas plataformas como empleadores, con una actitud diferente ante el marco regulatorio en el que van a operar. De esta manera, las plataformas diseñan un modelo de negocio al que se ciñen, defendiéndolo a ultranza incluso cuando es contrario al ordenamiento jurídico del país en el que operan. Utilizan todo tipo de técnicas contractuales para hacerlo posible, recurriendo al arbitraje regulatorio, a los grupos de presión, a las campañas políticas y de opinión e incluso a las amenazas abiertas a gobiernos y sindicatos. También es relevante el hecho de que la mayoría de ellas

son multinacionales, y que sus modelos de negocio han sido diseñados en países cuyo ordenamiento jurídico era probablemente más flexible a sus intereses.

Con esta actitud no es de extrañar que los cambios normativos no les afecten tanto como cabría esperar. De ahí que hayan sido necesarias otras intervenciones legislativas posteriores, que han sido las que se han estudiado en esta modesta contribución al libro homenaje a nuestro querido compañero el profesor Félix Salvador. Hacen falta estas nuevas leyes, a las que también se ha puesto nombre; pero también se requiere una actuación decidida de la administración laboral, que elimine las prácticas fraudulentas que todavía se producen; y más acción de los trabajadores, desarrollando la negociación colectiva en este sector y presionando a las plataformas más renuentes. Sólo así la Ley Rider podrá efectivamente alcanzar sus objetivos.

ACOSO EN EL LUGAR DE TRABAJO: EFECTOS PRÁCTICOS DEL CONVENIO 190 OIT Y RECOMENDACIÓN 206

Noelia Rodríguez Suárez
Profesora Sustituta Interina. Universidad de Sevilla

LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 190 POR ESPAÑA

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó en Ginebra el 21 de junio de 2019 el Convenio número 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (Convenio 190), vigente a partir del 25 de junio de 2021, junto con la Recomendación 206 que había sido aprobada el 21 de