
**LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE UBER EN ITALIA: LA
EXPLOTACIÓN LABORAL DIGITAL DE LOS
TRABAJADORES. A PROPÓSITO DEL JUZGADO DE MILÁN,
SECCIÓN MEDIDAS DE PREVENCIÓN, DECRETO 28 DE
MAYO DE 2020**

**UBER'S JUDICIAL ADMINISTRATION IN ITALY: THE DIGITAL
LABOR EXPLOITATION OF WORKERS. REGARDING THE
COURT OF MILAN, SECTION PREVENTION MEASURES,
DECREE MAY 28, 2020**

María BARBERIO

*Profesora Adjunta de Derecho Laboral, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
(Italia).*

maria.barberio@unimore.it

Fecha de envío: 23/11/2020

Fecha de aceptación: 01/12/2020

**LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE UBER EN ITALIA: LA EXPLOTACIÓN
LABORAL DIGITAL DE LOS TRABAJADORES. A PROPÓSITO DEL
JUZGADO DE MILÁN, SECCIÓN MEDIDAS DE PREVENCIÓN, DECRETO 28
DE MAYO DE 2020**

María BARBERIO

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia (Italia)

Resumen: El análisis efectuado intenta conciliar de alguna manera los paradigmas laborales con las exigencias de tipo preventivo de lo penal, en el marco de la gig economy. Se analiza un asunto en concreto, relacionado con la administración judicial de Uber Italy Srl y la relación contractual entre Uber y las sociedades Flash Road City y FRC Srl, a la luz del decreto de 28 de mayo de 2020.

Palabras clave: Uber - Gig economy - Responsabilidad penal - Intermediación

Sumario: 1. Introducción: la llamado explotación laboral digital. 2. La explotación de los *riders*. 3. El asunto: la administración judicial de Uber Italy Srl. 4. La relación contractual entre Uber y las sociedades Flash Road City y FRC Srl. 5. Las cuestiones complejas del decreto: la difícil clasificación en los paradigmas laborales. 6. Conclusiones.

Abstract: The analysis carried out tries to reconcile in some way the labor paradigms with the preventive demands of the criminal, within the framework of the gig economy. A specific matter is analyzed, related to the judicial administration of Uber Italy Srl and the contractual relationship between Uber and the companies Flash Road City and FRC Srl, in light of the decree of May 28, 2020.

Key words: Uber - Gig economy - Criminal liability - Intermediation

Summary: 1. Introduction: the so-called digital labor exploitation. 2. The exploitation of riders. 3. The matter: the judicial administration of Uber Italy Srl. 4. The contractual relationship between Uber and the companies Flash Road City and FRC Srl. 5. The complex issues of the decree: the difficult classification in the labor paradigms. 6. Conclusions.

1. Introducción: la llamada explotación laboral digital

La “gestión algorítmica del trabajo” parecía evocar el futuro de manera bastante sugerente, pero al revés se ha convertido en un instrumento para llevar a cabo una explotación que tiene sus raíces en el pasado. La plataforma digital, de hecho, se ha convertido en una cortina para el empresario capaz de despersonalizar el ejercicio de sus tradicionales tareas: selección, organización, control e imposición de sanciones. La ocultación de las estrategias del *management* detrás de una evaluación automatizada de la *performance* laboral, de hecho, permite a la *gig economy* crear “excelentes oportunidades de explotación predatora”¹ de personas que ya se encuentran en el fondo de la escala social. Se trata entonces de mecanismos estructurales originales que, sin embargo, por lo que respecta a sus efectos, acaban alimentando los ya conocidos fenómenos del trabajo no declarado, irregular, precario y básicamente sin cobrar. Es éste el secreto “del capitalismo de las plataformas y la quintaesencia del mercado contemporáneo: un sistema en el que la única manera de sobrevivir en un contexto caracterizado por retribuciones cada vez inferiores es estar dispuestos a trabajar cada vez más”².

“Trabajar cada vez más” en contravención de las normas sobre el horario de trabajo y descanso, así como la seguridad y salud en el trabajo, en condiciones humillantes y degradantes, aceptadas por la condición de particular vulnerabilidad y necesidad en la que se encuentran los trabajadores. Se trata, en realidad, de los mismos elementos estructurales que caracterizan el delito de “intermediación ilícita y explotación del trabajo” del artículo 603 *bis* del código penal italiano.

Este delito ha sido introducido en el ordenamiento jurídico italiano con el d.l. n. 138 del 2011, que ha sido convertido en la Ley n. 148 de 2011, para responder a la exigencia específica de reprimir el fenómeno llamado

¹ Así declaró Guy Standing en la investigación “*When your boss is an algorithm*” realizada por Sarah O’ Connor para el *Financial Times*, que se puede encontrar en www.ft.com.

² F. COIN, *Salari rubati. Economia politica e conflitto ai tempi del lavoro gratuito*, Ombre Corte, Verona, 2017, 21.

“caporalato” en Italia, como fenómeno criminal, a menudo relacionado con organizaciones mafiosas, de explotación de mano de obra con métodos ilegales en el contexto de los sectores productivos de la industria agroalimentaria y de la construcción. Las circunstancias que llevaron a su introducción han terminado por generar una asimilación del tipo penal únicamente con la figura del antiguo “caporale”³, estigmatizando su ámbito de aplicación. Dicha etiqueta no ha sido eliminada ni por efecto de las varias modificaciones del 2016 con la Ley n. 1999⁴ y se ha quedado sin modificación a pesar de la emersión disruptiva de nuevos fenómenos de explotación conectados con la evolución socioeconómica y tecnológica: estamos frente a una verdadera digitalización de la explotación de los trabajadores en el contexto urbano. Se han dado entonces las condiciones para la creación de ciudades mineras digitales en las que la conducta abrumadora se realiza a través de mecanismos e instrumentos innovadores. Y aquí es donde hay que averiguar si la estructura del delito también se puede erradicar de contextos agrarios⁵ y aplicar a la explotación urbana⁶.

Es decir, hay que preguntarse si el delito del art. 603 *bis* c.p. – pensado para reprimir la antigua opresión de los trabajadores por parte de los “caporali” en los campos del sur – puede ofrecer tutela en contextos de utilización ilícita de mano de obra de difícil persecución debido a su realización con mecanismos decisionales automatizados. Dichas dinámicas, que podrían parecer nuevas, en realidad acaban ajustándose a pistas que los estudiosos vienen siguiendo desde hace un tiempo.

³ Actas de la Junta para la investigación agraria y sobre las condiciones de la clase agrícola, XI, Roma, 1884, 742: «*Entre estos jornaleros tienen una situación mejor, y a veces incluso próspera, los empresarios o “caporali”*».

⁴ Entre ellas, particularmente relevante es la ampliación del ámbito de aplicación subjetiva de la norma, que ha sido extendido para incluir también al empresario.

⁵ Frente al llamado “caporalato” clásico, el gobierno italiano – junto con la OIT y la Comisión Europea – ha impulsado un plan trienal (2020-2022), fundado en cuatro ejes: (i) prevención, (ii) vigilancia y contraste al fenómeno, (iii) protección y asistencia para las víctimas, (iv) su reintegración sociolaboral. El plan, que tiene como objetivo reestablecer la legalidad y la dignidad del trabajo, se centra sólo en los sectores agroalimentarios. El plan se puede consultar en www.lavoro.gov.it

⁶ A. MERLO, *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il “caporalato digitale”*, en *Sist. Pen.*, 2.6.2020, §2.

Ello podría implicar entonces una interpretación evolutiva de la estructura del llamado “caporalato” clásico, que hoy en día ha de enfrentarse necesariamente a las nuevas formas de reclutamiento y explotación, entre las que se demuestra paradigmático el caso de los *riders*.

2. La explotación de los *riders*

La relación laboral de los *riders*, en el sistema italiano, puede inscribirse en el eje de la llamada autonomía pura a efectos del art. 2222 c.c. o de la subordinación prevista por el art. 2094 c.c., «aunque modernizada y avanzada»⁷, o de la parasubordinación de gran alcance según el art. 409, n. 3, c.p.c., o incluso de las colaboraciones organizadas por el emprendedor del art. 2.1 del d.lgs. 81 del 2015 (llamadas “collaborazioni etero-organizzate”) o del llamado “Estatuto de los *riders*”, introducido por la Ley 2 noviembre 2019, n. 128.

Sin embargo, frente a este conjunto de soluciones en términos de cualificación, la jurisprudencia parece haber decidido adoptar un enfoque de justicia sustancial⁸, por el que la vulnerabilidad de los *riders* implica la aplicación de las tutelas del trabajo por cuenta ajena, con independencia de los resultados de un método exclusivamente técnico-clasificador⁹.

En este contexto, por lo tanto, es necesario individuar de antemano las peculiaridades de la relación laboral a través de la plataforma digital, para luego preguntarse si estas son capaces de innovar el esquema tradicional de la explotación¹⁰.

⁷ Cass., 24 de enero de 2020, n. 1663, en *Dejure*.

⁸ *Ibid.*

⁹ A diferencia del método utilizado por el Tribunal Supremo español, que con el juicio 805/2020 ha establecido que la relación de trabajo entre Glovo y un *rider* era de trabajo por cuenta ajena, resolviendo así el debate en la jurisprudencia (STS, 25 de septiennre de 2020, n. 805, in *Cendjoj*). Para una reconstrucción del debate véase M. BARBERIO, *Riders on the storm: dipendenza tecnica ed economica nel sistema spagnolo*, en *VDTL*, 2020, III, 723-766.

¹⁰ Véase, sin pretensiones de exhaustividad, L. BIN, *Problemi “interni” e Problemi “esterni” del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603 bis c.p.)*, LP, 10.3.2020; P. BRAMBILLA, *“Caporalato tradizionale” e “nuovo caporalato”: recenti riforme a contrasto del fenomeno*, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2017, I-II, 188-222; W. CHIAROMONTE, *“Cercavamo braccia, sono arrivati uomini”. Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, en *GLRI*, 2018, 321-356; A. DI MARTINO, *“Caporalato” e*

Las principales características de las relaciones laborales que se llevan a cabo a través de las plataformas digitales son los siguientes: 1) la extrema flexibilidad; 2) la desmaterialización del lugar de trabajo; 3) la creación automatizada de turnos; 4) la despersonalización del empresario y la dificultad de distinguir claramente el usuario del sujeto que ejerce el poder directivo y organizativo; 5) el ejercicio del control según mecanismos imperceptibles y parcialmente externalizado al cliente final; 6) la relativa imposición de sanciones disciplinarias aparentemente atípicas.

En particular, la flexibilidad se encontraría en la posibilidad para los *riders* de prestar su obra sin indicar de manera fija los días y las horas de trabajo, sin tener, *de facto*, alguna obligación de trabajar. Por otro lado, los repartidores en bicicleta casi nunca están atados a la plataforma por una relación de trabajo por cuenta ajena, sino que se caracterizan – al menos según el *nomen iuris* del contrato – como trabajadores por cuenta propia o, como mucho, trabajadores en forma coordinada y continuada (art. 409 c.p.c).

De ahí que los repartidores puedan realizar sus tareas en el horario que prefieren, con la posibilidad, al dar su disponibilidad, de elegir incluso no realizarlas, sin que ello genere – según las previsiones contractuales – consecuencias disciplinarias. Los *riders*, entonces, después de su inserción en el turno, tienen la posibilidad de no presentarse a realizar su tarea sin obligación de comunicación preventiva (el llamado *no-show*) o pueden incluso revocar la disponibilidad ya dada (el llamado *swap*). En caso de que

repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata, en DPC, 2015, II, 106; S. FIORE, (*Dignità degli Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitti di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, en *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2014, 888 e 891; ID., *La nuova disciplina penale della intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni e insuperabili limiti*, en DA, 2017, II, 267-285; D. GAROFALO, *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, en RDSS, 2018, II, 229-263; F. GIANFROTTA, *Intermediazione e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016*, en QG, 1.3.2017; M. MISCIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, en LG, 2017, II, 113-118; G. MORGANTE, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, en GI, 2018, fasc. VII, 1704-1709; U. NAZZARO, *Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603-bis c.p. e l'ardua compatibilità tra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione*, en CP, 2017, VII-VIII, 2617-2630; P. RAUSEI, *A contrasto del caporalato ripristinate in parte le tutele cancellate da "Jobs Act" e depenalizzazione*, en DRI, 2017, I, 262-275; G. ROTOLO, *Dignità del lavoratore e controllo del "caporalato"*, en DPC, 2018, fasc. VI, 811-823; A. SCARCELLA, *Il legislatore interviene nuovamente sul fenomeno del "caporalato": ultimo atto?*, en DPC, 2017, fasc. VII, 855-862.

accepte el reparto, el *rider* debería poderlo organizar de manera autónoma, sin tener que someterse a la injerencia o el control por parte de la plataforma.

Además, la prestación del *rider* se desarrolla sin que sea posible individualizar un lugar de trabajo determinado y en base a una organización con mecanismos automatizados. Es entonces la plataforma quien lo selecciona, le permite dar su disponibilidad para trabajar, le encarga un reparto y le asigna una remuneración por el mismo. Ello significa, en esencia, despersonalizar la figura del empresario y, por consiguiente, deshumanizar su relación con el *rider*.

En realidad, en la práctica la actividad de reparto parece haber tenido características muy diferentes de las que se acaban de exponer, tanto en lo que respecta a las modalidades ejecutivas como a la posible presencia de intermediaciones. De hecho, en algunos juicios – así como en el decreto que se comenta en este trabajo –, se ha constatado que el trabajador, a pesar de que según las previsiones contractuales tenga libertad frente a la ejecución del servicio, a nivel concreto corre el riesgo, en caso de incumplimiento o mala ejecución, de que no se le vuelva a llamar¹¹ o que se le suspenda¹², o de ser penalizado con la atribución de entregas muy lejos del punto de

¹¹ Ello se desprende de muchas sentencias en España. Véase, por todas, STS, 16 de noviembre de 2017, en *Cendoj*, donde se puede leer: «Aunque parece que el intérprete goza de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios, es lo cierto que, dada la relación establecida entre las partes, si no acude corre el riesgo de que no se le vuelva a llamar».

¹² Es decir, bloqueado sobre la aplicación, tal y como lo menciona en varios puntos el decreto que se analiza.

recogida¹³, o incluso de que se le quiten las propinas o se le asignen verdaderos *malus*¹⁴.

Para evitar el peligro de la no ejecución del reparto, la plataforma suele realizar una “sobre-contractualización” del *slot* o incluso recurrir a las llamadas flotas de *riders*. Estas son gestionadas por intermediarios que *de facto* facilitan a la plataforma los *riders* que necesita, con importantes consecuencias desde el punto de vista del derecho laboral y penal, que se explicarán a continuación.

Sin embargo, lo que se ha venido diciendo hasta ahora ya de por sí es importante para entender cómo algunos rasgos de la actividad de los *riders* se prestan a instrumentalizaciones que pueden llevar a conductas de explotación que hacen eco del fenómeno del llamado “caporalato” clásico. En particular, la intercambiabilidad de los trabajadores – endémica en la prestación de los *riders* – favorece el reclutamiento masivo por parte de los intermediarios en situación de marginación social, como la de los migrantes solicitantes de asilo, sobre todo los que viven en centros de acogidas extraordinarios. Estas personas, en la mayoría de los casos, se encuentran en una condición de vulnerabilidad social que los empuja a aceptar condiciones de trabajo degradantes y humillantes.

Los *riders*, para superar esta condición de necesidad¹⁵, acaban así aceptando turnos de trabajo agotadores que no toman en cuenta los tiempos

¹³ Aquí nos referimos al llamado sistema de puntos, que prevé una reducción de 0,3 puntos en caso de entrega realizada de manera diferente a lo pactado, tal y como se desprende de muchas sentencias sobre casos parecidos en España. Véase, por todas, T.S.J. AS., 25 de julio de 2019, n. 1818, en aranzadi.aranzadidigital.es. Este sistema ha sido recientemente reconstruido por el STS, 25 de septiembre de 2020, cit., donde se dice claramente que “este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución. Además la empresa penaliza a los repartidores, dejando de asignarles pedidos, cuando no estén operativos en las franjas reservadas, salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada. La consecuencia es que los repartidores compiten entre sí por las franjas horarias más productivas, existiendo una inseguridad económica derivada de la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos, que propicia que los repartidores intenten estar disponibles el mayor período de tiempo posible para acceder a más encargos y a una mayor retribución”.

¹⁴ Véase nota 10.

¹⁵ “El legislador ha refundido estos dos aspectos en una única norma, es decir, en el art. 603-bis Cp, que no se limita al mero dato “objetivo” de la sumisión a trabajo en condiciones de explotación, sino que también requiere de una “subjetiva” condición de necesidad del trabajador

de recuperación de las energías psicofísicas, de los descansos mínimos y del derecho a la desconexión, como expresión del más amplio concepto de trabajo en condiciones dignas¹⁶. En efecto, con el fin de realizar el número más alto de entregas, los repartidores realizan su prestación en violación de las normas de circulación y en condiciones meteorológicas adversas, exponiéndose al riesgo de infortunios e incidentes.

Además, la despersonalización del empresario y la complicada clasificación de la relación laboral dificulta la individuación de la titularidad y la extensión de las obligaciones que se derivan de la normativa en tema de seguridad y salud en el trabajo. Sobre ello, es preciso recordar que la jurisprudencia, que fue llamada a resolver el tema frente a la prescripción de los equipos de protección personal (EPP) anti-COVID-19, puso dicha obligación a cargo de las plataformas¹⁷. De ahí que la sistemática violación de dichas disposiciones – como también se desprende de diversas protestas en muchas ciudades italianas – podría incluso constituir, además de incumplimiento de la normativa sobre el horario de trabajo, un índice de explotación según los criterios del art. 603 *bis* c.p.

Por lo que respecta, en cambio, al índice de retribución, es necesario subrayar que ello puede evaluarse solamente en términos relativos, ya que la normativa italiana no incluye ningún parámetro útil para la determinación de la retribución equitativa (art. 36 Cost.). Esta puede cuantificarse tanto con referencia a los convenios colectivos – tanto nacional como territorial,

y el aprovechamiento de dicha condición por parte del empresario o del “caporale”, ambos aspectos conectados con el *status libertatis*. Según lo que enseña el Tribunal Constitucional, ninguno de los elementos del delito es independiente de los demás, aún más si se trata de cláusulas generales, sino que debe interpretarse junto con y en vista de los demás, de ahí que se favorezca una interpretación del concepto de explotación que tiene un carácter más subjetivo, desvinculado de la violación de parámetros objetivos y más ajustada a la percepción del trabajador, con todo lo que consigue en términos de riesgos de presunciones”, así L. BIN., *op. cit.*, 32.

¹⁶ *Oil decent work*, in www.ilo.org

¹⁷ Para unos comentarios sobre estos juicios, permítaseme remitir a M. BARBERIO, *Covid-19: L'obbligo di fornitura dei dpi ai riders alla luce di una recente giurisprudenza di merito*, en LG, 2020, pendiente de publicación.

firmada por las asociaciones sindicales más representativas en el territorio nacional – como a la cantidad/calidad del trabajo realizado¹⁸.

En cuanto a las previsiones del convenio colectivo, es necesario reconocer la extensión del convenio colectivo del sector del transporte (llamado “Logistica, Trasporto Merci e Spedizione” a los *riders* por parte de un acuerdo integrativo firmado el 18 de julio de 2018. Este acuerdo, que califica expresamente los *riders* como trabajadores por cuenta ajena, les reconoce las tutelas de los trabajadores del sector logística y transportes. Sin embargo, la aplicación del parámetro de retribución que se indica en el documento está sujeta a que se trate de trabajadores por cuenta ajena.

Es necesario, además, subrayar que en lo que respecta al pago de lo ejecutado por los *riders* también ha intervenido el legislador con la Ley n. 128 de 2019 – cuyo ámbito de aplicación resulta críptico para los que tratan de Derecho laboral¹⁹ – con la que se estableció que la remuneración, aun cuando haya sido establecida por el convenio colectivo, deberá tomar en cuenta las modalidades de ejecución de la prestación y de organización del empresario. En caso de falta de dichos contratos, los *riders* no podrán obtener una retribución basada en las entregas efectuadas y deberá garantizársele una compensación mínima por hora, ajustada a las normas mínimas establecidas por los convenios colectivos nacionales de sectores parecidos o equivalentes firmados por las organizaciones sindicales y empresariales que resulten más representativas a nivel nacional. En todo caso, deberá siempre garantizarse una indemnidad integrativa no inferior al 10 por ciento por el trabajo de noche, en las festividades o en condiciones meteorológicas desfavorables.

Por consiguiente, a no ser que se quiera calificar expresamente a los *riders* como trabajadores por cuenta ajena, la reiterada erogación de retribuciones claramente divergentes debe considerarse efectiva solo con

¹⁸ A pesar de que la “clara discrepancia” se evalúa también con referencia a las previsiones del convenio colectivo.

¹⁹ Sobre las diferentes posiciones en la doctrina, véase A. PERULLI, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni eterorganizzate e le tutele minime per iriders autonomi*, en WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2020, n. 410, 56. y P. TOSI, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel “decreto crisi”*, pendiente de publicación, 91.

respecto a la cantidad y calidad del trabajo realizado. Sin embargo, en la práctica, resulta que en la gran mayoría de los casos la prestación se paga a destajo, sin tener en cuenta las modalidades en la que se realiza, entre otras: kilometraje, condiciones meteorológicas desfavorables, festividades y trabajo nocturno.

Finalmente, también parecería abstractamente integrarse el índice de explotación del que habla el n. 4.3, del art. 603 *bis* c.p., en la parte en la que trata de la utilización de métodos de vigilancia degradantes.

A este respecto, cabe subrayar que dicho índice podría aplicarse bajo una operación hermenéutica evolutiva, además de sistemática. De hecho, el desarrollo tecnológico es capaz de convertir la vigilancia operada por la plataforma en una condición degradante, como consecuencia del control invasivo, capilar y constante de la prestación laboral. Y ello también considerando las sanciones que se imponen en caso de entrega no realizada o realizada con retraso o de manera diferente a lo pactado.

Del análisis de los varios índices que se ha realizado se desprende, entonces, que el paso desde el substrato rural al canal digital no hace las modalidades de explotación menos lesivas del bien jurídico tutelado por el tipo penal: la dignidad del trabajador²⁰.

3. El asunto: la administración judicial de Uber Italy srl

Con fecha 27 de mayo de 2020, el juzgado de Milán – Sección Autónoma Medidas de Prevención – aplicó la administración judicial, prevista por el art. 34.1 del d.lgs. n. 159/2011, a la sociedad Uber Italy srl (de aquí en adelante “Uber”), con el objetivo principal de reconstruir las complejas relaciones intragrupo de esta con Uber Eats Italy srl y Uber Portier²¹.

²⁰ Para el análisis del bien jurídico a este respecto, véase L. BIN, *op.cit.*, 30.

²¹ Para los primeros comentarios sobre el decreto, véase F. MENDITTO, *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)*, en QG, 20.6.2020; A. MERLO, *op. cit.*; A. QUATTROCCHI, *Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale: amministrazione giudiziaria e contrasto al “caporalato” nel caso Uber*, en Q.riv.

Dicha medida se establecía como consecuencia de la evaluación de la existencia de una actividad facilitadora por parte de Uber frente al delito catalogado por el art. 603 *bis* c.p., del que han sido acusados cinco *manager* de la misma sociedad, y también se imponía a las sociedades intermediarias Flash Road City y FRC srl. Estas dos se encargaban de la selección, el reclutamiento y la gestión de flotas de *riders* y estaban conectadas con Uber en base a un contrato llamado de prestación tecnológica.

En particular, los repartos por parte de los *riders* en el ámbito de la “galaxia Uber” se realizaban según dos modalidades distintas.

En la primera – más usual en la práctica de las plataformas – Uber gestionaba directamente sus *riders*, quienes autónomamente se presentaban para las entregas en los *slots* predeterminados por la plataforma. En este caso, la relación existía solo entre Uber y los *riders*.

La segunda modalidad ha sido introducida sucesivamente para hacer frente a la necesidad que había emergido en algunas multinacionales (como McDonald’s, Panino giusto, etc.) de tener a su disposición algunos *riders* de manera más estable. En este caso, Uber había contactado, al menos formalmente, con las sociedades Flash Road City y FRC srl, para que se encargaran del reclutamiento y la organización de las flotas.

En esta segunda hipótesis, entonces, los *riders* tenían una relación contractual – principalmente encasillada en los términos de la colaboración ocasional²² – solo con las sociedades antes mencionadas, pero no con Uber.

Por los elementos circunstanciales que se encuentran en el adjunto del decreto que se comenta, sin embargo, se desprende que el reclutamiento, así como la consiguiente organización del trabajo, se realizaba de manera ilícita, con conductas de plena explotación de los *riders*, de las que resultaba “la plena conciencia”²³ de algunos *manager* de Uber.

En este contexto, el juzgado de Milán, considerando existente una conducta facilitadora de Uber en los términos del delito del art. 603 *bis* c.p.,

²² Véase p. 9 del decreto.

²³ Así se puede leer en el decreto, en la p. 56.

ha ordenado la medida del art. 34 del d.lgs. n. 159/2011, para permitir el saneamiento del grupo societario y el restablecimiento de la legalidad.

4. La relación contractual entre Uber y las sociedades Flash Road City y FRC Srl

Del decreto se desprende que Uber está vinculada con las dos sociedades antemencionadas por una relación contractual que lleva el *nomen iuris* de “Contrato de prestación tecnológica”²⁴.

No resulta ninguna ulterior investigación – al menos en el decreto – sobre la verdadera naturaleza de dicha relación, a pesar de que de ello se desprendan importantes consecuencias tanto a nivel de Derecho laboral como penal, que aquí nos interesa.

La relación entre Uber y las dos sociedades se puede describir en términos parecidos a los propios de la externalización (*outsourcing*), de los que forman parte el suministro de personal, el contrato y el desplazamiento.

Parece que dicha relación contractual se puede abstractamente reconducir al contrato de servicios²⁵. Pero ello no sin varias e importantes perplejidades.

Este tipo contractual, como es sabido, consiste en una externalización de una actividad dirigida a producir un servicio, una utilidad o a satisfacer un interés particular del comprador. Para que dicho fenómeno sea lícito es necesario que la empresa principal no se limite a proporcionar a la empresa auxiliar (o contratista) solo la mano de obra, salvo encontrarse en violación de la prohibición de interposición ilegal²⁶.

²⁴ Como se puede leer en la p. 6 del decreto.

²⁵ Efectivamente en el decreto, en la p. 24, se hace referencia a una “subcontratación”.

²⁶ Como es sabido, el d.lgs. 276 de 2003 derogó la Ley 1369 de 1960, que contenía una prohibición casi general de interposición de personal. A raíz de ello está el antiguo convencimiento que estos fenómenos se traducen en una falta de responsabilidad – desde el punto de vista jurídico y económico – del empresario, que tendría a disposición más mano de obra, menos costosa y más flexible (OIT, 81° Conferencia Internacional del Trabajo, que tuvo lugar en Ginebra en junio de 1994, en QRIDL, 1995, 36). El empresario, de esta manera, podría transferir la responsabilidad al sujeto intermediario, quien podría resultar inexistente, sin ninguna solidez financiera. Todo ello causaría una disminución de la tutela de los trabajadores y sus derechos. Ello explica por qué, por mucho que dicha prohibición ha sido superada, el legislador continúa manteniendo una actitud prudente frente a todos aquellos fenómenos que conllevan

A esos fines, la legalidad del contrato – tal y como lo han reconstruido la doctrina y la jurisprudencia – se basa en algunos índices que deben de encontrarse respecto al auxiliar: la organización de los medios necesarios; el ejercicio del poder organizativo y directivo frente a los trabajadores empleados en el contrato de servicios; la asunción del riesgo empresarial²⁷.

Si así se define el contrato de servicios, resulta ahora necesario comprobar en concreto su aplicación a la relación contractual específica entre Uber y las dos sociedades auxiliares.

Del decreto parece desprenderse que la organización y dirección del servicio de entrega se atribuían solo a la plataforma²⁸, la que también tenía el monopolio del poder de control y sancionador.

Por lo que respecta al poder directivo y organizativo, basta con pensar en lo que se desprende de los datos de la investigación²⁹: allí se lee, de hecho, que “Uber proporcionaba al intermediario Flash indicaciones sobre el número de repartidores a los que estaba “permitido” trabajar”, [...] limitando (Uber) “el acceso a la plataforma en los *slots* horarios menos activos”. Uber, además, pedía a Flash “*supply hours*” por determinadas franjas horarias, y “comunicar su plan semanal de modo que se pudiera evaluar y autorizar por Uber” (*el subrayado es nuestro*).

Ad abundantiam, se subraya que Uber no solo pedía un número específico de repartidores³⁰, sino que también daba indicaciones precisas sobre la gestión de estos: “Desplaza alguno de ellos desde Roma para

una disociación entre el empresario formal y el usuario. Véase, para una reconstrucción exhaustiva de la evolución de los fenómenos de interposición, R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione di manodopera*, en *RIDL*, 2008, I, 149 ss. y M. MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, en *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, ed. de M. MAGNANI - P.A. VARESI, Torino, 2005, 283.

²⁷ Dichos elementos, que resultan útiles a distinguirlo de lo trabajo temporal, se matizan en los contratos *labour intensive* y endocompañía, que tienen lugar en los locales de la empresa principal y tienen como rasgo el valor preponderante de la prestación de trabajo frente al capital. Por lo tanto, cuando nos encontramos con un contrato de este tipo, habría que repensar los índices individuados de los que se ha hablado. No siendo este el lugar más apropiado para analizar el tipo del contrato, permítaseme remitir a M. BARBERIO, *L'appalto di servizi: alla ricerca del tipo perduto*, in *RIDL*, 2018, II, 481 ss.

²⁸ En definitiva, la planificación de las entregas era “preventiva y efectivamente indicada por Uber” (véase. p. 36).

²⁹ Los datos se encuentran en la p. 14 del decreto.

³⁰ “Escucha, pero ¿en Ostia solo 3? Había prometido 5”, citando el *manager* de Uber en la p. 39 del decreto.

mañana y busca alguno más entre los locales *please* [...], que si no nos quitan Ostia” y utilizaba sus *riders* en caso de ausencia de los de Flash³¹.

Además, en relación con el poder de control y sanción, a partir de las interceptaciones que figuran más veces en el decreto³², parece evidente que este poder lo ejercía directa y únicamente Uber. Esta efectuaba, como se puede desprender del abundante intercambio de correos con los intermediarios, un análisis sobre la *quality* del servicio según los parámetros que se indican a continuación: evaluaciones (por el cliente final), aceptación, cancelación *pre-pickup* y *post-pickup* y falsos envíos realizados. Uber se encargaba luego de informar “los *riders* a través de una notificación directa (*el subrayado es nuestro*), invitándolos a mejorar las *performances* sobre la base de las problemáticas indicadas [...]. Uber, finalmente, efectuaba un nuevo control de calidad y, en caso de no considerar que se hubieran cumplido los parámetros que se señalaban, procedía al bloque de los repartidores en objeto [...] o a la aplicación de penalizaciones (el “*malus*” antemencionado)”³³.

Todo esto no se corresponde con un contrato que pueda decirse genuino.

La incompatibilidad con el contrato no es de tipo ontológico, ya que a nivel abstracto el servicio ofrecido por la plataforma podría clasificarse así. Más bien, son las modalidades ejecutivas con las que se desarrolla las que hacen que su externalización sea difícilmente conciliable con los paradigmas del Derecho laboral. En particular, es difícil – sobre todo a partir del decreto en cuestión – vislumbrar los rasgos de un poder organizativo y directivo por parte del auxiliar. La ausencia de dichos poderes, sin embargo, prevalece frente a la evaluación de la efectividad de un contrato, de ahí que la conclusión sobre la interposición ilegal sea prácticamente obligatoria.

Por lo que respecta al poder de control, resulta que la plataforma era capaz de comprobar en todo momento cuántos y cuáles *riders* estaban conectados y entonces disponibles a la repartición. Y no solo: la calidad de

³¹ Véase *infra*, nota 46.

³² Véase por ejemplo p. 23.

³³ Así las pp. 35-36 del decreto.

esta se monitoreaba constantemente en la plataforma, que no se limitaba simplemente a señalar los incumplimientos a los contratistas, sino que procedía directamente al bloque de los *riders* ineficientes. Es más: si la iniciativa del bloque venía de las sociedades Flash Road City y FRC srl, ello tenía que evaluarse, aceptarse y disponerse por la propia Uber³⁴.

La constante injerencia de Uber en la gestión de los *riders* – que se desprende con toda claridad en las motivaciones del decreto – hace patente que las dos sociedades antemencionadas hayan, *de facto*, realizado un suministro ilícito³⁵; y de ello se derivan consecuencias importantes, incluso a nivel penal. El hecho de que no se trata de un genuino contrato de servicios, de hecho, además de conllevar la necesaria contestación de dos tipos penales más, comportaría el posible reconocimiento de la comisión por parte de Uber del delito del art. 603 *bis*, párrafo 2, c.p., dado que sería la propia sociedad la que utilizó los *riders*³⁶.

5. Las cuestiones complejas del decreto: la difícil clasificación en los paradigmas laborales

Del decreto se derivan indicios suficientes para considerar que la conducta de Uber ha facilitado concretamente las sociedades Flash Road City y FRC srl en la explotación de los *riders* según el art. 603 *bis* c.p. Dicha facilitación se desprende de las investigaciones, que han llevado también a afirmar la existencia de “un elemento de concurso o al menos de complicidad”³⁷ a varias figuras apicales de Uber. Del análisis de los elementos probatorios recogidos resultaría una fuerte injerencia de los

³⁴ Véase *passim*, p. 41.

³⁵ A. RUSSO, *Appalti, somministrazione fraudolenta e certificazione: un quadro in perenne evoluzione*, en (a cura di) AA.VV., *Le politiche del lavoro della XVIII Legislatura: Dal decreto dignità alla gestione dell'emergenza Covid-19*, Torino, 2020, pendiente de publicación.

³⁶ Y ello dado que la utilización de los trabajadores, contenida en el tipo indicado, podría también ocurrir en el caso de un vero contrato, a partir de la *ratio* de la norma, que al combinar esta frase con “asume y emplea”, parece querer extender su ámbito de aplicación también a los casos en los que existe una disociación –fisiológica o patológica– entre el empleador formal y el sustancial. Y ello a pesar de que de todas maneras es necesario comprobar el dolo según el art. 603 *bis* cp.

³⁷ Véase p. 56 del decreto.

manager en la gestión de los *riders*, hasta tal punto que podría resultar haber ido más allá de una conducta meramente facilitadora.

En efecto, Uber proporcionaba a Flash precisas “indicaciones sobre el número de repartidores a los que estaba “permitido” trabajar en las franjas horarias en las que había que garantizar la presencia de un adecuado número de *riders* para asegurar el éxito del servicio [...], limitando el acceso a la plataforma en los *slot* horarios menos activos, como mañana y tarde, cuando son menos las entregas a realizar”³⁸; además, Uber participaba, a través de algunos de sus empleados, “en la sanción de los *riders*” y “más allá de las apariencias, ha influido mucho en los turnos de trabajo de los mismos”³⁹: “ello significa que la autonomía laboral de los *riders*, en realidad, estaba vinculada y coordinada por Uber, quien, a falta de respeto de las reglas, obstaculizaría o aplicaría restricciones económicas a la Flash Road City y, por consiguiente, a los trabajadores que querían acceder a la plataforma”⁴⁰.

El poder de bloquear los trabajadores, entonces, le correspondía directamente a Uber, ya que los sospechosos – *ex lato* Flash – informan que “nunca han tenido el poder de bloquear un *account*. Podían hacerlo solo los *manager* de Uber” y, si la iniciativa de la sanción le correspondía a Flash, ella “tenía que proporcionar explicaciones del por qué”⁴¹, dado que la última palabra sobre el bloque le correspondía a Uber⁴².

Paradigmática, además, es la afirmación contenida en el decreto donde se mantiene que “resulta entonces evidente que, *de facto*, Uber orientaba y limitaba las capacidades decisionales del *fleet partner* con repercusiones en términos de autonomía decisional de los repartidores y en contradicción con lo dictado en el contrato firmado por Uber y FRC srl [...] y con la naturaleza de los acuerdos de colaboración ocasional firmados por FRC y varios *riders*”⁴³.

³⁸ Véase p. 14 del decreto.

³⁹ P. 25.

⁴⁰ P. 35.

⁴¹ P. 41.

⁴² Pp. 40 e 41.

⁴³ P. 39.

Ello conlleva una doble consecuencia a nivel de Derecho laboral: primero, desenmascara la naturaleza no autónoma de la relación entre los *riders* y Flash y – por lo que aquí nos interesa – permite mantener que había un fenómeno de interposición ilegal, con todo lo que conlleva a nivel penal. De hecho, la injerencia de Uber limitaba al máximo, hasta erosionarla por completo, la autonomía de gestión de Flash⁴⁴, desmintiendo “la opinión común que Uber es una plataforma informal que no entretiene ninguna relación con los *riders* y se limita a poner en contacto restauradores y clientes”⁴⁵.

Parece que Flash, entonces, se encargaba solo del reclutamiento de flotas de *riders* – según modalidades ilícitas que deberían determinar la existencia de los elementos del delito indicados en el primer párrafo del art. 603 *bis* c.p. – realizando un mero suministro de mano de obra, que está prohibida.

Es más: de las interceptaciones que figuran en el decreto se desprende que Uber utilizaba sus propios *riders* a sustitución de los de Flash (“habéis tenido que prestarnos los vuestros”⁴⁶), dejando patente una ilícita mezcla entre los trabajadores.

Todo lo que se ha venido diciendo, a nivel de Derecho laboral, permite afirmar que el contrato de servicios que parece haber sido firmado por Uber y Flash no era genuino, con la consecuencia de la posible instauración de una relación de trabajo por cuenta ajena de los *riders* a merced de Uber, según el art. 29.3 *bis* del d.lgs. 276 de 2003.

En lo que respecta al ámbito penal, ello comporta que Uber podría dejar de considerarse tercera parte frente a las conductas de explotación perpetradas por Flash. Por otro lado, ello encontraría su confirmación en la afirmación de la existencia de los elementos del delito del art. 603 *bis* c.p. por cinco personas en posición apical de Uber.

6. Conclusiones

⁴⁴ Véase, por ejemplo, la propuesta de sustituir el *rider* con un amigo (p. 40)

⁴⁵ P. 25.

⁴⁶ P. 41.

A la luz del análisis efectuado –que intenta conciliar de alguna manera los paradigmas laborales con las exigencias de tipo preventivo de lo penal– parece criticable como es enmarcada Uber con respecto a la explotación de los *riders*.

Si se comprueba el fenómeno de la, de hecho, deja de existir la posición de tercera parte del sujeto facilitador y, por consiguiente, un supuesto necesario para la aplicación de la medida dispuesta por el juzgado de Milán⁴⁷. Al contrario, se realizaría una objetiva confusión de intereses entre la actividad de la empresa Uber y la explotación de los *riders*, lo que en estos momentos se le reprocha a la sociedad Flash, la que terminaría por realizar un mero suministro de mano de obra.

Si se deja de lado la cuestión de si lo dispuesto por el decreto es aceptable, uno de sus méritos seguramente es el de haber desenmascarado nuevas formas de explotación que se realizan a través del canal digital. La plataforma, de hecho, ya no es una mera intermediaria entre oferta y demanda de servicios, sino que se demuestra que otorga directamente dichos servicios. Para evitar cortocircuitos entre los dos sistemas, ello debe llevar a replantear los esquemas del Derecho laboral tanto en lo fisiológico – es decir, frente a la calificación de la relación de trabajo de los *riders* – como en lo patológico, por lo que respecta a las posibles conductas de explotación de los trabajadores.

⁴⁷ Ello se profundiza en M. Barberio – V. Camurri, *L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione*, en *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8.

Bibliografía

- BARBERIO, M. (2018). *L'appalto di servizi: alla ricerca del tipo perduto*, in RIDL, II.
- BARBERIO, M. (2020). *Covid-19: L'obbligo di fornitura dei dpi ai riders alla luce di una recente giurisprudenza di merito*, en LG, pendiente de publicación.
- BARBERIO, M. (2020). *Riders on the storm: dipendenza tecnica ed economica nel sistema spagnolo*, en VDTL, III.
- BARBERIO, M. y CAMURRI, V. (2020). *L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione*, en Giurisprudenza Penale Web.
- BIN, I. (2020). *Problemi "interni" e Problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603 bis c.p.)*, LP, 10.3.2020.
- BRAMBILLA, P. (2017). *"Caporalato tradizionale" e "nuovo caporalato": recenti riforme a contrasto del fenomeno*, en Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, I-II.
- CHIAROMONTE, W. (2018). *"Cercavamo braccia, sono arrivati uomini". Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, en GLRI.
- COIN, F. (2017). *Salari rubati. Economia politica e conflitto ai tempi del lavoro gratuito*, Ombre Corte, Verona.
- DEL PUNTA, R. (2008). *Le molte vite del divieto di interposizione di manodopera*, en RIDL, I.
- DI MARTINO, A. (2015). *"Caporalato" e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, en DPC, II.
- FIORE, S. (2014). *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitti di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, en Scritti in onore di Alfonso M. Stile, Napoli.
- FIORE, S. (2017). *La nuova disciplina penale della intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni e insuperabili limiti*, en DA, II.
- GAROFALO, D. (2018). *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, en RDSS, II.

- GIANFROTTA, F. (2017). *Intermediazione e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016*, en QG, 1.3.2017.
- MAGNANI, M. (2005). *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, en *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, ed. de m. magnani - p.a. varesi, Torino.
- MENDITTO, F. (2020). *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)*, en QG, 20.6.2020.
- MERLO, A. (2020). *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il "caporalato digitale"*, en *Sist. Pen.*, 2.6.2020, §2.
- MISCIONE, M. (2017). *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, en LG, II.
- MORGANTE, G. (2018). *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, en GI, fasc. VII.
- NAZZARO, U. (2017). *Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603-bis c.p. e l'ardua compatibilità tra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione*, en CP, VII-VIII.
- PERULLI, A. (2020). *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni eterorganizzate e le tutele minime per riders autonomi*, en WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 410.
- RAUSEI, P. (2017) *A contrasto del caporalato ripristinate in parte le tutele cancellate da "Jobs Act" e depenalizzazione*, en DRI, I.
- ROTOLO, G. (2018). *Dignità del lavoratore e controllo del "caporalato"*, en DPC, fasc. VI.
- RUSSO, A. (2020). *Appalti, somministrazione fraudolenta e certificazione: un quadro in perenne evoluzione*, en (a cura di) aa.vv., *Le politiche del lavoro della XVIII Legislatura: Dal decreto dignità alla gestione dell'emergenza Covid-19*, Torino, pendiente de publicación.
- SCARCELLA, A. (2017). *Il legislatore interviene nuovamente sul fenomeno del "caporalato": ultimo atto?*, en DPC, fasc. VII.
- TOSI, P. *Le collaborazioni organizzate dal committente nel "decreto crisi"*, pendiente de publicación.