



Universidad de Valladolid



**FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER EN ABOGACÍA
TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**PROBLEMAS DERIVADOS DE LA
CONTRATACIÓN DE UN TRABAJADOR EN
EL SECTOR DEL REPARTO A DOMICILIO,
DESPIDO DISCIPLINARIO Y POSIBLE
CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES**

**Autor: Mariano Vaquero González
Tutora: Ana Murcia Clavería**

Convocatoria febrero 2023

ABREVIATURAS

UE: Unión Europea.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

TS: Tribunal Supremo.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

FJº: Fundamento Jurídico.

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia / Secretario Judicial.

TRADE(s): trabajador(es) autónomo(s) económicamente dependiente(s).

ETT(s): empresa(s) de trabajo temporal.

SMAC: Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

ET: Estatuto de los Trabajadores de 2015.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

CE: Constitución Española de 1978.

CP: Código Penal de 1995.

LETA: Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007.

LRJS: Ley reguladora de la Jurisdicción Social de 2011.

LISOS: texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 2000.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. OBJETO DEL DICTAMEN Y SUPUESTO DE HECHO.....	5
III. CUESTIONES A RESOLVER	10
IV. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.....	11
4.1 Derecho Internacional y Derecho Comunitario	11
4.2 Constitución Española	19
4.3 Ley Rider	20
4.4 Estatuto de los Trabajadores	24
4.5 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social	26
4.6 Normativa convencional aplicable	30
4.7 Jurisprudencia relevante en la materia	33
4.8 Especial referencia al art. 43 del ET. La cesión ilegal de trabajadores.....	40
4.8.1 La posible incursión por la E. A y la E. B en el delito del art. 312 del CP.....	42
4.8.2 La posible incursión por la E. B en el delito del art. 311.2 del CP por la contratación de un falso autónomo	47
V. DICTAMEN JURÍDICO.....	48
VI. BIBLIOGRAFÍA	55
VII. JURISPRUDENCIA	58

I. INTRODUCCIÓN

La denominada Ley Rider, concebida a partir del diálogo social entre los sindicatos, la patronal y el Gobierno, plasma la regulación de, entre otros aspectos, una disposición adicional 23ª en el ET, en que se establece una presunción de laboralidad de los repartidores a domicilio o *riders*. Así, los *riders* que estuviesen desempeñando su trabajo como “falsos autónomos” para una plataforma de reparto, han de pasar a ser contratados laboralmente, es decir, mediante un contrato de trabajo.

En el supuesto de hecho de este Trabajo el protagonista es un *rider* que tiene una relación laboral con una empresa de transporte, y que desempeña sus servicios en la práctica diaria para una empresa de reparto, en la que el *rider* y otros compañeros se encuentran cedidos por parte de dicha empresa de transporte, a cambio de un precio.

Se analizará si la relación mercantil que, con posterioridad, mantiene la empresa de reparto con el *rider*, se puede considerar o no laboral, y si la desconexión de la plataforma digital que dicha empresa termina efectuando al *rider*, se puede considerar o no un despido.

Así, en este Trabajo se hace referencia a la contratación laboral del *rider* por la empresa de transporte, y lo que sucederá, al aplicarse lo establecido en la Ley Rider, en la relación mercantil creada posteriormente entre la empresa de reparto y el *rider*, pues este en realidad trabaja para esta empresa como “falso autónomo”.

Se hace referencia así, también, a un posible despido disciplinario al haber cometido el *rider* presuntamente un incumplimiento contractual, y se plantea la posibilidad que tiene el *rider* para oponerse o impugnar dicho despido

Y se hace referencia a la posible cesión ilegal de trabajadores por la empresa de transporte a la empresa de reparto.

II. OBJETO DEL DICTAMEN Y SUPUESTO DE HECHO

El objeto de este dictamen es dar respuesta a las cuestiones que nos plantea Francisco después de que la empresa de transporte A, con la que mantenía un vínculo laboral, le efectuase un despido disciplinario, a raíz de una conducta inapropiada y contraria a la disciplina debida en el puesto de trabajo.

Ello tras la desconexión de Francisco de la plataforma, efectuada a raíz de las quejas de algunos clientes que imputaron a esta dicha conducta, por la empresa de reparto B, en la que dicho trabajador se encontraba cedido por la empresa de transporte A.

Por último, dar también una respuesta respecto a las consecuencias jurídicas que la aplicación de la Ley Rider conlleva en el vínculo mercantil creado después entre la empresa de reparto B y Francisco.

Supuesto de hecho:

Francisco firmó el 18 de enero de 2018 un contrato de trabajo indefinido con la Empresa de Transportes A (E. A), empresa con sede física y en cuyos estatutos sociales figura como objeto social la distribución y reparto de mercancías alimentarias en la provincia de Valladolid, y que tiene contratada una plantilla de repartidores que realizan dicha distribución y reparto de mercancías alimentarias.

En dicho contrato de trabajo indefinido figuran las siguientes condiciones de trabajo:

- La fecha de inicio de la actividad laboral es el 19 de enero de 2018.
- La jornada de trabajo es a tiempo completo, de 40 horas semanales de trabajo efectivo, a razón de 8 horas diarias de trabajo efectivo de lunes a viernes.

- La retribución es de 15.260 euros brutos al año, a razón de 14 pagas anuales de 1.090 euros brutos mensuales.
- Se pacta un período de prueba de 24 días de duración.
- El disfrute de un período de vacaciones de 30 días naturales por año trabajado, que se deberán disfrutar dentro del año natural de devengo.
- Se establece que Francisco prestará sus servicios como repartidor en favor de la E. A. Y que, de acuerdo con el sistema de clasificación profesional vigente en la E. A, Francisco está incluido en el grupo profesional de “personal de reparto”, Grupo V, para la realización de la función principal de realizar tareas de reparto de pedidos en motocicleta, así como otras tareas necesarias para llevar a cabo dicha función principal.
- Se establece que el convenio colectivo aplicable será el convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, esto es, el V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (ALEH V). Y se establece que, en su defecto, se aplicará un convenio o acuerdo de ámbito inferior.

Francisco y sus compañeros se encuentran oficialmente como asalariados y dados de alta en la Seguridad Social por la E. A.

Tras la firma del contrato de trabajo, la E. A pone a disposición de Francisco una motocicleta, una mochila y un teléfono móvil y una App, para que este los utilice en el desempeño de la actividad de reparto a domicilio.

En la App que hay incorporada en el teléfono móvil que la E. A pone a disposición de Francisco, aparecen los encargos a realizar. A través de la App la E. A controla el adecuado cumplimiento de la jornada y horario de trabajo de Francisco. Este está obligado a conectarse a dicha App y estar disponible entre las 15:00h y las 23:00h, de lunes a viernes.

A través de dicha App la E. A también controla si Francisco ha realizado la entrega del pedido en tiempo y forma adecuados. También mediante dicha App, los clientes efectúan una valoración de Francisco del 1 al 10 según su nivel de satisfacción con el servicio prestado por este.

Respecto a la motocicleta, la E. A permite a Francisco que se la lleve a su domicilio tras terminar la jornada de trabajo, pero no le permite destinar dicha motocicleta a su uso particular. De esta forma, Francisco solo podrá utilizar la motocicleta para ir y volver desde el punto geográfico desde el que debe estar disponible para realizar sus tareas de reparto.

La E. A imparte a Francisco y sus compañeros los cursos de formación.

Desde el 10 de mayo de 2018, la E. A mantiene una relación verbal de arrendamiento de servicios sin tiempo determinado con la Empresa de Reparto B (E. B), empresa de plataforma digital. Es decir, la E. A realiza con la E. B una contrata verbal, consistente en que la E. A cede a Francisco y otros compañeros suyos a la E. B, para que estos realicen en favor de esta los servicios de reparto.

A cambio de que la E. A facilite sus repartidores a la E. B, esta abona a la E. A una contraprestación económica con una periodicidad mensual.

Por tanto, a partir del 10 de mayo de 2018 los encargos que Francisco y otros compañeros reciben en la App de la E. A comienzan a provenir realmente de la E. B.

Así, desde el 10 de mayo de 2018 Francisco y sus compañeros están realmente bajo la dirección, organización y control de la E. B, con la que no mantienen ninguna relación laboral ni mercantil, y para la que prestan en la práctica diaria los servicios de reparto. De hecho, es la E. B la que a través de la App dirige y organiza los pedidos a los trabajadores, y controla el cumplimiento por estos de los turnos y la jornada y horario de trabajo.

El 25 de octubre de 2018, la E. B recibe un escrito dirigido por algunos clientes, a través del Servicio de Atención al Cliente, Quejas y Reclamaciones. En dicho escrito aparecen algunas quejas de dichos clientes, que manifestaron que la noche del 24 de octubre de 2018 Francisco no trajo sus pedidos a la hora prevista, que la comida se encontraba fría o deshecha, y que cuando aquellos mostraban a dicho trabajador su descontento con el servicio, este se dirigía a ellos con expresiones impertinentes y en tono desafiante. Algunos clientes también manifestaron que Francisco mostraba signos de encontrarse en situación de embriaguez.

A raíz de las quejas, el 26 de octubre de 2018 la E. B efectúa la desconexión de la plataforma digital a Francisco, sin aviso ni justificación previos, ni verbalmente ni por escrito. El 27 de octubre de 2018, la E. B comunica a la E. A el hecho de la desconexión de Francisco de la plataforma, y los hechos presuntamente cometidos por este que han motivado dicha desconexión.

El 28 de octubre de 2018 la E. A remite a Francisco una carta de despido:

“Muy Sr. nuestro:

Por medio de la presente, se le comunica que la Dirección de Empresa de Transportes A ha decidido extinguir su contrato de trabajo por despido disciplinario, en virtud de las facultades fijadas en el art. 54 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Este despido desplegará sus efectos a partir del día 29 de octubre de 2018.

Los hechos que motivan esta decisión son los siguientes:

El pasado día 26 de octubre de 2018, se nos comunicó que el día 25 de octubre de 2018 se trasladaron al Servicio de Atención al Cliente, Quejas y Reclamaciones de Empresa de Reparto B una serie de quejas por escrito de determinados clientes, que declararon que, cuando Ud. se encontraba realizando el servicio de reparto de comida a domicilio la noche del 24 de octubre de 2018, la mayoría de los pedidos que Ud. entregó no llegaron a la hora prevista, y llegaban en mal estado, por culpa o negligencia de Ud. Además de ello, algunos de los clientes que han manifestado las quejas, han afirmado que Ud. se ha dirigido a ellos con expresiones insolentes y en tono desafiante y menospreciativo. A mayor abundamiento, algunos de los clientes han referido que Ud., mientras se encontraba realizando la entrega de sus pedidos se encontraba ebrio, ya que mostraba síntomas que evidenciaban que Ud. se hallaba bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

La mencionada conducta constituye un incumplimiento grave y culpable del contrato de trabajo por parte de Ud., que se reconoce como causa de despido disciplinario en el art. 54 del referido Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, transgrediéndose con dicha conducta lo establecido en los apartados b), e) y f) del art. 54.2 del mismo texto legal, así como lo establecido en los siguientes preceptos del V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería:

- *El art. 39.6, que considera falta grave el descuido importante en la conservación de los géneros o artículos del correspondiente establecimiento.*
- *El art. 39.10, que considera falta muy grave provocar, estando bajo los efectos del alcohol o de las drogas, algún altercado con clientes en horario de trabajo.*
- *El art. 39.12, que considera falta muy grave no atender a los clientes con la corrección y diligencia debidas, si de esta conducta se deriva un especial perjuicio para la empresa.*
- *El art. 40.6, que considera falta muy grave los malos tratos de palabra y falta grave al respeto y consideración a los clientes.*

Le acompañamos una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas, y le advertimos de que Ud. puede solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores al firmar el recibo del finiquito, en el cual se hará constar que Ud. firma en presencia de un representante legal de los trabajadores, o que Ud. no ha hecho uso de esta posibilidad, en virtud de lo establecido en el artículo 49.2 del mencionado Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Sin otro particular, se le saluda atentamente.”

Francisco no se opuso ni impugnó el despido, y decidió buscar un empleo en otro sector. El 30 de diciembre de 2018 celebró con una empresa agroalimentaria un contrato de trabajo temporal por circunstancias de la producción, para prestar servicios como operario de producción realizando tareas de envasado y empaquetado de productos alimentarios, hasta el 9 de febrero de 2019.

Después, Francisco buscó otro empleo, pero no encontró ninguno, de forma que pasó a encontrarse en situación de desempleo.

El 21 de septiembre de 2021, la E. B decide dar una segunda oportunidad a Francisco, y celebra con este un contrato de arrendamiento de servicios sin duración determinada, de forma que Francisco se da de alta como autónomo en la Seguridad Social. Así, Francisco presta sus servicios de reparto en una bicicleta y con un teléfono móvil de su propiedad, en favor de dicha empresa, en calidad de trabajador autónomo.

Francisco desempeña en realidad sus servicios para la E. B como falso autónomo, ya que en la práctica diaria está sometido a los poderes de dirección, organización y control de dicha empresa.

Ello porque Francisco usa para prestar sus servicios de reparto una mochila facilitada por la E. B. Y porque la E. B ordena a Francisco que instale en su móvil una App en la que recibirá los encargos a realizar.

La E. B firma con los dos sindicatos mayoritarios el 1 de enero de 2023 un novedoso Acuerdo de condiciones de trabajo.

Los días 16 y 17 de febrero de 2023 Francisco se queda en su casa y no acude al trabajo, porque tiene una gripe. Pero Francisco, el día 16 de febrero, avisa y explica de forma telefónica el motivo de ello con antelación a la E. B, pero no aporta ningún justificante médico que acredite que se encuentra con gripe. Ante ello, la E. B efectúa la desconexión de Francisco de la plataforma el 18 de febrero de 2023. En esta fecha le comunica por correo electrónico que el motivo de la desconexión ha sido las “faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo”.

Francisco acude al despacho y pide asesoramiento el 28 de febrero de 2023.

III. CUESTIONES A RESOLVER

Respecto al supuesto de hecho expuesto en el epígrafe anterior, Francisco nos consulta sobre las posibilidades que tiene de reclamar ante lo que le ha ocurrido, y nos formula las siguientes cuestiones:

- I. ¿Tiene alguna posibilidad de reclamación frente a la desconexión de la plataforma efectuada por la E. B el 26 de octubre de 2018?
- II. ¿Es factible la impugnación o reclamación frente al despido disciplinario efectuado por la E. A el 28 de octubre de 2018?
- III. ¿Existe alguna posibilidad de reclamación respecto a la contrata verbal celebrada entre la E. A y la E. B el 10 de mayo de 2018?

IV. ¿Tiene alguna posibilidad de reclamación frente a la desconexión de la plataforma efectuada por la E. B el 18 de febrero de 2023?

IV. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

4.1 Derecho Internacional y Derecho Comunitario

Considero importante referirme en primer lugar a lo que, fuera de España, se ha dicho respecto a la laboralidad de la relación entre los trabajadores y las plataformas para las que prestan sus servicios. Estos servicios no son solo los de reparto a domicilio, sino también son los de, por ejemplo, traducción de textos o cuidado y ayuda a domicilio.

A partir del fenómeno de la digitalización, dichos servicios, que antes se dirigían y organizaban por un empleador físico, y se prestaban en un establecimiento o centro de trabajo físico, han podido pasar a prestarse por los trabajadores desde cualquier lugar y en cualquier hora, en favor de una plataforma digital, que es el empresario, que pone en contacto a dichos trabajadores con los clientes.

La digitalización y su repercusión en el ámbito del trabajo en plataformas:

La digitalización, fenómeno surgido a raíz de las nuevas tecnologías, las plataformas digitales y las aplicaciones informáticas en los *smartphones*, permiten una diferente forma de organizar la prestación de los servicios.

Así, actualmente existen empresas que son plataformas digitales, y no tienen sede física. El denominado trabajo a llamada (*on demand*) permite a estas empresas no asignar jornadas ni horarios, pues existe un número suficiente de trabajadores apuntados a las plataformas, de forma que, cuando un cliente realice un encargo, siempre haya un trabajador dispuesto a realizarlo.

Como señala Adrián TODOLÍ SIGNES, mientras las empresas tradicionales hacían procesos de selección, formaban a los trabajadores y contrataban supervisores para asegurar la calidad de los servicios prestados, en las plataformas

digitales esto se ha sustituido por la denominada “reputación digital”, que se basa en las evaluaciones que los clientes hacen del servicio prestado, lo que permite a las plataformas saber quién es un “buen trabajador” y quién no de manera más económica.

Así, las empresas de plataforma no tienen por ejemplo maquinaria o un centro de trabajo físico para la prestación de los servicios, sino que utilizan aplicaciones informáticas, sin las que no se puede prestar el servicio¹.

¿Cómo afecta la digitalización y la denominada economía colaborativa a las relaciones laborales y al empleo?

Las nuevas tecnologías, que han traído consigo el fenómeno de la digitalización, han hecho posible una nueva forma de prestar los servicios, al haberse producido una robotización de las empresas.

Como afirma Pablo PÁRAMO MONTERO, ello ha supuesto para estas una reducción del llamado “coste de transacción”, al requerirse una inversión menor en costes materiales (por ejemplo, en maquinaria, en locales comerciales o en electricidad). Y también ha supuesto una nueva forma de entender la relación entre los prestadores de servicios y los clientes.

Ello forma parte de la denominada economía colaborativa o economía de plataformas, que ha generado cambios importantes en la cantidad, calidad y tipología de empleos, así como en la productividad, los salarios y las condiciones de trabajo.

Las personas que prestan servicios a través de plataformas digitales encuentran, en esta nueva forma de trabajar, más flexibilidad, pero también precariedad y unas condiciones de trabajo cuya regulación y control son complejos.

¹ TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales*. Trabajo y Derecho 58/2019 (septiembre), N° 58, 1 de oct. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, p. 7.

Por su parte, los operadores jurídicos no se ponen de acuerdo totalmente en cómo encuadrar, en los marcos legales existentes, la prestación de servicios a través de plataformas digitales².

Problemas surgidos en el trabajo en plataformas:

Según PÁRAMO MONTERO, las plataformas digitales han implicado para el trabajo que se desempeña a través de ellas, los siguientes problemas, entre otros³:

1. Salarios más bajos, ya que los trabajadores de plataformas que desempeñan tareas en el denominado *crowdwork* (trabajo colaborativo online) suelen tener una retribución menor, de forma que se ven obligados a realizar muchas tareas o servicios para conseguir un salario digno.
2. Garantías jurídicas y protección de derechos laborales más reducidas, porque los trabajadores no suelen firmar un contrato con la plataforma, sino que se registran en una cuenta de acceso.
3. Menor control de las condiciones de trabajo, ya que, al no existir un centro de trabajo físico, los trabajadores de plataformas suelen trabajar en su domicilio, y muchas veces realizan jornadas de trabajo excesivas, dado que es difícil medir el tiempo de trabajo efectivo, especialmente cuando el trabajador presta sus servicios para varias plataformas a la vez.

¿Qué criterios se tienen en cuenta en el ámbito internacional para determinar la laboralidad?

Respecto a los elementos que, fuera de España, se han considerado relevantes para clasificar a los trabajadores de plataformas como trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, los primeros pronunciamientos judiciales han determinado los siguientes criterios de determinación de la laboralidad:

² PÁRAMO MONTERO, Pablo. *Economía de plataformas y digitalización del trabajo: «uberlitigación» y tensiones en la relación laboral clásica*. Trabajo y Derecho 57/2019 (septiembre), N° 57, 1 de sep. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, pp. 1-2.

³ PÁRAMO MONTERO, Pablo. *Economía de plataformas y digitalización del trabajo: «uberlitigación» y tensiones en la relación laboral clásica*. Trabajo y Derecho 57/2019 (septiembre), N° 57, 1 de sep. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, pp. 6-7.

- El hecho de que la plataforma organice y controle la forma de prestar los servicios por los trabajadores, y que forme e instruya a estos para el desempeño de sus servicios. Por ejemplo que la plataforma controle el tiempo de conexión mínimo a la aplicación informática exigido a los trabajadores, o que asigne a estos determinadas áreas geográficas y franjas horarias en las que realizar sus servicios. También por ejemplo que la plataforma tenga un sistema o procedimiento de geolocalización de los trabajadores, o que dé instrucciones a estos poniendo a su disposición un manual de instrucciones digital, o un vídeo explicativo sobre cómo comportarse ante los clientes.
- La posibilidad de sustitución de los trabajadores por otros.
- El uso de la marca comercial por los trabajadores.
- El hecho de que la plataforma ponga a disposición de los trabajadores el equipamiento para prestar los servicios.
- El hecho de que la plataforma exija unos requisitos a los trabajadores a los que contrata, como por ejemplo una mínima experiencia, un mínimo conocimiento del callejero de la ciudad o una certificación de antecedentes penales.
- El hecho de que la plataforma ofrezca incentivos a los trabajadores en función de los días u horas de trabajo que realicen.
- El hecho de que la plataforma atienda las incidencias que sucedan a los trabajadores, o las que sucedan con los clientes.
- El hecho de que la plataforma tenga en cuenta las demoras o las faltas de asistencia o puntualidad en que puedan incurrir los trabajadores, para por ejemplo no asignarles pedidos en un futuro.

La pionera sentencia del caso *Aslam vs. Uber* del Tribunal de Empleo de Londres, de 12 de octubre de 2016:

Estos criterios, entre otros, han servido de referencia a la primera sentencia en Europa sobre la materia: la sentencia del caso *Aslam vs. Uber*, del Tribunal de

Empleo de Londres, de 12 de octubre de 2016⁴. Esta sentencia es pionera en la materia, y declaró la laboralidad de los trabajadores de la empresa Uber, los cuales demandaron a esta para que se reconociese su laboralidad.

Además, la sentencia considera que Uber es una empresa de servicios de transporte, y no solo una App o una empresa de tecnología, como sostenía Uber.

No obstante, como afirma PÁRAMO MONTERO, en la actualidad ha habido algún cambio al respecto, y lo que en dicha sentencia parecían elementos claros e inequívocos de laboralidad, ahora se presentan menos claros.

Y ello porque las plataformas han empezado a cambiar sus contratos con los trabajadores y clientes, de forma que por ejemplo, donde antes el trabajador no podía rechazar un encargo o no conectarse a la App, ahora puede hacerlo libremente y sin consecuencias. Y donde antes no podía trabajar para otras empresas o plataformas, ahora puede hacerlo, al no exigirse la exclusividad⁵.

Por tanto, no solo en el ámbito nacional, sino también fuera de nuestro país, se ha planteado que la relación entre la plataforma y los prestadores de servicios es en realidad laboral, pues aunque estos formalmente sean autónomos, realmente prestan sus servicios como “falsos autónomos”.

Por último decir que la OIT ha venido estudiando desde 2015 el fenómeno de la denominada “plataformización” del trabajo. Y ha calificado la prestación de servicios en plataformas digitales como una forma de trabajo “atípico” o “no estándar”.

A finales de 2016, esta organización publicó un informe acerca del “empleo atípico”, en el que se refería también al trabajo en plataformas digitales. En este informe hace alusión a los frecuentes conflictos laborales entre quienes rechazaban la laboralidad de los trabajadores que prestan servicios a través de las plataformas digitales, y quienes defendían dicha laboralidad.

⁴ Sentencia del Tribunal de Empleo de Londres, de 12 de octubre de 2016. Y, Aslam y J. Farrar contra Uber BV, Uber London LTD y Uber Briannia Ltd. Caso n° 2202551/2015 y Otros.

⁵ PÁRAMO MONTERO, Pablo. *Economía de plataformas y digitalización del trabajo: «uberlitigación» y tensiones en la relación laboral clásica*. Trabajo y Derecho 57/2019 (septiembre), N° 57, 1 de sep. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, pp. 7-8.

Derecho Comunitario:

Considero importante nombrar en primer lugar dos Directivas comunitarias importantes en materia de relaciones laborales, también en el ámbito de las plataformas digitales, ya sea del servicio de reparto a domicilio o de cualquier otro servicio prestado a través de dichas plataformas: la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco), y la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Atendiendo a los criterios de la legislación comunitaria en materia laboral, y a la línea seguida en esta materia por la jurisprudencia comunitaria, solo podrán aplicarse los derechos de los trabajadores de la UE a aquellos trabajadores que estén unidos a la empresa por un vínculo que, por cumplir los requisitos necesarios, se considere laboral⁶.

No obstante, cada Estado podrá, en virtud de normas de Derecho interno, ampliar los requisitos de laboralidad establecidos en la UE. Por otra parte, el concepto “trabajador” tiene un significado en el Derecho de la UE, y no puede sujetarse a definiciones nacionales ni interpretarse restrictivamente.

Los tres criterios de laboralidad establecidos por el TJUE:

De la jurisprudencia del TJUE se desprende que, para que se pueda determinar la existencia de un vínculo laboral entre la empresa y el trabajador, es necesario que se cumplan una serie de criterios objetivos:

1. Criterio de la subordinación:

Para que se cumpla este criterio, ha de existir un vínculo de subordinación entre la empresa y el trabajador.

⁶ Comisión Europea. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 2 de junio de 2016, pp. 3-4. <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/16881/attachments/2/translations/es/renditions/pdf>

Existirá un vínculo de subordinación si la empresa determina la elección de la actividad que realizará el trabajador, la remuneración y las condiciones laborales⁷.

2. Criterio de la remuneración:

Para que se cumpla este criterio, el trabajador ha de percibir una remuneración a cambio de la prestación de sus servicios.

3. Criterio del trabajo real y efectivo:

Este criterio, que tiene que ver con la naturaleza del trabajo, es clave para determinar que una persona es trabajador.

Para que se cumpla este criterio, el trabajador ha de desempeñar una actividad de valor económico, que sea real y efectiva. No cumplirá este criterio la actividad que se lleve a cabo a una escala tan pequeña que pueda considerarse meramente marginal y accesorio⁸.

Respecto a los criterios para determinar si el trabajo es real, efectivo y con valor económico, suelen consistir en umbrales basados en las horas de trabajo efectivo y en el salario percibido.

No impedirá el cumplimiento de este criterio el hecho de que se den los siguientes factores: la baja productividad de la actividad desempeñada; la breve duración del empleo y la escasez de horas de trabajo.

La propuesta de “Directiva Rider” o “Ley Rider europea”:

Se ha aprobado, por el Parlamento Europeo, una propuesta de la denominada “Directiva Rider” o “Ley Rider europea”, que pretende la regulación del trabajo en plataformas digitales. Esta propuesta, que pasó su primera votación en el Parlamento Europeo el 12 de diciembre del pasado año 2022, propone una presunción de laboralidad de los trabajadores de plataformas digitales. Y tiene

⁷ STJUE de 20 de noviembre de 2001. Aldona Malgorzata Jany y otras c. Staatssecretaris van Justitie. C-268/99.

⁸ STJUE de 31 de mayo de 1989. I. Bettray contra Staatssecretaris van Justitie. C-344/87.

como objetivo establecer los derechos mínimos aplicables a quienes presten servicios en plataformas y tengan con esta realmente un vínculo laboral según se define en la legislación, los convenios colectivos o la práctica en los Estados miembros, y la jurisprudencia del TJUE⁹.

Esta propuesta intenta mejorar las condiciones de trabajo en las empresas de plataforma. Tras su aprobación, los Estados miembros tendrán un plazo de dos años para trasponerla a su ordenamiento jurídico interno.

La propuesta pretende garantizar que, a quienes presten sus servicios a través de plataformas digitales, se les reconozca la situación laboral correspondiente a la modalidad de trabajo real que desempeñen en la práctica diaria.

Así, a quienes se reconozca la condición de trabajador, disfrutarán de los derechos laborales y sociales correspondientes. Por lo que tendrán, entre otros derechos, el de percibir un salario mínimo, el de la regulación de la jornada laboral, el de la protección de la seguridad y la salud, o el de percibir prestaciones por desempleo y enfermedad y pensiones contributivas de jubilación.

Las empresas de plataforma tendrán derecho a impugnar la declaración de laboralidad, pero deberán probar que no existe una relación laboral. Así, recaerá sobre las plataformas la carga de la prueba de la inexistencia de vínculo laboral¹⁰.

Esta propuesta de Directiva tiene, entre otros propósitos, el de eliminar el problema relativo a la clasificación profesional errónea, para que quienes en realidad trabajan por cuenta propia, hagan uso de su libertad empresarial para el desarrollo de sus empresas. Y para que quienes presten sus servicios bajo el control de la empresa, tengan sus correspondientes derechos laborales.

Defensa por algunos *riders* de su condición de trabajadores autónomos:

⁹ BAYLOS GRAU, Antonio. “La vertiente europea: la propuesta de nueva Directiva sobre las plataformas de reparto”. *La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley 12/2021*. Cuadernos de Relaciones Laborales. 28 de feb. de 2022. Ed. Complutense, pp. 108-109.

¹⁰ Comisión Europea. *Propuestas de la Comisión para mejorar las condiciones laborales de las personas que trabajan a través de plataformas digitales*. Comunicado de Prensa. Bruselas, 9 de diciembre de 2021, pp. 1-3.

En el ámbito de la UE, existen algunos *riders* que defienden que son autónomos, y están en contra de lo que establece la Ley Rider.

Se amparan en la libertad de empresa reconocida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000), en cuyo art. 16 reconoce la libertad de empresa “*de conformidad con el Derecho comunitario*”, así como con las prácticas y normativas nacionales.

Diversas organizaciones creadas para amparar a los *riders* autónomos, consideran que el hecho de que, a raíz de la Ley Rider, se presuma legalmente la laboralidad de la prestación de servicios de reparto de comida a domicilio, cuando la empresa ejerce las facultades de dirección, organización y control mediante una plataforma digital, implica una vulneración de la libertad de empresa¹¹.

4.2 Constitución Española

La nueva norma legal relativa a la actividad desempeñada por los repartidores de comida a domicilio, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre (Ley Rider), se ha promulgado bajo el amparo del art. 149.1.7 de la CE, que otorga al Estado la competencia exclusiva sobre la materia laboral.

Considero importante hacer referencia, también, a la libertad de empresa en nuestra Constitución, ya que es un derecho económico esencial. Se contempla en el art. 38 de la CE, que reconoce dicha libertad “*en el marco de la economía de mercado*”. En relación con ello, “*los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio*”.

Respecto a la posible vulneración de la libertad de empresa que sostiene alguna organización de *riders*, esta vulneración se produciría al negarse a los *riders* la opción de prestar sus servicios de reparto para las plataformas como autónomos, si es eso lo que desean. No obstante, este planteamiento de algunos *riders* tiene, como

¹¹ POQUET CATALÁ, Raquel. *Reflexión en torno al encuadramiento jurídico de las personas repartidoras de plataformas digitales*. Universidad de Valencia. Revista de Relaciones Laborales. Ed. *In Press*, 2021, pp. 3-4. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8025979>

contrapartida, que estos no tendrán la protección que a los trabajadores laborales confieren los derechos laborales y sociales que les corresponden¹².

4.3 Ley Rider

Es la 12/2021, de 28 de septiembre, por la cual se modifica el ET, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Se conoce como “Ley Rider”, y se dictó al amparo del art. 149.1.7 de la CE.

Como afirma Eduardo ROJO TORRECILLA, la creación de esta Ley proviene de la necesidad de compatibilizar los avances tecnológicos con el progreso del empleo y la sociedad. Y que esta Ley intenta que las mejoras que posibilitan dichos avances, vayan de la mano de la protección de los trabajadores, que son la parte o el eslabón más débil de la relación contractual¹³.

La Ley Rider tiene su antecedente en el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo¹⁴, que tuvo un tiempo de vigencia de 30 días hasta que se optó por tramitarse como proyecto de ley.

Respecto a la entrada en vigor, la Disposición Final 2ª de la Ley Rider dice que “*entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado*”. Así, como la Ley se publicó en el BOE el 29 de septiembre de 2021, entró en vigor el 30 de septiembre de 2021.

En la Parte III del Preámbulo de la Ley se dice que esta “*se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en las materias de legislación laboral*”.

¹² DE LOS SANTOS SESETA, Enrique. *Los Riders, la paz que no llega al sector*. Contenidos Elderecho.com. Ed. Lefebvre, 11 de abril de 2022. <https://elderecho.com/los-riders-la-paz-que-no-llega-al-sector>

¹³ ROJO TORRECILLA, Eduardo. “Y llegó la norma que declara la relación laboral de «las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales». Primeras notas y comentarios al RDL 9/2021 de 11 de mayo”. *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. El blog de Eduardo Rojo, 18 de mayo de 2021. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/05/y-llego-la-norma-que-declara-la.html>

La presunción legal de laboralidad de la prestación de servicios en plataformas digitales de reparto:

La Ley Rider establece una presunción legal de laboralidad de la actividad de prestación de servicios desempeñada por los repartidores de comida a domicilio.

Esta Ley introduce, en virtud del párrafo 1º del apartado 2 de su artículo único, una nueva disposición adicional 23ª en el ET, por la que se presume incluida en el ámbito del ET la actividad de prestación de servicios de distribución o reparto de productos de consumo o mercancías, a cambio de una remuneración, por parte de empleadores que ejerzan las facultades de dirección, organización y control de forma directa, indirecta o implícita, a través de la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, mediante una plataforma digital.

Así, en virtud de esta disposición legislativa, se establece una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto, siempre que se cumplan los requisitos o condiciones que en dicha disposición se establecen.

Pues bien, considero que la relación jurídica creada entre la E. B y Francisco el 21 de septiembre de 2021, en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios sin duración determinada, es subsumible en la presunción legal de laboralidad introducida por la Ley Rider en la disposición adicional 23ª del ET.

Y ello porque, aunque Francisco preste sus servicios en una bicicleta y con un teléfono móvil de su propiedad, la E. B ordena a Francisco que instale en su móvil una App en la que recibirá los encargos a realizar. Además, la mochila que utiliza Francisco para prestar sus servicios se la ha facilitado la E. B.

El carácter *iuris et de iure* o *iuris tantum* de la presunción de laboralidad introducida por la Ley Rider:

Existe un debate doctrinal acerca del carácter de la presunción de laboralidad introducida en la disposición adicional 23ª del ET por la Ley Rider. Es decir, se ha suscitado una polémica jurídica sobre el tipo de dicha presunción de laboralidad: *iuris et de iure* o *iuris tantum*.

Según Eduardo ROJO TORRECILLA, se trata de una presunción que va más allá de su carácter *iuris tantum*, una presunción “más que fuerte” si se cumplen los requisitos exigidos por la disposición adicional 23ª del ET y que fortalecen la presunción general de laboralidad establecida en el art. 8.1 del ET, según el cual el contrato de trabajo 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*”.

Según ROJO TORRECILLA, estamos en presencia de una variante de la subordinación que se puede demostrar claramente con los indicios indicados expresamente en dicho art. 8.1 del ET, y que deberá llevar al reconocimiento de la existencia de laboralidad.

No hay que olvidar, según ROJO TORRECILLA, que tanto la disposición adicional 23ª del ET como el art. 8.1 del ET, en la interpretación realizada por el TS para determinar la existencia de una relación laboral, tienen una directa y necesaria relación con los requisitos exigidos por el art. 1.1 del ET, según el cual el ET se aplicará a los trabajadores que “*voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”.

Señala ROJO TORRECILLA que Jesús Cruz Villalón defiende, al igual que él, la presunción “más que fuerte” recogida en la disposición adicional 23ª del ET. Y señala que el planteamiento de Cruz Villalón también se apoya en la mención al art. 8.1 del ET, pues se trata de un precepto que recoge una presunción plena de laboralidad cuando concurren los elementos de ajenidad y dependencia.

Según ROJO TORRECILLA, la referencia al artículo 8.1 del ET hace que Miguel Rodríguez-Piñero Royo considere que se trata de una presunción *iuris tantum*, pues dicho precepto del ET contiene una presunción de este tipo. De ello, deduce que cabría una prueba en contrario que acreditase que los servicios prestados a la plataforma no se han realizado bajo un contrato de trabajo, sino con un título jurídico diferente.

Indica ROJO TORRECILLA que Antonio Baylos Grau parece decantarse por la presunción *iuris et de iure*. Señala aquel que Baylos Grau sostiene que la disposición adicional 23ª del ET presume de forma terminante que la inclusión en el ámbito laboral se produce en cuanto se trate de una actividad de reparto dirigida, gestionada u organizada a través de una plataforma digital¹⁵.

Para Adrián TODOLÍ SIGNES estamos ante una presunción de laboralidad para cuya activación se establecen más requisitos que para activar la presunción general del art. 8.1 del ET. Considera que la presunción establecida en la disposición adicional 23ª del ET exige bastantes más requisitos para su aplicación, por lo que considera que queda reducido el ámbito de aplicación de la presunción general.

Manifiesta TODOLÍ SIGNES que tiene poco sentido que una norma que tiene la intención de reducir la conflictividad, y conseguir la laboralidad de los repartidores de plataformas, añada una carga superior de requisitos de activación de los ya existentes antes de la norma. Dicho esto, señalar que TODOLÍ SIGNES se decanta por la presunción *iuris tantum*¹⁶.

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND sostiene que es muy discutible que el legislador haya creado una auténtica presunción de laboralidad, pues no tiene realmente la naturaleza de una presunción de laboralidad, ni cumple realmente la función de una presunción de laboralidad. Según SANGUINETI RAYMOND, se podría hablar propiamente de una presunción de laboralidad si por ejemplo se hubiera establecido que los servicios de reparto prestados a través de plataformas digitales se presumen incluidos en el ámbito de aplicación del ET, salvo prueba en contrario que acredite el carácter autónomo de la actividad por quien la realiza o su condición de empresario, dotado de la infraestructura y los medios necesarios para el desarrollo de esa actividad¹⁷.

¹⁵ ROJO TORRECILLA, Eduardo. “Y llegó la norma que declara la relación laboral de «las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales». Primeras notas y comentarios al RDL 9/2021 de 11 de mayo”. *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. El blog de Eduardo Rojo, 18 de mayo de 2021. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/05/y-llego-la-norma-que-declara-la.html>

¹⁶ TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos*. Derecho y Tecnología 2/2021 (julio), N° 2, 12 de jul. de 2021. Ed. Dialnet, pp. 38-59.

¹⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad*. El blog de Wilfredo Sanguinetti, 15 de mayo de 2021.

4.4 Estatuto de los Trabajadores

Considero que se aplica la presunción legal de laboralidad establecida en la disposición adicional 23ª del ET a la actividad de prestación de servicios que Francisco realizaba como falso autónomo para la E. B desde que firmó con esta el contrato de arrendamiento de servicios el 21 de septiembre de 2021, y hasta que la E. B realizó la desconexión de Francisco de la plataforma el 18 de febrero de 2023.

Así, a la relación entre la E. B y Francisco le sería de aplicación el ET, desde el 30 de septiembre de 2021, fecha en que entró en vigor la Ley Rider.

Por tanto, se aplicará lo previsto en el art. 1.1 del ET, que establece que el ET resultará aplicable a los trabajadores que, de forma voluntaria, realicen servicios de manera retribuida, por cuenta ajena y en el ámbito de dirección y organización del empleador.

Calificación del despido:

En referencia a la calificación del despido, el ET dice que este deberá ser calificado, conforme ordena el art. 55.3 del ET, como procedente, improcedente o nulo.

A este respecto considero importante señalar que, en el caso de que la E. B acredite debidamente los hechos (las ausencias repetidas e injustificadas al trabajo) por los que efectuó la desconexión (en su caso, despido tácito, si así se declarase por el Juez) y que imputa a Francisco, el Juez de lo Social declarará procedente el despido de este, según el art. 55.4 del ET.

Por el contrario, según el art. 55.4 del ET, el Juez de lo Social declarará improcedente el, en su caso, despido de Francisco si no se acredita debidamente, por parte de la E. B, el motivo utilizado por esta para efectuar la desconexión.

Plazo que Francisco tendrá para ejercitar la acción contra, en su caso, el despido efectuado por la E. B:

Según el párrafo 1º del art. 59.3 del ET, y el art. 103.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), la acción contra el despido tiene un plazo de caducidad de 20 días hábiles, a contar desde el día en que haya tenido lugar dicho despido.

Atendiendo a lo dispuesto en el párrafo 1º *in fine* del art. 59.3 del ET, y en el art. 103.1 de la LRJS, el mencionado plazo de caducidad lo será a todos los efectos, y los días del mismo serán hábiles, es decir, no se computarán los sábados y los domingos, así como tampoco los días declarados festivos en el lugar de la sede del órgano jurisdiccional competente para conocer del caso.

Así, Francisco tendrá, para ejercitar la acción de despido, un plazo de 20 días hábiles desde el día 18 de febrero de 2023, fecha en que la E. B efectúa la desconexión de Francisco de la plataforma.

Debe tenerse en cuenta que, según lo establecido en el párrafo 2º del art. 59.3 del ET, se suspenderá el mencionado plazo de caducidad por el hecho de que Francisco presente papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Junta de Castilla y León (en adelante, SMAC).

Señalar que la suspensión del referido plazo de caducidad se dará siempre, ya que, para la tramitación del procedimiento laboral, es necesario que Francisco previamente intente la celebración del acto de conciliación ante el SMAC, según señala el art. 4.1 del Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación asume parte de las funciones que tiene encomendadas, así como el art. 63 de la LRJS. Y no solo se requiere que Francisco intente la celebración del acto de conciliación, sino que es obligatorio que, tanto aquel como la E. B, asistan a dicho acto de conciliación, según el art. 4.2 del Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación asume parte de las funciones que tiene encomendadas, así como en el art. 66.1 de la LRJS.

Aplicación de los convenios:

Señalar, en materia de convenios colectivos o de empresa, los siguientes preceptos del ET:

El art. 82.3 del ET establece que los convenios colectivos obligan a empresario y trabajador durante todo el tiempo de su vigencia.

Según el art. 84.1 del ET, un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo establecido en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario.

El art. 84.2.d) del ET dice que la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, entre otras materias, en la de adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por el ET a los convenios de empresa.

4.5 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

Hacer referencia en primer lugar al tipo de procedimiento que puede iniciar Francisco, y al órgano al que este deberá dirigir la demanda de despido:

El tipo de procedimiento que puede promover Francisco con la interposición de la demanda de despido, es el procedimiento judicial de reclamación por despido, o procedimiento de despido, como también se suele denominar.

Según lo establecido en el art. 2 y el art. 6.1 de la LRJS, Francisco deberá dirigir la demanda al Juzgado de lo Social, que es un órgano jurisdiccional del orden jurisdiccional social que conoce en única instancia de la totalidad de los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social.

Capacidad y legitimación procesales de Francisco:

Según lo dispuesto en el art. 16.1 de la LRJS, Francisco tiene capacidad procesal para entablar el procedimiento, pues se encuentra en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Según lo establecido en el art. 17.1 de la LRJS, Francisco sí tiene legitimación para ejercitar la denominada acción de despido, pues es titular de un derecho subjetivo (el derecho al trabajo) y de un interés legítimo (que se reconozca la irregularidad del despido que se le ha efectuado).

Postulación procesal. Carácter facultativo de la representación:

Respecto a la intervención en el juicio por Francisco, este, según lo establecido en el art. 18.1 de la LRJS, podrá hacerlo por sí mismo o confiriendo su representación a un abogado, un procurador, un graduado social colegiado u otra persona que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Francisco podrá conferir su representación a través de poder *apud acta* otorgado ante el Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ) o mediante escritura pública otorgada ante notario.

Considero importante que Francisco sepa que, según el art. 21.1 de la LRJS, a la hora de interponer la demanda, tendrá carácter facultativo la defensa por abogado y la representación técnica por graduado social colegiado.

Obligatoriedad de la conciliación o mediación previas:

Francisco deberá saber que, según el art. 66.1 de la LRJS, tanto él como la empresa están obligados a asistir al acto de conciliación o de mediación.

Según lo establecido en el art. 66.2 de la LRJS, si Francisco o la empresa, estando debidamente citados, no comparecieran al acto de conciliación o de mediación ni alegasen justa causa, se tendrá por no presentada la papeleta de conciliación o la solicitud de mediación, y se archivará todo lo actuado.

Si Francisco, tras haber sido citado en forma, no compareciera ni alegase justa causa que justifique la suspensión del acto de conciliación, según el art. 83.2 de la LRJS se le tendrá por desistido de su demanda.

Señalar ahora que, según el párrafo 1º del art. 84.1 de la LRJS, si en el acto de conciliación Francisco y la empresa alcanzan la avenencia, se aprobará esta por el LAJ y se archivarán las actuaciones.

Si en el acto de conciliación Francisco y la empresa no alcanzan la avenencia, según el párrafo 1º del art. 85.1 de la LRJS se pasará, tras la celebración de dicho acto de conciliación, seguidamente a juicio, y se dará cuenta de lo actuado.

En el acto del juicio:

Considero importante señalar que Francisco deberá acompañar a la demanda la documentación que justifique el hecho de haber intentado la previa conciliación o mediación, según lo previsto en el art. 80.3 de la LRJS. Así, Francisco deberá acompañar a la demanda el certificado del acta de conciliación o mediación previas, o la papeleta de conciliación o solicitud de mediación, en caso de que la conciliación o la mediación no se celebre dentro del plazo legal establecido al efecto.

Hacer referencia también a lo que sucedería en caso de que la empresa se allanase. Según el art. 85.7 de la LRJS, tanto en el caso de allanamiento total como en el de allanamiento parcial por parte de la empresa, se aprobará el allanamiento por el órgano judicial, mediante una resolución que se podrá dictar oralmente, una vez se haya oído a Francisco.

Si el allanamiento es total, el órgano judicial dictará sentencia condenatoria de acuerdo con las pretensiones de Francisco (demandante). Si el allanamiento es parcial, se podrá dictar auto aprobatorio del mismo.

Considero relevante señalar que existe la posibilidad de que, aun durante el juicio, antes de las conclusiones, Francisco y la empresa lleguen a un acuerdo. Así se desprende de lo establecido en el art. 85.8 de la LRJS, que establece que el juez, una vez se haya practicado la prueba y con anterioridad a las conclusiones, salvo que se oponga alguna de las partes, podrá suscitar la posibilidad de llegar a un acuerdo. Si no se llegase a un acuerdo en este momento, continuará la celebración del juicio.

Calificación del despido:

Hacer referencia ahora a la calificación del despido como procedente o como improcedente, según el párrafo 2º del art. 108.1 de la LRJS, similar al art. 55.4 del ET:

El despido será calificado como procedente en caso de que se acredite debidamente el incumplimiento alegado por la empresa en la carta de despido. Si no queda acreditado el mencionado incumplimiento, o en caso de que no se hubiesen cumplido los requisitos formales establecidos en el art. 55.1 del ET, el despido se calificará como improcedente.

Considero importante referirme también, respecto a la posible calificación del despido como nulo, a lo establecido en el párrafo 1º del art. 108.2 de la LRJS, que viene a decirnos lo mismo que se señala en el párrafo 1º del art. 55.5 del ET:

El despido será calificado como nulo si tuviese como móvil alguna causa de discriminación prevista en la CE o en la ley, o se hubiese producido con violación de alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas de Francisco.

Hacer referencia ahora a lo que sucedería en caso de que el despido se declarase procedente, y en caso de que se declarase improcedente:

Según el art. 109 de la LRJS, si se produjese la declaración de procedencia del despido, se declarará convalidada la extinción del contrato que dicho despido produjo, y Francisco no tendrá derecho a indemnización alguna, así como tampoco a salarios de tramitación.

En caso de que el despido sea declarado improcedente, según lo establecido en el art. 110.1 de la LRJS, se condenará a la empresa a realizar, a su elección, bien la readmisión de Francisco en las mismas condiciones que las existentes con anterioridad al momento en que se produjo el despido, y el abono de los salarios de tramitación, o bien el pago de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades.

4.6 Normativa convencional aplicable

La negociación colectiva está intentando resolver la cuestión de la laboralidad o no de la relación entre los *riders* y las plataformas digitales para las que prestan sus servicios. Esta cuestión es de carácter o ámbito subjetivo, ya que implica a unos trabajadores (los *riders*) a los que la plataforma en un principio excluye del régimen jurídico laboral, cuando en realidad son trabajadores laborales que han estado trabajando como falsos autónomos¹⁸.

La normativa convencional que resulta aplicable a la relación de prestación de servicios de reparto a domicilio entre Francisco y la empresa de reparto B, es la siguiente:

V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (ALEH V):

Este es el V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería, y fue firmado el 25 de marzo de 2015.

Se aplica en la totalidad del territorio español, según su art. 5.

Respecto al ámbito temporal de este acuerdo, el art. 6 dice que las partes han acordado un período de vigencia desde el 1 de enero de 2015 hasta el día 31 de diciembre de 2019.

Tras perder su vigencia el ALEH V el 31 de diciembre de 2019, no se adoptó ningún nuevo convenio colectivo durante 1 año, plazo máximo permitido antes de aplicarse el principio de ultraactividad.

En virtud de este principio, tras este plazo máximo de 1 año sin adoptarse ningún nuevo convenio colectivo, comienza a regir con plena vigencia otro convenio colectivo de ámbito superior. Pero como no hay otro convenio colectivo de

¹⁸ ROJO TORRECILLA, Eduardo. “Repartidores y empresas de la economía de plataformas. Octava parte. Y el MITES dijo (y ahora de verdad) «este es el texto final»... y se llegó al acuerdo en la mesa del diálogo social. ¿Ha dejado de ser un debate jurídico?”. *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. El blog de Eduardo Rojo, 16 de marzo de 2021. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/repartidores-y-empresas-de-la-economia.html>

ámbito superior, el ALEH V rige con plena vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021.

Este acuerdo, según su art. 8, que contempla una cláusula de vinculación a la totalidad, forma un todo orgánico e indivisible. Así, el acuerdo se declarará nulo en su totalidad si se anulase algún pacto de los que en él se contienen.

El 28 de diciembre de 2021 se firmó un Acuerdo por el que se prorroga durante el año 2022 la ultraactividad del ALEH V, de forma que la vigencia de este es hasta el 31 de diciembre de 2022.

Acuerdo de condiciones de trabajo firmado entre la E. B y los dos sindicatos españoles mayoritarios (ACT-E. B-sindicatos):

Este ACT se ha firmado el 1 de enero de 2023.

Este ACT se puede calificar como “histórico”, dada su gran importancia en el ámbito de las relaciones de trabajo en las empresas de plataforma. Y porque la empresa de reparto B, tras más de un año de negociaciones con los dos sindicatos mayoritarios, ha sido la primera en pactar el primer convenio de empresa referente al sector de reparto de comida a domicilio en España.

El contenido de este ACT se encuentra en línea con lo establecido en la Ley Rider, así como con el contenido de la propuesta de la denominada Directiva Rider. Este acuerdo pretende también erradicar la precarización que resulta de aplicar la normativa laboral vigente a las empresas de plataforma digital.

Se ha dicho que este ACT no es técnicamente un convenio colectivo, y que es un acuerdo de condiciones de trabajo a nivel de empresa. Para que se trate de un convenio colectivo propiamente, tendría que estar refrendado por los representantes legales de los trabajadores en la empresa de reparto B, y este no es el caso.

Este ACT nació con la intención, según manifestaron las partes que lo suscribieron, de constituir el “punto de partida” de futuras negociaciones

homogéneas en el sector de la actividad de reparto a domicilio en empresas de plataforma¹⁹.

Según el Preámbulo de este ACT, la reciente constitución de la empresa de reparto B y la consiguiente ausencia de representación unitaria y sindical en ella, impide la formalización de un convenio colectivo de empresa según lo previsto en los arts. 82 y ss. del ET. Por tanto, hasta que se configure en la empresa de reparto B una representación de los trabajadores con legitimación suficiente para negociar un convenio colectivo de empresa conforme a lo establecido en el art. 87 del ET, las partes formalizan este acuerdo de condiciones de trabajo para el convenio colectivo con el objetivo de dotar a los trabajadores de un adecuado marco de protección durante este período transitorio.

Así, este acuerdo de empresa se convertirá en convenio colectivo de empresa cuando se refrende por una representación de los trabajadores con legitimación suficiente para negociar este.

El art. 2 de este ACT dice que, en cuanto a la referencia sectorial, actualmente la actividad de la empresa de reparto B está incluida dentro del ámbito funcional del ALEH V, ya que su actividad principal y preponderante es el servicio de reparto de comidas elaboradas o preparadas y bebidas a través de plataformas digitales.

Así, este ACT se ha articulado sobre la base de esa referencia sectorial que debe respetarse en conjunto y cómputo global.

El art. 3 dice que este ACT es aplicable a todas las personas que prestan sus servicios para la empresa de reparto B y estén vinculadas con esta a través de un contrato laboral, así como a las que durante su vigencia pudieran ingresar o ser contratadas laboralmente en dicha empresa.

El art. 4 dice que las normas contenidas en este ACT serán aplicables a la totalidad de los trabajadores de la empresa de reparto B en el territorio español. Así, este ACT es de ámbito estatal.

¹⁹ BAYLOS GRAU, Antonio. “Derechos de representación, negociación colectiva y huelga de los riders”. *La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley 12/2021*. Cuadernos de Relaciones Laborales. 28 de feb. de 2022. Ed. Complutense, pp. 107.

El art. 5 dice que este ACT entrará en vigor en la fecha de su firma (1 de enero de 2023), y su vigencia se extenderá hasta la entrada en vigor de un convenio colectivo de empresa y, en todo caso, hasta el 31 de diciembre de 2023.

El art. 8 de este ACT contempla una cláusula de vinculación a la totalidad, por lo que si se anulase algún pacto de los que contiene este ACT, este se declarará nulo en su totalidad.

4.7 Jurisprudencia relevante en la materia

Señalar ahora algunas sentencias y lo que han implicado en el ámbito del trabajo desempeñado en las plataformas digitales. No solo en el ámbito de las de reparto a domicilio, sino también en el de otras, como las de traductores o conductores con vehículo propio. Porque ello también como referencia para determinar o no la laboralidad en las plataformas de reparto, lo que es objeto de este Trabajo.

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid, de 22 de julio de 2019 (reconoce la laboralidad):

Una sentencia importante a favor de la laboralidad es la del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid, de 22 de julio de 2019²⁰, que fue confirmada posteriormente por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid²¹. Dicha sentencia estima la demanda presentada por la Tesorería General de la Seguridad Social contra Deliveroo, confirma el acta de la Inspección de Trabajo, y determina la laboralidad de los 532 repartidores que prestaban servicios para Deliveroo en el momento de emitirse dicha acta, en Madrid.

Según Adrián TODOLÍ SIGNES, uno de los aspectos más importantes de esta sentencia es que el Magistrado considera que es posible extrapolar la calificación de laboralidad a todos los repartidores de Deliveroo, sin necesidad de analizar los 532 casos. Así, la sentencia condena a esta empresa a considerar laborales a todos sus repartidores, sin analizar cada uno de ellos.

²⁰ SJSO nº 2952/2019, de 22 de julio de 2019, rec. nº 510/2018.

²¹ STSJ M (Sala de lo Social) nº 1/2020, de 17 de enero de 2020, rec. nº 1323/2019.

Según TODOLÍ SIGNES, los argumentos que utiliza para esta extrapolación son los siguientes:

1. La propia empresa Deliveroo reconoce que hay una identidad en la forma en que se prestan los servicios por todos sus repartidores. Esto es, que hay una “estandarización” en la forma de prestar los servicios diseñada por la empresa.
2. Se considera probado que la realidad, tanto formal como material, de la prestación de servicios es idéntica, pues todos los contratos de prestación de servicios firmados por Deliveroo y los repartidores son los mismos.
3. Es habitual en el ámbito laboral interrogar, en sede judicial, solo a algunos de los trabajadores afectados para valorar los hechos que afectan a la totalidad de los trabajadores, y así pronunciarse sin necesidad de interrogar a todos ellos.

Así, según esta sentencia no es necesario analizar los indicios de laboralidad en los casos concretos de todos y cada uno de los trabajadores, siempre que exista respecto a todos ellos una identidad en la forma de organizar la prestación de los servicios²².

Apunta TODOLÍ SIGNES que posiblemente esta identidad organizativa constituya un indicio de laboralidad. Y es que, si existe una identidad en la forma en que se prestan los servicios, ello significa que se impone por el empresario, lo que equivale a entender que se da la nota de dependencia.

Según TODOLÍ SIGNES, los criterios utilizados por la sentencia para declarar la laboralidad pueden clasificarse en los siguientes²³:

1. Indicios clásicos o no específicos del trabajo en plataformas:

Estos indicios son los siguientes:

²² TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales*. Trabajo y Derecho 58/2019 (septiembre), N° 58, 1 de oct. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, pp. 1-2.

²³ TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales*. Trabajo y Derecho 58/2019 (septiembre), N° 58, 1 de oct. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, pp. 2-6.

1. La forma en que los *riders* prestaban sus servicios para Deliveroo estaba dirigida y organizada por la empresa (por ejemplo, esta indica a los *riders* cómo ha de realizarse la recogida y la entrega de los pedidos, o qué hacer en caso de una posible incidencia).
2. El hecho de que un *rider* con experiencia acompañaba a uno novel durante un día, para que aprendiera la mecánica del servicio. Según el Magistrado, ello no es compatible con una situación de autonomía.
3. El hecho de que la empresa proyecte a los *riders* un vídeo explicativo al inicio de la relación contractual. El Magistrado valora ello como formación.
4. El hecho de que existieran subcontrataciones o sustituciones esporádicas entre los repartidores y otros repartidores a su cargo, no excluye la laboralidad. En este sentido el Magistrado se apoya en una sentencia del TS de 20 de julio de 2010²⁴ y en otra de 16 de noviembre de 2017²⁵, que dicen que la subcontratación o sustitución esporádica no impide la laboralidad, pues se hace en beneficio de la empresa.
5. El hecho de que retribuyese a los *riders* por hora, en unos casos, y por reparto, en otros casos, son compatibles con la laboralidad, según lo establecido en el art. 26.3 del ET, que admite la retribución por unidad de tiempo y de obra. Así, el Magistrado no considera esto relevante para la calificación jurídica de los contratos entre los *riders* y Deliveroo.
6. El hecho de que los repartidores no tuviesen pactada ninguna exclusividad con ninguna plataforma, no se considera relevante por el Magistrado para la calificación jurídica de los contratos entre los *riders* y Deliveroo.

2. Indicios nuevos o específicos del trabajo en plataformas:

²⁴ STS (Sala de lo Social) n° 4450/2010, de 20 de julio de 2010, rec. n° 3344/2009.

²⁵ STS (Sala de lo Social) n° 4552/2017, de 16 de noviembre de 2017, rec. n° 2806/2015.

Se considera que estos indicios revelan la existencia de una relación laboral en la forma de organizar, concretamente, el trabajo en las plataformas digitales.

Se trata de nuevas manifestaciones de la subordinación, a las que la sentencia otorga gran importancia, y que son específicas de la economía de plataformas. Es decir, son circunstancias que, en esta nueva forma de organización del trabajo, demuestran la subordinación entre la empresa y los trabajadores.

Estos nuevos indicios de laboralidad son los siguientes:

1. La consideración de la plataforma digital como un medio de producción sin el que los trabajadores pueden prestar sus servicios. Así, el hecho de que el trabajador no sea propietario de la plataforma supone que está subordinado a la dirección y organización del dueño de esta.
2. La consideración de la marca, que es propiedad de la empresa, como otro medio de producción sin el que los trabajadores pueden prestar sus servicios. A esto se le ha denominado “ajenidad en la marca”.
3. El hecho de que, una vez los clientes han realizado su pedido a la empresa, esta envíe a los repartidores que considera oportuno. A esto se le ha denominado “ajenidad en el mercado”.
4. El hecho de que los *riders* eran ajenos a las relaciones existentes entre la empresa Deliveroo, los restaurantes y los clientes finales, de forma que incluso desconocían el lugar de entrega del pedido antes de ir al restaurante a recogerlo. A esto se le ha denominado “ajenidad en la información”.
5. El uso del sistema de “reputación digital” para asignar más o menos turnos. El Magistrado considera que, a raíz del sistema de reputación digital, los *riders* no tienen realmente libertad para rechazar los encargos que reciban a través de la plataforma. Ello porque la empresa puede

tener en cuenta el rechazo de los pedidos por los *riders*, para no asignarles turnos en el futuro.

6. El hecho de que los repartidores de Deliveroo fuesen intercambiables, de forma que, cuando un repartidor rechaza un encargo, este pasará automáticamente al siguiente repartidor disponible.

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 (no reconoce la laboralidad):

Una sentencia importante en contra de la laboralidad es la del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018²⁶, que entiende que las métricas y la reputación digital de los trabajadores no se pueden considerar un indicio de laboralidad.

Aunque la sentencia considera probado que los *riders* que han obtenido una mejor puntuación por los clientes, tienen preferencia de acceso a los pedidos nuevos, considera que ello no es relevante para la calificación jurídica de los contratos que celebraron con la empresa. Ello porque, el hecho de que el *rider* con mejor puntuación tenga más posibilidades de quedarse con los pedidos que escoja, no implica que se sancione al peor puntuado.

Es importante señalar que esta sentencia no considera que la plataforma digital es un medio de producción relevante. La sentencia afirma que las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) son propiedad del trabajador.

Además, la sentencia no considera relevante, para la declaración de laboralidad, que el trabajador tenga que usar necesariamente la plataforma de la empresa para prestar sus servicios. Y tampoco considera relevante que el repartidor no pueda elegir el precio del servicio prestado.

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, de 11 de enero de 2019 (no reconoce la laboralidad):

²⁶ SJSO nº 3042/2018, de 3 de septiembre de 2018, rec. nº 1353/2017.

Otra sentencia importante en contra de la laboralidad es la del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, de 11 de enero de 2019²⁷, que declaró que un *rider* de Glovo no es trabajador laboral, y que es un verdadero TRADE.

Para llegar a esta conclusión, la sentencia tuvo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

1. El hecho de que el *rider* elegía los días y los horarios en que prestaba sus servicios.
2. El hecho de que el *rider* prestaba sus servicios en su propio vehículo.
3. El hecho de que el *rider* tenía su propio criterio organizativo, y elegía el itinerario que deseaba.

Sentencias del TS respecto a la nota de dependencia:

Señalar ahora lo que el TS ha dicho acerca de la dependencia, factor fundamental para la determinación de la laboralidad.

El TS ha dictaminado que existe relación laboral aunque el trabajador tenga libertad para elegir su jornada de trabajo o sus horarios. Así lo dijo por ejemplo en una sentencia de 22 de enero de 2008, respecto a transportistas con vehículo propio²⁸, y en una sentencia de 16 de noviembre de 2017, respecto a traductores²⁹.

De dichas sentencias del TS también se desprende que puede existir laboralidad aunque no haya instrucciones por parte del empresario.

En otras ocasiones, el hecho de que existan instrucciones por parte del empresario se ha utilizado para confirmar la laboralidad. Así lo hizo por ejemplo el TS en una sentencia de 7 de octubre de 2009³⁰.

El TS considera que la libertad del trabajador para rechazar encargos asignados por el empresario no excluye automáticamente la laboralidad. Así lo ha afirmado por ejemplo en una sentencia relativa a artistas y dobladores, de 19 de julio de 2010³¹.

²⁷ SJSO nº 269/2019, de 11 de enero de 2019, rec. nº 418/2018.

²⁸ STS (Sala de lo Social) nº 782/2008, de 22 de enero de 2008, rec. nº 626/2007.

²⁹ STS (Sala de lo Social) nº 902/2017, de 16 de noviembre de 2017, rec. nº 2806/2015.

³⁰ STS (Sala de lo Social) nº 6415/2009, de 7 de octubre de 2009, rec. nº 4169/2008.

Sentencias del TS respecto a la nota de ajenidad:

Respecto a la ajenidad, factor también clave para la determinación de la laboralidad, el TS también se ha pronunciado.

En primer lugar, decir que el TS ha dicho que el hecho de que el trabajador sea propietario de herramientas de trabajo o medios de producción secundarios o no relevantes, no excluye la declaración de laboralidad. En este sentido se ha pronunciado el TS por ejemplo en una sentencia de 20 de enero de 2015, respecto a limpiadores de escaleras³².

El TS ha dicho que tampoco excluye la declaración de laboralidad el hecho de que el trabajador asuma parte del riesgo de la actividad desempeñada. Así lo dijo en una sentencia de 9 de marzo de 2010, respecto a odontólogos que prestan servicios en una clínica dental³³.

El TS también ha dicho que no impide la declaración de laboralidad el hecho de que no se haya pactado exclusividad entre el trabajador y la empresa, y tampoco el hecho de que el trabajador preste sus servicios también para otras empresas. Así se pronunció el TS por ejemplo en la sentencia de 22 de enero de 2008 relativa a transportistas con vehículo propio, mencionada anteriormente.

Como afirma TODOLÍ SIGNES, el TS ya no realiza una interpretación “rígida” de la dependencia y la ajenidad por la que solo los trabajadores que cumplan a la vez estos dos requisitos (aparte de la voluntariedad, la retribución y el trabajo personal), serán laborales.

El TS ahora adopta una interpretación amplia del trabajo subordinado, y considera que este consiste en toda actividad de prestación personal de servicios. Así, puede decirse que el concepto de “prestación personal de servicios” viene definido en contraposición a la “prestación de servicios con una organización empresarial propia”.

³¹ STS (Sala de lo Social) n° 5108/2010, de 19 de julio de 2010, rec. n° 1623/2009.

³² STS (Sala de lo Social) n° 637/2015, de 20 de enero de 2015, rec. n° 587/2014.

³³ STS (Sala de lo Social) n° 1723/2010, de 9 de marzo de 2010, rec. n° 1443/2009.

Actualmente existen dudas interpretativas acerca del concepto “organización empresarial propia”.

Según TODOLÍ SIGNES el TS, para determinar qué se entiende por “empresario” (u “organización empresarial propia”), atiende a los siguientes dos aspectos³⁴:

1. Que el “empresario” tenga una estructura empresarial. Es decir, que por una parte tenga elementos materiales (por ejemplo maquinaria o edificios) o inmateriales (por ejemplo la marca, el fondo de comercio o un software específico). Y que por otra parte tenga una organización suficiente que contemple no solo la ejecución de la prestación, sino otros elementos inherentes a la gestión de un negocio (por ejemplo el marketing).
2. Que el “empresario” tenga trabajadores a su cargo que presten los servicios por los que aquel obtiene sus beneficios.

4.8 Especial referencia al art. 43 del ET. La cesión ilegal de trabajadores

En el art. 43 del ET se contempla la figura de la cesión ilegal de trabajadores, la cual constituye un ilícito laboral. Según se establece en el art. 43.2 del ET, se incurrirá en dicha cesión ilegal, en todo caso, cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

En primer lugar, que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente (esto es, la empresa que contrató originariamente al trabajador) a la empresa cesionaria.

En segundo lugar, que la empresa cedente incurra en alguno de los siguientes aspectos o circunstancias:

³⁴ TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales*. Trabajo y Derecho 58/2019 (septiembre), N° 58, 1 de oct. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, pp. 8-10.

Primero, que carezca de una actividad o de una organización propia y estable, y se dedique única y exclusivamente a contratar trabajadores y a ceder a estos a otra empresa o empresas.

Segundo, que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad. Esto es, que la empresa cedente, aunque sí tenga una actividad o una organización propia y estable, no tenga unos medios propios que resulten necesarios para el desarrollo de la actividad que desempeña el trabajador o trabajadores a los que ha contratado.

Tercero, que no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. Es decir, que la empresa cedente no desarrolle ningún tipo de función de dirección u organización respecto a la actividad desarrollada por los trabajadores, más allá de tener a estos dados de alta en la Seguridad Social, o de abonarles el salario.

Y es que, según lo que se establece en el art. 43.1 del ET, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de ETTs debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

Haciendo referencia ahora a las consecuencias jurídicas derivadas de la cesión ilegal de trabajadores, señalar que esta, al estar prohibida por el ordenamiento jurídico-laboral, lleva aparejadas una serie de consecuencias jurídicas, y el ET establece determinadas garantías para el trabajador.

La primera de las consecuencias, según el art. 43.3 del ET, es que tanto la empresa cedente como la empresa cesionaria responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social.

La segunda de las consecuencias es que, según el art. 43.4 del ET, el trabajador tendrá derecho a adquirir la condición de trabajador fijo, a su elección, en la empresa cedente o en la empresa cesionaria.

La tercera de las consecuencias, prevista también en el art. 43.4 del ET, es que el trabajador, en caso de que opte por adquirir la condición de trabajador fijo en la empresa cesionaria, tendrá los derechos y las obligaciones correspondientes a un

trabajador que preste servicios en un puesto de trabajo igual o equivalente de dicha empresa. Respecto a la antigüedad, esta se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Pues bien, la cesión ilegal de trabajadores se considera una infracción muy grave, y se prevé como tal en el art. 8.2 de la LISOS. Al ser considerada una infracción muy grave, la cesión ilegal de trabajadores lleva aparejada, según la letra c) del art. 40.1 de la LISOS, una sanción pecuniaria de 7.501 € a 30.000 € en su grado mínimo; de 30.001 € a 120.005 € en su grado medio; y de 120.006 € a 225.018 € en su grado máximo.

4.8.1 La posible incursión por la E. A y la E. B en el delito del art. 312 del CP

Hacer una referencia ahora a los dos delitos previstos en el art. 312 CP, que se enmarcan en un Título del CP relativo a los “*delitos contra los derechos de los trabajadores*”³⁵.

El tipo delictivo del art. 312.1 del CP castiga el tráfico ilegal de mano de obra. Este precepto impone una pena de prisión de 2 a 5 años y una pena de multa de 6 a 12 meses a “*los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra*”. Señalar lo siguiente respecto a este tipo penal:

Es un tipo penal de mera actividad, ya que describe solamente una actividad, una acción o acciones activas o positivas, y no requiere resultado.

Es un tipo penal doloso, ya que describe una conducta que se comete con conciencia (es decir, “sabiendo”) y con voluntad (es decir, “queriendo”) de cometer un acto antijurídico.

Es un tipo penal que requiere que concurra ánimo de lucro y habitualidad.

Es un tipo penal que comprende la mediación o intermediación ilegal en el contrato de trabajo y la cesión ilegal de trabajadores.

³⁵ GALLO, Patricia, GARCÍA CAVERO, Percy, BERRUEZO, Rafael. Derecho Penal Laboral: delitos contra los trabajadores. 2014. Ed. B de F, pp. 99-131.

La conducta típica de este tipo penal es la colocación de trabajadores al margen de los mecanismos legales establecidos al efecto, y la cesión ilegal de mano de obra.

El bien jurídico protegido está constituido, al igual que el de los delitos contra los derechos de los trabajadores, como señala una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de noviembre de 2016, por *“un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores”*³⁶. Se puede considerar que en este delito del art. 312.1 del CP el bien jurídico protegido es la “expectativa” de los trabajadores respecto a su empleo y sus condiciones de trabajo.

El sujeto activo es el empresario o empresarios, y el sujeto pasivo es el trabajador o trabajadores.

Lo que se entiende por “traficar”:

El art. 312.1 del CP castiga la conducta consistente en la contratación o “colocación” de los trabajadores al margen de la ley y de cualquier control por la Administración.

La conducta de este tipo penal exige traficar con los trabajadores. Según la jurisprudencia, se considera “traficar” el hecho de comerciar, mercadear o negociar con la intención de obtener una ventaja patrimonial ilícita (es decir, con ánimo de lucro), y no de forma ocasional (es decir, con habitualidad).

Por ejemplo, en una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de enero de 2008, se establece que *“es el ánimo de lucro en la intermediación el que comporta el «plus» de antijuridicidad. La doctrina ha venido señalando que el deslinde entre el espacio que merece el reproche del ordenamiento administrativo y el penal, podría situarse en la punición como delito de comportamientos que no sean ocasionales ni carentes de ánimo de lucro”*. La sentencia continúa diciendo que si el tráfico ilegal de mano de obra, para que constituya infracción administrativa, requiere el incumplimiento de la normativa relativa a la

³⁶ SAP M n° 16022/2016, de 24 de noviembre de 2016, rec. n° 1433/2016.

colocación de los trabajadores, *“la sanción penal requiere algo más y ello está en la ilícita ventaja patrimonial”*³⁷.

Exigencia de explotación del trabajador para la aplicación del tipo penal del art. 312.1 del CP:

Para que pueda aplicarse el tipo penal del art. 312.1 del CP, no solo se exige que se trafique ilegalmente con mano de obra, sino que se exige también que exista una situación de explotación del trabajador o trabajadores, según la jurisprudencia.

En una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de febrero de 2009, se afirmó que *“el elemento central”* de la conducta delictiva del art. 312.1 del CP *“lo constituye la explotación del trabajador”*.

En esta sentencia se estableció que no toda restricción de los derechos de los trabajadores puede considerarse tráfico ilegal de mano de obra, sino *“solo aquellas restricciones que, por su naturaleza y trascendencia, constituyen una explotación del trabajador, entendiéndose por tal la imposición de unas condiciones de trabajo, totalmente abusivas, como son [...] la fijación de un salario muy por debajo del que pudiera corresponderle, una jornada excesivamente larga, o bien otras condiciones laborales que afecten a la dignidad de la persona trabajadora”*³⁸.

En lo que respecta al tipo penal del art. 312.2 del CP, castiga a los que recluten a trabajadores o les determinen a abandonar el puesto de trabajo que tuviesen, ofreciéndoles un empleo con unas condiciones de trabajo engañosas o falsas. Y también castiga a los que empleen a personas extranjeras sin permiso de trabajo en España, en condiciones que supriman, restrinjan o perjudiquen los derechos que tuvieran reconocidos en virtud de normas legales, convenios colectivos o contrato individual.

Este precepto impone también las penas de prisión de 2 a 5 años y de multa de 6 a 12 meses previstas en el art. 312.1 del CP, al establecer que *“en la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin*

³⁷ SAP M n° 151/2008, de 8 de enero de 2008, rec. n° 385/2007.

³⁸ SAP B n° 1297/2009, de 3 de febrero de 2009, rec. n° 198/2008.

permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

Indicar lo siguiente respecto al tipo penal del art. 312.2 del CP:

Es un tipo penal en blanco, ya que solo contiene una amenaza penal para la infracción de otra norma o normas a las cuales remite: disposiciones legales, convenios colectivos y contrato de trabajo.

Es un tipo penal de mera actividad, ya que describe una actividad, acción o acciones activas o positivas, y no exige un resultado.

Es un tipo penal doloso, pues describe una conducta antijurídica que se comete con conciencia y con voluntad.

Es un tipo penal que requiere que concurra engaño o abuso. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de noviembre de 2016 citada anteriormente, señala que *“desde el punto de vista de la proporcionalidad, la intervención del Derecho Penal se justifica por la mayor lesividad que la infracción de las normas laborales conlleva para el bien jurídico protegido, que en este caso se representa por el elemento subjetivo del injusto consistente en el empleo de concretos medios comisivos: el engaño o el abuso”.*

Las dos conductas típicas que recoge este tipo penal son, en primer lugar, ofrecer empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas. Y, en segundo lugar, emplear a personas extranjeras sin permiso de trabajo en España.

El bien jurídico protegido puede considerarse que es la “expectativa” de los trabajadores respecto a sus condiciones de trabajo, en primer lugar. Y respecto a su situación jurídica administrativa y laboral en España.

El sujeto activo es el empresario o empresarios, y el sujeto pasivo es el trabajador o trabajadores.

Exigencia de que exista un perjuicio para el trabajador, para la aplicación del art. 312.2 del CP:

Para que se pueda aplicar el tipo delictivo del art. 312.2 del CP, la jurisprudencia exige que, a raíz de la comisión de los hechos constitutivos de este delito, se ocasione un perjuicio para el trabajador.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de febrero de 2010 establece la *“exigencia de que las condiciones de la contratación perjudiquen los derechos laborales del trabajador”*³⁹.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de abril de 2014 exige que los hechos infractores del art. 312.2 del CP se produzcan en unas *“condiciones de las que se derive un claro perjuicio [...] de los derechos [...] reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”*⁴⁰.

Así, se exige, para la aplicación del tipo penal del art. 312.2 del CP, que se dé una situación de explotación del trabajador.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 establece que, para distinguirse la conducta encuadrable en este tipo penal de la conducta encuadrable en el ilícito laboral o administrativo, *“la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo”*⁴¹.

A este respecto, citar también otra sentencia importante relativa a la conducta del art. 312.2 del CP consistente en emplear a personas extranjeras sin permiso de trabajo en España: una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de febrero de 2012, que señala que *“el salto de la infracción administrativa al delito previsto en el art. 312.2 del Código Penal, exige un «plus» respecto de la mera contratación de trabajadores extranjeros desprovistos del permiso de trabajo”*, y continúa diciendo que *“es necesario que se restrinjan sus derechos de forma relevante”*⁴².

Otra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de octubre de 2010 indica que *“no sería delictiva la contratación de un inmigrante sin permiso de trabajo si*

³⁹ SAP B nº 2660/2010, de 26 de febrero de 2010, rec. nº 77/2009.

⁴⁰ SAP M nº 9243/2014, de 11 de abril de 2014, rec. nº 63/2013.

⁴¹ STS (Sala de lo Penal) nº 525/2012, de 19 de junio de 2012, rec. nº 2002/2011.

⁴² SAP M nº 2947/2012, de 16 de febrero de 2012, rec. nº 72/2011.

*materialmente sus derechos laborales no se ven afectados por las condiciones del contrato aunque el sujeto continúe en la misma situación de ilegalidad*⁴³.

Considero, a juzgar por los hechos cometidos por la E. A y la E. B, que estas empresas no han incurrido en ninguno de los delitos de los arts. 312.1 y 312.2 del CP.

En primer lugar, respecto al tipo penal del art. 312.1 del CP, porque, aunque haya existido presuntamente un ánimo de lucro por parte de la E. A y la E. B, no ha existido una habitualidad, y tampoco ninguna situación de explotación de Francisco u otros trabajadores.

En segundo lugar, respecto al tipo penal del art. 312.2 del CP, porque no se ha ofrecido a Francisco por parte de dichas empresas un empleo o unas condiciones de trabajo engañosas o falsas. Ello porque Francisco, aunque estaba desempeñando sus servicios en la práctica diaria para la E. B, estaba empleado legalmente por la E. A, que celebró con Francisco un contrato de trabajo el 18 de enero de 2018, en el que no se establecía ninguna condición de trabajo abusiva o perjudicial para Francisco. Además, en el desempeño de sus servicios en la práctica diaria para la E. B, no experimentó ninguna situación de explotación o de supresión o limitación de los derechos laborales mínimos exigibles.

4.8.2 La posible incursión por la E. B en el delito del art. 311.2 del CP por la contratación de un falso autónomo

Considero importante hacer referencia al delito previsto en el art. 311.2 del CP, enmarcado también en el Título del CP relativo a los “*delitos contra los derechos de los trabajadores*”.

Este delito se introdujo en el CP en virtud de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, que entró en vigor el 12 de enero de 2023.

Este delito se ha denominado por la jurisprudencia “el tipo central del Derecho Penal del Trabajo”, así como el “núcleo esencial de la tutela penal del trabajador”,

⁴³ SAP M n° 19205/2010, de 22 de octubre de 2010, rec. n° 409/2009.

y establece una protección de las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables derivadas de un contrato de trabajo.

La tipificación por el legislador de este delito no solo se dirige a combatir el fraude en la contratación de falsos autónomos, sino también a combatir el fraude en la contratación de falsos becarios, de falsos voluntariados o de cooperativas ficticias. Así como a combatir el fraude en la realización de horas extras ilegales, de jornadas parciales simuladas⁴⁴.

Según dicho art. 311.2 del CP, serán responsables criminalmente quienes “*impongan condiciones ilegales a sus trabajadores*” a través de la celebración con estos de un contrato “*bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo*”. Y quienes mantengan dichas condiciones ilegales bajo una figura contractual distinta a la del contrato de trabajo “*en contra de requerimiento o sanción administrativa*”.

A los sujetos que cometan este delito se les podrá imponer, según dicho precepto, una pena de prisión de 6 meses a 6 años y una pena de multa de 6 a 12 meses.

Considero que la E. B, al celebrar con Francisco el contrato de arrendamiento de servicios el 21 de septiembre de 2021, ha podido incurrir en el delito del art. 311.2 del CP. Y es que Francisco, aunque presta sus servicios en una bicicleta y con un teléfono móvil de su propiedad para la E. B, en realidad presta dichos servicios para esta empresa como falso autónomo, pues en la práctica diaria está sometido a los poderes de dirección, organización y control de dicha empresa.

Ello porque Francisco usa para prestar sus servicios de reparto una mochila facilitada por la E. B, y porque esta empresa ordenó a Francisco que instalase en su móvil una App en la que recibiría los pedidos.

V. DICTAMEN JURÍDICO

⁴⁴ ROJO TORRECILLA, Eduardo. “Unas primeras notas a cómo afectan al mundo laboral la reforma del Código Penal (LO 14/2022, art. 311), y el (aún) Proyecto de Ley de Empleo (derogación del art. 148 d Ley reguladora de la jurisdicción social, y modificación del art. 51.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores)”. *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. El blog de Eduardo Rojo, 23 de diciembre de 2022. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/12/unas-primeras-notas-como-afectan-al.html>

El objetivo de este apartado es dar respuesta a las cuestiones planteadas por Francisco el 28 de febrero de 2023, respecto a las posibilidades de reclamación que tiene ante los hechos ocurridos.

– Desconexión de Francisco de la plataforma por la E. B el 26 de octubre de 2018:

Respecto a la desconexión efectuada por la E. B a Francisco de la plataforma digital el 26 de octubre de 2018, existe la posibilidad de interponer las siguientes demandas, frente a la E. B, que se puede considerar el empresario o empleador “real o material” de Francisco, ya que prestó en la práctica diaria sus servicios en favor de dicha empresa, y estuvo sometido a sus poderes de dirección, organización y control, por lo que estuvo prestando sus servicios como falso autónomo; frente a la E. A, que es el empleador “aparente o formal” de Francisco, ya que estaba vinculado a ella en virtud de un contrato de trabajo; o frente a la E. A y la E. B al mismo tiempo:

En primer lugar, una demanda de reclamación de derechos laborales, en la que se podría solicitar, entre otros aspectos, el pago de los salarios que Francisco dejó de percibir desde que se le efectuó la desconexión de la plataforma. No obstante, considero que no sería viable interponer dicha demanda, ya que, en este caso, se ha superado el plazo de prescripción de la acción, que es de 1 año (art. 59.1 del ET), a contar desde el día en que la acción pudiera ejercitarse (art. 59.2 del ET).

En segundo lugar, una demanda de despido. No obstante, considero que tampoco sería factible interponer esta demanda, ya que se ha excedido el plazo de caducidad de la acción de despido, que es de 20 días hábiles (es decir, no se computarán los sábados, los domingos y los días festivos) a contar desde el día en que se haya producido el despido (art. 59.3 del ET).

– Despido disciplinario efectuado por la E. A a Francisco:

Respecto al despido disciplinario efectuado a Francisco por la E. A, que remitió a este la carta de despido el 28 de octubre de 2018, no es posible ejercitar la acción de despido porque el plazo de caducidad de esta es de 20 días hábiles desde el día en que se hubiera producido el despido (art. 59.3 del ET).

– Contrata celebrada entre la E. A y la E. B:

Considero que la contrata celebrada entre la E. A y la E. B es ilegal, por lo que no le resulta aplicable lo previsto para la subcontratación de obras y servicios en el art. 42 del ET, sino lo previsto para la cesión ilegal de trabajadores en el art. 43 del ET. Y es que el TS declaró, en una sentencia de 17 de diciembre de 2019⁴⁵, que si en una contrata, la parte contratista aporta solamente mano de obra y algunos aspectos organizativos y de gestión del trabajo, pero ningún elemento patrimonial, como un centro de trabajo físico, maquinaria o herramientas, existe cesión ilegal de trabajadores.

Aunque la empresa que formalizó el contrato de trabajo con Francisco y otros compañeros repartidores (la E. A) tenga una estructura y organización propias, y las pone al servicio de la actividad que estos desempeñan, por ejemplo facilitándoles la motocicleta, el teléfono móvil y la mochila, ello dejó de ser así desde el 10 de mayo de 2018, fecha en la que la E. A entabló una contrata verbal de arrendamiento de servicios con la E. B, por la que aquella cedió a Francisco y otros compañeros a esta empresa, a cambio de una suma económica.

Y es que, a partir de dicha fecha, los pedidos que se encargan a Francisco y sus compañeros a través de la App empezaron a provenir en realidad de la E. B. Por lo que puede considerarse que, a partir del 10 de mayo de 2018, aunque la E. A siga teniendo una estructura y organización propias, ya no las pone al servicio de la actividad a desempeñar por Francisco y sus compañeros.

Considero también que, a partir del 10 de mayo de 2018, la E. A no ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario, pues no desarrolla ninguna función directiva u organizativa respecto a la actividad que realizan los repartidores contratados por ella. Y ello porque, a partir de dicha fecha, es la E. B la que a

⁴⁵ STS (Sala de lo Social) n° 4264/2019, de 17 de diciembre de 2019, rec. n° 2766/2017.

través de la App dirige y organiza los encargos a Francisco y sus compañeros, y controla que estos cumplan adecuadamente los turnos y las jornadas y horarios de trabajo.

Por tanto considero que, en este sentido, resulta aplicable lo establecido en el art. 43.2 del ET.

Cabría plantearse la posibilidad de que Francisco, ante su cesión ilegal, reclame el reconocimiento de sus derechos laborales frente a la empresa cesionaria (la E. B), porque, en primer lugar, es esta la empresa para la que Francisco estuvo desempeñando efectivamente sus servicios en la práctica diaria entre el 10 de mayo de 2018 y el 26 de octubre de 2018, fecha en que la E. B efectuó la desconexión de la plataforma digital a Francisco. Y porque, en segundo lugar, Francisco no tiene con dicha empresa relación laboral alguna.

La reclamación de dichos derechos laborales se realizaría mediante la interposición, frente a la E. B, de una demanda de reclamación de derechos laborales por una presunta cesión ilegal de trabajadores.

Por tanto, si Francisco, aparte de considerar que la E. A y la E. B han realizado una cesión ilegal de trabajadores, no considera cumplidas por la E. A o la E. B las obligaciones laborales y de Seguridad Social que estas tienen con él, tiene la posibilidad de interponer dicha demanda frente a la E. A o a la E. B, o frente a las dos empresas al mismo tiempo.

Pues bien, considero que, en el presente caso, Francisco no podría interponer la mencionada demanda, ya que, aunque considerásemos que la presunta cesión ilegal se sigue produciendo a fecha de 28 de febrero de 2023, Francisco fue despedido con anterioridad a la eventual interposición por este de la mencionada demanda, y el TS ha señalado, en una sentencia de 7 de mayo de 2010⁴⁶, que dicha demanda debe presentarse mientras estén vigentes tanto la situación de cesión como la relación laboral.

– Desconexión de Francisco de la plataforma por la E. B el 18 de febrero de 2023:

⁴⁶ STS (Sala de lo Social) n° 3081/2010, de 7 de mayo de 2010, rec. n° 3347/2009.

Respecto a la desconexión de la plataforma que efectuó la E. B a Francisco el 18 de febrero de 2023, a raíz de que este se ausentase los días 16 y 17 de febrero de 2023 al tener gripe y no lo justificase, le diría a Francisco que, al tener este una relación mercantil de arrendamiento de servicios con la E. B, no podrá ejercitar la acción de despido, aunque a fecha de 28 de febrero de 2023 se encuentre dentro del plazo para ejercitarla.

No obstante, el 30 de septiembre de 2021 entró en vigor una norma (la Ley Rider) que establece una presunción de laboralidad en casos como el suyo, porque Francisco presta servicios de reparto de forma retribuida para la E. B, y se encuentra sometido a los poderes de dirección, organización y control de esta. Y porque la E. B es una plataforma digital que, a través de la gestión algorítmica de dichos servicios y de las condiciones de trabajo, ejerce sus poderes de dirección, organización y control sobre Francisco y sus compañeros.

Así, considero que a la relación entre la E. B y Francisco se puede aplicar lo establecido en la disposición adicional 23^a introducida en el ET por la Ley Rider, y por la que se presume incluida en el ámbito del ET *“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”*.

Dado que la desconexión de la plataforma efectuada por la E. B a Francisco se efectuó una vez entró en vigor la Ley Rider, aconsejo la interposición ante los Juzgados de lo Social de una demanda de declaración de laboralidad acumulada a una demanda de despido.

Aunque la relación mercantil entre Francisco y la E. B comenzó el 21 de septiembre de 2021, en caso de que se declarase la laboralidad de dicha relación, se podría aplicar a esta, además del ET, los siguientes convenios o acuerdos:

El V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (ALEH V), que entró en vigor el 1 de enero de 2015, y un novedoso Acuerdo de condiciones de

trabajo (ACT-E. B-sindicatos) que firmó dicha empresa con los dos sindicatos mayoritarios el 1 de enero de 2023, y que entró en vigor en esta fecha.

Y ello porque, en caso de reconocerse la laboralidad de la relación entre la E. B y Francisco, así como el despido de este, la fecha del despido es el 18 de febrero de 2023, fecha en la que la E. B efectuó la desconexión de Francisco de la plataforma, y que es posterior a la fecha de entrada en vigor de los mencionados ALEH V y ACT.

En caso de que se reconozca por el Juez la laboralidad de la relación jurídica de Francisco con la E. B, se aplicará a sus condiciones de trabajo lo establecido en su contrato laboral, en el ALEH V y en el ACT, en lo que le resulte a Francisco más beneficioso o favorable respecto a lo establecido en el ET u otra norma laboral estatal. Le indicaría a Francisco lo que establece el principio de norma más favorable para el trabajador del art. 3.3 del ET, que nos dice que los conflictos que se originen *“entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales (por ejemplo, el propio ET o la LISOS) como pactadas (por ejemplo, los mencionados ALEH V y ACT), que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables”*.

Considero que, en caso de que se declare la laboralidad de la relación entre la E. B y Francisco, el despido será “tácito”, al haberse expulsado a Francisco de la plataforma mediante la desconexión de esta por la E. B. Y ello porque los jueces en numerosas sentencias, por ejemplo una dictada en 2019 por el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona⁴⁷, han venido calificando dicha desconexión como despido tácito, ya que, aunque la intención de despedir a Francisco no se ha manifestado expresamente por la E. B, se ha revelado a raíz de un hecho concluyente de esta empresa, que es la desconexión de la plataforma.

Por otra parte, considero que el despido es improcedente, ya que el motivo de la E. B para efectuar la desconexión de Francisco de la plataforma, expresado por escrito en el correo electrónico que aquella envió a este, no es válido ni suficiente.

⁴⁷ SJSO nº 2931/2019, de 21 de mayo de 2019, rec. nº 143/2018.

Considero que no se trata realmente de faltas repetidas, ya que Francisco solamente se ausentó del trabajo dos días (16 y 17 de febrero de 2023).

Y considero que tampoco se trata en realidad de faltas injustificadas, pues el art. 37.3.b) del ET permite que el trabajador se ausente del trabajo, con derecho a remuneración y sin necesidad de aportar justificante médico, hasta 2 días por enfermedad grave que precise reposo domiciliario, como es el caso de una gripe. Y Francisco además cumple con la obligación que el art. 37.3 del ET impone al trabajador de avisar y justificar previamente la ausencia del trabajo, ya que Francisco, el día 16 de febrero, avisó y explicó con antelación de forma telefónica el motivo de su ausencia a la E. B.

Además, considero que, en virtud del principio de norma más favorable para el trabajador del art. 3.3 del ET, puede no aplicarse el art. 54.2.a) del ET, que contempla como motivo de despido disciplinario *“las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”*. Y puede aplicarse, en lugar del art. 54.2.a) del ET, el art. 39.2 del ALEH V, que considera falta grave el hecho de *“faltar uno o dos días al trabajo durante el período de treinta días sin autorización o causa justificada”*. Así, podría aplicarse el art. 41.1 del ALEH V, que prevé una sanción para las faltas graves consistente en la suspensión de empleo y sueldo de 3 a 15 días, que sería menos gravosa para Francisco que un despido disciplinario.

Así, resultaría aplicable, en materia de faltas y sanciones, el ALEH V y no el mencionado ACT, pues este establece en su art. 66 que *“el régimen disciplinario se aplicará en los mismos términos y condiciones que el establecido en el V acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería”*.

Considero importante que Francisco sepa que, en caso de que su despido fuese declarado improcedente, se condenará a la empresa a realizar, a su elección, bien la readmisión de Francisco en las mismas condiciones que las existentes con anterioridad al momento en que se produjo el despido, y el abono de los salarios de tramitación, o bien el pago de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades (art. 110.1 de la LRJS).

Es importante señalar que, con anterioridad a la eventual presentación de la demanda ante los Juzgados de lo Social, Francisco está obligado a asistir a un acto previo de conciliación o de mediación (art. 66.1 de la LRJS).

Si Francisco o la E. B, estando debidamente citados, no compareciesen al acto de conciliación o de mediación ni alegasen justa causa, se tendrá por no presentada la papeleta de conciliación o la solicitud de mediación, se le tendrá por desistido y se archivará todo lo actuado (art. 66.2 de la LRJS).

Si en el acto de conciliación no se alcanzase la avenencia, se pasará seguidamente al procedimiento judicial (párrafo 1º del art. 85.1 de la LRJS).

Si Francisco no acudiese al acto de conciliación y no lo justificase, el juez, según el art. 97.3 de la LRJS, le podrá imponer en la sentencia una sanción pecuniaria de entre 180 euros y 6.000 euros, sin que, en ningún caso, dicha sanción supere la tercera parte de la cuantía del litigio.

Por otra parte, respecto a la posible comisión del delito del art. 311.2 del CP por la E. B a raíz de la contratación de un falso autónomo, al haber celebrado Francisco con dicha empresa el contrato de arrendamiento de servicios el 21 de septiembre de 2021, no es posible considerar que la E. B cometió dicho delito, ya que la Ley por la que se introdujo este en el CP entró en vigor el 12 de enero de 2023, es decir, con posterioridad a la celebración del mencionado contrato mercantil entre la E. B y Francisco.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BAYLOS GRAU, Antonio. “La vertiente europea: la propuesta de nueva Directiva sobre las plataformas de reparto”. *La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley 12/2021*. Cuadernos de Relaciones Laborales. 28 de feb. de 2022. Ed. Complutense, pp. 108-109.

BAYLOS GRAU, Antonio. “Derechos de representación, negociación colectiva y huelga de los riders”. *La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley*

12/2021. Cuadernos de Relaciones Laborales. 28 de feb. de 2022. Ed. Complutense, pp. 107.

Comisión Europea. *Propuestas de la Comisión para mejorar las condiciones laborales de las personas que trabajan a través de plataformas digitales*. Comunicado de Prensa. Bruselas, 9 de diciembre de 2021, pp. 1-3.

GALLO, Patricia, GARCÍA CAVERO, Percy, BERRUEZO, Rafael. *Derecho Penal Laboral: delitos contra los trabajadores*. 2014. Ed. B de F, pp. 99-131.

PÁRAMO MONTERO, Pablo. *Economía de plataformas y digitalización del trabajo: «uberlitigación» y tensiones en la relación laboral clásica*. Trabajo y Derecho 57/2019 (septiembre), N° 57, 1 de sep. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, pp. 1-2.

PÁRAMO MONTERO, Pablo. *Economía de plataformas y digitalización del trabajo: «uberlitigación» y tensiones en la relación laboral clásica*. Trabajo y Derecho 57/2019 (septiembre), N° 57, 1 de sep. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, pp. 6-7.

PÁRAMO MONTERO, Pablo. *Economía de plataformas y digitalización del trabajo: «uberlitigación» y tensiones en la relación laboral clásica*. Trabajo y Derecho 57/2019 (septiembre), N° 57, 1 de sep. De 2019. Ed. Wolters Kluwer, pp. 7-8.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales*. Trabajo y Derecho 58/2019 (septiembre), N° 58, 1 de oct. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, pp. 1-2.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales*. Trabajo y Derecho 58/2019 (septiembre), N° 58, 1 de oct. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, pp. 2-6.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales*. Trabajo y Derecho 58/2019 (septiembre), N° 58, 1 de oct. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, pp. 8-10.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales*. Trabajo y Derecho 58/2019 (septiembre), N° 58, 1 de oct. de 2019. Ed. Wolters Kluwer, p. 7.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos*. Derecho y Tecnología 2/2021 (julio), Nº 2, 12 de jul. de 2021. Ed. Dialnet, pp. 38-59.

Webgrafia:

Comisión Europea. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 2 de junio de 2016, pp. 3-4. <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/16881/attachments/2/translations/es/renditions/pdf>

DE LOS SANTOS SESETA, Enrique. *Los Riders, la paz que no llega al sector*. Contenidos Elderecho.com. Ed. Lefebvre, 11 de abril de 2022. <https://elderecho.com/los-riders-la-paz-que-no-llega-al-sector>

POQUET CATALÁ, Raquel. *Reflexión en torno al encuadramiento jurídico de las personas repartidoras de plataformas digitales*. Universidad de Valencia. Revista de Relaciones Laborales. Ed. *In Press*, 2021, pp. 3-4. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8025979>

ROJO TORRECILLA, Eduardo. “Unas primeras notas a cómo afectan al mundo laboral la reforma del Código Penal (LO 14/2022, art. 311), y el (aún) Proyecto de Ley de Empleo (derogación del art. 148 d Ley reguladora de la jurisdicción social, y modificación del art. 51.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores)”. *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. El blog de Eduardo Rojo, 23 de diciembre de 2022. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/12/unas-primeras-notas-como-afectan-al.html>

ROJO TORRECILLA, Eduardo. “Y llegó la norma que declara la relación laboral de «las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales». Primeras notas y comentarios al RDL 9/2021 de 11 de mayo”. *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. El blog de Eduardo Rojo, 18 de mayo de 2021.

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/05/y-llego-la-norma-que-declara-la.html>

ROJO TORRECILLA, Eduardo. “Y llegó la norma que declara la relación laboral de «las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales». Primeras notas y comentarios al RDL 9/2021 de 11 de mayo”. *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. El blog de Eduardo Rojo, 18 de mayo de 2021. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/05/y-llego-la-norma-que-declara-la.html>

ROJO TORRECILLA, Eduardo. “Repartidores y empresas de la economía de plataformas. Octava parte. Y el MITES dijo (y ahora de verdad) «este es el texto final»... y se llegó al acuerdo en la mesa del diálogo social. ¿Ha dejado de ser un debate jurídico?”. *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. El blog de Eduardo Rojo, 16 de marzo de 2021. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/repartidores-y-empresas-de-la-economia.html>

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad*. El blog de Wilfredo Sanguineti, 15 de mayo de 2021. <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2021/05/15/la-presuncion-de-laboralidad-de-los-riders-o-como-se-consiguio-la-cuadratura-del-circulo-de-la-laboralidad/>

VII. JURISPRUDENCIA

Tribunales internacionales:

- Sentencia del Tribunal de Empleo de Londres, de 12 de octubre de 2016. Y, Aslam y J. Farrar contra Uber BV, Uber London LTD y Uber Briannia Ltd. Caso nº 2202551/2015 y Otros.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- STJUE de 31 de mayo de 1989. I. Bettray contra Staatssecretaris van Justitie. C-344/87.
- STJUE de 20 de noviembre de 2001. Aldona Malgorzata Jany y otras c. Staatssecretaris van Justitie. C-268/99.

Tribunal Supremo:

- STS (Sala de lo Social) nº 3081/2010, de 7 de mayo de 2010, rec. nº 3347/2009.
- STS (Sala de lo Social) nº 4450/2010, de 20 de julio de 2010, rec. nº 3344/2009.
- STS (Sala de lo Social) nº 4552/2017, de 16 de noviembre de 2017, rec. nº 2806/2015.
- STS (Sala de lo Social) nº 782/2008, de 22 de enero de 2008, rec. nº 626/2007.
- STS (Sala de lo Social) nº 902/2017, de 16 de noviembre de 2017, rec. nº 2806/2015.
- STS (Sala de lo Social) nº 6415/2009, de 7 de octubre de 2009, rec. nº 4169/2008.
- STS (Sala de lo Social) nº 5108/2010, de 19 de julio de 2010, rec. nº 1623/2009.
- STS (Sala de lo Social) nº 637/2015, de 20 de enero de 2015, rec. nº 587/2014.
- STS (Sala de lo Social) nº 1723/2010, de 9 de marzo de 2010, rec. nº 1443/2009.
- STS (Sala de lo Penal) nº 525/2012, de 19 de junio de 2012, rec. nº 2002/2011.

- STS (Sala de lo Social) nº 4264/2019, de 17 de diciembre de 2019, rec. nº 2766/2017.

Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ M (Sala de lo Social) nº 1/2020, de 17 de enero de 2020, rec. nº 1323/2019.

Audiencias Provinciales:

- SAP M nº 151/2008, de 8 de enero de 2008, rec. nº 385/2007.
- SAP B nº 1297/2009, de 3 de febrero de 2009, rec. nº 198/2008.
- SAP M nº 16022/2016, de 24 de noviembre de 2016, rec. nº 1433/2016.
- SAP B nº 2660/2010, de 26 de febrero de 2010, rec. nº 77/2009.
- SAP M nº 9243/2014, de 11 de abril de 2014, rec. nº 63/2013.
- SAP M nº 2947/2012, de 16 de febrero de 2012, rec. nº 72/2011.
- SAP M nº 19205/2010, de 22 de octubre de 2010, rec. nº 409/2009.

Juzgados de lo Social:

- SJSO nº 3042/2018, de 3 de septiembre de 2018, rec. nº 1353/2017.
- SJSO nº 269/2019, de 11 de enero de 2019, rec. nº 418/2018.
- SJSO nº 2931/2019, de 21 de mayo de 2019, rec. nº 143/2018.
- SJSO nº 2952/2019, de 22 de julio de 2019, rec. nº 510/2018.