

RIDERS DE EMPRESAS DE PLATAFORMA ¿CUÁL ES VUESTRO CONVENIO COLECTIVO?

Riders of platform companies, what is your collective agreement?

AMPARO ESTEVE-SEGARRA*

Universidad de Valencia, España

RESUMEN

Este artículo analiza el convenio colectivo sectorial aplicable a las personas dedicadas al reparto mediante bicicleta, monopatín o a pie de comida a domicilio o de productos de supermercados digitales. Para determinar el convenio colectivo de los repartidores se analiza la cuestión sobre la base de cuatro ejes. En el primero se incide en la inclusión del personal de reparto de comida en el sector de la hostelería en España. En el segundo eje se aborda qué ocurre si la empresa que ha contratado al repartidor/a dispone de un convenio de empresa. En tercer lugar, se plantea el convenio colectivo aplicable en los *dark stores*. En cuarto lugar, se finaliza razonando por qué aplicar el convenio del sector de mensajería puede ser ilegal. Finalmente, se establecen unas conclusiones sobre el convenio colectivo aplicable a los *riders*.

Palabras clave: repartidores, convenio colectivo, empresas de mensajería, empresas de plataforma, supermercados digitales.

ABSTRACT

This article analyzes the sectorial collective agreement applicable to people dedicated to the delivery by bicycle, skateboard or on foot of food at home or products from digital supermarkets. In order to determine the collective agreement of the distributors, the issue is analyzed on the basis of four axes. The first focuses on the inclusion of food delivery personnel in the hospitality sector in Spain. The second axis addresses what happens if the company that has hired the delivery person has a company agreement. Thirdly, the collective agreement applicable in the dark stores is questioned. Fourthly, it ends by reasoning why applying the courier sector agreement may be illegal. Finally, some conclusions are established on the collective agreement applicable to repartidores.

Keywords: riders, collective agreement, courier companies, platform companies, dark stores.

* **Correspondencia a:** Amparo Esteve Segarra. Avda. Tarongers, s/n (46071 Valencia, España). — amparo.esteve@uv.es — <https://orcid.org/0000-0003-3773-4668>

Cómo citar: Esteve Segarra, Amparo. (2022). «Riders de empresas de plataforma ¿Cuál es vuestro convenio colectivo?»; *Lan Harremanak*, 48, 141-164. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24017>).

Recibido: 03 noviembre, 2022; aceptado: 21 noviembre, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. De la presunción de laboralidad a la necesidad de instituciones colectivas en las empresas de plataforma

La Ley 12/2021, de 28 de septiembre, de modificación del Estatuto de los Trabajadores para garantizar derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas no ha llegado por casualidad, sino que es fruto de actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social, una doctrina judicial con diferentes posiciones, pero que fue posteriormente unificada y un acuerdo social tripartito de 10 de marzo de 2021. Las empresas de plataforma han tratado de huir de las regulaciones, y singularmente de la laboral, lo que ha conllevado una reacción en este sector del ordenamiento jurídico con la presunción de laboralidad de las personas trabajadoras dedicadas al reparto en España y con la presunción de laboralidad para las personas trabajadoras de plataformas en la propuesta de Directiva cuando se cumplan determinados requisitos¹. Se deben cumplir dos al menos, de los cinco criterios establecidos en el art. 4.2. La propuesta no adopta el modelo de inclusión, sino que establece una presunción de laboralidad para trabajadores de empresas de plataforma, pero va más allá de las tareas de reparto. Con ello, se da un cambio respecto a anteriores interpretaciones contrarias al reconocimiento de la laboralidad de determinadas personas trabajadoras, por entender que ello podía chocar con principios del Derecho Comunitario o en cuanto a la controvertida posibilidad de negociación colectiva de las personas trabajadoras autónomas a la que se ha opuesto el TJUE. El supuesto más claro ha aparecido con la STJCE en el que se declara contrario al principio de libre prestación de servicios la previsión contenida en una legislación nacional de que las personas guías turísticas tuviesen obligatoriamente un contrato laboral. Un comentario de esta sentencia, y en general sobre la diferenciación entre personal autónomos y por cuenta ajena en el ámbito comunitario, puede verse en Martín Valverde, 1999, 73 y ss. Para un análisis de la jurisprudencia más reciente, *vid.* Cabeza Pereiro, 2020, b).

Sin embargo, la protección laboral va mucho más allá de la declaración de la laboralidad de la prestación, y abarca las instituciones colectivas. No obstante, las empresas de plataforma no han sido conocidas precisamente por su favorecimiento de la creación de estructuras sindicales o de representación unitaria, lo que se ha considerado un *hándicap* para los derechos de información y consulta sobre la gestión algorítmica. Así se ha señalado: «la reforma del art. 64 ET sobre derechos del comité de empresa es una modificación importante en términos generales, pero de consecuencias limitadas en relación con las plataformas dado que no son el ámbito implantación de los comités de empresa» (por Sáez Lara, 2021: 36).

¹ El texto de esta propuesta está disponible en: file:///C:/Users/USER/Downloads/COM_2021_762_1_EN_ACT.pdf.

Las empresas de plataforma se han mostrado reacias a la negociación colectiva, como evidencian los artículos doctrinales más recientes, entre ellos, AA.VV. (dir. J.M. Miranda Boto y E. Brameshuber, 2022: 20). Aunque existe alguna excepción, como el acuerdo sobre condiciones de trabajo en la empresa Just Eats firmado por su filial española (Takeaway Express Spain, SL) con CCOO y UGT². Pero precisamente la cuestión del convenio sectorial aplicable a las personas trabajadoras al servicio de las mismas o, muy frecuentemente, por sus contratistas es extraordinariamente relevante. No solamente el salario, sino multitud de condiciones de trabajo, pueden preverse en los convenios colectivos, como la jornada, los descansos, los derechos de no discriminación, mejoras en los derechos de información algorítmica o los aspectos de prevención de riesgos laborales, etc. Por ejemplo, una reivindicación clásica del personal de reparto es poder beber agua, cambiarse o simplemente, algo tan elemental, como disponer de baños para realizar funciones corporales básicas, porque la ausencia de estos es indigna y puede comportar una discriminación de género. Curiosamente han sido normas administrativas las que a veces han mostrado cierta sensibilidad y contemplado exigencias como las anteriores a través de las licencias de actividad de las empresas, como las planteadas en Barcelona. M. Mccloughlin (2022) califica a la ciudad como «aldea gala» por su resistencia frente a las empresas de plataforma a los modelos de negocio de las empresas de plataforma. En la ciudad condal para limitar la ocupación del espacio urbano, se ha previsto que el personal de reparto no podrá hacer las recogidas a pie de calle, sino que deberán tener una sala de espera, para no ocupar sin más el espacio físico de circulación de viandantes y vehículos. El tema de licencias administrativas conecta con aspectos de prevención de riesgos laborales y de género. Se han de tener lugares de descanso, y por consiguiente de aparcamientos de bicicletas, motocicletas, patinetes, etc. Sin embargo, estas regulaciones administrativas, pese a los loables objetivos, presentan tres limitaciones: son locales, dependen de la orientación política de cada consistorio, pues algunos prefieren hacerles una alfombra roja a las empresas de plataforma por su modelo tecnológico y, sobre todo, no ofrecen una regulación global de las condiciones de trabajo, cuyo ámbito natural es la negociación colectiva.

Por consiguiente, establecida la presunción de laboralidad para las personas trabajadoras de reparto en empresas de plataforma, un aspecto esencial de la protección de los *riders* se liga al convenio colectivo aplicable. El objetivo de este artículo es determinar el convenio colectivo de los repartidores en bicicleta, patinete o a pie de comida a domicilio desde establecimientos de restauración clásicos o bien desde supermercados digitales o colmenas de cocinas industriales (llamados respectivamente *dark stores* y *dark kitchens*, en la lengua de Shakespeare que uti-

² Recuperable en: [https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Acuerdo%20Sindicatos%20JUST%20EAT\(1\).pdf](https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Acuerdo%20Sindicatos%20JUST%20EAT(1).pdf).

lizan muchas empresas de plataforma). Se trataría de una empresa o más frecuentemente una filial de una empresa de plataforma que vendería comidas de forma totalmente digital. De este modo, aunque estas empresas necesitan cocinas donde llevar a cabo la preparación de sus comidas, a diferencia de los restaurantes tradicionales, las *dark kitchens* no poseen un espacio físico abierto al público. Las compras de comida se realizan 100% de forma virtual, con una *web* o *app*, recibiendo sus pedidos a través de servicios de *delivery* o entrega a domicilio. La compra individualizada también diferenciaría a estos servicios de los de *catering* tradicional.

Para determinar el convenio colectivo de los repartidores se analizará la cuestión sobre la base de cuatro ejes. En el primero se analizará la inclusión del personal de reparto de comida en el sector de la hostelería en España. El carácter tecnológico de algunas empresas puede llevar a confusión sobre el sector de actividad o el convenio colectivo que debe regir para el personal de los negocios que utilizan teléfonos inteligentes o aplicaciones en el *delivery* mediante repartidores que recogen los pedidos y los llevan a los clientes, como una especie de camareros, pero con casco o si se quiere de transportistas en vehículos muy ligeros. El trabajo en plataformas puede no ajustarse a los moldes clásicos de prestación de servicios en un sector, pero ello no implica que no se trate de personas necesitadas más que ninguna otra, de instituciones colectivas, y singularmente de la negociación colectiva.

En el segundo eje se abordará qué ocurre si la empresa que ha contratado al repartidor/a dispone de un convenio de empresa, sobre la base de los artículos 42.6 y 84 del ET. La negociación colectiva de empresa no es frecuente en las empresas de plataforma, pero sí lo es, y mucho, en las contratistas. La cuestión de determinación del convenio de aplicación a este personal de reparto no puede eludirse por la vía de la externalización, al igual que tampoco el uso de un móvil o el carácter de intermediario, frecuentemente autoatribuido por una empresa de plataforma, puede servir para sortear convenios y regulaciones colectivas. Parece una cuestión obvia, pero en la práctica está lejos de serlo.

En tercer lugar, se determinará el convenio colectivo aplicable en los *dark stores* o supermercados digitales, no abiertos al público, pero donde es imprescindible la entrega mediante personal de reparto.

En cuarto lugar, se finalizará razonando por qué aplicar el convenio del sector de mensajería puede ser ilegal, dado que este sector cuenta con un convenio estatutario no vigente y, otro extraestatutario, de carácter estatal, pero en el que hay claros indicios de ilegalidad. Pese a ello, muchas empresas que contratan a los repartidores lo establecen en los modelos de contrato de trabajo que firman los repartidores cuando se los contrata.

El artículo acaba con unas conclusiones finales que recogen lo esencial de cada apartado.

2. El sector de reparto de comida a domicilio

2.1. La inclusión del servicio de reparto de comida a través de plataformas en el Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería

Desde el 2019, en el ámbito funcional del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería (en adelante, ALEH)³ se incluyó expresamente al personal de reparto de comida a domicilio en los convenios de hostelería. Así se mencionó expresamente a los repartidores/as:

A pie o en cualquier tipo de vehículo que no precise autorización administrativa establecida por la normativa de transporte, como prestación de servicio propio del establecimiento o por encargo de otra empresa, incluidas las plataformas digitales o a través de las mismas.

Esta cláusula convencional establecida en el acuerdo estatal ha sido relevante por varias razones. En primer lugar, por motivos temporales, fue una cláusula doblemente pionera porque indirectamente reconocía el carácter laboral de los llamados coloquialmente *riders*, esto es, de las personas que realizaban el reparto a pie o en vehículos que no requieren autorización administrativa de transporte de mercancías, precediendo a la STS 25 de septiembre de 2020⁴ y la aprobación del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

En segundo lugar, por razones materiales, esta cláusula contenida en el acuerdo estatal de uno de los sectores más importantes en nuestro país, se proyecta, dada la estructura del sector, sobre todos los convenios territoriales de ámbito inferior. La Ordenanza Laboral de la Industria de Hostelería de 1974 que fue derogada fue sustituida en el sector por un acuerdo marco estatal en el sector. Sobre esta estructura, *vid.* CCNCC. (dir. J. Rivero Lamas) (1999), 22 y ss.

La cláusula es muy relevante, ya que determina el convenio aplicable considerando el reparto de comida de restaurantes, heladerías, cadenas de comida rápida, y demás servicios relacionados con establecimientos de hostelería y restauración, como una actividad auxiliar. De este modo, el personal de reparto sería una suerte de camarero/a en vehículos de dos ruedas del sector. Ha de señalarse que en otros ordenamientos la determinación del convenio sectorial aplicable a los repartidores de la comida ha sido también conflictiva, inclinándose en algún caso por aplicarse el convenio sectorial de la logística, como en el caso del

³ *Vid.* Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los acuerdos de modificación y prórroga del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería. Dicho Acuerdo fue prorrogado por Resolución de 11 de noviembre de 2020 hasta el 31-12-21 publicada en el BOE de 23-11-2020.

⁴ Rec. 4746/19.

acuerdo de empresa suscrito en Italia en marzo de 2021 por la compañía *Just Eat/Takeaway* y los sindicatos del sector de logística. En este convenio se pacta la aplicación como convenio de referencia del sector de la logística, que era la reivindicación tradicional de los sindicatos, frente a la pretensión empresarial de tener como referencia, el convenio colectivo de empresas multiservicios. La aplicación del primer convenio se pactó con algunas adaptaciones. Sobre esta cuestión, *vid.* Quondamatteo, N. (2021).

En tercer lugar, la cláusula es importante por razones prácticas. Como manifestara alguno de los miembros de la patronal que negoció esta cláusula convencional, su razón de ser era evitar una suerte de competencia a la baja entre establecimientos que recurrían al personal propio para el reparto y aquellos que externalizaban el reparto con empresas de plataforma a través de aplicaciones en dispositivos móviles. Y es que la existencia de empresas de plataforma que abrían una línea de negocio y recurrían al reparto con personal autónomo y, en el caso de que fueran laborales, con costes a la baja podía resultar anticompetitiva si se comparaba con las formas —si se me permite la expresión— tradicionales de reparto de comida preparada, donde se recurría a la laboralidad de las personas trabajadoras que prestaban sus servicios: con cobertura por accidentes, cotizaciones a la seguridad social a cargo de la empresa, etc.

Además, en el ámbito de la restauración habrían aparecido nuevos modelos de negocio como las *dark kitchens* y las colmenas de cocinas industriales. Nuevamente el convenio colectivo aplicable a los y las repartidores sería estratégico y el Acuerdo Estatal serviría para incluirlos en los convenios de hostelería.

2.2. Las dudas sobre la aplicación de los convenios de hostelería a las plataformas de reparto de comida

La inclusión en el ámbito de ALEH de las plataformas de reparto de comidas y bebidas, que se proyectaría sobre empresas como *Deliveroo*, *Uber Eats*, *Glovo*, etc., ha planteado dudas a algún autor por considerar que estas empresas podrían ser consideradas ajenas a la actividad de hostelería (Valle, 2021: 76-77).

Otra doctrina ha tenido una postura más neutra y ha incidido en que este acuerdo, al igual que ocurriera con otras experiencias comparadas, partiría de la inclusión de determinadas empresas de plataforma en un sector tradicional por su tipo de negocio, siendo negociado por los sindicatos y organizaciones empresariales de dicho sector. Así se ha señalado que, como en el caso del sector de la logística en Italia, se partiría de extender el convenio sectorial al ámbito personal de las personas trabajadoras en plataformas e incluir a las empresas de plataformas, sin tener en cuenta especialidades de esta actividad (Miranda Boto 2022: 35). Como señalan algunos autores, la ventaja de este método es que las partes pueden utilizar el marco tradicional de los procesos de negociación y también aprovechar los logros de los convenios colectivos en términos de contenido, a lo

que cabría añadir que se supera la pasividad de las empresas de plataforma a la hora de integrarse en asociaciones empresariales existentes o constituir unas específicas (Gyulavári y Kártyàs, 2022:133). Por lo demás, esta inclusión cuenta con un poderoso apoyo y es que la CCNCC ha considerado que las concretas empresas que se encargan exclusivamente (o de manera preponderante) de realizar el reparto de comida al domicilio del cliente que solicita este servicio al restaurante a través de la *app* (plataforma tipo *Just Eat*) se sujetan al convenio de hostelería (Dictamen CONSULTA CCNCC N.º 81/2016, 30 de octubre de 2018).

Sin embargo, en algunos casos se ha discutido si el convenio sectorial aplicable a las actividades de reparto de comida a través de plataforma les resultaría de aplicación los convenios de transporte de mercancías por carretera o incluso el reparto o publicidad sin direccionar, aunque este último ha sido excluido por no tener nada que ver el reparto postal con el reparto de comida. Respecto a los primeros, Cavas Martínez (2019) hace referencia a que las SSJS n.º 1 Madrid de 3 y 4 abril 2019 optarían por aplicar a los *riders* de Glovo el correspondiente Convenio Colectivo provincial para empresas de transporte de mercancías por carretera, encuadrándolos en la categoría profesional de «mozo». En concreto, la figura de repartidor de comidas y bebidas se incorpora al grupo profesional tercero, junto al de ayudante camarero, ayudante de equipo de catering, monitor de colectividades, asistente a preparador y montador de *catering*, entre otros. El autor considera discutible la inclusión en los convenios de transporte de mercancías por no darse en las plataformas de reparto de comida la exigencia de autorizaciones administrativas.

Respecto al convenio de reparto o publicidad sin direccionar, se alude a que la actividad regulada por este convenio es «la distribución de impresos, muestras, revistas, periódicos o cualquier otro tipo de comunicación y/o información sin dirección postal en buzones, en mano, en hogares o en vía pública»; no teniendo nada que ver con la actividad de reparto o distribución de comidas y bebidas por encargo (Cavas, 2019).

La dificultad nace de determinar cuál es el sector que mejor se adecua a las características de las empresas de plataforma de reparto de comida. La finalidad de la empresa es el reparto de comida, por lo que los convenios sectoriales de referencia pueden ser dos según se ponga el acento en el producto repartido (comida preparada desde establecimientos de restauración) o en la actividad de reparto (convenios de transporte de mercancías).

En el primer caso, si se pone el acento en que lo relevante es el producto repartido (comida preparada desde establecimientos de restauración), el convenio sectorial de referencia sí puede situarse en los convenios de hostelería, que como es sabido, incluyen al sector de restauración. La inclusión de esta actividad como auxiliar de las empresas de *catering* o restauración ya existía antes de la propia

existencia de estas empresas de plataforma (piénsese en el caso de los repartidores de pizzas). La referencia expresa a las empresas de plataforma de reparto de comida en el ALEH busca evitar las dudas de cobertura cuando un convenio ha definido actividades incluidas en su ámbito funcional antes de la existencia de los entornos laborales con intermediación de plataformas.

Sin embargo, el hecho de que tradicionalmente el reparto de las comidas o de las bebidas fuera una actividad «auxiliar» plantearía la duda de si cabría la inclusión de las empresas de plataformas. En este sentido, algún autor, ha señalado que:

no puede obviarse que los repartidores de las plataformas no trabajan para una empresa de restauración u hostelería sino para un entramado tecnológico cuya actividad no es la hostelería sino el reparto de comida a domicilio. Así las cosas, resulta dudoso mantener que las empresas titulares de las plataformas hayan estado representadas por las patronales firmantes de la prórroga del Acuerdo Estatal de Hostelería o que vayan a serlo por las federaciones provinciales de empresas de hostelería en la negociación de los futuros convenios para este sector (Cavas Martínez, 2019).

El segundo tipo de convenios sectoriales potencialmente aplicables son los de transporte de mercancías. Respecto a los convenios de transporte, cuya aplicación ha sido reivindicada tradicionalmente por los sindicatos para los repartidores, el hándicap para su aplicación es que en muchos casos el reparto se de comida en las grandes ciudades, donde estas empresas de plataforma tienen su negocio, se produce en vehículos que no requieren de autorización administrativa de transporte, como bicicletas, patinetes o ciclomotores. Esta exención de la autorización administrativa se desarrolla en el art. 33 del Reglamento de la Ley de Ordenación Terrestre, RD 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transporte Terrestre (en adelante RLOTT). La exigencia de transporte se excluirá cuando una empresa utilice para el reparto vehículos de carga pequeña que no requieren dicha autorización conforme al art. 33 del Reglamento de Transporte de Mercancías (por ejemplo, vehículos de dos ruedas conforme al art. 33.2.c, pues dicho precepto habla de que no se exigirá la autorización en vehículos de menos de tres ruedas, RLOTT), o con una velocidad máxima autorizada que no supere los 40 km por hora (art. 33.2.a RLOTT).

La inclusión de la actividad de reparto de comida en los convenios de transporte requeriría una inclusión expresa en el Acuerdo del Sector del Transporte a las actividades de reparto en estos vehículos, que de momento aún no se ha producido. Sin embargo, ello no es imposible que se produzca en el futuro. En otros países, sí ha existido una inclusión expresa en los convenios de logística de los repartidores de plataformas, como en Italia, donde el convenio colectivo del sector del ámbito de transporte y la logística (2018/2019) acordado entre las tres Confederaciones Sindicales principales y la Asociación Sectorial de Empresarios

regula el contrato laboral de los repartidores de comida a domicilio de las principales plataformas de reparto, y los tribunales la han reforzado. Así, una sentencia de la Corte de Apelación de Turín de 2019, que afirma que el convenio colectivo aplicable para establecer los salarios *Foodora riders* (clasificados como trabajadores hetero-organizados) es el convenio colectivo sectorial de transporte y logística (Tribunal de Apelación de Turín, 4 febrero de 2019, no. 26/2019, 23) (Loi, 2022: 57).

En este contexto, interesa analizar el juego de la cláusula convencional del Acuerdo Marco de Hostelería, que no ha sido declarada nula y que, por tanto, está vigente. Un argumento adicional es que este acuerdo es estatutario y goza de presunción de legalidad, en tanto no sea anulado. Además, este análisis debe incidir en la reforma operada en el 2021 y las previsiones sobre convenio aplicable previstas en el art. 42.6 ET, así como los problemas prácticos que se han presentado, pues en muchos casos, las empresas de plataforma han intentado rebajar los costes de la mano de obra encargada del *delivery*, precisamente sorteando la declaración de relación laboral y/o el convenio colectivo aplicable.

2.3. Las reacciones a la presunción de laboralidad del personal de reparto de las empresas de plataforma, en particular la triangulación con los establecimientos de comida

Ante lo dispuesto en el acuerdo estatal y después del establecimiento de la presunción de laboralidad la mayoría de las empresas de plataforma que gestionaban *apps* de reparto de comida y que antes de la Ley 12/2021, contrataban directamente con autónomos, han seguido varias estrategias.

La mayoría de las empresas de plataforma han desechado la opción de integrar al personal en su propia plantilla. Algunos portavoces de empresas de plataforma ya señalaron sin tapujos, que la contratación directa «les complicaría enormemente su operativa... y les supondría pasar de tener una plantilla de 50-100 personas a varios miles si quieren seguir dando el mismo servicio que hasta ahora»⁵. En otras palabras, las empresas pretenden evitar las funciones de contratación o gestión de las personas trabajadoras, por considerar que ello no es su ocupación, sino una tarea especializada que puede subcontratarse, mientras que la plataforma se concentra en labores de comercialización de los servicios a través de su aplicación. La historia de eludir el empleo tiene precedentes en el mundo del empleo en las empresas tecnológicas, que llevan años ofreciendo empleo directo solo a una pequeña parte de los trabajadores. En este sentido, se puede traer a colación el caso de los trabajadores de Microsoft, en los años 90, que reclamaron judicialmente en Estados Unidos que no eran autónomos y ob-

⁵ Declaraciones recogidas en prensa. Recuperables en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/05/23/companias/1621796829_437657.html.

tuvieron una victoria judicial. Sin embargo, la estrategia de Microsoft no fue agregar más trabajadores a la nómina, sino marginar más a los temporales. La compañía dejó de recurrir a «contratados autónomos» directamente. En lugar de ello, se recurrió a empresas con las que se pactaron acuerdos especiales, encargándose estas de la contratación y de actuar como empleadoras oficiales. La empresa Microsoft no quiso que se confundiera a los temporales, y no les dejaría acudir a fiestas o cenas de empresa. Como relata N. Klein citando a Sharon Decker, directora de personal de Microsoft, «estamos modificando muchas políticas que aplicábamos antes para que todos comprendan cómo se debe tratar a los temporales y qué es lo adecuado» (Klein, 2002: 300).

Una segunda estrategia de las empresas de plataforma de reparto de comida, de la que ha dado cuenta la prensa, es la tratar de reducir el personal laboral a cero, manteniendo la contratación de autónomos pese a la presunción de laboralidad y trasladando la responsabilidad a las cadenas de restaurantes y establecimientos de comida, y tercero, subcontratando. Un exponente de esta estrategia de rebeldía frente a la conocida en el argot, como «ley de *riders*», es la de la empresa Glovo. La plataforma ha tratado de mantener la contratación del personal de reparto con autónomos y ha adoptado una estrategia de triangulación, que precisamente tiene cierta relación con la previsión del ALEH. La estrategia planteada por la empresa de plataforma para organizar el trabajo en el *delivery* perseguiría dos objetivos: eludir la presunción de laboralidad, pero a la vez, conseguir que la plataforma cobre por gestionar los repartos. Se trataría de una táctica de facturación, en la que la empresa de plataforma aparecería como tercero intermediador, entre los restaurantes y establecimientos de comida y el personal de reparto. Este personal sería autónomo o, si se entendiese que debería haber relación laboral, la empresa de plataforma lo consideraría dependiente de los restaurantes. El personal de reparto sería el que facturaría a los restaurantes, limitándose teóricamente Glovo a intermediar o conectar las necesidades de los clientes con las de las empresas de restauración y del personal de reparto (Maccloughlin, 2022).

Sin embargo, la tercera estrategia, la de externalizar, ha sido la preferida por las empresas de plataforma y, en estos casos, se ha recurrido a empresas externas para gestionar la mano de obra.

3. La externalización de la contratación de los repartidores: el convenio colectivo aplicable en caso de cesión ilegal o en caso de subcontratación lícita

Introducida la presunción de laboralidad del personal encargado del reparto por la Ley 12/2021, en el ámbito de las empresas de plataformas, algunas de es-

tas compañías recurrieron a empresas contratistas para la gestión de los procesos de selección, contratación y pago de nóminas del personal encargado del *delivery*. Con independencia de los indicios de cesión ilegal en estas empresas encargadas de gestionar la mano de obra, conviene centrar el foco en algunas estrategias seguidas para soslayar la aplicación de los convenios sectoriales de hostelería y restauración. Algunas empresas externas, claramente interesadas en conseguir los jugosos contratos con las empresas de plataforma, descargando a estas de la inconcebible idea de tener una plantilla propia, y para evitar encarecer el precio de la mano de obra, tienden a aplicar convenios de empresa. A veces se produce el juego de una empresa contratista que, a su vez recurre a una o varias empresas de trabajo temporal, que aplican el convenio de la empresa usuaria, esto es, el de la empresa contratista, con ello, el principio de omniequivalencia de condiciones previsto en el art. 11 de la ley de empresas de trabajo temporal, no juega respecto a la empresa de plataforma, sino respecto a la empresa contratista.

Veamos a modo de ejemplo, el caso de la reacción a la presunción de laboralidad en una empresa como *Uber Eats*, que en alguna ciudad externalizó la gestión de los *riders* en una empresa del grupo multinacional holandés Randstad. En otoño de 2021, tras la modificación del art. 8 del ET, los repartidores de la empresa *Uber Eats* en Valencia, pasaron de ser autónomos a estar contratados por la empresa *Randstad* en su filial dedicada al *outsourcing*. La empresa multiservicios filial en España del grupo de empresa de trabajo temporal líder mundial en este sector, se encargó de entrevistar y hacer la selección de personal, pero la decisión última sobre la contratación o no de un repartidor/a la tenía la empresa de plataforma, porque si una persona de reparto había sido desconectada de la plataforma, por ejemplo, por rechazar demasiados pedidos, no superaba el proceso de selección de la multiservicios. Es *Uber Eats*, el que indicaba a quién había que contratar o cesar, en función de datos de algoritmos sobre incidencias con los trabajadores, y al personal de la multiservicios se le dio de alta en la plataforma de *Uber Eats* para que controlara a los *riders* y determinara su retribución en función de sus recorridos, entregas, incidencias y valoración de los clientes de la plataforma. La empresa de plataforma luego ha recurrido a otras empresas de servicios y multiservicios diferentes para la contratación la gestión laboral.

La consecuencia es que la situación del personal de reparto al reconocerse la laboralidad de su relación, no ha mejorado mucho en cuanto a sus condiciones laborales. El personal de reparto está contratado generalmente con un contrato de 3 horas tres días, los fines de semana (un total de unas 9 horas) normalmente para prestar servicios entre las 20.30 y las 23.30 horas. En otoño de 2021, el convenio que se les aplicaba era el de Randstad que es un convenio con salarios para el personal encargado de atender las contrataciones muy próximo al salario mínimo y con compensaciones muy bajas o inexistentes por kilometraje o de uso de datos del móvil. Muchas de las dinámicas han seguido siendo las mismas

pese al cambio de empresa contratista para la —llamémosle— gestión laboral de los *riders*. El pago del salario lo efectúa la empresa contratista, que previamente ha sido introducida en la plataforma de reparto de *Uber Eats*, para que realice el control.

El recurso a empresas multiservicios en la gestión del personal de reparto a comida de plataforma ha comportado importar estrategias, ya muy estudiadas, de eludir el convenio sectorial mediante convenios de empresas utilizados como paraguas para evitar la aplicación de salarios superiores. A esta elusión del convenio sectorial habría contribuido el hecho de que las empresas de plataforma especializadas en el reparto de comida a domicilio tendrían escasa infraestructura, pues sus servicios se basarían muchas veces en elementos inmateriales, por lo que a priori podría pensarse que poco tendrían que ver con las empresas del sector de hostelería. Además, muchas de las empresas externas dedicadas a la gestión de los *riders* tampoco serían empresas de hostelería o restauración, sino empresas dedicadas a la gestión de contratas, es decir, empresas multiservicios.

Esta estrategia ofrece múltiples ventajas desde la perspectiva empresarial, aunque plantea serios obstáculos jurídicos. Además de ocuparse de la gestión laboral y de seguridad social, el recurso a empresas externas permite un ajuste al minuto a las necesidades tanto de las empresas de plataformas, como de los clientes, pero cargando los tiempos muertos a las empresas proveedoras, e indirectamente, a las personas trabajadoras de estas. Fiscalmente también es mejor. Los servicios realizados por las empresas se facturan y ello acarrea multitud de ventajas impositivas. Pero, la estrategia de subcontratar la gestión de la mano de obra es una expresión, que la doctrina italiana de los años 70 del pasado siglo consideraba contradictoria en sus propios términos. Y es que parte de una premisa discutible —desde la perspectiva de una posible cesión ilegal— que la gestión del personal necesario para realizar el reparto es una tarea especializada que puede subcontratarse como una tarea más, mientras que la plataforma se concentra en sus labores de «intermediación» a través de su aplicación. Esta práctica empresarial de las empresas de plataforma de centrarse en el alma de la empresa —el algoritmo y la marca— y desprenderse de los cuerpos —las personas trabajadoras necesarias para el desarrollo del negocio—, puede incurrir en una cesión ilegal de trabajadores, prohibida por el art. 43 del ET (Esteve y Todolí, 2021).

Pero dejemos de lado la cuestión sobre la posible cesión ilegal y centremos la situación en el tema del convenio colectivo aplicable al personal de reparto. Caben varias posibilidades:

- La primera hipótesis es la de personal contratado por la empresa de plataforma para el reparto de comida. En este caso, algunos trabajadores han reclamado la aplicación de los convenios de transporte. Sin embargo, un

hándicap importante es que este tipo de convenios tienen vinculación con la normativa de transporte que no requiere autorización administrativa en vehículos de dos ruedas. En este caso, el convenio colectivo sectorial de referencia debería ser el del sector de hostelería.

- La segunda hipótesis es la de personal contratado por una empresa externa que a su vez es una contratista de la plataforma dedicada al reparto. Si hubiera cesión ilegal, debería aplicarse el convenio que rigiese en la empresa de plataforma si dispusiese de un convenio de empresa, o si no, y el convenio sectorial de referencia sería el de hostelería. Si no hubiera cesión ilegal, el convenio sectorial de referencia se determinaría conforme al art. 42.6 ET, esto es por la actividad objeto de la contrata, que sería la del reparto de comida, incluida en el ALEH.

Recuérdese que, tanto si las empresas contratistas que gestionan la mano de obra o la propia empresa de plataforma disponen de convenio de empresa, siempre es importante delimitar el convenio sectorial por cuanto los convenios de empresa no gozan de prioridad aplicativa en todas las materias, por ejemplo, no la tienen en materia retributiva, con lo que solo podrán ser de aplicación en esta materia si son más favorables que los convenios sectoriales.

Los convenios de empresa, conforme al art. 84.2 del ET, no pueden tener una preferencia aplicativa en materia retributiva, por lo que, de establecer salarios inferiores, incurrirán en situaciones de ilegalidad. Si la plataforma digital, o más frecuentemente, las empresas contratistas de la compañía, tienen contratados a los *riders*, el convenio colectivo sectorial de referencia es el de hostelería del ámbito territorial en la que se desarrolle la actividad. El argumento de que la empresa de plataforma o sus empresas contratistas pertenecen a otro sector de actividad o no hay convenio, no es de recibo, porque el reparto de comida a domicilio es el objeto de la contrata, y la actividad está regulada en el Acuerdo Estatal de Hostelería.

4. La estrategia de seleccionar la aplicación del convenio de mensajería a los *riders*: ¿por qué es ilegal?

Otras empresas contratistas del reparto de comida han recurrido a otra estrategia para seleccionar su convenio colectivo. Se trata de aplicar el convenio estatal de mensajería, con el argumento de que el reparto de comida en vehículos que no requieren autorización administrativa de transporte de mercancías debe hacerse conforme al convenio estatal de mensajería y no de los de transporte de mercancías, que se reserva a los vehículos que requieren autorización administrativa de transporte. El argumento parece sugerente, pues es común en un sistema de negociación colectiva como el español, no suficientemente articulado,

que existan actividades susceptibles de incluirse en el ámbito funcional de convenios sectoriales diferentes. Sin embargo, la aplicación del convenio del sector de mensajería exige analizar el sector. Y cuando se desciende a examinar los convenios de este sector, se descubren claros indicios de un fraude y que no es para nada casual, que las empresas de plataforma y sus contratistas y subcontratistas, defiendan la aplicación de los convenios de mensajería a los *riders*, en una suerte de selección a la carta de este convenio sectorial en detrimento de los convenios de hostelería. Me he ocupado de esta cuestión con más detalle en el artículo, en prensa, en la *Revista de Derecho Social*, con el título: «El convenio colectivo aplicable a empresas de mensajería, paquetería o reparto de la última milla en vehículos de cuatro ruedas».

El sector de la mensajería tiene una estructura convencional muy controvertida porque primero el convenio colectivo estatutario estatal de mensajería está fechado en el 2006, con tabla de salarios de todas las categorías inferior al SMI. Pero no es esta la razón por la que no puede aplicarse el convenio estatutario de mensajería, sino porque sencillamente el mismo está muerto. El ámbito temporal de este convenio finalizaba según la vigencia inicialmente prevista el 31.12.2007, sin necesidad de denuncia y sin perjuicio de que las partes, si así lo acordasen, pudieran prorrogar su vigencia. Así dispone el mencionado convenio:

Artículo 3. Duración. 1. El convenio entrará en vigor el día de su firma y su vigencia se extenderá hasta el 31-12-07. 2. Sus efectos económicos, se desarrollan a lo largo del presente convenio. Artículo 4. Denuncia. El convenio finalizara el 31-12-07 sin necesidad de denuncia y sin perjuicio de que las partes, si así lo acordasen, pudieran prorrogar su vigencia.

No se olvide que las reglas previstas en materia de duración de los convenios establecen que corresponde a las partes negociadoras fijar la duración de los convenios colectivos (art. 86.1 ET), y este mismo precepto en el apartado segundo, prevé que salvo pacto en contrario el convenio colectivo se prorrogará de año en año si no media denuncia expresa. Precisamente, lo que acaece en el convenio estatutario de mensajería del 2006, es que su vigencia se extiende hasta el 31-12-2007 (art. 3 del convenio) y se ha establecido expresamente un pacto contrario a la prórroga automática del convenio (art. 4).

El segundo motivo por el que el sector de la mensajería tiene una estructura convencional muy controvertida es que existe un, no es casual el nombre, pues puede inducir a error sobre su naturaleza jurídica —un vigente «convenio colectivo estatal de mensajería» del 2022 hasta el 2025, pero que, pese a su denominación, no es estatutario, sino extraestatutario—. Este convenio no sería aplicable a las empresas contratistas de plataforma conforme a lo dispuesto en el art. 42.6 ET, pues no es un convenio estatutario de los regulados en el Título III

del ET. Pero incluso, si se prescinde de este argumento, existen otras cuatro razones por las que la aplicación de este pacto extraestatutario sería fraudulenta y una burla a los derechos de los *riders*.

La primera razón es que se ha negociado con un solo sindicato un convenio que pretende ser sectorial. El llamado convenio estatal de mensajería ha sido firmado por la asociación empresarial Asociación Española de Empresas de Mensajería (AEM) y el sindicato USO⁶. Es un pacto de eficacia limitada, pero la teoría de los convenios extraestatutarios supraempresariales, es que estos convenios (que se plantean como sectoriales) exigen, lo que se denomina una «unidad de acción del lado sindical», sin embargo, el pacto extraestatutario del sector de la mensajería ha sido negociado por un solo sindicato. Así, se alude a que el origen de los convenios colectivos extraestatutarios sectoriales:

depende de la existencia de una unidad de acción sindical entre los sindicatos mayoritarios, mientras que, del lado empresarial, depende de que se rompa la unidad de asociación empresarial en un determinado sector. (García Viña, 2016)

La doctrina científica más autorizada ha indicado que:

cabe defender la validez de aquellos convenios extraestatutarios celebrados por no existir en el ámbito de negociación sujetos con la legitimación requerida por el ET, y también la de aquellos pactos en que la retirada voluntaria y de buena fe de alguno de los componentes de la comisión negociadora hace imposible para el resto alcanzar las mayorías exigidas por la norma estatutaria. Por contra, procede calificar como nulos aquellos otros convenios extraestatutarios alcanzados bien por falta de llamamiento a la comisión negociadora de alguno de los sindicatos legitimados. (García Rubio y Goerlich Peset, 2006)

En el caso del convenio extraestatutario del sector de mensajería, no ha quedado acreditado que se haya llamado a los sindicatos legitimados.

En segundo lugar, el convenio extraestatutario de mensajería contiene regulaciones que son generales y que únicamente pueden pactarse en un convenio estatutario. Una de las doctrinas claramente fijadas por el Tribunal Supremo es que los convenios colectivos extraestatutarios no pueden tener regulaciones con proyección de generalidad, pues este tipo de condiciones con eficacia general o *erga omnes*, solo son propias de los convenios estatutarios (STS 30-5-91,

⁶ El texto de los convenios de eficacia limitada no está disponible en la base REGCON, ni en las bases de datos jurídicas que contienen convenios colectivos. No obstante, ha podido localizarse en internet, el convenio extraestatutario de los años 2016 a 2018, que está disponible en: https://www.contratacion.euskadi.eus/w32-1084/es/contenidos/anuncio_contratacion/exp74j23764/es_doc/adjuntos/seccion1.pdf.

El convenio colectivo vigente ha sido proporcionado por un miembro del sindicato USO, al que agradezco enormemente su ayuda.

rec. 1356/90, 1-7-99, rec. 4055/98 y 11-7-12, rec. 38/11). Los convenios colectivos extraestatutarios no pueden regular condiciones de trabajo o empleo con proyección general para todas las personas trabajadoras y empresarios/as insertos en el ámbito negocial (STC 108/89, 8 junio). Y es que no cabe alcanzar una eficacia personal general sin que un convenio se someta a las exigencias previstas en el Estatuto de los Trabajadores, pues dicho efecto solo está previsto para los convenios estatutarios. Es verdad que, en algún caso, se ha hecho alguna excepción a esta posibilidad de proyección general, pero partiendo de un principio de buena fe negocial en un caso en el que habían sido llamados todos los sujetos negociales y no había sido posible alcanzar un acuerdo para negociar un convenio extraestatutario. Así se ha considerado que no se vulnera la doctrina de que los acuerdos de eficacia limitada no pueden regular cuestiones generales, cuando este no altera las condiciones previstas en el convenio colectivo y la empresa había iniciado la negociación con todos los sindicatos, decidiendo algunos no sumarse al acuerdo (STS 9-10-19, rec. 164/18).

Sin embargo, el convenio colectivo extraestatutario estatal de mensajería ha sido negociado con un sindicato, no consta si han sido llamados otros, y de la simple lectura de su índice puede constatarse que no se ajusta a este carácter limitado en las materias, pues incluye todos y cada uno de los aspectos de la relación laboral.

En tercer lugar, el carácter *contra legem* de algunas cláusulas en claro perjuicio de las personas trabajadoras. Algunas condiciones del convenio extraestatutario de mensajería son de dudosa legalidad, como el reconocimiento del tiempo de descanso diario con una pausa de 30 minutos computable como de trabajo efectivo pero que se condiciona a un «período de cuatro horas de conducción ininterrumpidas en vías interurbanas». Ello es prácticamente imposible, pues la mayoría de repartos de mensajeros/as se realizan en poblaciones y por tanto, en vías urbanas. Otro ejemplo es el régimen de las horas complementarias, donde se prevé un preaviso de su realización por horas y que permite alargar el horario de trabajo. El artículo 15 del convenio prevé que:

El preaviso de la empresa al trabajador, para la realización de horas complementarias adicionales a la jornada parcial habitual, será de un mínimo de dos horas en el caso de que se deban prestar tras la finalización de la jornada prevista, y de cuatro horas si se deben prestar de forma adelantada al inicio de esta.

Hay también un particular régimen de compensación y absorción frente a lo que establezcan disposiciones legales. El art. 5.2 prevé:

Las disposiciones legales futuras que pudieran suponer un cambio económico en todos o algunos de los conceptos retributivos pactados en el presente Convenio, o supusieran la creación de otros nuevos, únicamente tendrán eficacia práctica cuando, considerados en su totalidad y en cómputo anual superen a los establecidos en este

Convenio, debiéndose entender en caso contrario absorbidos por las condiciones pactadas en el mismo.

Se establece el carácter «exclusivo y excluyente» del convenio (art. 9.2), hay una peculiarísima distribución irregular de la jornada, en la que:

El horario será flexible, de mañana y tarde, a pactar con una antelación de siete días naturales entre empresa y trabajadores de acuerdo con las necesidades del servicio. (art. 12)

Por si ello no fuera suficiente, se establece en el art. 20 un régimen de compensación de los excesos de jornada para acabar el trabajo encomendado y que «la dirección de la empresa podrá efectuar los cambios de horarios que estime precisos». En el art. 20 se prevé que:

El trabajador deberá cumplir los servicios encomendados aun cuando con la realización del último se sobrepase la teórica jornada diaria, sin que pueda por dicha causa abandonar el trabajo o demorar el servicio. El exceso trabajado se compensará de forma inmediata en las siguientes jornadas de común acuerdo entre empresa y persona trabajadora, teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

En el convenio extraestatutario llamado ‘convenio estatal de mensajería’, el salario mensual de un/a mensajero/a está unos euros por encima del SMI, pero es un salario que solo se aplica si la retribución por unidad de obra —que es la que se aplica prioritariamente— no cubre ese mínimo. Y esta unidad de obra, no es fácil de calcular, pues depende de las llamadas direcciones.

En cuarto lugar, la adhesión al convenio extraestatutario se produce en masa al firmar los contratos de trabajo. Pero además de lo anterior, interesa volver de nuevo a doctrina jurisprudencial y científica sobre los convenios extraestatutarios. Respecto a la adhesión, no es suficiente en el caso de un convenio extraestatutario supraempresarial firmado por una asociación empresarial y un sindicato que una de las partes de la relación laboral esté afiliada a la asociación empresarial o al sindicato, sino que se requiere que lo estén los dos (el empresario en la asociación empresarial y la persona trabajadora en el sindicato) o que se produzca una adhesión voluntaria y libre. En relación con la adhesión de las personas trabajadoras esta adhesión ha de ser personal e individual, porque en otro caso, si la adhesión es propuesta por el empresario de forma generalizada puede proyectarse la doctrina constitucional sobre la imposibilidad de contratación individual en masa, porque ello desvirtuaría la libertad sindical, al puentear a los sindicatos o estructuras de representación de los trabajadores y la negociación colectiva. Sobre este particular, son muy conocidas las SSTC 105/1992, de 1 de julio, 208/1993, de 28 de junio, 107/2000, de 5 de mayo, y 38/2005, de 26 de septiembre que resuelven sobre acuerdos individuales en masa lesivos del art. 37.1 CE. Por tanto, de ello se deduce que la posibilidad de modificar

lo dispuesto en un convenio colectivo es una posibilidad tasada. De suerte que no caben actuaciones empresariales dirigidas a obtener a través de la autonomía individual el establecimiento de condiciones de trabajo para un conjunto de trabajadores de la empresa que modifican las previstas en el convenio colectivo de aplicación. En la jurisprudencia ordinaria, sobre prácticas de contratación en masa, *vid.* STS 11-10-16, rec. 68/16 y STS 6-9-21, rec. 65/20.

Ahora bien, es verdad que la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha establecido doctrina que favorece la posibilidad de una adhesión bastante flexible. Así se ha señalado que no se considera lesiva de la libertad sindical ni la cláusula que posibilita la adhesión a un convenio extraestatutario, ni la práctica de empresa de contratar interinos firmando una adhesión a dicho pacto extraestatutario (STC 108/1989, 8 jun.). Tampoco constituye una negociación en masa que suponga atentado contra la libertad sindical, el posibilitar la adhesión voluntaria de los trabajadores a un acuerdo de eficacia limitada si este no altera lo dispuesto en el convenio colectivo de eficacia general (STS 9-10-19, rec. 164/18). Pero la doctrina científica también ha advertido que en materia de adhesión no caben respuestas absolutas, sino que dependerá de las circunstancias concretas, de las motivaciones y de la buena fe o no que ha llevado a un convenio extraestatutario (García y Goerlich, 2006). Sin embargo, el llamado ‘convenio estatal de mensajería’, que es un convenio extraestatutario, es aplicado por muchas empresas a los repartidores, por la vía de la adhesión individual formalizada al aceptar la relación laboral.

5. El comercio en las *dark stores* y... otra vez el problema del convenio sectorial del reparto a domicilio

La exportación a nuestro país del modelo anglosajón de *dark stores* está planteando ya problemas en relación con las condiciones de trabajo que ha de regir para su personal. Una tienda oscura o un supermercado fantasma es una empresa, o más frecuentemente, una filial de un grupo de empresas de plataforma, que vende sus productos de forma totalmente digital. De este modo, aunque estas empresas, como cualquier supermercado, necesitan de bodegas o espacios físicos donde almacenar sus productos (de alimentación, limpieza, higiene, etc.), a diferencia de las tiendas tradicionales, las *dark stores* no poseen una tienda física abierta al público. Las compras se realizan 100% de forma virtual, con una *web* o aplicación. En la tienda oscura, no abierta al público, se realizan las tareas de logística y se organizan los repartos. Los clientes reciben sus pedidos a través de servicios de *delivery* o, más propiamente en nuestra lengua, de entrega a domicilio. En estas tiendas no existe un espacio físico en el que se expongan los productos a los clientes, sino solo un espacio de interacción virtual. Los empleados que preparan los pedidos no interactúan con los clientes. Estos reciben los

pedidos mediante un servicio de entrega a domicilio propio o externalizado. En algunos *dark stores* la tecnología permite procesos automatizados de búsqueda y preparación de pedidos y también el sector de estas empresas estaba buscando métodos de entrega a domicilio mediante robots, lo que, sin embargo, plantea y ha planteado obstáculos por la organización del tráfico vial.

Pero volvamos al tema del convenio colectivo para empresas de plataforma, en particular para las filiales dedicadas a repartir para los *dark stores* o supermercados virtuales no abiertos al público. En Barcelona se ha presentado alguna demanda de despido contra las filiales del grupo Glovo. En el caso, los trabajadores inicialmente estuvieron contratados como autónomos para Glovoapp 23 SL. En el 2021 se produjo un cambio y una gran parte de los trabajadores autónomos pasaron a estar contratados laboralmente por una ETT (JT Hiring) que los ponía a disposición de otra empresa del grupo Glovo. En el mismo año una parte de los trabajadores secundaron una huelga en la ciudad de Barcelona, con cierta resonancia en la prensa, en las que las personas trabajadoras protestaban por estar subcontratadas. En el año siguiente, los conflictos se trasladaron al convenio colectivo de aplicación a estas actividades de reparto. La filial del grupo de empresas de Glovo aplicaba a los trabajadores dedicados al reparto desde el centro físico (cerrado al público), el convenio colectivo de comercio de Cataluña.

El art. 2 de este convenio establece:

Este Convenio colectivo regula las condiciones de trabajo del personal que presta sus servicios por cuenta y orden de empresas dedicadas a la actividad de comercio, tanto mayoristas como minoristas, que no están incluidas en el ámbito funcional de ningún otro Convenio publicado en el Boletín o Diario Oficial correspondiente, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio, y a aquellas personas trabajadoras y empresas a los que con anterioridad a la aplicación del presente Convenio les era de aplicación el Convenio colectivo de trabajo de mayoristas y detallistas de juguetes y cochecitos de niño de la provincia de Barcelona.

Sin embargo, en el modelo de actividad de la filial del grupo de empresas de plataforma, el reparto a domicilio es la actividad esencial. En este sentido, en alguna demanda se había solicitado por el sindicato CCOO, la aplicación del convenio colectivo sectorial de transporte de mercancías por carretera y logística a los repartidores de estas empresas de plataforma con supermercados no abiertos al público. Con carácter subsidiario, el sindicato había pedido la aplicación del convenio colectivo de hostelería y restauración. Ello conecta con el hecho de que algunas empresas de plataforma también han organizado las llamadas *dark kitchens*, esto es, colmenas de cocinas industriales, que también preparan comidas para ser distribuidas, pero sin establecimientos abiertos al público. Los argumentos que se exponían por parte del sindicato, para reclamar la aplicación del convenio de transporte eran primero, que es el convenio que

se ha de aplicar a toda la actividad empresarial de transporte de mercancías por carretera en vehículos automóviles que circulen y las denominadas actividades auxiliares y complementarias del transporte de mercancías. En segundo lugar, se aducía que la actividad principal sí estaba incluida en su ámbito funcional. Además, los convenios del sector de transporte contienen la previsión de aplicar el convenio de transporte de mercancías, en virtud del principio de unidad de empresa, a todas las actividades o la totalidad de servicios de cada empresa cuya actividad principal esté incluida en su ámbito funcional y, añaden, que si existen servicios que constituyan unidades de negocio independientes, se establece que para que no les sea de aplicación, debe acordarse mediante un convenio colectivo estatutario. Y en tercer lugar, que los convenios de transporte, en virtud del II Acuerdo General, incluyen a la mensajería y a la logística. En particular, incluyendo expresamente a «la realización de las actividades de transporte de la cadena de suministro».

Sin embargo, la aplicación del convenio de transporte choca con un elemento del modelo de negocio de muchas *dark stores*, y es que muchas no utilizan vehículos automóviles sino bicicletas, patinetes o ciclomotores. Podría aducirse que el convenio de transporte solo debe vincular a empresas de transporte o empresas con los títulos habilitantes de transportistas u operador de transporte. Es verdad, por otra parte, que la ausencia de título para la empresa no siempre ha sido obstáculo para impedir vincular a una empresa que ejerce una actividad de transporte a la normativa sectorial que regula dicha actividad. En el caso de Uber ya se dijo que el servicio de intermediación de esta empresa en el transporte de viajeros, tenía que calificarse de servicio en el ámbito del transporte (STSJUE 20-12-17, C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi). La aplicación de la normativa de transporte es importante por temas de tiempo de trabajo (conectividad, tiempos muertos, descansos, prevención de riesgos laborales...). No obstante, la aplicación de convenios sectoriales de transporte de mercancías en nuestro país exige que la empresa disponga o deba disponer de autorizaciones administrativas de transporte de mercancías, lo que por el tipo de vehículos (generalmente de dos ruedas), no son necesarias en el reparto de pequeños paquetes.

Sin embargo, al cierre de la revisión de este artículo se ha tenido conocimiento de la SJS 351/2022, núm. 8 de Barcelona, de 8 de noviembre de 2022, que ha admitido la aplicación del convenio colectivo de comercio a un repartidor de la plataforma Glovo que había estado contratado por diversas filiales del grupo dedicadas a los supermercados digitales, al no haberse acreditado en la prueba que la actividad del grupo de empresas laboral fuera otra que la del comercio, si bien reconoció a la persona trabajadora la categoría de chófer repartidor con un salario superior al que se le venía abonando por las mercantiles del grupo laboral de empresas, que se declaró en la sentencia.

6. Conclusiones

Las conclusiones sobre lo analizado en relación con el convenio aplicable a los *riders* son las siguientes:

En primer lugar, desde el 2019, en el ámbito funcional del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería (ALEH) se incluyó expresamente al personal de reparto de comida a domicilio en los convenios de hostelería. Su razón de ser era evitar una suerte de competencia a la baja entre establecimientos que recurrían al personal propio para el reparto y aquellos que externalizaban el reparto con empresas de plataforma a través de aplicaciones en dispositivos móviles. Y es que la existencia de empresas de plataforma que abrían una línea de negocio y recurrían al reparto con personal autónomo y, en el caso de que fueran laborales, con costes a la baja podía resultar anticompertitiva si se comparaba con las formas tradicionales de reparto de comida preparada, donde se recurría a la laboralidad de las personas trabajadoras que prestaban sus servicios: con cobertura por accidentes, cotizaciones a la seguridad social a cargo de la empresa, etc.

En segundo lugar, la inclusión en el ámbito de ALEH de las plataformas de reparto de comidas y bebidas que se proyectaría sobre empresas como *Deliveroo*, *Uber Eats*, *Glovo*, etc., ha planteado dudas a un sector de la doctrina por considerar que estas empresas podrían ser consideradas ajenas a la actividad de hostelería y no realizar una actividad auxiliar de las de hostelería y restauración. Otra doctrina ha tenido una postura más neutra y ha incidido en que este acuerdo, al igual que ocurriera con otras experiencias comparadas, partiría de la inclusión de determinadas empresas de plataforma en un sector tradicional por su tipo de negocio, siendo negociado por los sindicatos y organizaciones empresariales de dicho sector. La ventaja de este método es que las partes pueden utilizar el marco tradicional de los procesos de negociación y también aprovechar los logros de los convenios colectivos en términos de contenido, a lo que cabría añadir que se supera la pasividad de las empresas de plataforma a la hora de integrarse en asociaciones empresariales existentes o constituir unas específicas. Por lo demás, esta inclusión cuenta con un poderoso apoyo y es que la CCNCC ha considerado que las concretas empresas que se encargan exclusivamente (o de manera preponderante) de realizar el reparto de comida al domicilio del cliente que solicita este servicio al restaurante a través de la *app* se sujetan al convenio de hostelería.

En tercer lugar, el segundo tipo de convenios sectoriales potencialmente aplicables a los *riders* son los de transporte de mercancías. Su aplicación ha sido reivindicada tradicionalmente por los sindicatos para los repartidores, pero el hándicap es que en muchos casos el reparto se produce en vehículos que no requieren de autorización administrativa de transporte, como bicicletas, patinetes o ciclomotores. La inclusión de la actividad de reparto de comida en los convenios de transporte requeriría una inclusión expresa en el Acuerdo del Sector del

Transporte a las actividades de reparto en estos vehículos. Sin embargo, ello no es imposible que se produzca en el futuro, pues en otros países, sí ha existido una inclusión expresa en los convenios de logística de los repartidores de plataformas, como en Italia.

Después del establecimiento de la presunción de laboralidad la mayoría de las empresas de plataforma que gestionaban *apps* de reparto de comida y que antes de la Ley 12/2021, contrataban directamente con autónomos, han seguido varias estrategias. La mayoría de las empresas de plataforma han desechado la opción de integrar al personal en su propia plantilla. Se han seguido dos vías alternativas.

En la primera vía la empresa de plataforma aparecería como tercero intermediador, entre los restaurantes y establecimientos de comida y el personal de reparto. Este personal sería autónomo o, si se entendiese que debería haber relación laboral, la empresa de plataforma lo consideraría dependiente de los restaurantes. El personal de reparto sería el que facturaría a los restaurantes, limitándose teóricamente la empresa de plataforma a intermediar o conectar las necesidades de los clientes con las de las empresas de restauración y del personal de reparto.

La segunda vía sería la de externalizar el empleo de los *riders*. Esta subcontratación presenta fuertes indicios de cesión ilegal de trabajadores. En todo caso, en el artículo se analiza el convenio colectivo aplicable tanto si se produce una situación de prestamismo laboral o no. Si hubiera cesión ilegal, debería aplicarse el convenio que rigiese en la empresa de plataforma si dispusiese de un convenio de empresa, o si no, y el convenio sectorial de referencia sería el de hostelería. Si no hubiera cesión ilegal, el convenio sectorial de referencia se determinaría conforme al art. 42.6 ET, esto es por la actividad objeto de la contrata, que sería la del reparto de comida, incluida en el ALEH. Recuérdese que, tanto si las empresas contratistas que gestionan la mano de obra o la propia empresa de plataforma disponen de convenio de empresa, siempre es importante delimitar el convenio sectorial por cuanto los convenios de empresa no gozan de prioridad aplicativa en todas las materias, por ejemplo, no la tienen en materia retributiva, con lo que solo podrán ser de aplicación en esta materia si son más favorables que los convenios sectoriales. Si la plataforma digital, o más frecuentemente, las empresas contratistas de la compañía, tienen contratados a los *riders*, el convenio colectivo sectorial de referencia es el de hostelería del ámbito territorial en la que se desarrolle la actividad. El argumento de que la empresa de plataforma o sus empresas contratistas pertenecen a otro sector de actividad o no hay convenio, no es de recibo, porque el reparto de comida a domicilio es el objeto de la contrata, y la actividad está regulada en el Acuerdo Estatal de Hostelería.

Una cuarta conclusión es que no es legal la aplicación de los convenios del sector de la mensajería a los *riders*. De entrada, es más que dudoso que el reparto de comida sea propiamente un paquete o envío postal. Pero además si se analiza

la regulación convencional del sector de mensajería hay argumentos adicionales que no deberían permitir la aplicación de los convenios de este sector, aunque en la práctica ello está bastante generalizado, porque sus condiciones laborales son muy bajas.

En primer lugar, porque el convenio estatutario de mensajería habría finalizado su vigencia el 31-12-2007. Aunque no está denunciado, no puede entenderse prorrogado tácitamente por haberse pactado lo contrario expresamente (arts. 86.2 ET y 3 y 4 del Convenio).

En segundo lugar, el convenio extraestatutario llamado ‘convenio estatal de mensajería’ está siendo aplicado de forma generalizada por muchas empresas de reparto a toda su plantilla. Sin embargo, sobre el mismo se proyectan algunos indicios de ilegalidad: en su contenido, por incluir un elenco de cláusulas que por su carácter general no pueden contenerse en un pacto de eficacia limitada; por contener otras cláusulas *contra legem*, porque en su negociación no consta que hayan participado otros sindicatos más representativos o representativos en el sector, sino que este pacto extraestatutario ha sido negociado por un solo sindicato. También hay indicios de que se produce una adhesión en la suscripción de los contratos de trabajo que podía incurrir en prácticas de contratación en masa.

En los *dark stores* o supermercados totalmente digitales, se ha planteado también reclamaciones sobre el convenio aplicable. Algunas empresas de plataformas o sus contratistas han aplicado el convenio de empresas de comercio minorista de Cataluña. Por su parte, algunos sindicatos han solicitado la aplicación del convenio colectivo sectorial de transporte de mercancías por carretera y logística a los repartidores de estas «empresas de plataforma con supermercados no abiertos al público». Con carácter subsidiario, se ha pedido la aplicación del convenio colectivo de hostelería y restauración.

Respecto a las pretensiones sindicales ha de señalarse que: primero, la aplicación del convenio de transporte choca con un elemento del modelo de negocio de muchas *dark stores*, y es que muchas no utilizan vehículos automóviles sino bicicletas, patinetes o ciclomotores, y segundo, en tanto no se prevea una solución específica, debería aplicarse la misma solución a este personal que para el resto de los *riders*, esto es la de los convenios del sector de hostelería. Sin embargo, al cierre de la revisión de este artículo se ha tenido conocimiento de la SJS 351/2022, núm. 8 de Barcelona, de 8 de noviembre de 2022, que ha admitido la aplicación del convenio colectivo de comercio a un repartidor de la plataforma Glovo que había estado contratado por diversas filiales del grupo dedicadas a los supermercados digitales, al no haberse acreditado en la prueba que la actividad del grupo de empresas laboral fuera otra que la del comercio, si bien reconoció a la persona trabajadora la categoría de chófer repartidor con un salario superior al que se le venía abonando.

7. Bibliografía

- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *Breves apuntes de una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales*, RDS (87), 2019, 65-89.
- COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS (DIR. J. RIVERO LAMAS), *La negociación colectiva en el sector de la hostelería*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.
- ESTEVE SEGARRA, Amparo y TODOLÍ SIGNES, Adrian, *Cesión ilegal del trabajadores y subcontratación en las empresas de plataformas digitales*, Revista de Derecho Social (95), 2021, 37-64.
- GARCÍA RUBIO, María Amparo y GOERLICH PESET, José María, «Fundamento y naturaleza de los convenios extraestatutarios», en AA.VV. (coord. F. Pérez de los Cobos y J.M. Goerlich), 2006, *El régimen jurídico de la negociación colectiva*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA VIÑA, Jordi, *Cuestiones actuales de la negociación colectiva en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, Disponible en Base de datos Tirant On Line.
- GYULAVÁRI, Tamás y KÁRTYÁS, Gábor, «Por qué la negociación colectiva es ineludible para los trabajadores de plataformas y cómo lograrla», en AA.VV. (dir. J.M. Miranda Boto y E. Brameshuber), *Negociación colectiva y economía de plataformas (Una herramienta tradicional para nuevos modelos de negocio)*, Madrid: Ediciones Cinca, 2022, 125-143.
- KLEIN, Naomi, *No logo*, Paidós, Barcelona, 2002.
- LOI, Piera, «Las fronteras entre convenios colectivos y legislación en la economía de plataformas», en AA.VV. (dir. J.M. Miranda Boto y E. Brameshuber), *Negociación colectiva y economía de plataformas (Una herramienta tradicional para nuevos modelos de negocio)*, Madrid: Ediciones Cinca, 2022, 43-60.
- MACLOUGHLIN, Michael, «Glovo cambia su funcionamiento y mete en un lío a supermercados y restaurantes», *El confidencial*. 5-5-22, 2022. Recuperable en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2022-05-05/glovo-facturacion-ley-rider-autonomos-supermercados-restaurantes_3419047/.
- QUONDAMATTEO, Nicola, «Eppur si muove. I difficile camino della contrattazione collettiva nel settore del food delivery», *Labour & Law Issues*, 2021 (1). <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/12977>.
- MCLOUGHLIN, M, «La aldea gala de la 'gig economy': el plan de Barcelona que desquicia a las plataformas», *El Confidencial*. 3-4-22, 2022. Recuperable en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2022-04-03/nueva-economia-barcelona-prohibiciones_3395175/.
- MIRANDA BOTO, José maría, «Negociación colectiva y economía de plataformas: realidades y posibilidades», en AA.VV. (dir. J.M. Miranda Boto y E. Brameshuber) (2022). *Negociación colectiva y economía de plataformas (Una herramienta tradicional para nuevos modelos de negocio)*, Madrid: Ediciones Cinca, 23-42.
- SÁEZ LARA, Carmen, «Inteligencia artificial en la empresa y negociación colectiva», en AA.VV. (dir. J.M. Gómez Muñoz), *Nuevas formas de negociación colectiva en la empresa digital*. Albacete: Bomarzo, 2021, 15-50.
- VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés, *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, Albacete: Bomarzo, 2021.