

La relación laboral de los “glovers”.

STSJ de Madrid-SOC núm. 1155/2019, de 27 de noviembre.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: La sentencia dictada por el Pleno de la Sala Social del TSJ estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la parte trabajadora contra la sentencia dictada por el JS núm. 17 de Madrid el 11 de enero. El punto central del fallo es el reconocimiento del vínculo contractual laboral asalariado que une al repartidor que presentó la demanda y la empresa Glovo. Se declara la improcedencia del despido del actor.

Palabras clave: Trabajador, autónomo, ajenidad, subordinación, voluntariedad.

Abstract: The sentence issued by the Plenary of the Social Chamber of the High Court of Justice partially upholds the appeal for relief filed by the working party against the sentence issued by the JS No. 17 of Madrid on 11 January. The central point of the ruling is the recognition of the contractual employment relationship between the Glovo company and the delivery man who filed the suit. The dismissal of the plaintiff is declared inadmissible.

Keywords: Worker, self-employed, alienation, subordination, voluntariness.

I. Introducción

La importancia que tiene la sentencia es mucha, no solo por su contenido sino porque se dicta por el Pleno por cuanto que penden sobre la Sala Social del TSJ de Madrid diversos recursos sobre controversias similares, y de acuerdo al art. 197 de la LOPJ se acordó convocar Pleno con la finalidad de “lograr un criterio uniforme de esta Sala en aras a la necesaria seguridad jurídica”.

Es una sentencia verdaderamente relevante, con una cuidada y rigurosa fundamentación jurídica, con la que estoy completamente de acuerdo (no es nuevo mi parecer, ya que lo he manifestado en muchos análisis anteriores de otras resoluciones judiciales tanto nacionales como extranjeras), y que rechaza el mero formalismo jurídico para realizar una aplicación de la normativa muy vinculada a la realidad de las prestaciones de los repartidores, y ello siempre partiendo de los hechos probados.

II. Identificación de la Resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social. Pleno).

Fecha y número de la resolución judicial: sentencia núm. 1155/2019, de 27 de noviembre.

Tipo y número de recurso: recurso de suplicación núm. 588/2019.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Torres Andrés.

ECLI: ES:TSJM:2019:11243.

Fuente: CENDOJ.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Recuerdo en primer lugar los datos fácticos del caso, y obviamente parto de la sentencia del JS. El litigio del que conoce deriva de una demanda interpuesta por un glover el día 17 de abril de 2018, habiéndose celebrado el acto del juicio el día 10 de enero de 2019. En los hechos probados se da debida cuenta del contenido del contrato formalizado el 21 de marzo de 2016 (anteriormente existía, desde el 11 de febrero, un contrato de prestación de servicios), denominado “contrato para la realización de actividad profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente”. Sí parece relevante la referencia a un informe de la ITSS emitido el 4 de noviembre de 2016 en el que se afirma (vid hecho probado octavo), a diferencia de todos los demás informes que he conocido y que postulan la existencia de una relación asalariada, en el que “llega a la conclusión de que no pueden apreciarse que se den en la relación que une a la empresa... con los mensajeros o repartidores todas las notas de una relación laboral en el sentido de dependencia, ajenidad y retribución incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los trabajadores...”. La rescisión del contrato se produjo, según la empresa, a petición propia del repartidor, y tuvo efecto el 14 de marzo.

La sentencia, en su fundamentación jurídica, repasa primeramente la normativa reguladora del trabajo autónomo (Ley 20/2007 de 11 de julio), en concreto sus arts. 1, 2, 11 y 12, que transcribe íntegramente, y a continuación reproduce un párrafo de la sentencia dictada por el TSJ de Madrid el 13 de junio de 2018 (rec. 57/2018), en la que se subraya, con acogimiento de la jurisprudencia del TS, que aquello que importa en una relación contractual es el contenido real y efectivo, y no la denominación formal que le den las partes.

A partir de aquí, pasa directamente a sostener que la relación entre el repartidor y Glovo, “a la vista de sus cláusulas (NOTA ERT: del contrato) y de cómo se llevó a cabo la prestación de servicios, se puede decir que efectivamente se trata de una relación de trabajo autónomo económicamente dependiente”. Siempre según su señoría, “el demandante prestaba servicios en el horario que previamente determinaba, los días que él fijaba, con su propio vehículo o medio de transporte elegido por él, con su criterio organizativo propio, eligiendo el itinerario; que el riesgo y ventura del transporte lo asumía él; que no estaba sometido al poder disciplinario ni organizativo de la empresa, que era libre de aceptar o no un pedido, y que una vez aceptado, podía rechazarlo; que podía cogerse 18 días hábiles anuales sin derecho contraprestación; que no estaba sujeto a ningún régimen de exclusividad; que el importe de la factura dependía de los pedidos efectivamente realizados (tipo de pedido, distancia kilométrica y tiempo de espera)”, añadiendo, sin mayor justificación o argumentación para conocer en qué basa su criterio, que “además, concurrían en el demandante las circunstancias exigidas para ser trabajador autónomo económicamente dependiente, y así se hizo constar en el contrato” (me pregunto qué importancia puede tener este dato formal si la realidad abocara a una tesis contraria, y afirmo que ninguna).

Más adelante, y una vez desestimada la existencia de relación laboral, la sentencia aborda el hipotético de derecho del repartidor a percibir una indemnización por finalización de contrato, reproduciendo el art. 15 de la Ley 20/2007 y concluye,

siempre a partir de los hechos que considera probados, que la extinción se produjo por voluntad propia del repartidor, sin causa justificada, por lo que no procede indemnización alguna.

IV. Posiciones de las partes y normativa aplicable al caso

Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de suplicación al amparo del art. 193 de la LRJS, con un total de nueve motivos. En el primero se solicita, al amparo del apartado a), la nulidad de la resolución recurrida, del segundo al séptimo se pide la modificación de diversos hechos probados, con soporte en el apartado b), y los dos últimos centran su argumentación en la infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable, con apoyo en el apartado c).

Estimada parcialmente la nulidad de la sentencia, sin afectar al núcleo duro de mi exposición, la Sala se adentra en el examen de los seis motivos en los que se solicita modificación de diversos hechos probados. Remitiendo a todas las personas interesadas a la atenta lectura de los hechos probados octavo a undécimo, cabe decir que no se acepta la petición relativa al hecho segundo, basada en los contratos formalizados por el actor, en conversaciones mantenidas a través de chat con el personal que atiende la plataforma digital de la empresa, y del informe pericial aportado en autos. La Sala recuerda la consolidada jurisprudencia sobre los requisitos que requiere la presentación, y contenido, de una solicitud de modificación, señaladamente que tenga trascendencia para alterar el fallo de la sentencia recurrida y que sea suficientemente clara e indubitada sin necesidad de interpretación alguna, así como que se aporte en su caso el texto concreto del cambio propuesto. No se dan tales requisitos (vid, fundamento de derecho undécimo) por entender la Sala que las propuestas ya aparecen recogidas en los hechos probados, además de ser de “escasa precisión” y en algún caso basarse en pruebas que son inhábiles a los efectos de interposición del recurso.

Sí será acogido parcialmente, y tiene especial relevancia, el motivo en el que se pide la modificación del hecho primero de la sentencia recurrida, en el que esta explicaba el contenido del contrato TRADE y su régimen de prestación de servicios, y en el que después basaría gran parte de su argumentación jurídica para desestimar la existencia de relación laboral asalariada. La petición guarda relación con la remuneración económica que se percibía por la realización de cada servicio, y siendo cierto que el hecho probado recoge los términos del contrato suscrito el 21 de marzo de 2016, es también cierto que en el contrato anterior, de 11 de febrero, existían otras cláusulas y condiciones que no fueron tomadas en consideración por la juzgadora de instancia, llegando la Sala a la conclusión, en la estimación parcial del recurso, de que “nada impide que en el mismo ordinal convivan uno y otro texto, que no son incompatibles, en el bien entendido de que la adición aceptada se anuda al contrato inicial de 11 de febrero de 2.016, lo que le dota de una innegable relevancia en orden a conocer la voluntad de los contratantes al inicio de la relación contractual que les unió”.

La desestimación de otra modificación solicitada al hecho probado primero respecto a que la facturación del pedido la hacía siempre la empresa y nunca el repartidor no es aceptada por basarse en prueba pericial no útil para el objetivo propuesto, sin perjuicio de que la Sala exponga, con importancia que se verá después concretada jurídicamente en otros fundamentos, que “resulta evidente que los ingresos económicos de los que se nutre la demandada provienen de lo que ésta factura a los establecimientos y comercios concertados cuyos productos proporciona al cliente final y, a su vez, de la parte que obtiene por el coste del envío, sin que el recadero tenga intervención alguna en tales operaciones comerciales”.

La modificación del hecho probado cuarto se refiere, en primer lugar a los períodos en el que el repartidor prestó servicios, con concreción del número de horas, y se basa en pruebas documentales obrantes en autos y en el informe pericial. Dado que la petición se acredita de manera fidedigna, es acogida por la Sala, “sin perjuicio de valorar más adelante su trascendencia para la resolución del recurso”. Por el contrario,

no se aceptará la petición de otra modificación al mismo hecho probado, en cuanto al número de reasignaciones efectuadas durante un determinado período de su actividad, ya que no queda debidamente acreditada a partir de la prueba pericial en la que se basa y además carece de trascendencia para la modificación del fallo. No obstante, sí es muy importante la supresión que efectúa la Sala de una manifestación vertida en este hecho probado, cual era que “es el actor quien organizaba su tiempo de trabajo y la distribución del mismo”, tesis empresarial y que fue acogida por la juzgadora, si bien al incorporarla como hecho probado cometió un error jurídico ya que, tal como argumenta muy correctamente a mi parecer el TSJ, “debe tenerse por no puesto debido a su carácter eminentemente valorativo y, por tanto, predeterminante del fallo, al ser éste, precisamente, uno de los elementos a considerar para dirimir la naturaleza jurídica del nexo contractual que vinculó a las partes”.

Especial trascendencia, y sigo con el análisis de los motivos en los que se solicita la modificación de hechos probados, es la petición de alteración del séptimo, y en concreto de la supresión de la referencia expresa a que el repartidor “asumía la responsabilidad del buen fin del servicio (cobrándolo sólo si lo terminaba a satisfacción del cliente), y asumía frente al usuario (cliente final) los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte”. La Sala lo acoge, con innegable trascendencia para la valoración jurídica que efectúa después sobre la existencia de relación laboral asalariada, por un doble motivo: en primer lugar “porque tal afirmación entraña una valoración jurídica impropia de la premisa fáctica de la sentencia, puesto que condiciona ineluctablemente su fallo o, en otras palabras, lo predetermina”, y en segundo término, con una educada pero no menos contundente crítica a la fundamentación jurídica de instancia, porque “encierra, además, un patente error conceptual, por cuanto el hecho de cobrar el precio del servicio cuando éste finaliza a satisfacción del cliente, lo que es consustancial al tipo de remuneración por unidad de obra –a destajo–, no es equiparable a responder del buen fin del servicio con asunción del riesgo y ventura que el mismo conlleva...”.

Mucha menor relevancia a los efectos de mi explicación tiene los dos restantes motivos del recurso, que no son aceptados, en los que solicita la incorporación de dos nuevos hechos probados, relativos a la instalación de un sistema de geolocalización del repartidor y de las causas de extinción del contrato formalizado como TRADE. Si acaso, interesa reseñar que la Sala manifiesta, con respecto a la instalación de aquel sistema desde el 9 de marzo de 2016, que “se trata de hecho que, constante en la demanda, la empresa no cuestiona con carácter general, siendo, por ende, circunstancia que también es predicable de la forma de prestación de servicios del actor, salvo que es esta sede la parte demandada intente sostener una actitud contraria a la evidencia, lo que no parece ser el caso”.

V. Doctrina básica y pasajes decisivos

Llegamos ya al contenido nuclear de la sentencia, es decir a la respuesta que da la Sala a los motivos de impugnación basados en la infracción de normativa y jurisprudencia aplicable (art. 193 c LRJS). Los preceptos que la parte recurrente considera infringidos por la resolución judicial recurrida son los arts. 1.1 y 1.3 g) de la LET, y los arts. 1 y 11 de la LETA. En cuanto a la jurisprudencia que considera conculcada, se aducen las sentencias de 26 de febrero de 1986 (el histórico caso de los mensajeros), 19 de diciembre de 2005 y 22 de enero de 2008, sorprendiéndome que la parte recurrente no haga referencia a recientes sentencias del alto tribunal en las que se ha profundizado, y reforzado, el carácter laboral asalariado de las relaciones en las que se suscitan dudas sobre ello, como han sido las dictadas en caso de traductores e intérpretes judiciales jurados, profesionales de reparación de ascensores, profesorado de centros de formación profesional no universitarios, o personal aparentemente autónomo por trabajar en una cooperativa y que realmente encubría una relación laboral asalariada

La Sala procede en primer lugar a reproducir los hechos probados tercero y sexto de la sentencia de instancia, que no fueron objeto de impugnación en el recurso de suplicación, y lo realiza porque de acuerdo a lo en ellos expuesto la juzgadora rechazó

la tesis de la parte recurrente de estar en presencia de una relación laboral asalariada. Los citados hechos probados, en los que la sentencia recogía prácticamente inalterada la argumentación empresarial respecto al desarrollo y concreción de la actividad llevada a cabo por los repartidores, son calificados, con mucha razón a mi parecer, por la Sala, como “criterios básicamente formales que la mayoría de la Sala no comparte”, si bien el término “mayoría” debe ser sustituido por el de “totalidad” en cuanto que no consta, al menos en el texto de la sentencia que he tenido oportunidad de leer, ningún voto particular concurrente o discrepante.

La argumentación jurídica de la Sala, muy didáctica en su explicación, pone primeramente de manifiesto la clara divergencia entre la resolución judicial recurrida, y todas, añadido por mi parte, las que se han pronunciado en los mismos términos de declarar la inexistencia de relación laboral asalariada, y aquellas que se han pronunciado, como lo hace ahora el Pleno del TSJ, en sentido contrario. Divergencia que se concreta en el análisis meramente formal del caso por las primeras, es decir al contenido de los contratos como trabajador autónomo, y en el análisis de las condiciones reales de cómo se desarrolla la actividad y en qué condiciones, por parte de los segundos, siendo además de destacar que en la sentencia ahora analizada no se trata de un conflicto de carácter colectivo, en el que haya intervenido la ITSS, sino de uno de índole particular en el que la Sala ha debido construir su argumentación jurídica a partir de una realidad formal que, como comprobaremos inmediatamente, queda claro que no es la del día a día de las prestaciones de servicios de los repartidores, en donde la tecnología es el eje central para determinar quién organiza la actividad productiva y en donde la dependencia, ajenidad (en sus distintas versiones) y la remuneración salarial (es obvio que la voluntariedad jurídica en la formalización de la relación contractual existe, siendo cuestión muy distinta la voluntariedad económica, pero esta obviamente no importa ahora a los efectos de análisis jurídico del caso) existen claramente e incluso, como ocurre con la nota de dependencia o subordinación, en mucha mayor medida que en la mayor parte de las relaciones contractuales laborales.

La tesis expuesta en el fundamento de derecho vigesimocuarto, que abre la argumentación tendente a demostrar, con pleno acierto a mi parecer, que estamos en presencia de una relación de trabajo asalariado, merece reproducirse literalmente por su claridad y precisión. Al referirse al debate, concurrente en el caso enjuiciado, de si estamos en presencia o no de una relación jurídico laboral asalariada, se expone que “Se trata, sin duda, de problemática de fondo ciertamente compleja, mas también cabe decir que la aplicación de los tradicionales criterios del Derecho del Trabajo en relación a los elementos que caracterizan una relación laboral común se nos antoja suficiente para darle respuesta adecuada, siempre, claro está, que contextualicemos debidamente los presupuestos fácticos que concurren o, lo que es lo mismo, los analicemos a la luz de la realidad social actual (artículo 3.1 del Código Civil), lo que exige adaptar dichos estándares clásicos a los avances tecnológicos que continuamente se producen y, por tanto, a lo que es una sociedad como la nuestra dominada por las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación) merced a la aparición cada vez más frecuente de plataformas digitales o virtuales de diferentes clases, las cuales se erigen en el principal activo empresarial de sus propietarios con el uso de algoritmos, obviamente secretos, que configuran y definen su funcionamiento, a la par que con la especial idiosincrasia de las relaciones contractuales generadas en torno a esta herramienta mediante las aplicaciones informáticas creadas ad hoc”.

Hay que dar contenido concreto a la tesis general expuesta, y la Sala parte, nada más ni nada menos, de un recordatorio que me parece totalmente acertado y sobre el que otras sentencias también han centrado su atención. Acude a la histórica (“emblemática” es el término utilizado por el TSJ) sentencia del TS de 26 de febrero de 1986, de la que efectúa una muy amplia transcripción, para poner de manifiesto en primer lugar que hay muy pocas diferencias entre aquella prestación realizada y la que ahora es objeto de enjuiciamiento, a salvo lógicamente del cambio tecnológico operado en estos treinta y tres años de diferencia y que permiten un grado mucho

mayor de flexibilidad para la parte empresarial en la organización y dirección de la actividad productiva, al tiempo que dejan casi completamente obsoleta la obligación que tenía el mensajero de ir diariamente a la sede de la empresa para recoger todos los paquetes a entregar y la correspondiente hoja de ruta; cambio tecnológico (y recordemos que la aplicación informática es propiedad de la empresa y que sin estar conectado a ella no se puede prestar servicios, es decir no se puede trabajar) que tendrá una trascendencia indudable en la reconfiguración de la actividad productiva pero que no alterará en modo alguno el vínculo contractual asalariado.

Por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “Se trata, pues, de supuesto que se asemeja en buena medida al que ahora nos ocupa, salvo, insistimos, en lo que toca al medio de comunicación entre la empresa y el repartidor, que en el presente caso se vale para ello de una plataforma digital y la aplicación informática que se anuda a ella propiedad de la demandada, elementos que, como se verá, resultan de suma trascendencia”, y en el que concurrían los mismos presupuestos sustantivos que en la relación jurídica ahora objeto de juicio, con su lógica adaptación jurisprudencial, algo que siempre deben hacer los juzgados y tribunales, a los nuevos marcos organizativos, de gestión y dirección empresarial.

Se interroga la Sala (estamos en el fundamento de derecho vigésimo séptimo) si su tesis de estar en presencia de una relación laboral asalariada si se siguen los mismos criterios que en la sentencia de 26 de febrero de 1986 podría ser cuestionada por la figura jurídica del TRADE, a la que formalmente se han acogido las partes contratantes. La respuesta, claramente negativa, se sustenta en la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2017 (rec. 2806/2015), que aborda la problemática contractual de los traductores e intérpretes judiciales y jurados, y en la que se constató, recuerda la Sala, que se prestaban servicios para una Administración autonómica a través de una plataforma digital de la que era titular la empresa adjudicataria del servicio, subrayando el TSJ que “si bien, entonces, los medios tecnológicos empleados eran, entonces, más rudimentarios que los de GlovoAPP23”.

Siendo consciente la Sala de que con su sentencia se pretende “lograr un criterio uniforme” de cara a los recursos que penden sobre la misma en casos similares, empieza “fuerte” su argumentación, con tesis que comparto plenamente, ya que afirma que la amplísima referencia a la sentencia citada del TS (un “largo excursus doctrinal”) le sirve para sentar unos criterios y unas primeras conclusiones que son “en nuestra opinión inobjetable”. Todas ellas se extraen de la normativa vigente y de la muy amplia jurisprudencia del TS en los litigios en los que ha debido pronunciarse sobre la existencia, o no, de relación contractual asalariada.

Son las siguientes:

“Los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean, ni lo que quepa deducir de la denominación que las mismas les otorguen -nomen iuris-, principio que es propio tanto de nuestro ordenamiento jurídico interno, cuanto del Derecho de la Unión Europea”. Me parece especialmente importante la mención al Derecho de la UE^[1],

¿Está de más recordar la presunción de laboralidad recogida en el art. 8.1 LET? En modo alguno, aunque ello sea, subraya con acierto (y quizás teniendo en consideración algunas sentencias que parecen haber descubierto una inexistente, presunción de extralaboralidad), “una obviedad jurídica”, por lo que estamos en presencia de una presunción legal iuris tantum que “impone a la empresa la carga de la refutación”, y no, como ha ocurrido en alguna sentencia, trasladar la carga de la prueba a la parte demandante para probar la existencia de una relación asalariada si se parte de una presunción, inexistente, de extralaboralidad si las partes han suscrito un contrato de autónomo.

Más obviedades jurídicas, con indudable y amplísimo apoyo jurisprudencial, son la nula importancia, a los efectos de calificar la naturaleza jurídica de la relación, de estar dado de alta en el RETA, de cobrar mediante facturas, o de haber suscrito (tal

como ocurre en el caso enjuiciado) un seguro de responsabilidad civil, ya que estos datos “nada aportan a la calificación del carácter laboral como trabajador asalariado, o no, de la relación contractual que vinculó a los litigantes”, con sustento jurisprudencial en la sentencia de 11 de febrero de 2015 (rec. 2353/2013)^[2]

Otro dato de no menor importancia, y que ha sido destacado en otras sentencias que han sostenido la existencia de relación laboral asalariada, es el hecho de que las facturas se confeccionen por la empresa para la que se restan los servicios, dado que demuestra claramente (otra obviedad real para quien se acerque a la práctica de la prestación de servicios de los repartidores) que el autónomo o TRADE no dispone de infraestructura propia para el desarrollo de su actividad, algo que es completamente incompatible con dos de los requisitos requeridos por el art. 11. 2 de la LETA para la conceptualización de TRADE, cual es “c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente”, y “Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente”.

No estamos, en principio, en presencia de una relación contractual de TRADE, y hay que examinar, y así lo hace la Sala, si se dan los presupuestos sustantivos que permitan afirmar la existencia de una relación asalariada. Dejando “para el final” el examen de la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad, se da respuesta primeramente a la existencia o no de una remuneración salarial, de un salario que se ajuste a los requisitos requeridos por el art. 26 y ss de la LET (“Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo”).

Respuesta claramente afirmativa aunque se cobre por unidad de obra (de servicios prestado) y en función del precio o tarifa que fija de manera unilateral la empresa, en cuanto que esta posibilidad está expresamente prevista en el citado art. 26, añadiendo la Sala, para ir asentando su tesis finalmente estimatoria del recurso, que “sin que el hecho de que su cobro dependa, como no podía ser de otro modo, de la materialización final del pedido prive de virtualidad a lo anterior, ni suponga que el actor respondiese del buen fin del servicio o, más concretamente, asumiera el riesgo y ventura del mismo, a lo que luego volveremos para dar respuesta a las objeciones que en este punto arguye la empresa en su escrito de impugnación”.

Dedica la sentencia un amplio bloque de su fundamentación jurídica al examen de la concurrencia de las notas de dependencia o subordinación y de ajenidad (fundamentos de derecho trigésimo cuarto a cuadragésimo segundo).

Analiza con rigurosidad las distintas versiones en las que puede manifestarse la ajenidad, aunque no se encuentra, al menos expresamente diferenciada, el examen de la tesis de ajenidad en el mercado, si bien creo que esa ajenidad puede deducirse claramente de las tesis interpretativas defendidas por la Sala respecto a la ajenidad en los frutos o resultados del trabajo prestado, en los medios de producción, y en los riesgos que asume la parte trabajadora que presta los servicios, en especial de las menciones contenidas en la ajenidad en los frutos, cuando queda claro que es la empresa la que organiza la actividad, selecciona y concierta acuerdos con restaurantes e indica al repartidor a dónde ha de ir y recoger el pedido para entregarlo al cliente que ha contactado, también vía aplicación informática con GlovoAA23^[3].

¿Ajenidad en los frutos? Si, no hay duda alguna de ello. El repartidor no se apropia de los resultados de su trabajo sino que es la empresa quien obtiene un beneficio por la prestación de los servicios de aquel. ¿Ajenidad en los medios de producción? Pues sí, también, ya que aquello que importa realmente para poder llevar a cabo la actividad es estar conectado a la aplicación informática a través de la cual se está en contacto con la empresa y por medio de la que entran los pedidos y las diferentes instrucciones, no siendo el vehículo utilizado (mayoritariamente la bicicleta) y el teléfono móvil con

acceso a Internet nada más que instrumentos de limitado valor aportados por el repartidor por cuanto que sin el acceso a la aplicación informática, propiedad de la empresa, no podría trabajar, siendo claro e indubitado que aquello que importa es quién es el propietario de dicha aplicación y que guarda muy estrecha relación con aquello que es la marca o seña de identidad en el mercado.

Es claro y diáfano para la Sala, en tesis compartida por la doctrina laboralista y resoluciones judiciales que enmarcan esta prestación de servicios en el ámbito del trabajo asalariado, que “sin tan repetida plataforma digital sería ilusoria la prestación de servicios por el actor, quien carece de cualquier control sobre la información facilitada a dicha herramienta, cuya programación mediante algoritmos le es ajena por completo”, no olvidándose de señalar la Sala otros indicios que apuntan a la laboralidad, como son la identificación del material de trabajo (cajas) utilizadas por un repartidor para transportar sus productos con el nombre de la empresa, “lo que contribuye a aumentar su reputación digital”, y que las facturas sean elaboradas por la propia empresa y remitidas después al repartidor para su firma.

¿Ajenidad en los riesgos? Sí, por supuesto, y ya lo ha expuesto con anterioridad la Sala, y ahora lo reitera, en cuanto que “el hecho de no cobrar por el servicio si éste no llega a materializarse a satisfacción del cliente no es sino consecuencia obligada de la tipología de retribución por unidad de obra que las partes pactaron, sin que ello suponga responder de su buen fin asumiendo el riesgo y ventura del mismo”. Además, la existencia de una relación asalariada obligaría en cualquier caso al abono de la remuneración mínima fijada legalmente, el SMI, en proporción en su caso al tiempo de trabajo de cada repartidor.

Igualmente, la manifestación contenida en el contrato de estar ante un supuesto de responsabilidad del repartidor ante el cliente “por los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte” tampoco altera en absoluto la ajenidad en los riesgos, debiendo ser soportados estos por el empleador, y no dándole, con muy buen criterio de acercamiento a la realidad, mayor importancia la Sala por considerar que se trata más bien de una formulación retórica y que en cualquier caso sólo sería una manifestación de los deberes del trabajador en el marco de una relación laboral asalariada, es decir en especial “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia”, y “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas” (art. 5, apartados a y c de la LET, respectivamente).

Despejadas las dudas que pudiera haber sobre la ajenidad de la prestación de servicios del repartidor, toca ya abordar la posible existencia del presupuesto sustantivo de la dependencia o subordinación, es decir la realización de la actividad prestacional, según el art. 1.1 de la LET, “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”, siendo también clara e indubitada a juicio de la Sala.

La tesis principal de la Sala, que insiste sobremanera en quién es el propietario de la aplicación informática, quién fija los precios o tarifas, y quién selecciona o decide a qué clientes prestar servicios, es que la empresa es la que decide además las “reglas del juego” a través del uso de diversas variables y con la utilización de algoritmos que son completamente desconocidos por el repartidor y que no tiene nada que decir sobre su fijación, además de estar permanentemente geolocalizado y con evaluación diaria de su desempeño (por utilizar una expresión muy querida en el ámbito managerial), llevando todo ello a la Sala a concluir en este punto concreto que en modo alguno cabe hablar de autoorganización del trabajo por parte del repartidor-emprendedor, sino de “prestación de servicios hetero-organizados y dirigido por la empresa que los recibe y se beneficia de ellos”.

Pero, alegarán los defensores de la autonomía del repartidor y del carácter jurídicamente autónomo de la relación contractual, ¿no es cierto que el repartidor se puede conectar libremente cuando lo desee a la aplicación, elegir los horarios, franjas

horarias más exactamente que desee, e incluso que puede rechazar pedidos sin que ello suponga ningún perjuicio para aquel?

Si el papel lo aguanta todo, en expresión coloquial que llevada al terreno jurídico podríamos reconvertir en que el contrato puede incorporar todas las cláusulas que las partes estimen oportunas, llega el momento de diferencias entre el formalismo del papel, es decir del contrato y el realismo de cómo se presta y en qué condiciones el servicio, una distinción que es clave a los efectos del reconocimiento de la relación asalariada, habiendo prestado atención a la realidad aquellas sentencias, como la que es ahora objeto de comentario, que apuestan por la laboralidad, mientras que el formalismo es el eje central de las tesis de las sentencias que proclaman la autonomía de repartidor.

Es muy agradable a mi parecer que la Sala señale expresamente que tal pretendida libertad del repartidor y todo lo que ello puede conllevar ha de valorarse “desde la relatividad que resulta de las condiciones reales que la empresa le impone para la prestación de servicios”, y además de apoyarse en jurisprudencia del TJUE (sentencia de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01) hace suyas tesis que ya habían sido recogidas por anteriores resoluciones: es la empresa “quien decide cuándo abre la aplicación en función de la demanda prevista y, por supuesto, según lo que el algoritmo haya establecido”; la libertad para elegir horarios de trabajo “queda notablemente matizada por el hecho de que sólo puede hacerlo dentro de aquellas a las que tiene acceso en atención a la puntuación asignada”; y más importante aún a mi parecer, el rechazo de pedidos “puede que no esté penalizado directamente, más sí de forma refleja, ya que ello supone que su valoración –excelencia- disminuya y, por tanto, la imposibilidad de acceder a las franjas horarias mejores y más ventajosas no sólo por razones de comodidad, sino, sobre todo, por la calidad y número de encargos a efectuar”. La vida misma, que diría un repartidor, o al menos aquellos que se han atrevido a denunciar su situación laboral en sede judicial.

¿No está sometido el repartidor al poder disciplinario del empresario? En puridad formal, al tratarse de un autónomo no existiría tal sometimiento, pero nuevamente la realidad nos acerca a un escenario jurídico bien diferente, y ello se pone de manifiesto, con buen criterio por parte de la Sala a mi parecer, en el acercamiento de las causas de extinción de contrato de un TRADE y las propias de una relación laboral, de tal manera que en la cláusula octava del contrato de prestación de servicios se contemplan unas causas que “se asemejan en gran medida” a una relación contractual sometida a la normativa laboral, o “cuando menos, a la posibilidad de reproche por parte de la demandada que es susceptible, incluso, de determinar la extinción contractual”.

VI. Parte dispositiva

Voy ya finalizando mi análisis y comentario, en el que sin duda se han mezclado mis aportaciones propias junto con las del TSJ. Existe una relación laboral asalariada ordinaria, por lo que estaríamos en presencia de un falso autónomo, volviendo nuevamente a la normativa comunitaria, acertadamente, para fundamentar su tesis, ya que en la parte introductoria, apartado 8, de la Directiva 2019/1152/CE, se subraya que “... Los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ya que no cumplen estos criterios. El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación”.

La existencia de una relación laboral asalariada conlleva la declaración de la extinción decidida por la empresa como un despido disciplinario sin causa justificada para ello, siendo su calificación de improcedencia, postulada de forma subsidiaria en la demanda. La tesis principal de nulidad por vulneración de derechos fundamentales se desestima por la Sala ya que tal pretensión fue desistida en el acto de juicio, y en segundo término porque “porque la causa que en este sede invoca para ello, es decir, la concurrencia de una sedicente discriminación por razón de enfermedad equiparable a discapacidad, representa una cuestión nueva no planteada en la demanda, ni debatida, por ende, en la vista oral, por cuanto lo que inicialmente se aducía en el escrito rector era la presencia de una supuesta violación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad”.

Referencias:

1. [^] *En esta ocasión, y muy pegada a la realidad, la Sala se apoya en el considerando 8 de la parte introductoria de la Directiva 2019/1152/CE de 20 junio sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles en la UE, que expone en su último inciso que “La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación”, algo nada diferente por cierto a lo que se recoge de forma exhaustiva en la jurisprudencia española en general y desde luego muy en especial en la laboral. De dicha Directiva me parece relevante hacer también mención a su art. 1.2, en el que se dispone que “establece los derechos mínimos aplicables a todo trabajador de la Unión que tiene un contrato de trabajo o una relación laboral tal y como se define en la ley, acuerdo colectivo o prácticas vigentes en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, y también al art. 10, regulador de la “previsibilidad mínima” de la carga de trabajo a la que tiene derecho el trabajador y que le permitirá rechazar las tareas asignadas si no cumplen los requisitos fijados en dicho precepto y sin que ello “tenga consecuencias desfavorables”, y por supuesto sin alterar el estatus contractual asalariado.*
2. [^] *Puede leerse en su fundamento de derecho tercero que “... En efecto, no cabe duda alguna de que nos encontramos en presencia de una relación laboral pues concurren en ella las manifestaciones más importantes de la ajenidad que caracterizan al contrato de trabajo, no siendo la denominación del contrato como de arrendamiento de servicios más que una simulación contractual, aderezada además con la forma de pagar el salario -contra factura con IVA- y la exigencia de que el trabajador se dé de alta en el RETA, que no son más que elementos tradicionalmente característicos del fraude simulatorio y a los que la jurisprudencia de esta Sala, tan antigua y reiterada que ni hay que citar, ha desprovisto de todo valor definitorio”.*
3. [^] *Por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “es la empresa quien acuerda con los distintos establecimientos y comercios concertados los precios que éstos le abonan y, asimismo, la que fija unilateralmente las tarifas que el repartidor lucra por los recados que efectúa, incluidas las sumas adicionales por kilometraje y tiempo de espera, en cuyo establecimiento aquél no tiene la más mínima participación (hechos probados primero y tercero)”.*