

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 805/2020

Fecha de sentencia: 25/09/2020

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 4746/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. I

Procedencia: T.S.J. MADRID SOCIAL SEC.4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña

Cinca

Transcrito por: MCP

Nota:

Resumen

GLOVO: repartidor.

- 1) Primer motivo: existencia de relación laboral de un repartidor de Glovo.
- 2) Segundo motivo: incongruencia. Falta de contradicción.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4746/2019

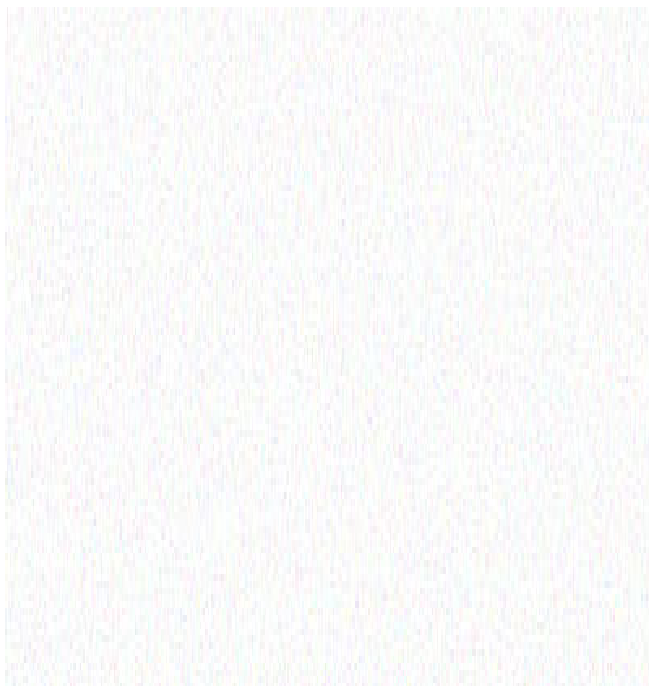
Ponente: Excmo. Sr. D. J. [REDACTED] e

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma [REDACTED]

Escudero Cinca

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO**

Sentencia núm. 805/2020



En Madrid, a 25 de septiembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D [REDACTED] en nombre y representación del trabajador Don I., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 19 de septiembre de 2019,

en recurso de suplicación nº 195/2019, interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid, en autos nº 1353/2017, acumulados con autos 205/2018, Juzgado de lo Social número 13 de Madrid y con autos 417/2018, Juzgado de lo Social número 17 de Madrid, seguidos a instancia de D. I. contra la mercantil Glovoapp23 SL, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido la empresa Glovoapp23 SL, representado y asistido por el letrado D [REDACTED]

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de septiembre de 2018, el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «DESESTIMANDO la demanda formulada por D. I. contra la Empresa GLOVO APP 23, S.L sobre Despido tácito, debo absolver y ABSUELVO a dicha demandada de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.

DESESTIMANDO la demanda formulada por D.I. contra la Empresa GLOVO APP 23, S.L sobre Resolución indemnizada del contrato de trabajo, debo absolver y ABSUELVO a dicha demandada de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.

DESESTIMANDO la demanda formulada por D. I. contra la Empresa GLOVO APP 23, SL sobre Despido expreso, debo absolver y ABSUELVO a dicha demandada de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«PRIMERO.- El demandante, D. I., suscribió con la demandada GLOVO APP 23, S.L el 8 de septiembre de 2015 un contrato de prestación de servicios profesionales para la realización de recados, pedidos, o microtarefas como trabajador autónomo, con las condiciones que se reflejan en el documento número 4 del ramo de prueba del demandante que, dada su extensión, se da por reproducido.

El demandante se dio de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social el 01/09/2015, abonando desde dicha fecha las cotizaciones correspondientes. (Documento número 5 del ramo de prueba de la demandada).

SEGUNDO.- Previa comunicación del trabajador de 20/06/2016 sobre la percepción de más del 75% de sus ingresos de dicha Empresa, las partes suscribieron un contrato para la realización de actividad profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, con el contenido que se refleja en el documento número 5 del ramo de prueba del demandante, que se da por reproducido.

TERCERO.- La Empresa GLOVO APP 23, S.L (en adelante, GLOVO), es una start-up constituida el 9 de septiembre de 2014 cuyo objeto social es la explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes cuenta ajena, actuando como comisionista, así como la realización de la actividad de intermediario en la contratación de transporte de mercancías por carretera en concepto de agencia de transporte, transitario, almacenista u operador logístico. (Nota simple de la demandada en el Registro Mercantil aportada como documento número 14 del ramo de prueba del demandante).

GLOVO es una Compañía tecnológica cuya principal actividad es el desarrollo y gestión de plataformas informáticas mediante las cuales, a través de una aplicación móvil o página web, se permite a comercios locales ubicados en las principales capitales de España, Italia, Francia, Portugal, Argentina, Perú, Chile y Bolivia ofertar sus productos a través de la aplicación (APP) y, en su caso, si los consumidores finales así lo solicitan, intermediar en el transporte y entrega de los productos al cliente final.

A través de la plataforma diferentes comercios locales con los que GLOVO puede mantener acuerdos comerciales, ofrecen una serie de productos y servicios. El consumidor final puede solicitar la compra de tales productos a través de un mandato que confiere a un tercero utilizando la plataforma de GLOVO y abonando el coste del producto y el transporte, y GLOVO pone a su disposición un repartidor que acude al establecimiento, adquiere el producto, y lo lleva hasta su destino. También es posible solicitar sólo el transporte de mercancías de un punto a otro, sin adquisición de las mismas.

Se trata de una plataforma de intermediación '*on demand*' de reparto exprés a cuatro bandas en la que se facilita el contacto a personas que necesitan ayuda con sus recados o compras, con los comercios o tiendas locales y con los transportistas o repartidores dispuestos a llevar a cabo el encargo, a quienes se denomina 'glovers'.

La Empresa se nutre financieramente de los acuerdos comerciales que concierta con establecimientos, tiendas y comercios, no de lo que le pagan los usuarios por los recados.

(Hechos no controvertidos y acreditados a través del documento número 14 del ramo de prueba del demandante, y a través de los dictámenes periciales aportados por la demandada como documentos números 78 a 80 de su ramo de prueba, ratificados en el acto de la Vista por sus autores).

CUARTO.- La actividad que tenía que realizar el actor se gestionaba a través de la APP de la Empresa, y las comunicaciones entre las partes se realizaban mediante correo electrónico.

El actor tenía que realizar los recados o encargos que previamente le ofrecía la demandada siguiendo el sistema siguiente: Previa reserva de la franja horaria en la que deseaba trabajar, el actor activaba la posición de auto-asignación (disponible) en su teléfono móvil y a partir de entonces comenzaban a entrarle pedidos (slots) acordes con su franja y zona geográfica. El repartidor tenía que aceptar el pedido, pudiendo hacerlo de forma automática o manual. En la primera modalidad (AA), la plataforma asignaba un reparto automático de recados que el trabajador podía rechazar de forma manual. En la modalidad manual (MA), la plataforma no asigna el pedido al repartidor, sino que es éste quien tiene que seleccionar qué reparto desea hacer entre los que disponibles. Una vez aceptado el pedido el repartidor debe llevarlo a cabo en la forma exigida por el cliente, entrando en contacto con éste de forma directa. Si le surgían dudas sobre la forma de realizar el pedido, tenía que ponerse en contacto con el cliente para solventarlas.

El sistema de asignación de pedidos en el sistema de asignación automática se realiza telemáticamente por el algoritmo de GLOVO, siguiendo una función de coste-beneficio que busca la mejor combinación posible pedido-repartidor que minimice la suma de costes.

El trabajador podía rechazar un pedido previamente aceptado a media ejecución, en cuyo caso el recado era reasignado a otro repartidor de la misma zona sin penalización alguna.

(Dictámen pericial aportado por la demandada como Documento número 78 de su ramo de prueba y ratificado por el perito en el acto del Juicio).

QUINTO.- El sistema de retribución del actor consistía en el pago de una cantidad .pedido en los términos que se reflejan en los precios y tarifas que se adjuntan a su contrato como Anexo I, a lo que se añadía otra cantidad por kilometraje y tiempo de espera. El precio del 'glovo sencillo' que abonaba el cliente era de 2,75 euros, de los cuales el repartidor percibía 2,50 euros. El resto del precio se quedaba en poder de GLOVO en concepto de comisión por la intermediación realizada.

El sistema de cobro de los servicios se realizaba con periodicidad quincenal, girando el actor a la Empresa la factura de los servicios realizados en cada periodo junto con el IVA correspondiente. Las facturas eran confeccionadas por GLOVO y remitidas al trabajador para su visado y conformidad. A continuación la cantidad se abonaba por transferencia bancaria. (Bloque de documentos número I del ramo de prueba del demandante).

En el periodo comprendido entre octubre de 2016 y octubre de 2017 el trabajador percibió cantidades dispares por la realización de recados o 'glovos' en los términos que se reflejan en las facturas aportadas por ambas partes al procedimiento, totalizando la suma de lo percibido durante en ese año 18.184,08 euros.

SEXTO,- El trabajador decidía el momento de inicio y finalización de su jornada, así como la actividad que realizaba durante la misma, seleccionando los pedidos que quería realizar y rechazando los que no quería. No tenía obligación de realizar un determinado número de pedidos, ni de estar en activo un mínimo de horas al día o a la semana y tampoco la Empresa indicaba los recados a realizar ni cuando tenía que comenzar o finalizar su jornada. Si no se colocaba en posición 'auto-asignación', no le entraban pedidos. Podía rechazar un pedido a

media ejecución sin sufrir penalización alguna. De hecho el actor rechazó pedidos previamente aceptados en ocho ocasiones durante el periodo comprendido entre los meses de julio y octubre de 2017 (documento número 66 del ramo prueba de la demandada, e informe pericial aportado por dicha parte como documento número 78) sin sufrir ninguna consecuencia desfavorables y sin que se rebajara su puntuación por este motivo. (Comparativa de las fechas de reasignación de pedidos con las puntuaciones obtenidas durante los días posteriores).

SEPTIMO.- La Empresa tiene establecido un sistema de puntuación de los 'glovers', clasificándolos en tres categorías: principiante, junior y senior. Si un repartidor lleva más de tres meses sin aceptar ningún servicio, la Empresa puede decidir bajarle de categoría. (Cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios).

El sistema de ranking utilizado por GLOVO ha tenido dos versiones diferentes: la versión *fidelity*, que se utilizó hasta julio de 2017, y la versión *excellence*, utilizada desde dicha fecha en adelante.

En ambos sistemas la puntuación del repartidor se nutre de tres factores: La valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la Empresa 'horas diamante'. La puntuación máxima que se puede obtener es de 5 puntos.

Existe una penalización de 0,3 puntos cada vez que un repartidor no está operativo en la franja horaria previamente reservada por él. Si la no disponibilidad obedece a una causa justificada, existe un procedimiento para comunicarlo y justificar dicha causa, evitando el efecto penalizador.

(Dictámen pericial aportado por la demandada como Documento número 78 de su ramo de prueba y ratificado por su autor en el acto del Juicio, y documentos números 8 y 9 del ramo de prueba del trabajador).

Los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando.

Durante el periodo comprendido entre el 03/03/2016 y el 25/10/2017 (fecha del último servicio realizado por el demandante) las puntuaciones obtenidas por este último son las que se reflejan en el documento número 62 del ramo de prueba de la demandada, que se da por reproducido).

OCTAVO.- El demandante tenía derecho a interrumpir su actividad durante 18 días hábiles al año, consensuando ambas partes el periodo de su disfrute. (Cláusula quinta del contrato de autónomo TRADE).

El trabajador no estaba obligado a justificar sus ausencias del servicio ante la demandada, debiendo sólo comunicarlas con antelación. Así sucedió durante los días 05/03/2017, 12/04/2017 y 17/04/2017 (folios números 63 a 65 del ramo de prueba de la demandada).

NOVENO.- El contrato suscrito por los litigantes señala que no existe pacto de exclusividad, teniendo el trabajador libertad para contratar con terceros la realización de cualquier clase de actividad con el único límite de respetar el porcentaje de sus ingresos procedentes de GLOVO para seguir ostentando la condición de TRADE de ésta.

El demandante 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. Si tenía que comprar productos para el usuario, utilizaba una tarjeta de crédito facilitada por GLOVO APP, concretamente la reflejada en el documento número 6 del ramo de prueba del trabajador.

DÉCIMO.- Mientras el trabajador realizaba su actividad estaba permanentemente localizado a través de un geolocalizador GPS con el que se registraban los kilómetros que recorría en cada servicio, pudiendo elegir libremente la ruta a seguir hasta cada destino.

UNDÉCIMO.- Para el ejercicio de su actividad, el demandante utilizaba una moto un teléfono móvil de su propiedad, asumiendo todos los gastos inherentes a su uso. (Hechos no controvertidos).

DUODÉCIMO.- El 19/10/2017 el demandante comunicó por correo electrónico a la demandada: "*no me encuentro bien, tengo fiebre, me voy a quedar en casa, me quitáis los slots de hoy?*", contestado la Empresa "*I., Hecho!*".

El 20/10/2017 el demandante comunicó de nuevo: "*Sigo enfermo en casa, quitarme cuanto antes los slots de hoy para que pueda trabajar otro compañero. Espero poder trabajar mañana. Un saludo*". La demandada contestó: "*Hecho*".

El 21/10/2017 sigue comunicando el actor: "*Sigo enfermo con gripe..no puedo trabajar. Quitarme por favor las horas de hoy sábado y mañana domingo días 21 y 22 de octubre*". La Empresa contesta: "*I., hecho!*".

Durante los días 24 y 25 de octubre el trabajador retornó a su actividad habitual, realizando un total de 9 pedidos en cada día, (Documento número 58 del ramo de prueba de la demandada).

El 27 de octubre el trabajador comunica de nuevo: "*Hola, estoy enfermo, no me encuentro bien, voy a trabajar hoy viernes día 27, quítame los slots porfavor*".

El 31 de octubre se le contesta por la demandada: "*I., perdona la demora en responder. No hemos podido solucionártelo a tiempo. Trabajaremos para mejorar nuestros errores*".

(Bloque de documentos número 9 del ramo de prueba del demandante, y documentos números 58 y 67 a 72 del ramo de prueba de la demandada).

El demandante permaneció en situación de 'incapacidad temporal por contingencias comunes desde el 25/10/2017 hasta el 27/10/2017. (Documento número 9 del ramo de prueba de dicha parte).

DECIMO-TERCERO.- El 18/10/2017 la puntuación del trabajador era de 4,8 puntos; el 21 de octubre, era de sólo 1 punto; el 24 de octubre, de 4,2 puntos; el 25 de octubre (último día que trabajó), de 5 puntos. (Documento número 62 del ramo de prueba de la demandada).

DECIMO-CUARTO.- El 17/11/2017 el trabajador presentó una primera papeleta de conciliación ante el SMAC, afirmando que su relación con la demandada era de naturaleza laboral y que había sido despedido tácitamente el 19/10/2017 como consecuencia de su ausencia por enfermedad, no habiendo vuelto a recibir trabajo desde aquella fecha.

DECIMO-QUINTO.- El 27/11/2017 el actor remitió un Burofax a la demandada con el contenido que se refleja en el documento número 10 del ramo de prueba del primero, que damos por reproducido.

La Empresa contestó a dicho Burofax mediante carta de 12/12/2017 en los términos que se reflejan en el documento número 11 del ramo de prueba del trabajador, que también se da por reproducido.

DECIMO-SEXTO.- El 05/12/2017 el actor presentó la primera demanda por despido tácito contra la Empresa, solicitando que se declarase la nulidad de dicho despido por haberse adoptado con vulneración de su derecho fundamental a la no discriminación por razón de la salud, solicitando que se condenase a la demandada a pagarle una indemnización de 10.000 euros por los daños y perjuicios ocasionados.

DECIMO-SÉPTIMO.- Durante los meses de noviembre y diciembre de 2017 y enero y febrero de 2018 el trabajador no realizó servicio alguno. (Hecho no controvertido).

El 15/02/2018 presentó una segunda papeleta de conciliación ante el SMAC solicitando la extinción indemnizada de su contrato con la demandada por falta de ocupación y efectiva y falta de pago del salario pactado desde octubre de 2017, afirmando nuevamente que los incumplimientos anteriores eran consecuencia de sus ausencias por enfermedad durante los días 21 a 25 de octubre de 2017.

La demanda promoviendo la acción extintiva se presentó el 23/02/2018.

DECIMO-OCTAVO.- El 09/03/2018 el trabajador contestó a una comunicación corporativa de la Empresa diciendo: NO MANDAR MÁS INFORMACIÓN POR FAVOR. GRACIAS. (Documento número 73 del ramo de prueba de la demandada).

DECIMO-NOVENO.- El 14/03/2018 la Empresa remitió un correo electrónico al demandante con el contenido siguiente: "*Apreciado colaborador: Mediante el presente, le comunicamos que de acuerdo con lo previsto en la cláusula séptima del contrato de prestación de servicios suscrito con Glovo, y debido a voluntad propia, queda rescindida la colaboración con Glovo a todos los efectos en el plazo de 24 horas desde la presente comunicación. Le recordamos asimismo que una vez sea devuelto el material abonado por su parte según contrato suscrito, le devolveremos si procede la fianza depositada por su parte tras la revisión del mismo (...)*".

El trabajador contestó a dicha comunicación mediante correo electrónico de 15/03/2018 en los siguientes términos:

"Inapreciable empresa: Deben estar confundidos porque yo no he preavisado cese alguno a Glovoapp23, si no que he puesto una demanda para que el juzgado de lo social extinga mi contrato laboral con Vds. Por su grave modificación e incumplimiento, ex artículo 50 ET. En consecuencia entiendo que a pesar de su retorcida carta, ustedes rescinden lo que llaman la colaboración con Glovo, que yo llamo trabajo puro y simple, por lo que accionaré legalmente".

VIGÉSIMO.- El 12/04/2018 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC accionando por despido (expreso), solicitando que se declarase nula dicha decisión por haberse adoptado con vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por Tazón de la salud y a la garantía de indemnidad, reclamando también el pago de una

indemnización por importe de 12.000 euros, todo ello previo reconocimiento de la laboralidad del vínculo mantenido con la demandada que consideraba enmascarado bajo la modalidad de trabajo autónomo.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación letrada de D. I., se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 19 de septiembre de 2019, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. I., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid, de fecha tres de septiembre de dos mil dieciocho, en virtud de demanda formulada por la parte recurrente frente a la mercantil GLOVO APP 23 S.L. y Ministerio Fiscal, sobre Despido, confirmamos la expresada resolución. Sin costas.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la representación letrada de D. I., se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en fecha 25 de julio de 2019, recurso 1143/2019.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y habiéndose impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso procedente. Por providencia de 3 de septiembre de 2020 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 23 de septiembre de 2020, convocándose a todos los Magistrados de esta Sala en Pleno, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. En este recurso de casación unificadora se suscitan dos cuestiones distintas:

1) Si existió una relación laboral entre el actor, que había prestado servicios como repartidor para la empresa Glovoapp23 SL (en adelante Glovo), y esta empresa.

2) Si la sentencia recurrida incurrió en contradicción e incongruencia al resolver el motivo de suplicación relativo a las acciones de despido y de resolución del contrato de trabajo después de negar la existencia de una relación laboral. La parte recurrente sostiene que, si no existe contrato de trabajo, el órgano judicial tiene vedado pronunciarse sobre los citados extremos.

2. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid en fecha 3 de septiembre de 2018, procedimiento 1353/2017, negó la existencia de relación laboral entre Glovo y el actor, afirmó que el demandante tenía la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) y desestimó las demandas acumuladas de despido tácito, resolución indemnizada del contrato de trabajo y despido expreso. Contra ella recurrió en suplicación el demandante. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 19 de septiembre de 2019, recurso 195/2019, negó la existencia de una relación laboral entre las partes. A continuación, explicó que la sentencia de instancia tiene tres pronunciamientos desestimatorios, relativos a las acciones de despido tácito, extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido expreso. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid llegó a la conclusión de que en el recurso de suplicación solamente se combatía el despido tácito. Y argumentó que después del supuesto despido tácito del actor (ocurrido el día 21 de octubre de 2017) éste prestó sus servicios profesionales para Glovo los días 24 y 25 de octubre de 2017, por lo que rechaza que se produjera un despido tácito. Por ello, desestimó el recurso de suplicación, confirmando la sentencia de instancia.

3. El demandante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina invocando como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de

Justicia de Asturias en fecha 25 de julio de 2019, recurso 1143/2019. La parte recurrente formula dos motivos. En el primero afirma que existió una relación laboral entre las partes. En el segundo alega que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia incurrió en incongruencia al analizar la procedencia o improcedencia de las acciones de despido y de resolución del contrato de trabajo porque si no existe relación laboral el Tribunal no debe pronunciarse sobre los citados extremos.

4. El escrito de impugnación del recurso de casación unificadora presentado por la empresa demandada:

1) Alega la falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, argumentando que la causa de pedir, los hechos y las pretensiones formuladas en uno y otro litigio son distintas.

2) Sostiene que el recurso incurre en falta de contenido casacional.

3) Niega que la sentencia impugnada incurra en infracciones legales.

4) Solicita que por este Tribunal se eleve cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

El Ministerio Fiscal informó a favor de declarar procedente el recurso de casación para la unificación de doctrina.

SEGUNDO.- 1. En primer lugar debemos examinar el presupuesto procesal de contradicción exigido por el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) en relación con el primer motivo del recurso. Dicha contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2019, recurso 2491/2018; 6 de noviembre de 2019, recurso 1221/2017 y 12 de noviembre de 2019, recurso 529/2017).

2. La parte recurrente invoca como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 25 de julio de 2019, recurso 1143/2019. Tanto en la sentencia recurrida como en la referencial los actores prestaban servicios para la misma empresa (Glovo), en la misma plataforma

digital y utilizando la App de esa mercantil. Ambos suscribieron contratos de TRADE. Prestaban servicios como repartidores. Su sistema de trabajo consistía en que los demandantes seleccionaban una franja horaria, activaban su disponibilidad en su teléfono móvil y a partir de entonces comenzaban a entrarles pedidos, que aceptaban de forma automática o manual. El sistema de asignación de pedidos se realizaba telemáticamente por el algoritmo de Glovo. La selección de las franjas horarias dependía de la valoración del trabajador. El sistema de valoración del trabajador se hacía depender de la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, la realización de los servicios en las horas de mayor demanda y la valoración del cliente final. Los actores estaban geolocalizados durante la prestación de servicios. El sistema de retribución consistía en el pago de una cantidad por pedido, a lo que se añadía otra cantidad por kilometraje y tiempo de espera. Las facturas eran confeccionadas por Glovo. El trabajador aportaba el teléfono móvil y la moto. En la sentencia recurrida se habían ejercitado sendas acciones acumuladas de despido tácito, resolución indemnizada del contrato de trabajo y despido expreso. Asimismo se había acumulado una acción de indemnización de daños y perjuicios. En la sentencia de contraste se había ejercitado una acción de despido.

3. Partiendo de los citados hechos, la sentencia recurrida niega la existencia de un contrato de trabajo y sostiene que el contrato de TRADE es ajustado a derecho. A continuación examina un motivo de suplicación centrado en la acción de despido tácito, argumentando que la parte recurrente solamente impugna dicho despido tácito, habiendo adquirido firmeza el pronunciamiento desestimatorio de instancia respecto de las restantes acciones. Y sostiene que después del alegado despido tácito el actor prestó sus servicios para Glovo, por lo que desestima íntegramente el recurso de suplicación, confirmando la sentencia de instancia, que había desestimado las demandas de despido y extinción indemnizada del contrato de trabajo.

4. Por el contrario, la sentencia referencial declara la laboralidad de la prestación de servicios, confirmando la sentencia de instancia, que había declarado improcedente el despido. Existen diferencias entre ambas

sentencias. En la recurrida se acumulan tres procesos, en los que se habían ejercitado una acción de despido tácito, otra de extinción indemnizada del contrato de trabajo y una tercera de despido expreso, acumulándose también una acción de indemnización de daños y perjuicios. En la referencial únicamente se enjuiciaba una demanda de despido. Pero concurre la triple identidad del art. 219 de la LRJS en cuanto a la acción de despido ejercitada en ambos pleitos.

Existen también discrepancias a la hora de concretar la forma de prestación de servicios. Pero se trata de diferencias fácticas puntuales resultantes de la distinta actividad probatoria y de la diferente apreciación de la prueba realizada en cada litigio, las cuales no desvirtúan la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones en ambos procesos exigida por el art. 219 de la LRJS: sendos repartidores de la misma empresa que prestaban servicios en similares condiciones, impugnan la extinción de sus contratos, alegando que se trata de relaciones laborales, lo que es negado por el empleador. La sentencia recurrida niega que exista un contrato de trabajo y confirma la desestimación de la demanda de despido. Por el contrario, la sentencia de contraste sostiene que sí que concurren las notas definitorias de la relación laboral, confirmando la declaración de improcedencia del despido, por lo que concurre el presupuesto procesal de contradicción que viabiliza el recurso de casación para la unificación de doctrina en relación con el primer motivo del recurso.

TERCERO.- 1. En el escrito de impugnación del recurso de casación unificadora se alega la falta de contenido casacional del recurso argumentando que la pretensión formulada por la parte recurrente consiste en que se case la sentencia recurrida ordenando remitir las actuaciones al Juzgado de lo Social para que, a la vista del pronunciamiento de esta Sala calificando la relación como laboral, enjuicie las acciones ejercitadas. La parte recurrente sostiene que dicha petición es impropia de un recurso de casación unificadora y esa pretensión trata de obviar que las sentencias de instancia y suplicación dan respuesta a la cuestión controvertida.

2. Esta Sala ha reiterado que la función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. De ahí que, conforme a lo recogido en el art. 225.4 de la LRJS, podrán ser inadmitidos los recursos de casación para unificación de doctrina que carezcan de contenido casacional, esto es, los que se interpusieran contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del TS (sentencias del TS de 15 de enero de 2014, recurso 909/2013; 10 de febrero de 2015, recurso 125/2014 y 4 de marzo de 2020, recurso 3041/2017, entre otras).

3. El presente recurso de casación unificadora no está incurso en la causa de inadmisión consistente en la falta de contenido casacional, al suscitar una cuestión que no ha sido resuelta por esta Sala, existiendo pronunciamientos contradictorios de los Tribunales Superiores de Justicia que precisan la intervención unificadora de este Tribunal.

El concreto *petitum* del presente recurso de casación unificadora, consistente en que se case la sentencia recurrida ordenando remitir las actuaciones al Juzgado de lo Social para que enjuicie las acciones ejercitadas; no supone que se trate de un recurso carente de contenido casacional, por lo que no concurre ningún óbice procesal que impida que este Tribunal entre a examinarlo.

CUARTO.- 1. En el escrito de impugnación del recurso de casación unificadora se solicita que se eleve cuestión prejudicial al TJUE. Esta parte procesal sostiene que la controversia litigiosa constituye un tema de dimensión europea que afecta a las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios recogidas en los arts. 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE); así como a los derechos fundamentales a la libertad profesional y a la libertad de empresa de los arts. 15 y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además, la parte demandada considera que la cuestión debatida afecta al concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea. Por ello solicita que esta Sala plantee dicha cuestión prejudicial para garantizar el efecto útil de dicho

Derecho, para garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y por el interés general de la cuestión examinada.

2. Los Tribunales nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de recurso alguno en Derecho interno no están sujetos a una obligación incondicionada de plantear la cuestión prejudicial al TJUE. El TJUE afirma que «el procedimiento establecido por el artículo 267 TFUE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, por medio del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisan para la solución del litigio que deban dirimir [...] de no existir recurso judicial alguno de Derecho interno contra la decisión de un órgano jurisdiccional, éste tiene, en principio, la obligación, cuando se plantee ante él una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión, de someter la cuestión al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 267 TFUE» (sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, C-322/16, asunto Global Starnet, apartado 24). Sin embargo, el Tribunal Supremo no está obligado a elevar cuestión prejudicial cuando «comprueba que la cuestión suscitada no es pertinente, que la disposición de Derecho de la Unión de que se trata ya ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna, debiendo valorarse la existencia de tal eventualidad en función de las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades concretas que presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Unión» (sentencia del TJUE de 30 enero 2019, C-587/17, apartado 77 y las citadas en ella).

3. En el supuesto enjuiciado, en el que se debate si concurren las notas definitorias del contrato de trabajo entre un repartidor de Glovo y esta empresa, no existen dudas razonables en relación con la aplicación del Derecho de la Unión que justifiquen el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE. La calificación de la relación jurídica del actor como un contrato laboral no supone una restricción de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios garantizadas por los Tratados de la Unión, ni vulnera los derechos fundamentales a la libertad profesional y a la libertad de empresa de los arts. 15 y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A juicio de este Tribunal, las cuestiones prejudiciales cuyo planteamiento solicita esta parte procesal parten de

presupuestos que no se corresponden con la efectiva prestación de servicios realizada por el demandante, por lo que no procede elevar cuestión prejudicial ante el TJUE.

QUINTO.- 1. El TJUE dictó auto el día 22 de abril de 2020, asunto C-692/19, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Watford relativa a la calificación jurídica de la relación de un transportista con una empresa de transporte de paquetería. En dicho auto el TJUE dispone que la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la organización del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que excluye de ser considerado «trabajador» a los efectos de dicha directiva, a una persona contratada por su posible empleador en virtud de un acuerdo de servicios que estipula que es un empresario independiente, si esa persona dispone de facultades:

- de utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio que se ha comprometido a proporcionar;
- aceptar o no aceptar las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas;
- proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del empleador putativo: y
- fijar sus propias horas de «trabajo» dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo a su conveniencia personal en lugar de únicamente los intereses del supuesto empleador.

El TJUE establece dos salvedades:

- 1) Que la independencia de esa persona no parezca ficticia.
- 2) Que no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador. Corresponde al tribunal remitente, teniendo en cuenta todos los factores relevantes relacionados con esa persona y con la actividad económica que realiza, calificar la situación profesional de esa persona en virtud de la Directiva 2003/88.

2. El citado auto se dictó de conformidad con el art. 99 del Reglamento de Procedimiento del TJUE, el cual dispone:

«Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado.»

3. Al haberse dictado el mentado auto al amparo del art. 99 del Reglamento de Procedimiento del TJUE, ello implica que ese Tribunal se limitó a reproducir jurisprudencia anterior o que llegó a la conclusión de que no había ninguna duda razonable. Esa resolución del TJUE establece una salvaguarda: la inaplicación de la Directiva 2003/88/CE se excluye cuando la independencia del prestador del servicio parezca ficticia y cuando exista una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador, lo que corresponde determinar al Tribunal nacional.

Por consiguiente, si se llega a la conclusión de que la independencia del actor era meramente aparente y realmente existía una subordinación del demandante a Glovo, el citado auto del TJUE no impedirá la calificación de la relación laboral a dichos efectos.

El mencionado auto del TJUE evidencia que no debe plantearse cuestión prejudicial en esta litis. La controversia se contrae a determinar si existe subordinación entre el actor y Glovo y debe resolverse por este Tribunal nacional valorando las concretas circunstancias del supuesto litigioso, sin que existan dudas razonables en relación con la interpretación del Derecho de la Unión Europea.

SEXTO.- 1. En el primer motivo del recurso de casación unificadora se denuncia la infracción de los arts. 1.1 y 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), así como de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias del TS de 26 de febrero de 1986, 19 de diciembre de 2005 y 22 de enero de 2008 en relación con el art. 8 del ET y con los arts. 1 y 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (en adelante LETA), alegando que concurren las notas definitorias de la relación laboral.

2. El art. 1.1 del ET establece: «Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de

organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.»

3. El art. 11.2 de la LETA dispone:

«Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones:

- a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros [...]
- b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
- 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.
- d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.
- e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.»

SÉPTIMO.- 1. El concepto legal de trabajador por cuenta ajena exige que haya una prestación de servicios voluntaria, retribuida, ajena y dependiente (art. 1.1 del ET). Reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que la dependencia y la ajenidad son los elementos esenciales que definen el contrato de trabajo [por todas, sentencias del TS (Pleno) de 24 de enero de 2018, recursos 3595/2015 y 3394/2015; 8 de febrero de 2018, recurso 3389/2015; y 29 de octubre de 2019, recurso 1338/2017]. La dependencia y la ajenidad son conceptos abstractos que se manifiestan de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de producción y que guardan entre sí una relación estrecha.

2. Desde la creación del derecho del trabajo hasta el momento actual hemos asistido a una evolución del requisito de dependencia-subordinación. La sentencia del TS de 11 de mayo de 1979 ya matizó dicha exigencia, explicando que «la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa». En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad

productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 del Código Civil). En la práctica, debido a la dificultad que conlleva valorar la presencia de los elementos definitorios de la relación laboral en los supuestos dudosos, para determinar si concurren se utiliza la técnica indiciaria, identificando los indicios favorables y contrarios a la existencia de un contrato de trabajo y decidiendo si en el caso concreto concurre o no la relación laboral. Este Tribunal ha afirmado que «La calificación de la relación como laboral ha de hacerse en cada caso en atención a los indicios existentes, valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio» (sentencia del TS de 20 de enero de 2015, recurso 587/2014).

OCTAVO.- 1. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia el 13 de enero de 2004, C-256/01, asunto Allonby, aplicó el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Un College había despedido a profesores empleados por horas, recurriendo a profesores pagados por horas a través de una empresa que funcionaba como una agencia y les ofrecía la posibilidad de inscribirse en ella como trabajadores por cuenta propia para prestar servicios docentes en centros de formación continua. El Tribunal explicó que el concepto de «trabajador» a efectos del art. 141.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se refiere «a la persona que realiza, durante un período de tiempo determinado, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración». El Tribunal argumentó: «En lo que respecta a los profesores que tienen la obligación, ante una empresa intermediaria, de efectuar una prestación de servicios específica en un centro de enseñanza, procede analizar especialmente en qué medida se restringe la libertad de los mismos para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo. El hecho de que tales personas no estén obligadas a aceptar una prestación de servicios específica carece de repercusión en este contexto (véase, en este sentido, en materia de libre circulación de trabajadores, la sentencia Raulin, antes citada, apartados 9 y 10)». Por consiguiente, aunque la profesora no estaba obligada a aceptar una concreta prestación de servicios, ello no impedía que se tratase de un trabajador a efectos del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras.

2. La sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi, declaró que el servicio de intermediación de Uber que, a cambio de una remuneración, utiliza una aplicación para teléfonos inteligentes para poner en contacto a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, tiene que calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes» a efectos del Derecho de la Unión, por lo que está excluido del ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios en general y de las Directivas 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior y 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico. El TJUE negó que la empresa Uber realice una actividad de mera intermediación. Dicha empresa realiza una actividad subyacente de transporte, que organiza y dirige en su propio beneficio. El TJUE explica que «el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos.

Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información», en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34, al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31, sino a la de «servicio en el ámbito de los transportes», en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123.»

En definitiva, Uber no se limitaba a poner en relación a los conductores con los usuarios a través de una aplicación informática sino que ejercía una «influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores», ejercitando «cierto control sobre la calidad de los vehículos así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores».

NOVENO.- 1. Los criterios jurisprudenciales para diferenciar el contrato de trabajo de otros vínculos de naturaleza semejante son los siguientes [por

todas, sentencias del TS de 24 de enero de 2018 (Pleno), recursos 3394/2015 y 3595/2015; 8 de febrero de 2018, recurso 3389/2015; y 4 de febrero de 2020, recurso 3008/2017]:

1) La realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris* porque «los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo».

2) Además de la presunción *iuris tantum* de laboralidad que el art. 8 del ET atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe, el art. 1.1 del ET delimita, desde el punto de vista positivo, la relación laboral, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurren, además de dicha voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, cuales son, la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios.

3) La línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga (particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios), regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. Y ello es así, porque en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un «precio» o remuneración de los servicios, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada. En consecuencia, la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia.

2. Este Tribunal ha utilizado como indicio de la existencia de una relación laboral (sentencias del TS de 24 de enero de 2018, recurso 3394/2015; 8 de febrero de 2018, recurso 3389/2015; y 4 de febrero de 2020, recurso 3008/2017) la diferencia entre la escasísima cuantía en inversión que el trabajador ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la principal y entrega al actor (herramienta especializada, vehículos para transporte de piezas importantes, así como el conocimiento de las instalaciones a montar para lo que se forma al actor).

3. Por el contrario, se tratará de un contrato de arrendamiento de servicios y no de una relación laboral cuando el demandante (sentencia del TS de 24 de enero de 2018, recurso 3595/2015):

- 1) Se limita a la práctica de actos profesionales concretos.
- 2) No está sujeto a jornada, vacaciones, órdenes, ni instrucciones.
- 3) Practica su trabajo con entera libertad; con independencia y asunción del riesgo empresarial.

DÉCIMO.- Este Tribunal define la dependencia o subordinación como la integración «en el ámbito de organización y dirección del empresario (es decir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral) [...] cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la "autonomía profesional" imprescindible en determinadas actividades» (sentencia del TS de 19 de febrero de 2014, recurso 3205/2012). La dependencia es la «situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organícista y rectora de la empresa» (por todas, sentencias del TS de 8 de febrero 2018, recurso 3389/2015; 1 de julio de 2020, recurso 3585/2018; y 2 de julio de 2020, recurso 5121/2018). Es decir, la dependencia o subordinación se manifiesta mediante la integración de los trabajadores en la organización empresarial.

El TS explica que hay indicios comunes a la mayoría de los trabajos y otros específicos de algunas actividades laborales. Los indicios comunes de dependencia son los siguientes:

- 1) La asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario.
- 2) El desempeño personal del trabajo. Aunque no excluye el contrato de trabajo la existencia en determinados servicios de régimen excepcional de suplencias o sustituciones.
- 3) La inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad.
- 4) La ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

UNDECIMO.- 1. Este Tribunal ha considerado indicios comunes de la nota de ajenidad los siguientes (por todas, sentencias del TS de 4 de febrero de 2020, recurso 3008/2017; 1 de julio de 2020, recurso 3585/2018; y 2 de julio de 2020, recurso 5121/2018):

- 1) La entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados.
- 2) La adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela o indicación de personas a atender.
- 3) El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo.
- 4) El cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

2. La ajenidad concurre cuando concurren las circunstancias siguientes (sentencias del TS de 24 de enero de 2018, recurso 3595/2015; 8 de febrero de 2018, recurso 3389/2015; y 29 de octubre de 2019, recurso 1338/2017):

- 1) Los frutos del trabajo pasan *ab initio* a la empresa, que asume la obligación de retribuir dichos servicios que están garantizados.
- 2) No se ha probado que el demandante asuma riesgo empresarial de clase alguna.

3) Tampoco se ha acreditado que realice una inversión en bienes de capital relevante, pues la inversión que constituye elemento esencial de la actividad contratada se entrega directamente por la demandada.

3. La ajenidad en los frutos se produce cuando «la utilidad patrimonial derivada del mismo —es decir, lo que pagan los clientes— ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores (ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial) y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra» (sentencias del TS de 6 de octubre de 2010, recurso 2010/2009 y 19 de febrero de 2014, recurso 3205/2012).

4. Este Tribunal ha explicado que «el no establecimiento de retribución o salario fijo, no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras, dado el concepto de salario contenido en el art. 26.1 ET comprensivo de "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» (sentencias del TS de 29 de diciembre de 1999, recurso 1093/1999 y 25 de marzo de 2013, recurso 1564/2012).

DUODÉCIMO.- Respecto de los trabajadores con vehículo propio este Tribunal ha sentado los criterios siguientes:

1) La sentencia del TS de 26 de febrero de 1986, consideró laboral la relación de unos mensajeros que prestaban el servicio de recepción de paquetes, para su transporte y entrega a los destinatarios, de acuerdo con las tarifas que tenía establecidas y respondía de su pérdida, extravío, deterioro, hurto o robo cuando su valor no excedía de 20.000 pesetas. Los mensajeros prestaban servicios en motocicletas de su propiedad, abonando los gastos de mantenimiento, combustible y amortización, percibiendo un tanto por viaje, sin relación con el precio del transporte que se fijaba por la empresa y clientes sin intervención de los mensajeros. Los mensajeros llevaban en su vestimenta y vehículo anuncios de la empresa. Los mensajeros tenían que llamar por teléfono diariamente a la empresa antes de las diez horas, para recibir la orden de los viajes a realizar, siendo penalizados en caso de hacerlo con retraso.

El TS argumentó: «La dependencia, aparte de su exteriorización en ese llevar en la ropa y en el vehículo el nombre de la empresa, se manifiesta también, en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno; no tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso. La no asistencia de los actores al trabajo en todos los días laborables es un mero efecto de la configuración que la empresa pretende dar al contrato para eludir la calificación de laboral, y no constituye un dato esencial para determinar su verdadera naturaleza, pues ese comportamiento empresarial, impide conocer las causas de la inasistencia, que en un contrato de trabajo debidamente regularizado se puede producir por motivos tan justificados como permisos, licencias, vacaciones, enfermedad o, incluso períodos intermedios de inactividad laboral en contratos discontinuos o a tiempo parcial. Por otra parte la posibilidad de compatibilizar el trabajo en otras empresas es algo que, debidamente autorizado, no desnaturaliza el contrato, según cabe deducir de los artículos 5.d) y 21.1 del Estatuto de los Trabajadores».

2) La sentencia del TS de 26 de junio de 1986 atribuyó naturaleza laboral a la relación del propietario de un vehículo que debía estar diariamente, a la hora y en el sitio fijado, con su vehículo para la recogida de los periódicos o publicaciones impresas editadas por la demandada, transportándolos y repartiéndolos en los puntos de venta conforme a la ruta asignada. Eran de su cuenta los gastos de mantenimiento del vehículo, las averías y reparaciones del mismo, el carburante consumido y los seguros e impuestos, y corrían también de su cuenta las cotizaciones al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social. Este Tribunal explicó que se trataba de una actividad de reparto y distribución de los periódicos y publicaciones de la demandada, concluyendo que el demandante «ha prestado voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de la organización de otra persona».

3) La sentencia del TS de 2 de febrero de 1988, reputó laboral la prestación de servicios de un repartidor de periódicos, quien realizaba diariamente la tarea de acudir de madrugada a los locales de la empresa para cargar periódicos y distribuirlos en los puntos de venta de una ruta previamente determinada, utilizando para ello una furgoneta Renault de su propiedad.

4) La sentencia del TS de 3 de mayo de 1988, consideró laboral la relación de una persona que realizaba el transporte y reparto de mercancías que le confiaba la empresa, lo que hacía en una motocicleta de su propiedad en la que portaba distintivo de la empresa, llevando también uniforme que revelaba su adscripción a la misma, realizando jornada para ella de 7,15 a 14 horas, reanudándose de 16,15 hasta las 19 o 20 horas. El actor realizaba una ruta fija diaria para algunas entidades y con carácter no diario para otras. Todos los días llamaba por teléfono al mensajero a su empresa para recibir órdenes y rellenar huecos, efectuando los repartos ocasionales que surgían además de los no diarios y los fijos, sin permanecer inactivo en ningún momento.

5) Reiterados pronunciamientos de este Tribunal han reconocido la existencia de contratos de trabajo en el caso de contratistas con vehículo propio, argumentando que la ajenidad se manifiesta inequívocamente porque es la demandada la que incorpora los frutos del trabajo percibiendo directamente los beneficios de esta actividad, sin que los actores fueran «titulares de una organización empresarial propia, sino que prestan de forma directa y personal su trabajo para la realización del servicio. Esta prestación es el elemento fundamental del contrato, sin que la naturaleza de éste se desvirtúe por la aportación de vehículo por el trabajador, pues esa aportación no tiene relevancia económica suficiente para convertir la explotación del vehículo en elemento definidor de la finalidad fundamental del contrato, mientras que la actividad personal del trabajador se revela como predominante» (sentencia del TS de 18 de octubre de 2006, recurso 3939/2005 y las citadas en ella).

DECIMOTERCERO.- La parte demandada hace hincapié en que el actor tenía pleno dominio del ámbito de organización y dirección porque elegía libremente el día y la hora en que quería prestar servicios. Sin embargo, este Tribunal ha sostenido que la existencia de libertad de horario no excluye en todo caso la existencia de un contrato de trabajo. La sentencia del TS de 25 de enero de 2000, recurso 582/1999, consideró laboral la relación de una limpiadora con una comunidad de propietarios, a pesar de que la trabajadora tenía libertad de horario y podía ser sustituida por un tercero: «a pesar de que la sujeción a la dirección de la empresa y el carácter personal de la prestación aparezcan disimulados por la libertad de horario y la sustitución esporádica en la prestación de los servicios por familiares, estos caracteres tampoco están ausentes en la relación enjuiciada, pues las instrucciones y

dirección de la empresa aparecen en los propios términos del contrato que previene la limpieza en “circunstancias especiales” que naturalmente ha de determinar en cada caso el empresario y dada la naturaleza de los servicios prestados y del empresario, la libertad de horario no significa ausencia de sometimiento en la ejecución del trabajo a la voluntad del empresario, como la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario como lo muestra que es carácter ordinario que acompaña a los trabajos de empleados de fincas urbanas en los que la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo.»

DECIMOCUARTO.- 1. La sentencia del TS de 16 de noviembre de 2017, recurso 2806/2015, declaró la existencia de relaciones laborales de los traductores e intérpretes de una Administración Autónoma que prestaban servicio a través de una plataforma informática de la que era titular la empresa adjudicataria del servicio. La Administración requería los servicios de un intérprete o traductor a la empresa Ofilingua. El personal de atención telefónica de esta empresa, a través de una aplicación informática, localizaba a los traductores e intérpretes más cercanos geográficamente, comprobaba su currículum y se ponía en contacto telefónico con él, informándole. El traductor decidía si acudía o no a desarrollar los servicios. En caso negativo, Ofilingua SL contactaba con otro colaborador. En alguna ocasión en la que el actor no había podido acudir personalmente a prestar asistencia, había acudido su esposa o su hermano. Los colaboradores de la empresa no recibían instrucciones acerca de cómo debían acometer su trabajo. La empresa no había impartido nunca cursos de formación, ni proporcionaba medios materiales para el desarrollo del trabajo, ni autorizaba vacaciones, permisos, licencias...

2. Este Tribunal declaró la existencia de relación laboral porque:

- 1) El actor asumía la obligación de prestar personalmente los servicios de traducción e interpretación para Ofilingua SL.
- 2) Aunque no tenía un horario fijo, éste venía impuesto por las necesidades de los organismos que solicitaban a la empresa servicios de traducción e intérprete, fijando el día, hora y lugar al que el mismo ha de acudir.

- 3) Aparentemente el intérprete gozaba de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios. Sin embargo, «Aunque parece que el intérprete goza de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios, es lo cierto que, dada la relación establecida entre las partes, si no acude, corre el riesgo de que no se le vuelva a llamar.»
- 4) Dicha actividad la desempeñaba a cambio de una retribución, percibiendo una cantidad fija y periódica (mensual) determinada por la demandada en proporción con la actividad prestada.
- 5) Debía justificar las horas que había trabajado, mediante la presentación mensual de facturas a la que se acompaña certificación del órgano judicial en el que había realizado su actividad.
- 6) No consta que el actor tuviera algún tipo de estructura empresarial sino por el contrario se insertaba en la organización de trabajo de la entidad demandada.
- 7) No desvirtúa la laboralidad de la relación la no prestación de servicios a tiempo completo, ni que no conste régimen de exclusividad.
- 8) Tampoco impide la calificación de laboral de la relación el hecho de que la empresa no facilitase medios materiales al actor ya que, dadas las características del trabajo que realizaba —traducción e interpretación— descansaba fundamentalmente en el elemento personal, careciendo de relevancia los medios materiales.
- 9) La sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado, ausencia del carácter personal de la prestación.

DECIMOQUINTO.- En el supuesto enjuiciado en la presente litis, la sentencia recurrida rechaza la laboralidad de la prestación de servicios, en esencia, porque considera que Glovo es una empresa tecnológica cuya actividad se limita a la intermediación. La citada sentencia hace hincapié en lo siguiente:

- 1) La libertad de elección de la franja horaria en la que el actor desea trabajar, con fijación de la hora de inicio y de finalización de su actividad, e incluso dentro de ese periodo, puede no activar la posición de auto asignación, aunque ello le supone cierta penalización en el sistema de puntuación, salvo causas justificadas.

- 2) La libertad de aceptar aquellos pedidos (slots) que desea realizar, sin tener que ejecutar un mínimo de ellos, con posibilidad de su rechazo incluso una vez aceptada e incluso iniciada su ejecución (sin penalización alguna).
- 3) La libertad de elegir la ruta para llegar al destino fijado por el cliente, siendo éste y no la sociedad demandada quien establece las características bien del producto a adquirir bien de la forma de entrega, estableciéndose una relación directa entre repartidor y cliente.
- 4) La realización personal por el demandante de la actividad sin tener trabajadores a su cargo, poniendo por su parte los escasos medios materiales que se exigen para el desarrollo de la misma, con asunción de los gastos de su uso.
- 5) La afiliación a la Seguridad Social a través de su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
- 6) La retribución basada en el número de servicios prestados y no fijada por unidad de tiempo.
- 7) La no existencia de pacto de exclusividad.
- 8) La innecesariedad de justificar las ausencias, bastando la mera comunicación, de ser posible con antelación, de su no disponibilidad para llevar a cabo los recados o encargos.
- 9) La asunción de la responsabilidad del buen fin del servicio (cobrándolo solo si lo terminaba a satisfacción del cliente) y la asunción frente al usuario/cliente final de los daños o pérdidas que pudiera sufrir el producto o mercancía durante el transporte.

En definitiva, la sentencia recurrida concluye que el actor organizaba con total autonomía su propia actividad, sin sometimiento alguno al círculo rector y organicista empresarial, y disponía de la infraestructura productiva y del material propio necesario para el ejercicio de la actividad, aportando los medios necesarios para su desarrollo, siendo retribuido en virtud del resultado alcanzado en la ejecución.

DECIMOSEXTO.- 1. Glovo es una compañía que ha desarrollado una plataforma informática y que ha suscrito acuerdos con comercios locales que ofrecen determinados productos y servicios. El consumidor final puede solicitar la compra de tales productos a través de un mandato que confiere a un tercero

utilizando la plataforma de Glovo, abonando el coste del producto y el transporte, y Glovo pone a su disposición un repartidor que acude al establecimiento y lleva el producto a su destino. También es posible solicitar solo el transporte de mercancías de un punto a otro.

2. Ambas partes procesales suscribieron un contrato de prestación de servicios profesionales para la realización de recados, pedidos o microtarefas. El demandante se dio de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Previa comunicación del actor, las partes suscribieron un contrato de TRADE. Su actividad se gestionaba a través de la app de la empresa. El actor indicaba la franja horaria en la que deseaba trabajar, activaba la posición de auto-asignación (disponible) en su teléfono móvil y a partir de entonces comenzaban a entrarle pedidos (slots) acordes con su franja y zona geográfica. El repartidor tenía que aceptar el pedido, pudiendo hacerlo de forma automática o manual. Una vez aceptado el pedido el repartidor debía llevarlo a cabo en la forma exigida por el cliente, entrando en contacto con éste de forma directa. Si le surgían dudas sobre la forma de realizar el pedido, tenía que ponerse en contacto con el cliente para solventarlas. El sistema de asignación de pedidos en el sistema de asignación automática se realiza telemáticamente por el algoritmo de Glovo. Se declara probado que el actor podía rechazar un pedido sin penalización alguna, así como que el trabajador decidía el momento de inicio y finalización de su jornada y la actividad que realizaba durante la misma, seleccionando los pedidos que quería realizar y rechazando los que no quería, pudiendo rechazar un pedido a media ejecución sin sufrir penalización alguna.

3. Glovo tiene establecido un sistema de puntuación de los repartidores clasificándolos en tres categorías: principiante, junior y senior. Si un repartidor lleva más de tres meses sin aceptar ningún servicio, la empresa puede decidir bajarle de categoría. La puntuación del repartidor se nutre de tres factores: la valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la Empresa «horas diamante». Existe una penalización de 0,3 puntos cada vez que un repartidor no está operativo en la

franja horaria previamente reservada por él. Si la no disponibilidad obedece a una causa justificada, existe un procedimiento para comunicarlo y justificar dicha causa, evitando el efecto penalizador. Los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando. No existía pacto de exclusividad.

4. Mientras el trabajador realizaba su actividad estaba permanentemente localizado a través de un geolocalizador GPS con el que se registraban los kilómetros que recorría en cada servicio, pudiendo elegir libremente la ruta a seguir hasta cada destino. El demandante realizaba su actividad con la moto y el teléfono móvil de su propiedad, asumiendo sus gastos. La sentencia recurrida da por reproducido el contrato suscrito entre el actor y la demandada, en cuya cláusula 5.6 se acuerda: «En caso de requerir de un adelanto para el inicio de la actividad se le realizará un adelanto de 100 euros al Glover que lo demande».

5. El sistema de retribución consistía en el pago de una cantidad por pedido más otra cantidad por kilometraje y tiempo de espera. El precio del «glovo sencillo» que abonaba el cliente era de 2,75 euros, de los cuales el repartidor percibía 2,50 euros. El resto del precio se quedaba en poder de Glovo en concepto de comisión por la intermediación realizada. El abono de los servicios se hacía quincenalmente. Glovo confeccionaba las facturas. El demandante solo cobraba el servicio si lo terminaba a satisfacción del cliente. En la cláusula 3.4 del contrato suscrito por ambas partes se pacta que «En el supuesto de que el usuario no se encontrara localizable en la dirección fijada de entrega para recepcionar el producto objeto del recado, el Glover tendrá derecho al cobro de su tarifa íntegra por el servicio de transporte». Y en su cláusula 3.5 se acuerda: «si el pedido es cancelado una vez el Glover lo ha aceptado, este tendrá derecho a su porcentaje sobre la mitad del servicio».

También se considera acreditado que el repartidor asumía frente al cliente final los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte. Si tenía que comprar productos para el usuario, utilizaba una tarjeta de crédito facilitada por Glovo.

DECIMOSÉPTIMO.- Las partes procesales suscribieron un contrato de TRADE. Sin embargo, no concurren las condiciones exigidas por el art. 11.2 de la LETA para tener la condición de TRADE:

1) Una de ellas es «Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente». El demandante no llevaba a cabo su actividad con sus propios criterios organizativos sino con sujeción estricta a los establecidos por Glovo.

2) Otra es «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.» El actor únicamente contaba con una moto y con un móvil. Se trata de medios accesorios o complementarios. La infraestructura esencial para el ejercicio de esta actividad es el programa informático desarrollado por Glovo que pone en contacto a los comercios con los clientes finales. La citada plataforma constituye un elemento esencial para la prestación de servicio. El actor carecía de una infraestructura propia significativa que le permitiera operar por su cuenta.

DECIMOCTAVO.- 1. Es cierto que en el contrato suscrito por Glovo con el actor constan varios elementos que, en principio, parecen contrarios a la existencia de un contrato de trabajo, como la capacidad de rechazar clientes o servicios, de elegir la franja en la que va a prestar servicios o de compatibilizar el trabajo con varias plataformas.

2. Pese a ello, la teórica libertad de elección de la franja horaria estaba claramente condicionada. Es cierto que en los hechos probados de autos se afirma que el trabajador podía rechazar pedidos sin penalización alguna. Pero también se declara probado que los repartidores con mayor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados (hecho probado séptimo). El sistema de puntuación de los repartidores se nutre de tres factores, uno de los cuales es la realización de los servicios en las horas de mayor demanda (las denominadas «horas diamante»). La sentencia da por reproducido el contenido del documento 62 del ramo de prueba de la demandada. En él

aparecen las oscilaciones virtualmente diarias de la puntuación del demandante: cada día el programa informático puntuaba al repartidor. El desempeño del actor era evaluado diariamente. La percepción de ingresos del repartidor depende de si realiza o no servicios y de cuántos servicios realiza. Se declara probado que «los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando».

En la práctica este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución. Además la empresa penaliza a los repartidores, dejando de asignarles pedidos, cuando no estén operativos en las franjas reservadas, salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada.

La consecuencia es que los repartidores compiten entre sí por las franjas horarias más productivas, existiendo una inseguridad económica derivada de la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos, que propicia que los repartidores intenten estar disponibles el mayor período de tiempo posible para acceder a más encargos y a una mayor retribución.

Se trata de un sistema productivo caracterizado por que no se exige el cumplimiento de un horario rígido impuesto por la empresa porque las microtareas se reparten entre una pluralidad de repartidores que cobran en función de los servicios realizados, lo que garantiza que haya repartidores que acepten ese horario o servicio que deja el repartidor que no quiera trabajar.

3. La empresa ha establecido un sistema de puntuación que, entre otros factores, se nutre de la valoración del cliente final. El establecimiento de sistemas de control de la actividad productiva basados en la valoración de clientes constituye un indicio favorable a la existencia de un contrato de trabajo. Así, la sentencia del TS de 29 de diciembre de 1999, recurso 1093/1999, concluye la existencia de un contrato de trabajo sobre la base de una pluralidad de indicios, incluyendo el hecho de que la empresa tenía «un servicio de inspección que revisaba, entre otros, el trabajo realizado por el actor y recibe las quejas que pudieran tener los clientes sobre su actividad».

DECIMONOVENO.- Existen otros indicios favorables a la existencia de una relación laboral:

- 1) La geolocalización por GPS del demandante mientras realizaba su actividad, registrando los kilómetros que recorría, es también un indicio relevante de dependencia en la medida en que permite el control empresarial en tiempo real del desempeño de la prestación. Los repartidores están sujetos a un permanente sistema de control mientras desarrollan la prestación del servicio.
- 2) Glovo no se limitaba a encomendar al repartidor la realización de un determinado servicio sino que precisaba cómo debía prestarse, controlando el cumplimiento de las indicaciones a través de la aplicación. Así, se establecía que el repartidor debía realizar el servicio en el plazo máximo acordado; se especificaba cómo debía dirigirse al usuario final; se le prohibía utilizar distintivos corporativos tales como camisetas, gorros, etc. Por consiguiente, Glovo estableció instrucciones dirigidas a los repartidores relativas a cómo realizar la prestación del servicio. El actor se limitaba a recibir las órdenes de Glovo en virtud de las cuales debía recoger cada pedido de un comercio y llevarlo al domicilio de un cliente final. La realización de esta tarea estaba sujeta a las reglas precisas impuestas por la empresa.
- 3) Glovo proporcionó al actor una tarjeta de crédito para que pudiera comprar productos para el usuario: cuando se adquiere un producto para entregarlo al consumidor final, el repartidor utiliza una tarjeta de crédito proporcionada por Glovo. Y se pactó que, si el repartidor necesitaba un adelanto para el inicio de la actividad, Glovo le realizaría un adelanto de 100 euros.
- 4) Glovo abona de una compensación económica por el tiempo de espera. Se trata del tiempo que el repartidor pasa en el lugar de recogida esperando su pedido.
- 5) En el contrato de TRADE suscrito por ambas partes se especifican trece causas justificadas de resolución del contrato por la empresa consistentes en incumplimientos contractuales del repartidor: por retraso continuado en la prestación del servicio; realización deficiente o defectuosa de los servicios; ofensas verbales o físicas a las personas que presten servicios para Glovo, usuarios, proveedores o cualquier tercero relacionado con Glovo; transgresión

de la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño de las funciones encomendadas... Algunas de ellas, como esta última, son trasunto literal de los incumplimientos contractuales que justifican el despido disciplinario recogidos en el art. 54 del ET.

6) Glovo es el único que dispone de la información necesaria para el manejo de sistema de negocio: los comercios adheridos, los pedidos...

VIGÉSIMO.- 1. En cuanto al requisito de ajenidad, Glovo tomaba todas las decisiones comerciales. El precio de los servicios prestados, la forma de pago y la remuneración a los repartidores se fija exclusivamente por esa empresa. Los repartidores no perciben sus honorarios directamente de los clientes finales de la plataforma sino que el precio del servicio lo recibe Glovo, quien posteriormente abona su retribución a los repartidores. Ello evidencia que Glovo no es una mera intermediaria entre clientes finales y repartidores. Ni los comercios, ni los consumidores finales a quienes se realiza el servicio de reparto, son clientes del repartidor, sino de Glovo.

La compensación económica la abona Glovo al repartidor. Esa empresa es quien confecciona cada una de las facturas y posteriormente se las remite a los repartidores para que estos muestren su conformidad y se las girasen a la empresa. Es decir, formalmente era el actor quien giraba su factura a Glovo para que esta se la abonara. Pero en realidad la había confeccionado Glovo, conforme a las tarifas y condiciones fijadas por ella misma, y se la remitía al repartidor para que este se la girase a la empresa y la cobrase.

2. Respecto a la ajenidad en los riesgos, el hecho de no cobrar por el servicio si éste no llega a materializarse es consecuencia obligada de la retribución por unidad de obra. Pero no supone que el trabajador responda de su buen fin asumiendo el riesgo y ventura del mismo. La sentencia del TS de 15 de octubre de 2001, recurso 2283/2000, explica que, cuando se pacta que el trabajador no perciba su comisión cuando la operación no tiene éxito o queda anulada, ello no supone que el empleado asuma la responsabilidad del buen fin de las operaciones.

Sin embargo, en el supuesto enjuiciado se declara probado que el actor asumía frente al usuario (cliente final) los daños o pérdidas que pudieran sufrir

los productos o mercancías durante el transporte. Se trata de un indicio contrario a la existencia de una relación laboral porque normalmente los trabajadores no responden frente al cliente de los daños o pérdidas de los productos transportados, sin perjuicio de que el empleador pueda imponerles una sanción disciplinaria en caso de incumplimiento del contrato de trabajo.

Además el demandante asumía el riesgo derivado de la utilización de una motocicleta y móvil propios, cuyos costes corrían a su cargo, percibiendo su retribución en función de los servicios prestados.

Pese a ello, atendiendo a las concretas circunstancias de la prestación de servicios, descritas en los fundamentos de derecho anteriores, no puede decirse que concurriera en el actor el binomio riesgo-lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (sentencias del TS de 4 de febrero de 2020, recurso 3008/2017; 1 de julio de 2020, recurso 3585/2018; y 2 de julio de 2020, recurso 5121/2018).

3. Sí que existe la ajenidad en los frutos porque Glovo se apropia de manera directa del resultado de la prestación de trabajo, el cual redundaba en beneficio de dicha empresa, que hizo suyos los frutos del mismo.

El repartidor no tenía ninguna intervención en los acuerdos establecidos entre Glovo y los comercios, ni en la relación entre Glovo y los clientes a los que servían los pedidos. No contrató con unos ni con otros, limitándose a prestar el servicio en las condiciones impuestas por Glovo. Es la empresa quien acuerda con los distintos establecimientos los precios que éstos le abonaban y fija unilateralmente las tarifas que el repartidor percibe 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.

4. Había ajenidad en los medios, evidenciada por la diferencia entre la importancia económica de la plataforma digital y los medios materiales del demandante: un teléfono móvil y una motocicleta. Los medios de producción esenciales en esta actividad no son el teléfono móvil y la motocicleta del repartidor sino la plataforma digital de Glovo, en la que deben darse de alta restaurantes, consumidores y repartidores, al margen de la cual no es factible

la prestación del servicio. Y el actor realizaba su actividad bajo una marca ajena.

VIGÉSIMO PRIMERO.- 1. En definitiva, Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. No se limita a prestar un servicio electrónico de intermediación consistente en poner en contacto a consumidores (los clientes) y auténticos trabajadores autónomos, sino que realiza una labor de coordinación y organización del servicio productivo. Se trata de una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando el precio y condiciones de pago del servicio, así como las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio. Y es titular de los activos esenciales para la realización de la actividad. Para ello se sirve de repartidores que no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, los cuales prestan su servicio insertados en la organización de trabajo del empleador, sometidos a la dirección y organización de la plataforma, como lo demuestra el hecho de que Glovo establece todos los aspectos relativos a la forma y precio del servicio de recogida y entrega de dichos productos. Es decir, tanto la forma de prestación del servicio, como su precio y forma de pago se establecen por Glovo. La empresa ha establecido instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo. Glovo ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante. El repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución. El actor no tenía una verdadera capacidad para organizar su prestación de trabajo, careciendo de autonomía para ello. Estaba sujeto a las directrices organizativas fijadas por la empresa. Ello revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral.

2. Para prestar estos servicios Glovo se sirve de un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor, lo que

condiciona decisivamente la teórica libertad de elección de horarios y de rechazar pedidos. Además Glovo disfruta de un poder para sancionar a sus repartidores por una pluralidad de conductas diferentes, que es una manifestación del poder directivo del empleador. A través de la plataforma digital, Glovo lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma. Debido a ello, el repartidor goza de una autonomía muy limitada que únicamente alcanza a cuestiones secundarias: qué medio de transporte utiliza y qué ruta sigue al realizar el reparto, por lo que este Tribunal debe concluir que concurren las notas definitorias del contrato de trabajo entre el actor y la empresa demandada previstas en el art. 1.1 del ET, estimando el primer motivo del recurso de casación unificadora.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina se alega que la sentencia recurrida vulnera el art. 97 de la LRJS. Esta parte procesal argumenta que la sentencia de instancia incurrió en contradicción e incongruencia al analizar la procedencia o improcedencia de las acciones de despido y de resolución del contrato de trabajo porque si no existe relación laboral el Juzgado no debe pronunciarse sobre los citados extremos. La parte recurrente sostiene que el Tribunal Superior de Justicia cometió el mismo error que la sentencia de instancia al entrar a conocer del motivo de suplicación en el que se impugnaba el despido tácito, alegando que no debió resolver sobre la extinción de un contrato que no existía. Por ello, esta parte procesal solicita que se anule la sentencia recurrida, remitiendo las actuaciones al Juzgado de lo Social para que, partiendo de la calificación como laboral de la relación entre las partes, examine las acciones sometidas a enjuiciamiento.

2. Hemos explicado que la sentencia recurrida, después de negar la existencia de una relación laboral entre las partes, argumentó a mayor abundamiento que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social tenía tres pronunciamientos desestimatorios, relativos a las acciones de despido tácito, extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido expreso. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid llegó a la conclusión de

que en el recurso de suplicación solamente se combatía el despido tácito. Y argumentó que después del supuesto despido tácito del demandante (el 21 de octubre de 2017) éste prestó sus servicios profesionales para Glovo los días 24 y 25 de octubre de 2017, por lo que rechazó que se produjera un despido tácito.

3. El recurso de casación para la unificación de doctrina exige el presupuesto procesal de contradicción, salvo en los supuestos de manifiesta falta de jurisdicción, competencia funcional de la Sala, o cosa juzgada (por todas, sentencias del TS de 30 de diciembre de 2013, recurso 930/2013; 4 de mayo de 2017, recurso 1201/2015 y 12 de septiembre de 2018, recurso 607/2017). Por ello, la parte recurrente debe identificar la sentencia de contraste que reúna los requisitos exigidos por el art. 219 de la LRJS.

4. La parte recurrente ha incumplido este presupuesto procesal: no identifica ninguna sentencia referencial en relación con el segundo motivo de casación. En el escrito de interposición del recurso de casación unificadora la única sentencia de contraste que se cita es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 25 de julio de 2019, la cual se limita a desestimar el recurso de casación, confirmando la sentencia de instancia, que había declarado improcedente el despido, sin abordar la controversia suscitada en este segundo motivo. La consecuencia es la desestimación de este motivo del recurso de casación unificadora.

VIGÉSIMO TERCERO.- 1. La sentencia recurrida confirma la dictada por el Juzgado de lo Social, que había desestimado las demandas acumuladas de despido y de resolución indemnizada del contrato de trabajo. Como regla general, si el órgano judicial concluye que la relación no es de naturaleza laboral, debe dictar una sentencia declarando la incompetencia del orden social y advirtiendo al demandante sobre el orden jurisdiccional al que le corresponde el conocimiento (sentencia del TS de 26 de noviembre de 2012, recurso 536/2012). Sin embargo, la sentencia recurrida considera que el contrato de TRADE suscrito por las partes procesales es conforme a derecho, por lo que la competencia para conocer de la presente litis estaría atribuida al

orden social por el art. 2.d) de la LRJS en el caso de que se declarase que el demandante tenía la condición de TRADE, razón por la cual ni el Juzgado de lo Social ni el Tribunal Superior de Justicia declararon la incompetencia de este orden jurisdiccional.

2. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de suplicación por dos razones. Por la inexistencia de una relación laboral entre las partes y porque la extinción de la relación laboral por despido tácito es la única combatida en suplicación, habiendo continuado el actor con su prestación de servicios laborales después del supuesto despido tácito.

Los anteriores fundamentos obligan a estimar el primer motivo de casación unificadora, declarando que la relación entre las partes tenía naturaleza laboral. Pero este Tribunal debe desestimar el segundo motivo del recurso casacional al no haberse invocado una sentencia de contraste idónea, por lo que, oído el Ministerio Fiscal, estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina. Casamos y anulamos en parte la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Resolvemos el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar en parte dicho recurso. Revocamos parcialmente la sentencia de instancia, declarando que la relación entre el recurrente y la mercantil Glovoapp23 SL tenía naturaleza laboral y declarando la firmeza de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en cuanto a la desestimación de las demandas de despido tácito, resolución indemnizada del contrato de trabajo y despido expreso. Sin pronunciamiento sobre costas (art. 235 de la LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1. Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. I.

2. Casar y anular en parte la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resolvió el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. I. contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid en el procedimiento 1353/2017.

3. Resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar en parte dicho recurso. Revocar en parte la sentencia de instancia, declarando que la relación entre el recurrente y la mercantil Glovoapp23 SL tenía naturaleza laboral y declarando la firmeza de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en cuanto a la desestimación de las demandas de despido tácito, resolución indemnizada del contrato de trabajo y despido expreso. Sin pronunciamiento sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

