

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG: 28.079.00.4-2018/0054131

Procedimiento Recurso de Suplicación 714/2019 -F

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid Despidos / Ceses en general 1214/2018

Materia: Despido

Sentencia número: 1223/19

Ilmos. Sres

D./Dña.

D./Dña.

D./Dña.

En Madrid a 18 de diciembre de dos mil veinte habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 714/2019, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. en nombre y representación de GLOVOAPP23 SL, contra la sentencia de fecha 11 de febrero de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 1214/2018, seguidos a instancia de D./Dña. frente a GLOVOAPP23 SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. , y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- GLOVOAPP23 SL es una mercantil constituida el 9-9-2014 cuyo objeto social es la explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes por cuenta ajena actuando como comisionista y la realización de la actividad de intermediario en la contratación de transporte de mercancía por carretera en concepto de agencia de transporte, transitario, almacenista distribuidor u operador logístico.

SEGUNDO.- GLOVOAPP23 SL a través de una aplicación para móviles y de una web propias, (las APP) se define como una plataforma de intermediación que relaciona los clientes finales en demanda de un determinado producto y los proveedores o fabricantes del mismo y a los que suministra servicio de recogida y entrega mediante repartidores.

La gestión del pedido se inicia por el cliente cuando entrando en la APP solicita el envío de un producto de un establecimiento concreto o de aquel que la propia aplicación le facilite. La plataforma asigna tanto el proveedor concreto como la persona encargada del reparto. El cliente abona el producto en la plataforma si se trata de proveedores con los que GLOVOAPP23 SL tiene acuerdo comercial. Si se trata de otro proveedor el pago se llevará a cabo mediante un cobro a través de una tarjeta de débito (Bankable) de la que se provee al repartidor y con la que se realiza el pago a dicho proveedor cuando se retira la mercancía.

TERCERO.- Establecidos los datos del cliente y del proveedor y de sus respectivos domicilios, la plataforma asigna el repartidor mejor ubicado para que el servicio puede prestarse a la mayor agilidad y menor coste.

Para la asignación de repartidores la aplicación realiza previsiones de demanda que le permiten evaluar por días y franjas horarias los repartidores que necesitará.

Con estas previsiones se elaboran bloques horarios, dos semanales, información a la que acceden los repartidores que eligen los días y horas en que se comprometen a realizar su personal actividad, aun cuando posteriormente puedan desvincularse de dicho compromiso.

CUARTO.- GLOVOAPP23 SL cuenta con un plantel de repartidores, que son las personas que se han dado de alta en la base de datos a tal fin creada a la que facilitan sus datos personales y medios propios que van a utilizar para el servicio, en concreto vehículo (bicicleta, moto o automóvil) y teléfono móvil, medios cuyos gastos los repartidores asumen. Tras reservar los días y franjas horarias, llegado el momento el repartidor activa la aplicación y decide si acepta la asignación automática de repartos u opta por la manual. Finalizado el servicio de un modo u otro asignado queda en disposición de recibir o elegir una nueva asignación.

Para la asignación de un pedido a un concreto repartidor de entre los disponibles la

aplicación sigue el criterio de menor coste lo que se realiza mediante el algoritmo a tal efecto diseñado. En la toma de esta decisión influye el sistema de evaluación de repartidores que elabora la propia aplicación atendiendo a parámetros tales como la eficacia en las 40 últimas entregas, los pedidos realizados en las últimas 72 horas de alta demanda, el volumen histórico de pedidos realizados y la puntuación realizada a los repartidores conforme la valoración de clientes y proveedores.

QUINTO.- Es el cliente final el que paga tanto el precio del producto como el del servicio de reparto incluyendo en éste la comisión que recibe GLOVOAPP23 SL por su intermediación y el coste por la actividad del repartidor que GLOVOAPP23 SL luego le abonará mediante las facturas que la citada mercantil elabora con los datos de los que dispone en la aplicación y atendiendo al precio por la actividad prestada que GLOVOAPP23 SL establece.

SEXTO.- D. suscribe con GLOVOAPP23 SL el 27-9-2016 contrato de TRADE para realizar el servicio de repartidor indicado en los hechos precedentes, comenzando su actividad el 18-11-2016. Dicho contrato y su anexo a los documentos 6 y 7 de la demandada se da por reproducido.

De su contenido y a los efectos de resolver la controversia interesa resaltar los siguientes aspectos que en dicho acuerdo se indican:

Cláusula primera:

- 3.1.- el repartidor tiene plena libertad para aceptar y rechazar servicios, elige cómo gestionarlo fijando la ruta a seguir y vehículo propio a utilizar
- 3.3.- asume el riesgo y ventura del encargo y responde frente al usuario de los daños de los productos
- 4.- su jornada se establece en 40 horas semanales, puede escoger el descanso semanal y festivos
- 5.- no tiene exclusividad si bien puede perder la condición de TRADE
- 6.1.- absoluta libertad de organización si bien no puede exceder en 40 minutos la realización de un encargo
- 6.2 a 6.5.- criterios a seguir para la compra de productos y relaciones con el cliente final
- 6.6.- valoración del cliente de los servicios prestados por el repartidor, sistema de puntuación cuya objetividad admite

Cláusula tercera:

- 3.1.- libertad para organizar la prestación del servicio siendo su tiempo máximo de realización de 60 minutos, conforme las rutas y medios que decida empleando el grado de diligencia adecuado.

Cláusula cuarta

- 4.1.- no puede utilizar distintivos corporativos propios salvo los que GLOVOAPP23 SL le facilite y cuyo coste asume
- 4.2.- no puede usar la imagen corporativa de GLOVOAPP23 SL y tampoco en sus perfiles en redes sociales, cuidando los comentarios que en ellas realice

4.3.- las comunicaciones entre las partes se realizarán via correo electrónico de forma preferente, viniendo obligado a comunicar tales datos

Cláusula quinta

Derecho a interrumpir su actividad 18 días al año

Cláusulas sexta, séptima y octava

Regulan las interrupciones justificadas de la actividad, preaviso por cese y causas de extinción del contrato. Se lista un total de trece causas justificadas de resolución del contrato por parte de GLOVOAPP23 SL relacionadas con incumplimientos contractuales del repartidor.

Cláusula novena

Se transcribe en su integridad

“ 9.1 El precio quedara fijado y por escrito de forma previa y orientativa cada vez que en un usuario de GLOVOAPP solicite el servicio de un GLOVER y vendrá fijado por la distancia recorrida por e GLOVER , así comp el tiempo a realizar el servicio. Las variables distancia (km) y tiempo (minutos) podrán ser actualizadas por parte de GLOVOAPP con la periodicidad que estime oportuna, notificando previamente dichas modificaciones al GLOVE, a todos los precios fijados en función del servicio se les deberá sumar el IVA correspondiente.

9.2 cuando no sea posible medir de forma previa la distancia y el tiempo que recorrerá el GLOVER debido al tipo de servicio solicitado por el usuario de GLOPOAPP, por parte de GLOVO se calculara una estimación del precio del servicio orientativo y una vez finalizado el mismo, se trasladara al GLOVER el precio final del mismo. Al precio fijado se le deberá sumar el IVA correspondiente.

9.3 Adicionalmente al precio fijado en párrafo primero anterior de la presente CLÁUSULA en función de determinadas circunstancias excepcionales que siempre vendrán fijadas y comunicadas fehacientemente por GLOVO al profesional independiente, por parte de GLOVO se calculará unas cuotas de cobertura y/o complejidad adicionales, consignando a través de GLOVOAPP una estimación del precio del servicio orientativo y una vez finalizado el mismo se trasladara al profesional independiente el precio final del mismo.

9.4 En caso de cancelación del pedido una vez el profesional independiente lo ha aceptado este tendrá derecho a percibir la tarifa base del servicio.

9.5 GLOVOAPP emitirá semanalmente o quincenalmente una factura por el importe total de los servicios de la semana en curso, más los impuestos (IVA) y deducidas las retenciones que le resulten de aplicación que será abonada por GLOVO mediante transferencia bancaria en un plazo máximo de cinco(5) días laborales desde su emisión. “

Cláusula décima:

Las obligaciones fiscales y de Seguridad Social son a cargo del repartidor.

Cláusula duodécima

Prohibición durante y después del contrato de revelar secretos comerciales o información confidencial con la consiguiente indemnización por daños en caso de incumplimiento.

Cláusula decimotercera

13.4 se autoriza el acceso de terceros a los datos personales del repartidor

Anexo

Suministro por parte de GLOVOAPP23 SL de material relacionado por el que se cobra al repartidor 10 euros y se le impone una fianza de 30 euros.

SEPTIMO.- En la web de GLOVOAPP23 SL figuran informaciones, recomendaciones e instrucciones para resolver problemas concretos que puedan presentarse en la gestión del servicio que obran al documento 7 de la parte actora y que se dan por reproducidas.

OCTAVO.-En el periodo 9/17 a 9/18 el demandante reasignó 422 encargos que se encomendaron por ello a otro repartidor y canceló el 2,6% de los encargos asignados. El porcentaje de encargos reasignados en Madrid en ese mismo periodo es del 6,7% y de encargos cancelados del 5,3%.

NOVENO.- En los doce meses anteriores al cese el demandante recibió por sus servicios un total de 22.666,62 euros de los que 19.431.78 se corresponden con lo percibido en 2018 hasta el 21-9.

DECIMO.- En una cuenta whatsapp denominada “Paro glovomadrid ” Se cuelga por el demandante el siguiente mensaje de voz” En esta parte tenías razón, que lo que tenemos que hacer es a todas las personas que veamos ahora decírselo para que estén al loro y que se lo cuenten a sus colegas , conocidos , amigos que trabajen en Glovo. Y también decirles que vamos a realizar pedidos nosotros estando allí, y a la persona que venda se va a llevar un menos cinco, para el lunes, así de primeras de buena mañana. Entoces más vales hacer la huelga y perderte dos diamantes , o tres o cuatro que un menos cinco directo, sabes? Entonces nada, ahí a saco, todos a una como Fuente Ovejuna y a cualquier persona que veamos que trabaje en Glovo se lo decimos, lo comentados, que le decimos que es para bien, que si no quiere hacerlas pan para hoy hambre para mañana y a partir de ahí el que quiera hacerla que la haga y el que quiera hacerla que la haga y el que no que trabaje, pero bueno ... el que trabaje y venga a repartir algo en Bilbao pues se llevará un menos cinco.”

UNDECIMO El 20-9-2018 GLOVOAPP23 SL decide finalizar unilateralmente el contrato mediante carta con el siguiente contenido:

“ Por medio de la presente le comunicamos que, en uso de lo dispuesto en el pacto 8 de nuestro contrato para la “ realización de actividad profesional como trabajador autónomo

económicamente dependiente (“TRADE”) “ de fecha 27 de septiembre de 2016, hemos tomado la decisión de finalizar unilateralmente, con efectos de mañana 21 de septiembre de 2018, el contrato que nos une con Vd. Por haber incumplido sus obligaciones. Todo ello en relación con lo dispuesto en el art.15 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Los hechos y circunstancias que han motivado esta decisión son los siguientes.

Desde el departamento de operaciones, han recibido reiteradas quejas de distintos repartidores hacia su persona.

Concretamente, se ha constatado que dichos compartimientos van desde insultos hasta amenazas que comprometen incluso la integridad física de los amenazados. Así Vd ha proferido amenazas a otros repartidores en relación a sabotear sus propios vehículos y amenazándoles con realizar pedidos y valorarlos negativamente de manera infundamentada para perjudicarles y por el simple motivo de no participar en la huelga.

Asimismo se ha tenido conocimiento de que, con su actividad y proveyéndose de tales amenazas y otras formas de chantaje impropios de los tiempos que vivimos, trata Vd. de incitar a sus colegas a que inicien una huelga sin que haya existido una previa declaración de la misma y sin ninguna persona de las que podrían estar legalmente legitimadas hayan abierto ningún tipo de negociación con la empresa del que pudiera haberse producido un conflicto colectivo de intereses.

Más concretamente, en su voluntad de incitación al seguimiento de huelga que no podría tildarse más que de ilegal en las actuales condiciones Vd. se manifiesta respecto de sus compañeros amenazándoles de si “ si no siguen la huelga”, otros colapsaran los slots” y harán muchos pedidos para desentenderlos y colapsar el funcionamiento de la aplicación.

Esta amenaza, de perpetrarse originaría el caos en los sistemas informáticos y la imposibilidad material de ofrecer servicios a los repartidores y consiguiente impacto en los usuarios de la aplicación, causando un grave perjuicio a la empresa. .

Se persigue con ello influenciar negativamente en el sistema de valoración de los repartidores que sigan sus pretensiones huyelguistas. Así nos refieren que Vd. les manifiesta que: Vamos a realizar pedidos nosotros estando allí y la persona que venga se va a llevar un menos cinco” ; o que, “ más vale hacer la huelga y perderte dos diamantes que llevarte así de primeras un menos cinco “ o que, “ el que quiera repartir algo en Bilbao se llevará un menos cinco.

No cabe duda que la incitación a la huelga así como los insultos y amenazas proferidos a otros profesionales no solo rayan lo injurioso sino que inciden de forma notorialmente injusta e ilícita en la convivencia a mantener en el ámbito empresarial por quienes constituyen el elemento humano integrado en él.

Los hechos descritos, pues ponen de manifiesto una conducta que va más allá de los derechos colectivos y sindicales que pudieran corresponder a un trabajador a un trabajador autónomo económicamente dependiente y, por tanto como le decíamos en el encabezamiento de este escrito motivan la resolución del contrato que nos une con VD.

con efectos de mañana 21 de septiembre.

Por lo demás aprovechamos la ocasión para recordarle 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.”

DUODECIMO El demandante les contesta con correo del siguiente día en el que entre otras cuestiones indica que “no hicimos huelga, sólo decidimos libremente no coger dichas horas”.

DECIMOTERCERO - Consta celebrado acto de conciliación ante el SMAC

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

“Estimo la demanda formulada por D. frente a la mercantil GLOVOAPP23 SL y previa declaración de que la relación contractual que les une es de naturaleza laboral, declaro la nulidad del despido llevado a cabo por el empresario el 209-2018 por resultar atentatorio a sus derechos fundamentales de libertad de expresión y de huelga y le condeno a que le readmita de forma inmediata en su puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación devengados.”

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por GLOVOAPP23 SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 11/12/19 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de esta ciudad, en autos número 1214/2018, ha interpuesto recurso de suplicación el Letrado de la empresa demandada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 b) y c) de la LRJS alegando dos motivos de recurrir:

En el I, subdividido en nueve apartados interesa:

En el primero interesa la modificación del hecho probado segundo de la resolución impugnada para el que propone la siguiente redacción:

“SEGUNDO.- GLOVOAPP23 SL a través de una aplicación para móviles y de una web propias, (las APP) se define como una plataforma de intermediación que relaciona los clientes finales en demanda de un determinado producto y los proveedores o fabricantes del mismo y los repartidores encargados del servicio de recogida y entrega.

La gestión del pedido se inicia por el cliente cuando entrando en la APP solicita el envío de un producto de un establecimiento concreto o de aquel que la propia aplicación le facilite. La plataforma asigna tanto el proveedor concreto como la persona encargada del reparto. El cliente abona el producto en la plataforma si se trata de proveedores con los que GLOVOAPP23 SL tiene acuerdo comercial. Si se trata de otro proveedor el pago se llevará a cabo mediante un cobro a través de una tarjeta de débito (Bankable) de la que se provee al repartidor y con la que se realiza el pago a dicho proveedor cuando se retira la mercancía.”

En el segundo propone la siguiente redacción:

“TERCERO.- Establecidos los datos del cliente y del proveedor y de sus respectivos domicilios, la plataforma asigna el repartidor mejor ubicado para que el servicio pueda prestarse a la mayor agilidad y menor coste.

Para la evaluación de las necesidades horarias de reparto de pedidos la aplicación realiza previsiones de demanda que le permiten evaluar por días y franjas horarias los repartidores que serán necesarios para atender la demanda prevista.

Con esta previsiones se elaboran bloques horarios, dos semanales, información a la que acceden los repartidores que eligen los días y las horas en que se comprometen a realizar su personal actividad, aún cuando posteriormente puedan desvincularse de dicho compromiso”.

En el tercero lo mismo respecto del ordinal tercero para el que propone la siguiente redacción:

“Tras reservar los días y franjas horarias, llegado el momento el repartidor activa la aplicación y decide si acepta la asignación automática de repartos u opta por la manual. Finalizado el servicio de un modo u otro asignado queda en disposición de recibir o elegir una nueva asignación.

Para la asignación de un pedido a un concreto repartidor de entre los disponibles la aplicación sigue el criterio de menor coste lo que se realiza mediante el algoritmo a tal efecto diseñado. En la toma de esa decisión se tiene en consideración los siguientes criterios: (1) que el repartidor tenga activado el bloque horario, que la aplicación esté activa y se haya realizado el “check- in”, esto es, que acepte el mensaje automático que envía la aplicación una vez que entra la franja horaria preseleccionada; (2) el tipo de aceptación (automática o manual); (3) la disponibilidad (que el repartidor esté libre o bien en fase de entrega de un producto; cabe la posibilidad, estando en espera de la recepción del producto, de solicitar mediante un chat de soporte, la posibilidad de realizar un segundo pedido mientras el primer establecimiento prepara el producto) y (4) la proximidad.

Existe un sistema de evaluación de repartidores que elabora la propia aplicación atendiendo a parámetros tales como la eficacia en las últimas 40 entregas, los pedidos realizados en las últimas 72 horas de alta demanda, el volumen histórico de pedidos realizados y la puntuación realizada a los repartidores conforme la valoración de clientes y proveedores”.

En el cuarto lo mismo respecto del ordinal cuarto para el que propone la siguiente redacción:

“QUINTO.- GLOVOAPP23, S. L. gestiona cuatro tipos de servicios: pedido “partner”, pedido “no partner”, pedido sin establecimiento y pedido sin transacción. El primero de ellos relaciona al consumidor con un establecimiento con el que la demandada tiene un acuerdo comercial. En este caso, se giran facturas mensuales al establecimiento, de las que se descuentan los gastos relacionados con el transporte (lo que se abona al mensajero) y las comisiones con las que se financia GLOVO APP 23, S. L. Los pedidos “no partner” suponen que la empresa carece de acuerdo con el establecimiento, teniendo que abonar el mensajero el importe del producto anticipadamente, pudiendo solicitar éste una tarjeta nominal para llevar a cabo el pago. También cabe la posibilidad de que el consumidor no elija un establecimiento concreto, con lo que es el repartidor el que se encarga de buscar el comercio para adquirir y transportar el producto. Por último, cabe la posibilidad de que no se dé transacción alguna, limitándose el repartidor a transportar una mercancía de una dirección a otra.

Es el cliente final el que paga tanto el precio del producto como el del servicio de reparto incluyendo en éste la comisión que recibe GLOVOAPP23 SL del establecimiento por su intermediación y el coste por la actividad del repartidor que GLOVOAPP 23 luego le abonará mediante las facturas que la citada mercantil elabora con los datos de los que dispone en la aplicación y atendiendo al precio por la actividad prestada que figura en el contrato mercantil, una vez ha sido validada por el repartidor”.

En el quinto lo mismo respecto del ordinal quinto para el que propone la siguiente redacción:

Interesa la adición de un nuevo Hecho Probado SEXTO BIS del siguiente tenor literal:

“SEXTO BIS.- El contrato TRADE de fecha 17/11/16 suscrito entre el repartidor y la empresa fue registrado ante el SEPE y el demandante se dio de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos en fecha 1/11/16 y en el censo de empresarios y profesionales de la Agencia Tributaria en fecha 15/11/16 para los servicios de mensajería, recadero y reparto .”

En el sexto interesa:

Añadir un nuevo Hecho Declarado Probado Sexto Bis 2 del siguiente tenor:

“SEXTO BIS 2. Las herramientas utilizadas por el repartidor, coche, moto y bici, todas son de titularidad del actor.

El actor presenta en el año 2017 un volumen de negocio de 26.017'03 € que, generaría una cuota de 5.463'58 € y se deduce unos gastos por importe de 11.502'96 €, por lo que se deduce un IVA de 2.394'10 €.

En el 1T 2018, del modelo 130 IRPF (Folio 315.1 vuelto) el actor declara ingresos computables de 4.904'42 y unos gastos deducibles de 3.405'08 euros.

En el 2T 2018, también modelo 130 IRPF (Folio 315.2 vuelto) ingresos computables de 9.432'35 € y unos gastos deducibles de 9.033'04 euros.

En el 3T 2018, también modelo 130 IRPF (Folio 315.3 vuelto) ingresos computables de 16.665'99 € y unos gastos deducibles de 16.999'50 euros, dando un rendimiento neto de - 333'51 €.

En el 1T 2018: Base del IVA soportado 2.326'28 €, frente a una base devengada 4.904'42 € (Folio 315.4 vuelto) En el 2T 2018: Base del IVA soportado 4.170'16 €, frente a una base devengada 4.527'93 € (Folio 315.6 vuelto)

En el séptimo:

“interesa la adición de un nuevo Hecho Declarado Probado Octavo Bis del siguiente tenor: “OCTAVO BIS.- El porcentaje de franjas horarias inscritas a las que el repartidor no se ha registrado finalmente llegado su inicio es del 64,8%. La distribución de los medios utilizados respecto a los encargos servidos ha sido del 36,7% en coche, 16,0% en bicicleta y el 47,3% en moto”.

En el octavo

Se interesa la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente tenor:

“OCTAVO BIS 2.- Durante el periodo 22/08/2017 a 30/05/2018, es decir en las 33 semanas últimas, el actor ha prestado servicios durante 1.161,68 horas a razón de 38,72 horas de promedio semanales”.

En el noveno

Añadir un Hecho Declarado Probado Noveno Bis del siguiente tenor literal:

“la Inspección de Trabajo de Barcelona inició actividades de investigación en fecha 15 Ene. 16 que tuvo por objeto la revisión de todos los contratos suscritos entre Glovoapp23, S.L. y los repartidores hasta 15 Jun. 16 en las provincias de Barcelona, Valencia y Madrid que finalizaron en su Informe de fecha 4 Nov. 16 que se da por reproducido”.

En el II subdividido en tres apartados

Décimo “POR INFRACCIÓN O INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LOS ARTS. 1.1, 8.1 Y DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN RELACIÓN CON EL ART. 3 Y ART. 11 Y SIGUIENTES DE LA LEY 20/2007, DE 11 DE JULIO, QUE REGULA EL ESTATUTO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO Y, EL RD 197/2009, DE 23 DE FEBRERO, POR EL QUE SE DESARROLLA EL ESTATUTO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO EN MATERIA DE CONTRATO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE.

Undécimo “POR INFRACCIÓN O INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LOS ARTS. 1.1 EN RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA CONTENIDA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE ENERO DE 2001 (RJ 2002/836) 22 DE ENERO DE 2001 Y DE 23 DE OCTUBRE DE 2003 (RJ 2003/9075) Y DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2012 (RJ 2013/1076).

Duodécimo “POR INFRACCIÓN O INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LOS ARTÍCULOS 3 RD DEL RDL 17/1977 DE 4 DE MARZO 11, 19.1, 19.2, 20.2 Y 21 DE LA LETA; ARTS. 1.1, 2.1.D), 3.1 Y 13 DE LA LOLS, ART. 28.2 DE LA CE; ASÍ COMO DE LA STC 98/1985 y SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 41/2017, de 23 de enero, rec. 60/2016.

Recurso que ha sido impugnado por el Letrado del demandante en base a las ALEGACIONES que se expresan en su escrito de 17 de abril de 2019 que se dan por reproducidos íntegramente.

SEGUNDO.- En fecha 27.11.2019, se dictó sentencia por esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid constituida en Pleno que por su trascendencia para el fallo de este litigio se procede a transcribir literalmente:

“SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 588/19 formalizado por el Sr. Letrado D. en nombre y representación de DON, contra la sentencia dictada en 11 de enero de 2019 por el Juzgado de lo Social núm. 17 de los de MADRID, en los autos núm. 418/18, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra la empresa GLOVOAPP23, S.L., sobre despido y, acumuladamente, tutela de derechos fundamentales y reclamación de indemnización adicional de daños y perjuicios, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D., y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

“PRIMERO.- La parte actora suscribió con la empresa demandada un contrato de prestación de servicios en fecha 11-2-16, que se sustituyó, el 21 de marzo de 2016, por un “CONTRATO PARA REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD PROFESIONAL COMO TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE”.

En este último contrato se pacta, entre otras cuestiones, las siguientes:

- Que la actividad del profesional se ejecutará de manera totalmente diferenciada respecto de la de los trabajadores que prestan servicios por cuenta ajena para Glovo.
- Que la actividad se desarrolla por el trabajador autónomo con criterios organizativos propios, asumiendo el riesgo y ventura de su actividad.
- El objeto del contrato es la realización, por parte del profesional independiente, de recados o micro tareas como mensajero independiente con total libertad, en el marco de las características de la actividad de Glovo.
- El profesional tiene total libertad, en sentido amplio, para aceptar o rechazar la realización de un servicio. También tiene plena libertad para conectarse a la APP a través de la cual recibe la notificación de entrada de solicitud de un servicio. Una vez conectado a la APP, cuenta con plena libertad para aceptar o no un determinado recado o micro tarea. Posteriormente y una vez aceptado el recado o micro tareas, el profesional independiente elige como gestionarlo, la ruta a seguir, el medio de transporte a utilizar, etc.

- El profesional independiente dispone de permiso de circulación y vehículo propio, cuenta con la correspondiente póliza de responsabilidad civil
- El profesional no queda sujeto a ningún régimen de exclusividad.
- La jornada del profesional tendrá una duración de 40 horas semanales (de 8 a 00 horas) y el TRADE podrá aumentar libremente el tiempo ordinario pactado en un 30% como máximo. El régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos se escoge libremente por el TRADE.
- Si el profesional está conectado y es el primero que acepta el servicio, será el que lo lleve a cabo, teniendo libertad para organizarse, pero velando por que el tiempo de realización no exceda de 60 minutos.
- El profesional independiente tiene libertad para organizar la prestación de servicios; el horario lo marca él mismo y el itinerario, procedimiento y medio de transporte, así como la jornada en la que va a aceptar los recados.
- El precio depende de la distancia y el tiempo en realizar el servicio, y a falta de dichos criterios, del tipo de servicio solicitado; en caso de cancelación del pedido una vez aceptado por el profesional, este tiene derecho a percibir la tarifa base del servicio, y la empresa emite semanalmente o quincenalmente una factura por el importe total de los servicios más IVA.

El contrato prevé casos y causas de interrupción de la actividad así como de extinción del contrato. Se da por reproducido el contrato (doc. 7 de la empresa).

La media de lo percibido por el demandante en los últimos 12 meses ha sido de 33,80 euros diario (12.335,23 euros en el periodo comprendido entre diciembre de 2016 y noviembre de 2017).

SEGUNDO.- El trabajo del actor se gestionaba a través de la APP de la Empresa, y las comunicaciones entre las partes se realizaban mediante correo electrónico.

El sistema es el siguiente: los lunes y los jueves por la tarde, el profesional puede abrir la APP a una hora determinada que depende de la puntuación que haya obtenido (los trabajadores de mayor puntuación tienen preferencia) y reservar la franja horaria en la que desea trabajar. Si tiene abierta la aplicación en la franja horaria y en la zona geográfica elegida, le entran los pedidos requeridos para dicha franja y zona geográfica. El repartidor puede aceptar o no el pedido; si lo acepta, puede hacerlo de forma automática o manual. En la primera modalidad (AA), la plataforma asigna un reparto automático de recados que el trabajador puede 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 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 surgen dudas sobre la forma de realizar el pedido, tiene 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 puede rechazar un pedido previamente aceptado, en cuyo caso el recado es reasignado a otro repartidor de la misma zona sin penalización alguna.

TERCERO.- 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.

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.

Se da por reproducido el informe pericial elaborado por D. (doc. 92 de la empresa) que explica la gestión de los pedidos, recogida y entrega del producto, asignación de repartidores y de pedidos, etc.

CUARTO.- En los últimos 12 meses de actividad, solo el 10,76% de los días el trabajo del actor ha alcanzado 8 o más horas; el 45,52 % ha alcanzado entre 5 y 8 horas y el 43,82% entre 1 y 4 horas de actividad diaria, ya que es el actor quien organizaba su tiempo de trabajo y la distribución del mismo. Ente octubre de 2016 y noviembre de 2017 realizó 656 cambios en la autoasignación de recados.

QUINTO.- El objeto social de la empresa es la explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes por 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. (Documentos 95, 96 y 97 del ramo de prueba del demandante).

SEXTO.- La Empresa tiene establecido un sistema de puntuación de los 'glovers', o 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. (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.

SÉPTIMO.- 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.

OCTAVO.- Con fecha 4-11-16 la Inspección de Trabajo emitió informe sobre la actividad de la empresa y los contratos de prestación de servicios y llega a la conclusión de que no puede apreciarse que se den en la relación que une a la empresa GLOVOAPP23, S.L. con los mensajeros o repartidores todas las notas de una relación laboral en el sentido de dependencia, ajenidad y retribución incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, ya que no existe una dependencia absoluta del trabajador frente al empresario puesto que no está obligado a prestar los servicios que se le ofrecen a través de la aplicación informática, no se designa ningún mensajero específico para prestar el servicio, son libres de aceptarlo y no se les penaliza si no se conectan a la plataforma informática. No existe disponibilidad del mensajero frente al empresario, ya que puede

o no prestar el servicio, lo que demuestra una falta de dependencia absoluta en el círculo organizativo y rector del empresario, así como el hecho de que es el propio mensajero el que dispone de sus medios para realizar el servicio, asumiendo la totalidad de los gastos de la actividad (doc. 98 de la empresa que se da por reproducido).

NOVENO.- El día 24-11-17 el demandante sufrió un accidente de tráfico, permaneciendo de baja médica hasta el día 4-4-18 (doc. 5,6 y 8 del actor), y desde dicho día, el demandante no ha abierto la aplicación para establecer horario ni para aceptación de encargos, por lo que la última factura es de noviembre de 2017.

El mismo día 24-11-17 el demandante envió un mail a la empresa comunicando el accidente y solicitando que quitaran las horas de su horario para que no le bajara la fidelidad (doc. 7 del actor)

DÉCIMO.- En fecha 14-3-18 la empresa envía un correo electrónico al demandante (y a otros 296 repartidores) con el siguiente texto: “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”.

La cláusula séptima del contrato de prestación de servicios se refiere a la forma de comunicación entre las partes, y la cláusula séptima del contrato de TREADE establece que “En el supuesto de que el profesional Independiente o el cliente decidieran desistir del contrato, deberán preavisarse por escrito en un plazo de 24 horas. En caso de incumplimiento contractual, no se exigirá preaviso”.

UNDÉCIMO.- Se ha intentado la conciliación ante el SMAC.”

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

“Que desestimando la demanda formulada D. contra GLOVOAPP23 S.L., debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones de la demanda.”

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 22-5-19 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio habiéndose dictado proveído en fecha 16-10-19 que dice así: “Dada cuenta; como quiera que sobre controversia material similar a la que se suscita en este recurso en sus aspectos sustanciales, han tenido entrada diversos recursos en la Sala y a fin de lograr un criterio uniforme de esta Sala de suplicación en aras a la necesaria seguridad jurídica, y puesto que la decisión de avocar su conocimiento al Pleno tiene carácter jurisdiccional, se acuerda con base al artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial llamar para formar Sala a todos los Magistrados que la componen a fin de resolver el presente recurso de suplicación, Pleno que se

señala para el día 20/11/2019, quedando sin efecto el señalamiento para los actos de votación y fallo del día 27/11/2019.”

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dictada en la modalidad procesal de despidos y, acumuladamente, tutela de derechos fundamentales y reclamación de indemnización adicional de daños y perjuicios, rechazó en su integridad la demanda que rige estas actuaciones, dirigida contra la empresa GlovoApp23, S.L., a quien absolvió de todos los pedimentos deducidos en su contra, que inicialmente eran éstos: “(...) *se declare: Primero.- LA NULIDAD DEL DESPIDO del trabajador POR VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD DEL ART. 24 DE LA C.E. y en consecuencia, a cesar el comportamiento anticonstitucional de la empresa para con el trabajador y CONDENAR A LA EMPRESA DEMANDADA a readmitir al trabajador en el mismo puesto de trabajo que el trabajador venía desempeñando antes del despido, con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar y a indemnizarle por los daños causados por la violación de su derecho fundamental en la cantidad de 12.000 euros. Segundo y subsidiariamente, para el caso en que no se reconociera la anterior petición, LA IMPROCEDENCIA del despido del trabajador demandante, optando la empresa demandada entre readmitir al trabajador en su puesto de Trabajo en iguales circunstancias a las hasta ahora disfrutadas, o a indemnizarle con treinta y tres días de salario por año de trabajo, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, así como a abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el ejercicio de dicha opción*”.

SEGUNDO.- Y lo decimos en pasado, porque según consta en el párrafo inicial del segundo fundamento de la misma: “*Por medio de la demanda se solicita se reconozca la existencia de relación laboral entre la empresa y el trabajador y se declare improcedente el despido (se ha desistido de la petición de nulidad), con abono de la indemnización correspondiente a un despido improcedente*”, concreción del objeto procesal que, sin embargo, no se compadece –como se verá– con algunas de las conclusiones que el actor sostiene en esta sede.

TERCERO.- Recurre en suplicación el demandante instrumentando nueve motivos, todos ellos con adecuado encaje procesal, de los que el primero se ordena a que se declare la nulidad de la resolución combatida, mientras que los seis siguientes lo hacen a revisar la versión judicial de los hechos y los dos que restan al examen del derecho aplicado en ella. El recurso ha sido impugnado por la contraparte, que no se acoge a la posibilidad que le brinda el artículo 197.1 de la Ley 36/2.011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, de invocar rectificaciones fácticas, o bien, causas de oposición subsidiarias aunque no hubiesen sido acogidas en la sentencia.

CUARTO.- Pues bien, el inicial, dirigido, como dijimos, a que se declare la nulidad de la sentencia recurrida con retroacción de lo actuado al momento en que se dictó, denuncia como infringidos los artículos 24

de la Constitución y 218 de la Ley de Ritos Civil. En suma, le achaca haber incurrido en incongruencia extra petitum. En sus propias palabras, mas sin los énfasis del texto original: “(...) *la demanda planteaba exclusivamente un suplico sobre la declaración de despido y la Sentencia además de desestimar la demanda (lo que es congruente con el suplico) sin embargo, resuelve en la fundamentación jurídica sobre la extinción del contrato de TRADE, cuestión que no se planteaba en la demanda: el Suplico era exclusivamente NULIDAD SUBSIDIARIA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO*”. En efecto, es así, cual se deduce del contenido del fundamento tercero de la resolución impugnada, por cuanto en ningún momento el recurrente acumuló a la acción de despido que ejercita otra de índole subsidiaria por la que pretendiera que, en todo caso, se enjuiciase la extinción del contrato que formalmente le vinculó a la empresa como trabajador autónomo económicamente dependiente (en adelante, TRADE), ni, por ende, que se establecieran las consecuencias indemnizatorias derivadas de tal decisión extintiva.

QUINTO.- Según una pacífica jurisprudencia: “(...) *Una sentencia es congruente cuando adecua sus pronunciamientos a las peticiones de las partes y a la causa o razón de tales peticiones, llamada comúnmente fundamento histórico (que no jurídico) de la acción que se ejercita*” (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1.994). A su vez, la doctrina constitucional tiene dicho, entre otras muchas, en sentencia del Tribunal Constitucional 67/1.993, de 1 de marzo: “*La congruencia delimita el ámbito del enjuiciamiento en función de ‘las demandas y demás pretensiones’, en el lenguaje de la época, 1891, mientras que en otros órdenes procesales como el contencioso-administrativo se habla de las ‘pretensiones de las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición’, expresión equivalente aun cuando utilice otra terminología. En definitiva, la congruencia consiste en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al Juez, incluida la razón de ser de esa petición. El vicio de incongruencia, como reverso de lo anterior, no es sino el desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, y en ocasiones especiales, no siempre ni necesariamente, puede llegar a menoscabar el principio procesal de contradicción, creando eventualmente situaciones de indefensión, proscritas en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Ahora bien, tal acaecimiento se produce excepcionalmente cuando el desenfoco entre las peticiones y la decisión es tal que da como resultado una modificación sustancial del planteamiento originario del debate, pronunciándose un fallo extraño a las recíprocas pretensiones de las partes (sentencias TC 14/1984, 191/1987, 144/1991 y 88/1992)*”.

SEXTO.- No hay duda que la sentencia de instancia incurre en el desajuste formal que se le imputa, ya que en ella la iudex a quo se pronuncia sobre una pretensión que el demandante no actúa, por mucho que pudiese haberlo hecho acumuladamente. Nótese que como señala la Juez de instancia al final del fundamento tercero de su sentencia: “(...) *Por tanto, la resolución contractual se ha producido por voluntad del cliente sin causa justificada y con un preaviso de 24 horas, y la cláusula séptima del contrato establece que ‘En el supuesto de que el profesional Independiente o el cliente decidieran desistir del contrato, deberán preavisarse por escrito en un plazo de 24 horas. En caso de incumplimiento contractual, no se exigirá preaviso’. La empresa preavisó del desistimiento con 24 horas y por tanto no procede indemnización alguna, no habiéndose acreditado daños y perjuicios por parte del demandante*”, los cuales, al no reclamarlos el actor en clave de legalidad ordinaria, mal pudo tratar de demostrar.

SÉPTIMO.- Obviamente, si la Magistrada de instancia entendió que el vínculo contractual que unió a las partes es propio de una relación jurídica de TRADE y carece, por ende, de la naturaleza laboral común que le atribuye quien hoy recurre, ello bastaba –sin necesidad de otras consideraciones– para desechar la demanda rectora de autos, pues no cabe hablar de despido si no existe un previo contrato como trabajador asalariado,

controversia material que se plantea con un manifiesto carácter prejudicial. Por ello, huelgan cuantas conclusiones se plasman en el tercer fundamento de la sentencia, al igual que su eventual proyección sobre el fallo de la misma, de modo que en este punto acompaña la razón al demandante. En su escrito de contrarrecurso, la empresa alega que tal pronunciamiento judicial no sitúa en indefensión efectiva al recurrente, lo que no es así en atención a los términos en que se manifiesta la Juzgadora a quo cuando afirma la realidad de un desistimiento del cliente, así como cuando concluye acerca de la falta de probanza de perjuicio alguno, que, insistimos, nunca se invocó como tal. Por tanto, el motivo se acoge. Lo que sucede es que no podemos admitir los efectos anulatorios tan amplios que en el motivo se postulan, ya que lo procedente es declarar la nulidad parcial de la resolución recurrida en todo aquello que se refiera al enjuiciamiento de la resolución del contrato de TRADE que, formalmente, suscribieron los litigantes el 21 de marzo de 2.016 (hecho probado primero, que en este extremo no es atacado), abordando, a continuación, los demás motivos del recurso.

OCTAVO.- El siguiente, ordenado como segundo, se encamina a evidenciar errores in facto, y se alza contra el hecho probado segundo de la sentencia impugnada, que dice: *“El trabajo del actor se gestionaba a través de la APP de la Empresa, y las comunicaciones entre las partes se realizaban mediante correo electrónico. El sistema es el siguiente: los lunes y los jueves por la tarde, el profesional puede abrir la APP a una hora determinada que depende de la puntuación que haya obtenido (los trabajadores de mayor puntuación tienen preferencia) y reservar la franja horaria en la que desea trabajar. Si tiene abierta la aplicación en la franja horaria y en la zona geográfica elegida, le entran los pedidos requeridos para dicha franja y zona geográfica. El repartidor puede aceptar o no el pedido; si lo acepta, puede hacerlo de forma automática o manual. En la primera modalidad (AA), la plataforma asigna un reparto automático de recados que el trabajador puede 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 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 surgen dudas sobre la forma de realizar el pedido, tiene 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 puede rechazar un pedido previamente aceptado, en cuyo caso el recado es reasignado a otro repartidor de la misma zona sin penalización alguna”*.

NOVENO.- No es muy claro el motivo en este particular, adoleciendo, además, de defectos gramaticales y de redacción que dificultan sobremanera conocer lo que se defiende, pero de lo que no cabe duda es que en él se pide completar el ordinal en cuestión con la introducción de dos nuevos acápites: el primero, según el cual: *“El mensajero está obligado a hacer el servicio del usuario registrado en GLOVOAPP en el lugar y el plazo más breve posible y máxime en 60 minutos. Por incidencias diversas (equivocación en las direcciones, rotura d el –sic- moto, accidente de circulación, equivocación en la asignación por el tamaño, peso con respecto al vehículo,...) un pedido asignado al repartidor podía en su curso ser reasignado”*; y el otro, a cuyo tenor: *“La empresa, en base a las previsiones de la demanda de pedido y de potenciales acontecimientos (eventos deportivos, festividades locales, conciertos,...) calcula la demanda y la necesidades de repartidores requeridos para atenderla y sobre esos calculo, apertura los bloques horarios en la plataforma. (...) La desactivación de los bloques horarios elegidos por cada repartidores automática e inmediata si el repartidor la hace con 48 horas antes del inicio del bloque horarios en cuestión y se es después de las 48 horas, la app no lo permite, debiendo hacerlo en dicho caso el repartidor informando mediante un correos electrónico informando de motivo de la anulación para permitir que la empresa GLOVO busque otro repartidor”* (sic). Apoya el primer añadido en los contratos de prestación de servicios de 11 de febrero de 2.016 y de TRADE de 21 de marzo siguiente que obran, entre otros, a los folios 485 a 489 y 490 a 497 de autos, respectivamente. También se basa en algunas de las conversaciones mantenidas vía chat por el actor y el

personal que atiende la plataforma digital de la que es titular la empresa. Por su parte, la otra adición se fundamenta en el informe pericial que obra convenientemente documentado a los folios 291 a 302 de las actuaciones, el cual aparece suscrito por Don de la firma consultora “Itor Martin”, si bien el recurrente, al igual que la Juez a quo, lo atribuyen a Don. Esta petición novatoria decae.

DÉCIMO.- La doctrina jurisprudencial nos recuerda que sólo se admitirá el error de hecho en la apreciación de la prueba cuando concurren estas circunstancias: “a) Señalamiento con precisión y claridad del hecho negado u omitido; b) Existencia de documento o documentos de donde se derive de forma clara, directa y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas; c) Ser la modificación o supresión del hecho combatido trascendente para la fundamentación del fallo, de modo que no cabe alteración en la narración fáctica si la misma no acarrea la aplicabilidad de otra normativa que determine la alteración del fallo” (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1.993). A su vez, según esta misma doctrina, el documento en que se base la petición revisoria debe gozar de literosuficiencia, por cuanto: “(...) ha de ser contundente e indubitado per se, sin necesidad de interpretación, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el Juzgador estén en franca y abierta contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la recurrida” (sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1.990), requisitos que no se dan cita en este caso.

UNDÉCIMO.- En efecto, haciendo abstracción de la escasa precisión de la adiciones interesadas, y de que algunos de los medios de prueba que les sirven de soporte carecen de idoneidad para la finalidad perseguida, concretamente las conversaciones mantenidas vía chat por el accionante con personal de la plataforma digital, lo cierto es que tales añadidos se revelan innecesarios, toda vez que los ordinales primero y tercero de la versión judicial de lo sucedido tienen por reproducidos tanto el contrato de TRADE de 21 de marzo de 2.016, cuanto el informe pericial en que se funda el añadido sugerido en segundo lugar, lo que permite a la Sala valorarlos con plena libertad de criterio, por lo que el motivo se rechaza, máxime cuando en el hecho probado primero ya consta que en el contrato de TRADE se convino, entre otras extremos, que: “Si el profesional está conectado y es el primero que acepta el servicio, será el que lo lleve a cabo, teniendo libertad para organizarse, pero velando por que el tiempo de realización no exceda de 60 minutos”, lo que en buena medida colma el propósito de la primera adición pretendida.

DUODÉCIMO.- El que sigue, con igual amparo adjetivo y designio que el precedente, insta la modificación del ordinal primero de la premisa histórica de la resolución impugnada, que por su trascendencia reproduciremos en su integridad. Su tenor es éste: “La parte actora suscribió con la empresa demandada un contrato de prestación de servicios en fecha 11-2-16, que se sustituyó, el 21 de marzo de 2016, por un ‘CONTRATO PARA REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD PROFESIONAL COMO TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE’. En este último contrato se pacta, entre otras cuestiones, las siguientes: Que la actividad del profesional se ejecutará de manera totalmente diferenciada respecto de la de los trabajadores que prestan servicios por cuenta ajena para Glovo. Que la actividad se desarrolla por el trabajador autónomo con criterios organizativos propios, asumiendo el riesgo y ventura de su actividad. El objeto del contrato es la realización, por parte del profesional independiente, de recados o micro tareas como mensajero independiente con total libertad, en el marco de las características de la actividad de Glovo. El profesional tiene total libertad, en sentido amplio, para aceptar o rechazar la realización de un servicio. También tiene plena libertad para conectarse a la APP a través de la cual recibe la notificación de entrada de solicitud de un servicio. Una vez conectado a la APP, cuenta con plena libertad para aceptar o no un determinado recado o micro tarea. Posteriormente y una vez aceptado el recado o micro tareas, el profesional

independiente elige como gestionarlo, la ruta a seguir, el medio de transporte a utilizar, etc. El profesional independiente dispone de permiso de circulación y vehículo propio, cuenta con la correspondiente póliza de responsabilidad civil. El profesional no queda sujeto a ningún régimen de exclusividad. La jornada del profesional tendrá una duración de 40 horas semanales (de 8 a 00 horas) y el TRADE podrá aumentar libremente el tiempo ordinario pactado en un 30% como máximo. El régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos se escoge libremente por el TRADE. Si el profesional está conectado y es el primero que acepta el servicio, será el que lo lleve a cabo, teniendo libertad para organizarse, pero velando por que el tiempo de realización no exceda de 60 minutos. El profesional independiente tiene libertad para organizar la prestación de servicios; el horario lo marca él mismo y el itinerario, procedimiento y medio de transporte, así como la jornada en la que va a aceptar los recados. El precio depende de la distancia y el tiempo en realizar el servicio, y a falta de dichos criterios, del tipo de servicio solicitado; en caso de cancelación del pedido una vez aceptado por el profesional, este tiene derecho a percibir la tarifa base del servicio, y la empresa emite semanalmente o quincenalmente una factura por el importe total de los servicios más IVA. El contrato prevé casos y causas de interrupción de la actividad así como de extinción del contrato. Se da por reproducido el contrato (doc. 7 de la empresa). La media de lo percibido por el demandante en los últimos 12 meses ha sido de 33,80 euros diario (12.335,23 euros en el periodo comprendido entre diciembre de 2016 y noviembre de 2017)”.

DECIMOTERCERO.- El actor ataca solamente el epígrafe relativo a la determinación del precio que percibe de la empresa por la realización de cada servicio como mensajero, recadero, repartidor o como las partes prefieran denominarlo, del que propone esta redacción alternativa: *“El sistema de retribución del actor consistía en el pago de una cantidad por pedido en los términos que se reflejan en los precios y tarifas que se adjuntan a su contrato 11-2-2016 como Anexo 1, a lo que se añadía otra cantidad por kilometraje y tiempo de espera. El precio del 'globo 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 1 del ramo de prueba del demandante). ‘según el contrato firmado Glovo se reserva el derecho a modificar unilateralmente dichas tarifas, que serán efectivas desde su comunicación vía ímial (sic) al glover’ (clausula segunda-tarifa del servicio del contrato)”.* Se ampara esta vez en el contrato de prestación de servicios de 11 de febrero de 2.016 y en su anexo 1, al igual que en el contrato de TRADE de 21 de marzo siguiente a los que antes nos referimos.

DECIMOCUARTO.- El motivo se acoge en parte. En realidad, lo que relata el hecho probado discutido en cuanto al precio de los servicios prestados por el demandante no es sino lo que en este punto aparece en el contrato de TRADE celebrado el 21 de marzo de 2.016, por lo que ninguna razón justifica suprimir el párrafo debatido. Ahora bien, asimismo es cierto que tanto la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios de 11 de febrero de 2.016, como el anexo 1 al mismo, documentos que la Juez de instancia no tiene por reproducidos, establecen unas condiciones mucho más específicas en lo que atañe a las tarifas del servicio, de modo que nada impide que en el mismo ordinal convivan uno y otro texto, que no son incompatibles, en el bien entendido de que la adición aceptada se anuda al contrato inicial de 11 de febrero de 2.016, lo que le dota de una innegable relevancia en orden a conocer la voluntad de los contratantes al inicio de la relación contractual que les unió.

DECIMOQUINTO.- Respecto del mismo hecho probado, se solicita igualmente que se añada otro acápite, a cuyo tenor: “(...) *La facturación al cliente consumidor y al establecimiento comercial lo hacía siempre la empresa y nunca el trabajador*”, para lo que se ampara en el informe pericial técnico que obra a los folios 275 a 284 de autos y en las facturas a los folios 498 a 551. El motivo fracasa, habida cuenta que los documentos en que se sustenta no son útiles para el fin propuesto, sin perjuicio de reseñar que resulta evidente que los ingresos económicos de los que se nutre la demandada provienen de lo que ésta factura a los establecimientos y comercios concertados cuyos productos proporciona al cliente final y, a su vez, de la parte que obtiene por el coste del envío, sin que el recadero tenga intervención alguna en tales operaciones comerciales. Como relata el informe pericial que el motivo menciona: “*El consumidor paga el servicio seleccionado (La compañía sobre dicho servicio tiene una comisión a cobrar del establecimiento seleccionado y un ingreso por el coste del envío)*”.

DECIMOSEXTO.- El motivo cuarto interesa la revisión del ordinal cuarto de la versión judicial de los hechos, según el cual: “*En los últimos 12 meses de actividad, solo el 10,76% de los días el trabajo del actor ha alcanzado 8 o más horas; el 45,52 % ha alcanzado entre 5 y 8 horas y el 43,82% entre 1 y 4 horas de actividad diaria, ya que es el actor quien organizaba su tiempo de trabajo y la distribución del mismo. Ente octubre de 2016 y noviembre de 2017 realizó 656 cambios en la autoasignación de recados*”, hecho probado que, a su entender, debe completarse con dos adiciones. La primera, que diga: “*En dicho periodo ha trabajado 252 días y ha realizado 1.304 horas y 37 minutos, lo que supone una media diaria de 5 horas y 11 minutos, con un total de 108 días en los que no se ha prestado servicio equivalentes a un descanso mensual promedio de 9 días, habiendo realizado en dicho periodo 2241 ‘gloves o recados’, por lo que ha hecho un media 8,89 gloves/día*”. Se ampara, al efecto, en el informe pericial obrante a los folios 266 a 274 de las actuaciones, así como en los documentos que constan a los folios 234 a 264. De la citada pericia se deduce fidedignamente que en el período que se extiende de diciembre de 2.016 a noviembre de 2.017, ambos meses inclusive, el actor prestó servicios un total de “*1304 horas y 37 minutos, lo que supone una media de 5 horas y 11 minutos con un total de 108 días en los que no se ha prestado servicio equivalentes a un descanso promediado de 9 días*”. En cuanto al número total de recados llevados a cabo por el demandante en el último año de prestación efectiva de servicios, tal dato se colige también de los documentos en que se apoya el motivo. Por tanto, nada impide acceder a esta primera adición, sin perjuicio de valorar más adelante su trascendencia para la suerte del recurso.

DECIMOSÉPTIMO.- El mismo motivo propugna que se complete el último párrafo del hecho probado cuarto, dejando constancia de que: “*Entre octubre de 2016 y noviembre de 2017 realizó 656 cambios en la auto asignación de recados y sobre un cómputo total de unas 5.063 horas con auto asignación activada y auto asignación y el 49% del tiempo restante sin auto asignación. Las reasignaciones de entregas que constan para el identificador ‘50907’ que es el corresponde con el demandante han sido 13*”. Se basa para ello en el informe pericial que aparece a los folios 303 a 410 de autos. Esta petición novatoria claudica, por cuanto amén de que del medio de prueba en que se fundamenta no se desprenden todos los añadidos que el motivo quiere introducir, la misma carece de relevancia para el signo del fallo. En todo caso, sí es preciso significar que el inciso final del primer párrafo de este ordinal, a cuyo tenor “*es el actor quien organizaba su tiempo de trabajo y la distribución del mismo*” debe tenerse por no puesto debido a su carácter eminentemente valorativo y, por tanto, predeterminante del fallo, al ser éste, precisamente, uno de los elementos a considerar para dirimir la naturaleza jurídica del nexo contractual que vinculó a las partes.

DECIMOCTAVO.- El siguiente, ordenado como quinto, combate el ordinal séptimo de la versión judicial de lo sucedido, que dice: “*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". Pretende el actor que se suprima la frase inicial atinente a la asunción de responsabilidad que se le atribuye en cuanto al buen fin del servicio. En este punto, se accede a la pretensión por dos razones básicas: la primera, porque tal afirmación entraña una valoración jurídica impropia de la premisa fáctica de la sentencia, puesto que condiciona ineluctablemente su fallo o, en otras palabras, lo predetermina; y la otra, porque encierra, además, un patente error conceptual, por cuanto el hecho de cobrar el precio del servicio cuando éste finaliza a satisfacción del cliente, lo que es consustancial al tipo de remuneración por unidad de obra –a destajo-, no es equiparable a responder del buen fin del servicio con asunción del riesgo y ventura que el mismo conlleva, a lo que después volveremos al examinar los motivos de censura jurídica sustantiva.

DECIMONOVENO.- Por su parte, el motivo sexto pretende que se añada otro ordinal al relato fáctico de la resolución atacada, según el cual: *“Desde el 9-3-2016 la empresa ha puesto en aplicación un sistema de GEOLOCALIZACIÓN de la actividad de los repartidores, que le permite seguir la ubicación continua de los repartidores”*. Se basa para ello en el documento obrante al folio 594 de autos. También esta petición prospera, ya que además de ser lo que se deduce sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis, del correo electrónico en que se apoya, se trata de hecho que, constante en la demanda, la empresa no cuestiona con carácter general, siendo, por ende, circunstancia que también es predicable de la forma de prestación de servicios del actor, salvo que es esta sede la parte demandada intente sostener una actitud contraria a la evidencia, lo que no parece ser el caso.

VIGÉSIMO.- El último motivo destinado a censurar errores de hecho en la apreciación de la prueba, ordenado como séptimo, pide nuevamente que se incorpore otro hecho probado a la sentencia recurrida, a cuyo tenor: *“El contrato de TRADE suscrito entre las partes, en su cláusula octava prevé unas causas justificadas de extinción del contrato remitiéndose al art. 15 de la ley 20/2007 y unas causas adicionales, que damos por reproducidas obrantes (según la prueba documental de ambas partes, documento nº 2 de la parte actora)”*, fundándose, como es natural, en tan repetido contrato de TRADE de 21 de marzo de 2.016 (folios 490 a 497 de autos). Como quiera que la Juez de instancia tiene por reproducido el aludido contrato en el ordinal primero de su versión de los hechos, la actual petición se demuestra innecesaria, por superflua. Por tanto, el motivo decae.

VIGÉSIMO-PRIMERO.- El siguiente, dentro ya del capítulo dedicado a poner de manifiesto errores in iudicando, se queja de la vulneración de los artículos 1.1 y 1.3 g) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2.015, de 23 de octubre, en vigor a la sazón de los hechos enjuiciados, citando, asimismo, la doctrina que luce en las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1.986, 19 de diciembre de 2.005 y 22 de enero de 2.008. Trae a colación igualmente como conculcados los artículos 1 y 11 de la Ley 20/2.007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. En suma, quien hoy recurre sostiene, al igual que hiciera en la instancia, que el vínculo contractual que le unió a la mercantil traída al proceso participa de cuantas notas informan una relación laboral ordinaria, sin que quepa, por ello, su calificación como trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE).

VIGÉSIMO-SEGUNDO.- Hemos reproducido una parte de los ordinales que integran la versión judicial de los hechos. Así las cosas, conviene, empero, transcribir lo que sientan los hechos probados tercero y sexto de la resolución recurrida, que no son impugnados. El primero de ellos dice: *“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. 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. Se da por reproducido el informe pericial elaborado por D. (doc. 92 de la empresa) que explica la gestión de los pedidos, recogida y entrega del producto, asignación de repartidores y de pedidos, etc.”, en tanto que el otro expresa: “La Empresa tiene establecido un sistema de puntuación de los 'glovers', o 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. (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”.

VIGÉSIMO-TERCERO.- Con base en todo ello, la Juzgadora a quo rechazó en este punto la tesis actora argumentando lo que sigue: “(...) El contrato suscrito entre las partes litigantes se denomina ‘CONTRATO PARA REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD PROFESIONAL COMO TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE’, y a la vista de su cláusulas y de cómo se llevó a cabo la prestación de servicios, se puede decir que efectivamente se trata de una relación de trabajador autónomo económicamente dependiente. Se ha acreditado que el demandante prestaba servicios en el horario que el previamente determinaba, los días que él fijaba, con su propio vehículo o medio de transporte elegido por él, con su criterio organizativo propio, eligiendo el itinerario; que el riesgo y ventura del transporte lo asumía él; que no estaba sometido al poder disciplinario ni organizativo de la empresa, que era libre de aceptar o no un pedido, y que una vez aceptado, podía rechazarlo; que podía cogerse 18 días hábiles anuales sin derecho a contraprestación; que no estaba sujeto a ningún régimen de exclusividad; que el importe de la factura dependía de los pedidos efectivamente realizados (tipo de pedido, distancia kilométrica y tiempo de espera. Además concurrían en el demandante las circunstancias exigidas para ser trabajador autónomo económicamente dependiente, y así se hizo constar en el contrato. Resumiendo y reiterando, se ha acreditado que el repartidor tiene total libertad para elegir los días en los que quiere ofrecer su servicio a GLOVO y la franja horaria para entregar los productos de cada jornada laboral, y para decidir sus jornadas de descanso. Asimismo puede escoger si quiere prestar todos los servicios que le proponga la empresa (modalidad de asignación automática), aunque con la posibilidad de rechazar aquellos pedidos que no le interese realizar sin tener que justificar el motivo (pero debiendo comunicar el rechazo, para que el pedido sea asignado a otro repartidor) o bien aceptar uno a uno los pedidos que estén disponibles (modalidad de asignación manual). Incluso una vez iniciado servicio, el repartidor puede elegir desistir del pedido para realizar otro o finalizarlo. También tiene total libertad de organización y decisión a la hora de seleccionar la ruta desde la posición inicial hasta la dirección de recogida y hasta la dirección de entrega sin tener establecida una trayectoria ni un punto concreto de localización para el inicio del servicio, aceptando el repartidor un modelo de facturación

por distancia lineal o real óptima. Lo expuesto implica que ha de desestimarse la pretensión del demandante de que le sea reconocida la condición de trabajador por cuenta ajena”, criterios básicamente formales que la mayoría de la Sala no comparte. Nos explicaremos.

VIGÉSIMO-CUARTO.- Se trata, sin duda, de problemática de fondo ciertamente compleja, mas también cabe decir que la aplicación de los tradicionales criterios del Derecho del Trabajo en relación a los elementos que caracterizan una relación laboral común se nos antoja suficiente para darle respuesta adecuada, siempre, claro está, que contextualicemos debidamente los presupuestos fácticos que concurren o, lo que es lo mismo, los analicemos a la luz de la realidad social actual (artículo 3.1 del Código Civil), lo que exige adaptar dichos estándares clásicos a los avances tecnológicos que continuamente se producen y, por tanto, a lo que es una sociedad como la nuestra dominada por las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación) merced a la aparición cada vez más frecuente de plataformas digitales o virtuales de diferentes clases, las cuales se erigen en el principal activo empresarial de sus propietarios con el uso de algoritmos, obviamente secretos, que configuran y definen su funcionamiento, a la par que con la especial idiosincrasia de las relaciones contractuales generadas en torno a esta herramienta mediante las aplicaciones informáticas creadas ad hoc.

VIGÉSIMO-QUINTO.- Sobre cuestión muy similar a la que ahora se somete a nuestra atención enjuiciadora, si bien el modo de comunicación entonces existente entre el mensajero y la empresa no se materializaba a través de una plataforma digital a la que conectarse, sino valiéndose de los medios que a la sazón había, tuvo ocasión de pronunciarse tiempo ha la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su emblemática sentencia de 26 de febrero de 1.986, dictada en casación común. Como en ella se dice en punto a los antecedentes del caso: “(...) 1. *La demandada presta a sus clientes el servicio de recepción de paquetes, para su transporte y entrega a los destinatarios, de acuerdo con las tarifas que tiene establecidas y responde de su pérdida, extravío, deterioro, hurto o robo cuando su valor no excede de 20.000 pesetas lo que se presume, salvo manifestación expresa en contrario.* 2. *Para efectuar materialmente dicho transporte la empresa se vale de los llamados mensajeros, entre ellos los demandantes, que efectúan el servicio en vehículos de su propiedad, en este caso motocicletas, de las que abonan los gastos de mantenimiento, combustible y amortización, percibiendo un tanto por viaje, sin relación con el precio del transporte que es fijado por la empresa y clientes sin intervención de los mensajeros, que sólo son responsables del deterioro o de la pérdida, cuando proceda de su negligencia; los mismos son portadores en su vestimenta y vehículo de anuncios de la empresa.* 3. *Los mensajeros tienen 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; cuando por avería de la motocicleta o por la inclemencia del tiempo no pueden realizar el servicio mediante ella, los gastos de desplazamiento en taxi son abonados por la empresa.* 4. *Para la realización de este servicio los demandantes han firmado un contrato que se denominó de transporte, en el que se estableció, entre otras disposiciones, que el mensajero no queda comprometido con la empresa en exclusiva, no está sometido a horario ni dependencia y que puede realizar el servicio por sí mismo personalmente, o por medio de otras personas por él retribuidas, reconociéndose como trabajador autónomo con obligación de abonar los impuestos y seguros que le corresponden. No obstante lo consignado en tal contrato los actores han realizado su trabajo personalmente, y si no han trabajado todos los días laborables lo han hecho en un muy importante número de los mismos, aproximadamente el 75 por 100”* (las negritas son nuestras). Se trata, pues, de supuesto que se asemeja en buena medida al que ahora nos ocupa, salvo, insistimos, en lo que toca al medio de comunicación entre la empresa y el repartidor, que en el presente caso se vale para ello de una plataforma digital y la aplicación informática que se anuda a ella propiedad de la demandada, elementos que, como se verá, resultan de suma trascendencia.

VIGÉSIMO-SEXTO.- Y la misma sentencia finaliza así: “(...) *Los antecedentes expuestos permiten concluir que concurren en la relación examinada todas las notas que según el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores permiten identificarla como laboral, en cuanto los demandantes han prestado voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de la organización de otra persona, ya que: 1. El carácter voluntario y retribuido del servicio no ofrece duda. El que la retribución se mida, no por tiempo, sino por unidad de servicio, es algo normal en el contrato de trabajo; la circunstancia de que parte de la compensación que recibe el trabajador no constituya específica contraprestación del trabajo personal por destinarse a gastos de mantenimiento y amortización del vehículo, no tiene otra consecuencia que no se considere tal parte de la compensación como salario, sino como gasto de la empresa suplido por el trabajador, como previene el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores. 2. La ajenidad es también patente, el trabajador no asume los riesgos ni los beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente, no interviene en la fijación del precio del mismo, ni su retribución depende de su resultado; se limita fundamentalmente a aportar su actividad y a percibir la retribución que por ella le corresponde, que devenga por el hecho de realizarla. El que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores; deriva de las normas generales del derecho de obligaciones, artículo 1.101 del Código Civil. 3. 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. 4. El carácter personal de la prestación concurre también en el supuesto debatido en cuanto a los demandantes. En este punto lo que reconoce la empresa al mensajero es una posibilidad de sustitución que no ha tenido virtualidad en la ejecución del contrato, pues el trabajo lo han realizado siempre los demandantes de modo directo y personal, por lo que tal posibilidad, la de realizar el servicio por medio de otras personas, más parece una cláusula destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato, que un pacto trascendente a la realidad del servicio, sin duda por no obedecer, por razones obvias, al interés de los trabajadores, ni al de la empresa que demanda también una cierta regularidad en la ejecución del servicio” (los énfasis continúan siendo nuestros). Ciertamente, claro.*

VIGÉSIMO-SÉPTIMO.- Bien mirado, la proyección de los criterios que acabamos de exponer sobre el supuesto enjuiciado bastaría, en principio, para el éxito del motivo, siempre, claro está, que se supere la dificultad que entraña la peculiar figura del TRADE creada por la Ley 20/2007, ya calendada. Por tanto, tenemos que seguir profundizando en su análisis. Al respecto, traer a colación la sentencia de la misma Sala del Alto Tribunal de 16 de noviembre de 2017 (recurso nº 2.806/15), recaída en función unificadora y referida también a supuesto semejante al actual, concretamente el de los traductores e intérpretes que prestan servicios para una Administración Autonómica a través de una plataforma informática de la que es titular la empresa adjudicataria del servicio, si bien, de nuevo, los medios tecnológicos empleados eran entonces más rudimentarios que los de GlovoApp23, S.L. A su tenor: “(...) *El personal de atención telefónica de O. a través de una aplicación informática, localiza a los traductores e intérpretes más cercanos geográficamente al órgano que precisa de sus servicios, comprueba su currículum y se pone en contacto telefónico con él, informándole qué organismo necesita un intérprete y a qué hora. El traductor decide si acude o no a desarrollar los servicios. En caso negativo, O. contacta con otro colaborador. En caso afirmativo, el*

intérprete, que acude por sus propios medios, se dirige al personal o funcionario correspondiente de las dependencias que lo ha reclamado, comunicando su presencia, poniéndose a disposición del Juez o funcionario competente para verificar su intervención profesional, que concluye una vez se le comunica así por la Policía o el Juzgado en que haya actuado como traductor o intérprete, si es una intervención oral o entrega la correspondiente traducción directamente a quien lo ha necesitado, si es de naturaleza escrita”.

VIGÉSIMO-OCTAVO.- Y en lo que aquí interesa expone después en punto a los elementos configuradores de la relación laboral ordinaria, y no por cuenta propia, siquiera adjetivada como económicamente dependiente, lo que en buena medida representa un claro oxímoron: “(...) *La sentencia de esta Sala de 20 de julio de 2010, recurso 3344/2009, examina de forma pormenorizada los rasgos característicos de la relación laboral, conteniendo el siguiente razonamiento: ‘1.- Como se sistematiza y proclama, entre otras, en la STS/IV 23-noviembre-2009 (rcud 170/2009), las notas características de ‘ajenidad’ y ‘dependencia’ que determinan que una relación jurídica deba configurarse como laboral (art. 1 ET), han sido entendidas en sentido amplio en función del tipo de servicios prestados, al modo interpretado por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en la STS/Social 6-junio-1983 y 2-abril-1996 (rcud 2613/1995), afirmándose, en esta última, que ‘es que no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre, a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo’; o en la STS/IV 31-marzo-1997 (rcud 3555/1996), en la que se establece que ‘no nos encontramos en el caso ante un colaborador libre, que presta servicios esporádicamente o por actos o acontecimientos singulares, sino ante un reportero gráfico... incorporado plenamente y con continuidad a la organización del trabajo de la empresa informativa, que programa diariamente el trabajo a realizar y que encarga incluso en ocasiones trabajos o reportajes imprevistos’; o en la STS/IV 10-julio-2000 (rcud 4121/1999) en la que se argumentaba que ‘no concurre ninguno de los más característicos indicadores inequívocos de que la prestación de los servicios profesionales se efectuara en régimen de autonomía, pues el perito tasador demandante no tenía la facultad de rechazar las peritaciones ofrecidas, no fijaba ni tenía participación trascendente en la determinación de sus honorarios, contaba con muy escaso margen en la realización de su actividad debiendo ceñirse esencialmente a las instrucciones recibidas, y realizaba directa y personalmente las peritaciones sin valerse de colaboradores a su servicio’. 2.- ‘A sensu contrario’, cuando esta Sala ha declarado que existía arrendamiento de servicios y no una relación laboral ha exigido que la prestación del demandante se limitara a la práctica de actos profesionales concretos ‘sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, practicando su trabajo con entera libertad’ (STS/Social 12-julio-1988) o que realizara ‘su trabajo con independencia, salvo las limitaciones accesorias’ (STS/Social 1-marzo-1990). 3.- La doctrina unificada, como sintetizan las SSTS/IV 11-mayo-2009 (rcud 3704/2007), 7-octubre-2009 (rcud 4169/2008) y 23-noviembre-2009 (rcud 170/2008) con referencia, entre otras anteriores, a las SSTS/IV 9-diciembre-2004 (rcud 5319/2003), 19-junio-2007 (rcud 4883/2005), 7-noviembre-2007 (rcud 2224/2906), 12-febrero-2008 (rcud 5018/2005), 6-noviembre-2008 (rcud 3763/2007), sobre los criterios a seguir para determinar si existe o no relación laboral cabe resumirlos en los siguientes: ‘a) La calificación de los contratos no depende de la denominación que les den las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto. b) 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. El contrato de trabajo es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral”, agregando a renglón seguido: “(...) c) Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de*

distinta manera. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de hechos indiciarios de una y otra. d) Los indicios comunes de la nota de dependencia más habituales son: la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. e) Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario -y no del trabajador- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público, como fijación de precios o tarifas, y la selección de clientela, o personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y su cálculo 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 (...)

VIGÉSIMO-NOVENO.- Tan largo excurso doctrinal nos permite sentar determinados criterios y, a su vez, unas primeras conclusiones en nuestra opinión inobjetable. Para empezar, que los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean, ni lo que quepa deducir de la denominación que las mismas les otorguen -nomen iuris-, principio que es propio tanto de nuestro ordenamiento jurídico interno, cuanto del Derecho de la Unión Europea. Así, el inciso final del apartado 8 de los antecedentes de la Directiva 2.019/1.152/UE, del Parlamento y el Consejo, de 20 de junio, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, pone de relieve: “(...) La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación”. Es decir, la celebración, primero, de un contrato civil de prestación de servicios el 11 de febrero de 2.016 y, casi inmediatamente después, otro en calidad de TRADE –21 de marzo siguiente-, ninguna influencia puede tener, contrariamente a lo que parece desprenderse de la sentencia de instancia, en la calificación de la naturaleza jurídica del vínculo contractual que desde aquel entonces une a las partes. Tampoco la tienen, obviamente, las apriorísticas afirmaciones recogidas en buena parte de sus estipulaciones en lo que se cataloga como “libertad” e, incluso, “total libertad” del recadero o mensajero, lo que, bien mirado, no es un hecho, sino un simple juicio de valor incorporado a un contrato que exclusivamente denota el parecer empresarial al respecto, lo que en otro campo de las obligaciones cabría tildar de contrato de adhesión por la predisposición de la mayoría de sus cláusulas.

TRIGÉSIMO.- Siguiendo con estas obviedades jurídicas, no por ello ajenas a la necesidad de refrendo, reseñar que según el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores: “El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”, presunción legal que por su carácter iuris tantum impone a la empresa la carga de su refutación.

TRIGÉSIMO-PRIMERO.- Destacar, asimismo, que notas tales como la afiliación de quien hoy recurre al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos o por cuenta propia (RETA), o el cobro de sus retribuciones por medio de facturas que incluyen el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) o, finalmente, la obligación de suscribir una póliza de seguro de responsabilidad civil carecen de trascendencia para la suerte del recurso, habida cuenta que nada aportan a la calificación del carácter laboral como trabajador asalariado, o no, de la relación contractual que vinculó a los litigantes. Como proclama la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2.015 (recurso nº 2.353/13), también

unificadora: “(...) En efecto, no cabe duda alguna de que nos encontramos en presencia de una relación laboral pues concurren en ella las manifestaciones más importantes de la ajenidad que caracterizan al contrato de trabajo, no siendo la denominación del contrato como de arrendamiento de servicios más que una simulación contractual, aderezada además con la forma de pagar el salario -contra factura con IVA- y la exigencia de que el trabajador se dé de alta en el RETA, que no son más que elementos tradicionalmente característicos del fraude simulatorio y a los que la jurisprudencia de esta Sala, tan antigua y reiterada que ni hay que citar, ha desprovisto de todo valor definitorio”.

TRIGÉSIMO-SEGUNDO.- A mayor abundamiento, el que las facturas se girasen a nombre del actor, pero fueran confeccionadas materialmente por la mercantil demandada, es dato altamente revelador de la falta de medios materiales e infraestructura de que aquél dispone, al igual que de su escasa capacidad de organizarse con criterios propios, lo que contraría claramente los mandatos contenidos en el artículo 11.2, párrafos c) y d), de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, ya citada, y se vincula indefectiblemente a la discusión jurídica sobre la nota de ajenidad en los medios que define la relación laboral común.

TRIGÉSIMO-TERCERO.- Dicho esto, no es posible cuestionar que en la prestación de servicios como recadero del demandante para GlovoApp23, S.L. se dan cita los estándares que demuestran su carácter personal y directo, de un lado –intuitu personae–, y retribuido, de otro (hecho probado primero de la resolución impugnada). Ya dijimos que la percepción de un precio por cada encargo realizado en atención a las tarifas fijadas de manera unilateral por la empresa es también una forma de salario por unidad de obra de las previstas en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, y sin que el hecho de que su cobro dependa, como no podía ser de otro modo, de la materialización final del pedido prive de virtualidad a lo anterior, ni suponga que el actor respondiese del buen fin del servicio o, más concretamente, asumiera el riesgo y ventura del mismo, a lo que luego volveremos para dar respuesta a las objeciones que en este punto arguye la empresa en su escrito de impugnación.

TRIGÉSIMO-CUARTO.- En lo que se refiere a las notas de la relación laboral común que suscitan más incertidumbre, o sea, las de ajenidad y dependencia o subordinación, empezaremos por la primera en cuanto a los frutos o resultados de los servicios prestados por el recurrente. No hay duda que también este elemento configurador concurre en su caso, desde el mismo momento que el trabajo desarrollado por él redundaba en beneficio de GlovoApp23, S.L., quien hizo suyos los frutos del mismo. Además, insistimos, es la empresa quien acuerda con los distintos establecimientos y comercios concertados los precios que éstos le abonan y, asimismo, la que fija unilateralmente las tarifas que el repartidor lucra por los recados que efectúa, incluidas las sumas adicionales por kilometraje y tiempo de espera, en cuyo establecimiento aquél no tiene la más mínima participación (hechos probados primero y tercero).

TRIGÉSIMO-QUINTO.- En cuanto a la ajenidad en los medios, su presencia en este caso resulta inobjetable. Basta con comparar, de un lado, la enorme importancia económica de la plataforma digital propiedad de la demandada que representa su marca como señal de identidad en el mercado y constituye, a su vez, su herramienta esencial de funcionamiento a través de distintas aplicaciones informáticas en relación tanto a los comercios asociados y los clientes finales o usuarios que se conectan a ella, cuanto a los recaderos que como instrumento medial contribuyen con su prestación de servicios al logro de los objetivos productivos de la empresa en el marco de su modelo de negocio y, de otro, los escasos elementos materiales, a su vez de limitado valor, que el demandante aporta, consistentes en un teléfono móvil con el que entrar en la aplicación y una

motocicleta, aunque las más de las veces se trate de una bicicleta, motorizada o no. Abunda en la ajenidad que venimos analizando la elaboración por la empresa de las facturas que gira el repartidor a su nombre. Es evidente que sin tan repetida plataforma digital sería ilusoria la prestación de servicios por el actor, quien carece de cualquier control sobre la información facilitada a dicha herramienta, cuya programación mediante algoritmos le es ajena por completo. Tampoco cabe desdeñar que en las bolsas o cajas que el mismo porta para transportar los productos figura siempre el logotipo, nombre y colores de la demandada, lo que contribuye a aumentar su reputación digital. En suma, también este elemento constitutivo de la relación laboral común concurre en el supuesto enjuiciado.

TRIGÉSIMO-SEXTO.- Entrando en el examen de la ajenidad en los riesgos, tal nota caracterizadora también concurre. Ya avanzamos que el hecho de no cobrar por el servicio si éste no llega a materializarse a satisfacción del cliente no es sino consecuencia obligada de la tipología de retribución por unidad de obra que las partes pactaron, sin que ello suponga responder de su buen fin asumiendo el riesgo y ventura del mismo. Esto es cosa bien dispar. Como alega el recurrente en este extremo: *“(…) Según el criterio jurisprudencial y de la doctrina, por asumir el riesgo y ventura de una operación contractual debe entenderse (en un mandato o intermediación) es el caso de que ante el impago de cliente-consumidor-comprador del servicio pedido o el recado o la adquisición hecha, responde del precio no abonado por el consumidor, el mensajero que efectúa en nombre de la empresa GLOVO APP (mandante)”*. En este aspecto, recordar la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2.001 (recurso nº2.283/00), asimismo unificadora, según la cual: *“(…) es lo cierto que leyendo la tal cláusula novena, (…), se observa que lo que allí se establece no es una responsabilidad del buen fin de las operaciones sino el no percibo de las correspondientes comisiones cuando la operación no tenía éxito o de alguna forma quedaba anulada”*, lo que es totalmente diferente.

TRIGÉSIMO-SÉPTIMO.- Tampoco desnaturaliza el carácter laboral ordinario del nexo contractual que une a los litigantes la obligación a que hace méritos el hecho probado séptimo de la sentencia impugnada consistente en responder frente al cliente final por *“los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte”*, compromiso que, sin perjuicio de su carácter más bien retórico, resulta plenamente compatible con el trabajo asalariado al no representar sino una manifestación de los deberes previstos, entre otros, en los párrafos a) y c) del artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores.

TRIGÉSIMO-OCTAVO.- Entrando, por fin, en el examen de la nota de dependencia, entendemos que la misma se da cita igualmente en el presente caso, por cuanto de lo expuesto hasta ahora, y de lo que a continuación diremos, se colige que el recurrente prestó sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa. No es menester hacer hincapié en que ésta es la titular de la plataforma digital y sus aplicaciones informáticas que entrañan el elemento fundamental que permite el trabajo del actor como recadero, con cuya realización el mismo contribuye a afianzar en el mercado digital la marca de GlovoApp23, S.L., quien de este modo se nutre de los ingresos económicos que obtiene, servicios aquéllos por los que el demandante cobra un precio por cada recado que efectúa en cuya fijación no tiene participación alguna, siendo, en cambio, la parte demandada quien unilateralmente decide su importe, al igual que el precio de los servicios que ofrece a los clientes finales en función de numerosas circunstancias, tales como el día de la semana de que se trate, si es festivo o no, la hora del día en que se haga el pedido, las inclemencias del tiempo, el volumen de la demanda, entre otras, variables que el algoritmo se encarga de procesar en atención a los datos facilitados. A su vez, quien hoy recurre debe atenerse estrictamente a las instrucciones que le imparte la citada mercantil en lo que toca a la forma en que tiene que llevar a cabo su prestación, la cual, como vimos, ha de completarse como máximo en 60 minutos. Nótese, además, que la empresa, merced al sistema de geolocalización instalado, ejerce un control efectivo y continuo sobre la actividad que el mismo desempeña. Resaltar, asimismo, la evaluación a

la que diariamente se ve sometido el recadero que el ordinal sexto de la versión judicial de los hechos describe con suficiente detalle. En suma, no es posible hablar de auto-organización, sino de prestación de servicios hetero-organizados y dirigidos por la empresa que los recibe y se beneficia de ellos.

TRIGÉSIMO-NOVENO.- Por ello, afirmaciones tales como que el recurrente goza de libertad de horario e, incluso, puede rechazar libremente un encargo que le haya sido asignado por la aplicación informática, han de valorarse desde la relatividad que resulta de las condiciones reales que la empresa le impone para su prestación de servicios como repartidor. Es ella quien decide cuándo abre la aplicación en función de la demanda prevista y, por supuesto, según lo que el algoritmo haya establecido, y la alegada libertad de elegir determinada franja horaria queda notablemente matizada por el hecho de que sólo puede hacerlo dentro de aquéllas a las que tiene acceso en atención a la puntuación asignada. De igual modo, el rechazo de un servicio puede que no esté penalizado directamente, mas sí de forma refleja, ya que ello supone que su valoración –excelencia- disminuya y, por tanto, la imposibilidad de acceder a las franjas horarias mejores y más ventajosas no sólo por razones de comodidad, sino, sobre todo, por la calidad y número de encargos a efectuar. En todo caso, como señala la sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 13 de enero de 2.004 (asunto C-256/01, Allonby): “(...) *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 [TJCE 1992, 32], antes citada, apartados 9 y 10)*”.

CUADRAGÉSIMO.- Tampoco aparece sometido materialmente el actor al poder disciplinario de la empresa, pero no hay duda que muchas de las causas adicionales de resolución justificada del contrato de TRADE que su cláusula octava contempla se asemejan en gran medida a una sujeción de esta naturaleza o, cuando menos, a la posibilidad de reproche por la demandada que es susceptible, incluso, de determinar la extinción contractual. Dichas causas adicionales son éstas: “(i) *Interrupción de la actividad por parte del/de la Profesional Independiente por un período temporal superior a 10 días naturales, sin haber comunicado al Cliente dicha interrupción conforme a lo establecido en la Cláusula Quinta.* (ii) *Interrupción de la actividad por parte del/de la Profesional Independiente debido a Incapacidad Temporal maternidad o paternidad, o a fuerza mayor, en los términos y condiciones del artículo 16 de la Ley 20/2007.* (iii) *Apertura del/de los producto/s por parte del/de la Profesional Independiente, abrir las bolsas, envoltorios o recipientes en los que se encuentre el producto, o tocar o manipular los alimentos o productos de alguna forma.* (iv) *Retraso continuado en la prestación del servicio, esto es 5 o más veces en el periodo de referencia de un mes, en el marco de que todo servicio debe realizarse en un tiempo inferior a 60 minutos desde que el/la Profesional Independiente acepta el servicio.* (v) *Realización de los servicios objeto del presente Contrato por parte del/de la Profesional Independiente, de manera deficiente o defectuosa. Para ello se tendrán en cuenta, entre otros parámetros de valoración, la puntuación obtenida y/o los comentarios realizados por los usuarios sobre los Profesionales Independientes en las plataformas online.* (vi) *Ofensas verbales o físicas a las personas que presten servicios (bajo cualquier modalidad contractual) para Glovo, usuarios, proveedores o cualquier tercero relacionado con Glovo.* (vii). *Transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño de las funciones y actividades encomendadas.* (viii) *Constancia fehaciente de que el/la Profesional Independiente realiza comentarios negativos sobre Glovo.* (ix) *Cualquier otra circunstancia que implique un perjuicio económico, comercial, organizativo o reputacional para el Cliente, independientemente de la cuantía o entidad del perjuicio causado. Se considera expresamente incluida en esta previsión la no realización de la prestación del servicio contratado, por cualquier causa diferente a las previstas legalmente como de interrupción del Contrato.* (x) *Pérdida del permiso de circulación y/o inexistencia o no renovación del seguro de responsabilidad civil por uso del vehículo empleado por el TRADE para la prestación de los servicios objeto del presente Contrato.* (xi) *Incumplimiento de la obligación de estar de alta en el censo fiscal o en el régimen correspondiente de la Seguridad social, igual que la no aportación de los correspondientes*

justificantes de pago de las cuotas fiscales o de cotización al Cliente, en los términos establecidos en la Cláusula Décima. (xii) Pérdida de la condición de TRADE respecto del Cliente, por no cumplirse y/o no acreditarse los requisitos previstos en el artículo II de la Ley 20/2007. (xiii) Por incumplimiento por parte del/de la Profesional Independiente de cualquiera de las cláusulas del presente Contrato. En caso de incumplimiento contractual, no se exigirá preaviso”.

CUADRAGÉSIMO-PRIMERO.- Cuanto antecede revela a las claras que no es posible encuadrar la prestación de servicios de quien hoy recurre en la figura del TRADE, desde el mismo momento que no acredita buena parte de las condiciones determinantes a que hace méritos el artículo 11.2 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, tales como *“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”* [párrafo c)], para lo que es suficiente comparar los avanzados instrumentos tecnológicos de los que es titular la demandada (plataforma digital y aplicaciones informáticas), y los medios tan poco significativos que aporta el actor (teléfono móvil y motocicleta). Tampoco concurre el requisito de *“desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente”* [párrafo d)], capacidad de auto-organización que su caso se demuestra prácticamente inexistente, sin que sea preciso insistir en lo ya argumentado para llegar a tal conclusión. Asimismo, tampoco asume el riesgo y ventura de su actividad [párrafo e)].

CUADRAGÉSIMO-SEGUNDO.- La relación contractual que mantuvieron las partes en el período de 11 de febrero de 2.016 a 14 de marzo de 2.018, ambos inclusive, sólo puede calificarse, pues, como laboral común u ordinaria, y no de TRADE, de modo que los contratos suscritos en 11 de febrero y 21 de marzo de 2.016 deben reconducirse a la verdadera naturaleza jurídica que deriva de los mutuos y recíprocos derechos y obligaciones que de ellos emanan, tratándose, en suma, de un supuesto de falso autónomo. Como pone de manifiesto el antecedente 8 de la Directiva 2.019/1.152/UE, ya calendada: *“(…) Los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ya que no cumplen estos criterios. El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva (...)”* (las negritas son nuestras). En conclusión, el motivo se estima.

CUADRAGÉSIMO-TERCERO.- Finalmente, el noveno y último, con igual encaje procesal que el anterior, se queja de la vulneración de los artículos 49.1 k) y 54 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 55.5 y 56 del mismo texto legal. Pretende, en síntesis, que la resolución por la empresa de la relación contractual que unió a las partes se reputa como un despido y se califique, principalmente, como nulo, lo que no puede por menos que llamar la atención, o con carácter subsidiario, improcedente. Téngase en cuenta que conforme al hecho probado noveno de la sentencia de instancia, que no es atacado: *“El día 24-11-17 el demandante sufrió un accidente de tráfico, permaneciendo de baja médica hasta el día 4-4-18 (doc. 5, 6 y 8 del actor), y desde dicho día, el demandante no ha abierto la aplicación para establecer horario ni para aceptación de encargos, por lo que la última factura es de noviembre de 2017. El mismo día 24-11-17 el demandante envió un mail a la empresa comunicando el accidente y solicitando que quitaran las horas de su horario para que no le bajara la fidelidad (doc. 7 del actor)”* a lo que el siguiente añade: *“En fecha 14-3-18 la empresa envía un correo electrónico al demandante (y a otros 296 repartidores) con el siguiente texto:*

'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'. La cláusula séptima del contrato de prestación de servicios se refiere a la forma de comunicación entre las partes, y la cláusula séptima del contrato de TRADE (sic) establece que 'En el supuesto de que el profesional Independiente o el cliente decidieran desistir del contrato, deberán preavisarse por escrito en un plazo de 24 horas. En caso de incumplimiento contractual, no se exigirá preaviso''.

CUADRAGÉSIMO-CUARTO.- Sentado cuanto antecede, es claro que la decisión empresarial tomada el 14 de marzo de 2.018 de extinguir el nexo contractual que hasta entonces vinculó a los litigantes, dado que entre ellos lo que realmente existe es una relación laboral ordinaria, y no de TRADE, no puede conceptuarse sino como un verdadero despido, sin que haya razón alguna que avale, cual extrañamente parece propugnarse, fijar la fecha de dicha decisión extintiva en 24 de noviembre de 2.017, data de la ocurrencia del accidente de circulación que sufrió el actor en virtud del cual permaneció en situación de baja médica hasta el día 4 de abril de 2.018. Tampoco cabe acceder a la petición de nulidad del despido por lesivo de derechos fundamentales: de un lado, porque, como dijimos, el demandante desistió en el acto de juicio de tal pretensión; y además, porque la causa que en este sede invoca para ello, es decir, la concurrencia de una sedicente discriminación por razón de enfermedad equiparable a discapacidad, representa una cuestión nueva no planteada en la demanda, ni debatida, por ende, en la vista oral, por cuanto lo que inicialmente se aducía en el escrito rector era la presencia de una supuesta violación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad.

CUADRAGÉSIMO-QUINTO.- En conclusión: también este motivo se acoge en los términos descritos, lo que conlleva la estimación parcial del recurso. No se cuestiona el importe del salario regulador del despido -33,80 euros diarios (hecho probado primero)-, de suerte que teniendo en cuenta el tiempo de prestación de servicios que se extiende de 11 de febrero de 2.016 a 14 de marzo de 2.018, ambos inclusive, la indemnización resultante asciende, s.e.u.o., a 2.416,70 euros. Lo anterior, al igual que la condición con que litiga el recurrente, hace que no haya lugar a la imposición de costas.

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por DON, contra la sentencia dictada en 11 de enero de 2.019 por el Juzgado de lo Social núm. 17 de los de MADRID, en los autos núm. 418/18, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra la empresa GLOVOAPP23, S.L., sobre despido y, acumuladamente, tutela de derechos fundamentales y reclamación de indemnización adicional de daños y perjuicios y, en su consecuencia, debemos revocar, como revocamos, la resolución judicial recurrida, de modo que:

1º.- Declaramos la nulidad parcial de la sentencia recurrida en todo lo que atañe al enjuiciamiento no pretendido de la controversia relativa a la extinción del contrato formal de trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) que unió a las partes, teniendo, en suma, por no puesto su fundamento tercero, ni su proyección sobre el fallo de la misma.

2º.- Estimamos parcialmente la demanda rectora de autos y, tras declarar que el nexo contractual que vinculó a los litigantes tiene naturaleza jurídica laboral ordinaria o común, no siendo, por tanto, propio de TRADE, declaramos **improcedente** el despido del actor ocurrido el 14 de marzo de 2.018, condenando, en su consecuencia, a la citada empresa a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto y a su opción, readmita inmediatamente al demandante en su puesto de trabajo en las condiciones que regían antes del despido, mas con sujeción a contrato de trabajo ordinario, o bien, le indemnice en la suma de 2.416,70 euros (DOS MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS EUROS CON SETENTA CENTIMOS), advirtiéndole a la misma que tal opción habrá de efectuarse ante esta Sala de lo Social en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de la sentencia, entendiéndose, de no hacerlo así, que procede la readmisión del trabajador despedido. A su vez, en caso de que se decantase por su readmisión, se le condena igualmente a satisfacerle los salarios de tramitación en cuantía equivalente a la suma de los dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta sentencia, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si éste fuese anterior a la sentencia y se acreditara por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de trámite, calculados a razón de 33,80 euros diarios, y sin perjuicio, todo ello, de lo previsto en el artículo 56.5 de Estatuto de los Trabajadores.”

TERCERO.- De la sentencia acabada de transcribir se deduce que las condiciones profesionales en las que el anterior demandante prestaba sus servicios para la empresa demandada eran constitutivas de relación laboral por cuenta ajena. Como esas condiciones eran sustantivamente las mismas en las que el ahora demandante las llevaba a cabo para la misma empresa, GLOVO APP 23, SL, esta cuestión al estar ya resuelta es innecesario volver a debatirla en este litigio, pues la relación contractual que mantienen D. y GLOVO APP 23, SL, es de naturaleza laboral por cuenta ajena en base a los mismos Fundamentos de derecho que se aplicaron en la sentencia transcrita a los que nos remitimos. Este reconocimiento de la naturaleza laboral dependiente o por cuenta ajena existente entre las partes litigantes deviene innecesario resolver, al haber quedado sin objeto, los motivos de recurrir primero a noveno alegados por la vía del apartado b) del artículo 193 de la LRJS en el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada porque, como ya se ha manifestado, las condiciones de hecho en que el ahora demandante prestaba sus servicios para dicha empresa son sustancialmente idénticas a las que se declaró probado que las prestaba el anterior demandante; y esas condiciones son constitutivas, como ya ha sido resuelto, de relación laboral por cuenta ajena.

CUARTO.- En este litigio el demandante reclama también en el Suplico de su demanda que se dicte *“sentencia por la que estimando la demanda declare la nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales a la prohibición de trato discriminatorio, al ejercicio de la huelga ya la libertad de expresión, con readmisión del trabajador D. a su puesto de trabajo y abono de los salarios de tramitación o subsidiariamente se declare la improcedencia del despido condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a su readmisión con abono de los salarios dejados de percibir o, a su opción, al abono de la indemnización legal correspondiente.”*

Una vez que se ha resuelto que la relación contractual que vienen manteniendo las partes litigantes es de naturaleza laboral por cuenta ajena desde su inicio, queda por resolver si el despido del actor fue nulo o, subsidiariamente improcedente; si bien esto último ya estaría prácticamente resuelto porque al reconocerse la vinculación de duración indefinida, desde el 18.11.2016, entre las partes, la decisión unilateral de la empresa demandada que se recoge en el hecho probado undécimo de la sentencia del Juzgado que damos por reproducido ha sido

analizada en su totalidad, en el Fundamento de derecho Decimoséptimo de la meritada sentencia con los siguientes argumentos:

“DECIMOSEPTIMO.- *El repartidor Sr. ha visto extinguido su relación por decisión unilateral de su empresario GLOVOAPP23 SL de 20-9-2018 en la que se hace referencia a la participación e incitación a la huelga con insultos y amenazas a otros compañeros.*

El único dato fáctico en que tales imputaciones se apoyan es el mensaje de voz colgado por el actor en una cuenta whatsapp denominada “Paro glovomadrid” y que se ha transcrito en el hecho 10º probado, mensaje cuya autoría el demandante asume y reconociendo además haber participado en los paros previstos el 16-9-2018 entre las 21 y 23 horas.

La lectura de dicho mensaje sólo evidencia la opinión del demandante en relación con dicho paro volcada en una cuenta colectiva de whatsapp sin que pueda interpretarse como una medida de incitación a secundar la huelga ni de coacción a otros repartidores.

Sus palabras entran dentro del ejercicio de su libertad de expresión.

No pueden por ello ser causa de despido y además al haberse reaccionado así se atenta contra el ejercicio de ese derecho fundamental lo que arrastra la tacha de nulidad del despido por esta causa realizado

Reconoce el actor su participación en los paros previstos el 16-9-2018 entre las 21 y 23 horas. Sabido es que la mera participación en una huelga, aun incluso ilícita, no justifica el despido. Por todas STS de 6-5-83. 18-7-86. 10-5-84.

El despido por esta causa también ha de reputarse nulo por reactivo a la participación en la huelga convocada.

Como indica la STS de 30-3-2016 «resulta evidente que una tutela efectiva del derecho de huelga [[art. 28.2](#) CE y art. 4.1 g) del Estatuto de los trabajadores] resulta incompatible con la tolerancia de una actuación empresarial dirigida a sancionar directa o indirectamente su legítimo ejercicio, pues el ejercicio de un derecho constitucional no puede ser nunca objeto de sanción [SSTC 11/1981, de 8 de abril, F. 22 ; y 90/1997, de 6 de mayo, F. 4], por lo que toda decisión de tal naturaleza habrá de ser igualmente declarada discriminatoria y radicalmente nula» (SSTC 75/2010, de 19/Octubre FJ 4 ; 76/2010, de 19/Octubre, FJ 5).

Tampoco lo sería si la huelga que tuvo lugar el 16-9-2018 entre las 21 y 23 horas se hubiera calificado de ilícita (STC 41/84), lo que no consta haberse producido mediante resolución judicial alguna ni se puede así considerar con fundamento en la prueba aportada por la demandada que se ha limitado exclusivamente a la aportación del mensaje de voz del actor antes referido.”

Estos argumentos, por razonables y conformes a derecho son compartidos por este Tribunal que los asume y, en consecuencia, no ha lugar a estimar el motivo II alegado por la vía del apartado c) del artículo 193 de la LRJS en el recurso de suplicación que se desestima íntegramente manteniéndose y confirmando la sentencia del Juzgado en base a sus propios fundamentos fácticos y jurídicos que son conformes a derecho.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por GLOVOAPP23 SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid de fecha 11 DE FEBRERO DE 2019, en los autos número 1214/2018, en virtud de demanda formulada por D. en materia de DESPIDO, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Se condena a la empresa recurrente en concepto de costas procesales a abonar la suma de 1.000 euros al demandante por los gastos ocasionados con ocasión de la impugnación del recurso de suplicación por su Letrado.

Dese a las cantidades depositadas y consignadas para recurrir el destino legalmente fijado.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el

campo “observaciones o concepto de la transferencia”, se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-0714-19.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.