



Roj: **STSJ AS 1607/2019 - ECLI:ES:TSJAS:2019:1607**

Id Cendoj: **33044340012019101173**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **25/07/2019**

Nº de Recurso: **1143/2019**

Nº de Resolución: **1818/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 280/2019,**
STSJ AS 1607/2019

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01818/2019

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL - OVIEDO

C/ SAN JOAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33024 44 4 2018 0002903

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACIÓN 0001143/2019

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 724/2018

RECURRENTE/S D/ña GLOVO APP 23 S.L.

ABOGADO/A: JAVIER PÉREZ LÓPEZ

RECURRIDO/S D/ña: Jon , FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA

GRADUADO/A SOCIAL: BORJA VEGA PEON

Sentencia núm. 1818/2019

En OVIEDO, a veinticinco de julio de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Presidente, D^a. MARÍA VIDAU ARGÜELLES y D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO, Magistrados, 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 SUPPLICACIÓN NÚM. 1143/2019, formalizado por el Letrado D. Javier Pérez López, en nombre y representación de la empresa GLOVO APP 23 S.L., contra la sentencia número 61/2019 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de GIJÓN en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 724/2018, seguido a instancia de D. Jon , representado por el Graduado Social D. Borja Vega Peón frente a la citada empresa recurrente y al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, representado por el Abogado del Estado, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Jon presentó demanda contra la empresa GLOVO APP 23 S.L. y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 61/2019, de fecha veinte de febrero de dos mil diecinueve .

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- Por escritura elevada a pública el 9 de septiembre de 2014 se constituyó la mercantil GLOVO APP 23, S. L. Conforme al artículo 2 de sus estatutos, su objeto es la explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes por cuenta ajena actuando como comisionista. Por escritura pública de 5 de agosto de 2016, entre otras cuestiones, se documenta un aumento del capital y una modificación de los estatutos sociales. El objeto social quedó definido de la siguiente manera:

La sociedad tiene por objeto:

(a) La explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes por cuenta ajena actuando como comisionista; y

(b) La realización de la actividad de intermediario en la contratación de transporte de mercancías por carretera en concepto de agencia de transporte, transitario, almacenista distribuidor y operador logístico.

2º.- GLOVO APP 23, S. L. gira en el mercado bajo el nombre comercial de "Glovo" desarrollando y gestionando una plataforma tecnológica mediante la que, a través de una aplicación para teléfono móvil o de una página web (en adelante "apps"), se permite a comercios locales ofertar sus productos y entregarlos al consumidor mediante un mensajero.

3º.- GLOVO APP 23, 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.

4º.- Una vez hecho el pedido por el consumidor a través de una app, la plataforma asigna el pedido a uno de los repartidores, mediante un algoritmo.

5º.- Asignado el pedido a un repartidor, éste se dirige al punto de recogida y puede permanecer en espera mientras se le entrega el pedido, rechazar el mismo o solicitar pedido en espera para realizar un segundo pedido mientras se prepara el primero. En el primer caso el tiempo de servicio empieza a contar desde que el repartidor se encuentra a un radio de 100 metros del establecimiento.

6º.- Una vez recogida la mercancía el repartidor debe entregarla en destino finalizando el servicio cuando el usuario de la app confirma la recepción y valida que el producto ha llegado en buen estado y conforme a lo solicitado.

7º.- Los repartidores, también llamados "riders", "couriers" o "glovers", a los que la compañía trata como "colaboradores" pueden acceder a la colaboración tras superar dos entrevistas. En la primera se les explica el funcionamiento de la aplicación y la mecánica del reparto. Superada ésta, en la segunda, se les pide que acrediten el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y el desembolso de 20 euros para gastos

de asesoría. Admitidos, se les proporciona una dirección de correo electrónico y una contraseña y pueden comenzar a repartir.

8º.- Para los repartidores, dos veces a la semana, se abre un periodo para elegir franjas horarias para realizar el reparto. Las franjas que se habilitan para cada uno dependen de su valoración personal. En la última versión de la app (que entró en funcionamiento, entre otras ciudades, en Gijón, en julio de 2018), denominada "Excellence 3", la puntuación se distribuía de la siguiente manera: 35% por la eficacia, entendida tal como el porcentaje de la puntuación asignada por los consumidores en las últimas 40 entregas realizadas en modo de asignación automática frente a la manual; el 35% por el número de pedidos realizados en las últimas 72 horas de alta demanda; el 10% por el volumen total histórico de pedidos entregados, valorados porcentualmente sobre un total de 750 pedidos; el 15% por la valoración de los usuarios en los últimos pedidos evaluados (con posibilidad de escoger puntuación positiva o negativa); el 5% a partir de la valoración de los establecimientos (con idéntica posibilidad). En esta versión el repartidor puede tener penalización si no está activo en el inicio del bloque horario reservado para ofrecer sus servicios.

9º.- Existen dos formas de aceptación de pedidos: automática -es la plataforma la que lo asigna, pudiendo ser rechazado por el repartidor- y manual es el repartidor el que selecciona el reparto de entre los disponibles-.

10º.- Los criterios de asignación del pedido son: (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.

11º.- La retribución se fija mediante una tarifa base a la que se suma el kilometraje y el tiempo de espera (los cinco primeros minutos no son retribuidos). Al consumidor se le repercute, en el precio final, tanto la comisión de GLOVO APP 23, S.L. como lo que percibe el repartidor por la transacción.

12º.- Los transportistas disponen de una caja con cinchas para llevarla a la espalda identificada con la imagen corporativa de Glovo, de un soporte para la caja, de un soporte para el móvil, un cargador portátil, una bolsa térmica, una tarjeta "bankable" y de un chubasquero. Por tal material deben abonar 10 euros más IVA, así como una fianza de 60 euros en concepto de fianza que les es devuelta una vez finalizada la colaboración con la empresa siempre que el material esté en buen estado.

13º.- El demandante, D. Jon , mayor de edad, con DNI nº NUM000 suscribió el 23 de octubre de 2017 con GLOVO APP 23, S. L. un contrato "para la realización de actividad profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente" (documento nº 1 obrante al ramo de prueba de la parte demandada) El contrato fue registrado el mismo día.

PRIMERA.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1. Objeto del contrato

(...)

2. Condición de TRADE

2.1. El TRADE declara bajo su responsabilidad (...) (iii) que dispone de la infraestructura productiva, los material y las herramientas propios necesarios para el ejercicio de su actividad, independientes de los de Glovo.

3. Capacidad auto organizativa del TRADE y asunción del riesgo y ventura de la actividad.

3.1 El/La Profesional Independiente tiene total libertad, en sentido amplio, para aceptar o rechazar la realización de un servicio. También, tiene plena libertad para conectarse a la App [...] para aceptar o no un determinado recado o micro tarea. Posteriormente y una vez aceptado el recado o micro tarea en cuestión, el/la Profesional Independiente elige cómo gestionarlo, la ruta que seguir, el medio de transporte a utilizar, etc. Esto es, no recibe ninguna instrucción por parte de Glovo sobre cómo realizar, efectivamente, el recado o micro tarea.

3.2 El/La Profesional Independiente dispone de permiso de circulación y vehículo propio, cuanta con la correspondiente póliza de responsabilidad civil vigente, y asume directamente todos los gastos relacionados con el recado o micro tarea que haya aceptado [...]

3.3 El/La Profesional Independiente acepta y asume el riesgo y ventura del encargo o micro tarea, y en los casos en que el recado o micro tarea incluya la compra de uno o varios productos, es éste/a quién realizará el pago

para su adquisición. Asimismo, el/la Profesional Independiente responde de forma exclusiva frente al usuario de los daños o pérdidas que puedan sufrir los productos durante su transporte, salvo casos excepcionales.

(...)

4. Jornada de actividad

La jornada de la actividad profesional del TRADE tendrá una duración de 40 horas semanales, con la siguiente distribución: 8h a 00h. Cualquier aumento de la citada duración será voluntario y a elección del TRADE.

El régimen de descanso semanal y el correspondiente de los festivos aplicable será a escoger libremente por el TRADE.

5. No exclusividad

El/La Profesional Independiente tiene total libertad para contratar con terceros, no estando sometido a exclusividad con Glovo. Ello, sin perjuicio de que pueda perder la condición de TRADE resolviéndose el presente Contrato, en caso de que como consecuencia del trabajo desarrollado para terceros el/la Profesional Independiente deje de percibir al menos el 75% de sus ingresos de Glovo, o se convierta en titular de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público, o ejerza su profesión conjuntamente con otros, en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho.

6. Distintivos de la prestación de servicios

(...)

TERCERA.- TIEMPO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CAPACIDAD AUTO ORGANIZATIVA

(...)

CUARTA. IDENTIDAD CORPORATIVA DE GLOVOAPP Y COMUNICACIONES

4.1 El/La Profesional Independiente no tiene permitida la utilización de distintivos corporativos tales como, camisetas, gorras, etc. La única excepción será el material que el Cliente le facilitará [...].

4.2 El/La Profesional Independiente no tiene permitida la utilización o uso de la imagen corporativa del Cliente, salvo autorización expresa y por escrito del mismo. Tampoco podrá utilizar la marca del Cliente en su perfil en las distintas redes sociales, bien sean éstas de carácter personal o profesional [...]

QUINTA.- INTERRUPCIÓN DE LA ACTIVIDAD

El/La Profesional Independiente tiene derecho a interrumpir su actividad profesional durante 18 días hábiles por cada año de vigencia del presente Contrato TRADE, fijándose el periodo de interrupción de actividad por acuerdo entre éste y el Cliente con antelación suficiente.

SEXTA. INTERRUPCIONES JUSTIFICADAS DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL.

Se considerarán causas debidamente justificadas de interrupción de la actividad profesional del TRADE, en los términos de la Ley 20/2007, las siguientes:

- (i) Mutuo acuerdo de las Partes.
- (ii) Necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles.
- (iii) Riesgo grave o inminente para la vida o salud del TRADE.
- (iv) Incapacidad Temporal, maternidad o paternidad.
- (v) Violencia de género.
- (vi) Fuerza mayor.

SÉPTIMA.- PREAVISO DE CESE

En el supuesto de que el/la Profesional Independiente o el Cliente decidieran desistir del Contrato, deberán preavisarse por escrito con un plazo de 24 horas. En caso de incumplimiento contractual no se exigirá preaviso.

OCTAVA.- EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Serán causas de extinción justificada del Contrato las establecidas en el artículo 15 de la ley 20/2007, a saber:

(...)

Se prevén, como causas adicionales de resolución justificada, las siguientes:



- (i) Interrupción de la actividad por parte del/la Profesional Independiente por un periodo 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 que contravenga las indicaciones contenidas en el Anexo III al presente Contrato.
- (iv) Retraso continuado en la prestación del servicio, esto es 3 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/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 por uso del vehículo empleado por el TRADE para la prestación de los servicios objeto del presente Contrato.
- (xi) Incumplimiento de las obligaciones 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 11 de la Ley 20/2007 .
- (xiii) Por incumplimiento por parte del/de la Profesional Independiente de cualquiera de las cláusulas del presente Contrato.

NOVENA.- PRECIO DEL SERVICIO

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 el GLOVER así como 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 GLOVER. 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 GLOVOAPP, por parte de GLOVO se calculará una estimación del precio del servicio orientativo y una vez finalizado el mismo, se trasladará 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 CLAUSULA 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.

14º.- El actor causó alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos el 24 de octubre de 2017, con efectos al día 1 del mismo mes.

15º.- El actor no ha desempeñado, en el último año, cargo alguno de representación sindical o de los trabajadores.

16º.- Para el caso de estimación de la demanda, el salario a los efectos de indemnización asciende a 53,89 euros diarios.

17º.- El 19 de septiembre de 2018 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social remitió al demandante requerimiento para que, el día 27 del mismo mes, compareciera en las instalaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aportando diversa documentación. En el requerimiento se incluía el texto siguiente: [!]a Inspección de Trabajo y S. Social está procediendo a citar a todos los trabajadores de la empresa GLOVERS, EN ACTIVO O NO, a fin de determinar si la prestación de servicios como repartidor, es/O HA SIDO, por cuenta ajena o por cuenta propia.

18º.- El actor acudió a la cita y se realizó la actuación inspectora siguiendo los criterios elaborados por Jefatura.

19º.- El 18 de octubre de 2018 el actor recibió la siguiente comunicación por correo electrónico:

Apreciado Jon ,

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 la falta de profesionalidad con sus compañeros 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.

Atentamente,

El equipo de Glovo.

20º.- El 28 de noviembre de 2018 tuvo lugar ante la UMAC de Gijón acto de conciliación respecto de la papeleta presentada el 16 del mismo mes, con el resultado de "intentado sin efecto".

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Jon , contra GLOVO APP 23, S.L., y contra el Fondo de Garantía Salarial, declarando la existencia de una relación laboral entre el actor y la mercantil GLOVO APP 23, S.L., declarando asimismo la improcedencia del despido con efectos al 19 de octubre de 2018 y condenando a GLOVO APP 23, S.L. a que, a su elección, readmita al trabajador en las mismas condiciones, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la efectiva readmisión, o le indemnice en la cantidad de 1.778,30 euros.

Absolver al Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de las responsabilidades que legalmente le incumban.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de la empresa GLOVO APP 23 S.L. formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 6 de mayo de 2019.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 27 de junio de 2019 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. - La Sentencia del Juzgado de lo social núm. 1 de Gijón de 20 de febrero de dos mil diecinueve estimó en parte la demanda formulada por el trabajador y , previa la declaración de la existencia de una relación laboral, declaró la improcedencia del despido y condenó a la empresa GLOVO APP 23 S.L. a que, por su opción, readmitiera al trabajador en su puesto de trabajo, con abono en tal caso de los salarios dejados de percibir



desde la fecha del despido hasta que la readmisión fuera efectiva, o le indemnizara con la cantidad de 1.778,30 euros.

Frente a dicha resolución judicial se interpone recurso de Suplicación por la representación letrada de GLOVO APP 23 S.L. y, desde la doble perspectiva que autoriza el Art. 193.b) y c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, interesa, previa la revocación de la resolución de instancia, la declaración de nulidad actuaciones por incompetencia del orden social y, en otro caso, se desestime íntegramente la demanda.

El recurso ha sido impugnado de contrario por la dirección técnica de la parte actora para solicitar la íntegra confirmación de la sentencia impugnada.

Segundo.- Solicita el Letrado recurrente en el primero de los motivos del recurso, la revisión de los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, interesando concretamente la modificación de aquellos que figuran bajo los ordinales quinto, decimocuarto y decimosexto y la adición de tres nuevos ordinales.

Interesa, en el primer caso, que se sustituya la frase final por otra en la que se diga que "... el tiempo de servicio empieza a contar desde que el repartidor acepta el pedido".

Postula a continuación, ahora en relación con el ordinal decimocuarto, que se complete el mismo con los siguientes datos: "El actor cursó alta en Hacienda en el censo de empresarios y profesionales para la actividad de reparto el 23 de octubre de 2017. Para el desarrollo de su actividad aportó un coche. El contrato TRADE fue registrado el 23-10-2017 en el SEPE".

Pretende asimismo la sustitución del decimosexto hecho probado por otro con la siguiente redacción: "Durante el periodo 2-11-17 a 28-10-18 el actor giró 27 facturas a Glovo, lo que supone una retribución media de 53,89 euros".

Para los tres nuevos ordinales que persigue incorporar al relato histórico ofrece los siguientes textos:

- Vigésimoprimer: "El demandante reasignó pedidos en 101 ocasiones, lo que supone el 3,1% del total, siendo la media de Gijón del 2,7%; canceló 75 pedidos lo que supone el 2,3% del total, siendo la media de Gijón del 3%, y no activó en 727 ocasiones las horas que había seleccionado de la franja horaria escogida, lo que supone un 23,5% del total de los 3.094 horas solicitadas".

- Vigésimosegundo: "Durante la vigencia del contrato el actor prestó servicios 349 días, con un total de 1.469 horas 3 minutos, con una media diaria de 4 horas 7 minutos y 3 segundos".

- Vigésimotercero: "Se da por reproducido el informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña de 4 de noviembre de 2016 en el expediente instruido en relación con los contratos suscritos entre Glovoapp 23 S.L. y los repartidores entre el 15-1-16 y el 15-6-16 en las provincias de Barcelona, Valencia y Madrid".

Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es preciso que el hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente la genérica remisión a la totalidad de la prueba documental practicada]. En realidad:

a) El proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud - art. 97.2 LRJS - únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo"), por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica, y que la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error se desprenda de manera evidente de documentos idóneos para tal fin, pero rechazando que ello pueda conducir a negar las facultades de valoración que corresponden al Tribunal de instancia, únicamente fiscalizables si no se han ejercido conforme a las reglas de la sana crítica [SSTS 02/07/14 -reo 241/13 -, y 15/09/14 -reo 167/13 -].

b) Expresamente ha de rechazarse la formulación del motivo revisorio cuando con ella se pretende que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba [obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida], como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación (SSTS 08/07/14 -reo 282/13 -, y SG 22/12/14 -reo 185/14 -).

c) Que los documentos al efecto invocados "deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable", hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (SSTS 15/09/14 -reo 167/13 -, y SG 18/07/14 -reo 11/13 -).

Y, d) Que tal variación tenga transcendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTS 17/01/11 -rec. 75/10 -, y 20/01/11 -rec. 93/10 -).



Debiéndose de añadir que, en cuanto a la adición o ampliación de hechos probados, la Sala IV ha reiterado que si existe en tales hechos constancia suficiente de las especificaciones que se pretenden adicionar, aunque sea por remisión, tal circunstancia permite a la Sala contar con ellas sin necesidad de introducirlas en la narración histórica de la sentencia (entre otras, en la STS/IV 13-noviembre-2007 -rec. 77/2006 -).

A la luz de la doctrina expuesta el primer motivo impugnatorio no puede ser acogido, pues lo que la pericial invocada expresa con toda claridad es precisamente lo contrario de lo afirmado por el recurrente; lo que allí se afirma concretamente es que: "el tiempo de espera se contabiliza igualmente dentro del servicio, empezando a contar desde el momento en el que el repartidor se encuentra en un radio de menos de 100 metros del establecimiento, si bien los primeros 5 minutos no se tiene en cuenta para el cálculo", no advirtiéndose, en consecuencia ningún error en la apreciación de instancia.

La misma adversa consideración merece la segunda de las revisiones pues el hecho de que el actor suscribió un contrato en calidad de Trade con la demandada el día 23 de octubre de 2017, siendo registrado en la misma fecha, ya aparece censado con amplitud de detalle en el decimotercero de los ordinales no advirtiéndose la omisión denunciada.

No otro destino debe seguir la tercera de las revisiones, pues se trata de nuevo de simples detalles y puntualizaciones y recordemos que, como ya indicara la STS de 9-12-2003, la modificación del relato de los hechos no se puede basar en dichas circunstancias, siendo que las deducciones que se quieren extraer son eso, simples deducciones que tampoco pueden motivar la revisión.

Se ha de acoger, por el contrario, la incorporación de los nuevos ordinales vigesimoprimeros y vigesimosegundo, una vez que el propio juzgador de instancia razona que el perito Sr. Miguel Ángel, en cuyo informe se apoya la revisión postulada, ilustró al juzgador sobre los pedidos del actor, habiendo obtenido la información de la propia aplicación, señalando el porcentaje de rechazos y de reasignaciones y su comparación con la media de Gijón; siendo así que, lo que aquí se pretende incorporar, son las conclusiones del expresando informe, con el detalle de extremos de los que incluso se hace eco la propia resolución impugnada en sede de fundamentación jurídica.

Distinta suerte ha de seguir, en cambio, la pretensión de dar pro reproducido un informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña en cuanto el mencionado informe no es documento hábil para la revisión fáctica habida cuenta que "los informes y las actas de la Inspección de Trabajo invocadas, sólo tienen el valor de constatación escritas del parecer de quien la práctica, sin efectos vinculantes para el Juzgador, que examina el conjunto de la prueba" (SSTS 12 de enero de 1990, con cita de las de 17 de enero y 14 de abril de 1989), cuando además tal informe no guarda relación con lo que es objeto del presente pleito, sino que se refiere a actuaciones inspectoras llevadas cabo en otras provincias.

Tercero.- Con amparo procesal en la letra c) del Art. 193 de la ley de ritos denuncia el recurrente en un segundo motivo la infracción, por errónea interpretación, de los Arts. 1.1, 8.1 y Disposición adicional Primera de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en relación con el Art. 3 y Capítulo III de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Después de señalar que el deslinde entre lo que es un trabajador asalariado de una plataforma digital y uno ajeno a tal tipo de relación hay que residenciarlo en el grado de intervención y control que la plataforma tiene sobre la prestación del servicio, considera que en la resolución de instancia no existen datos de los que resulte una prestación de servicios distinta a la establecida para los TRADEs, sino que lo constatado es la firma de un contrato de naturaleza mercantil pues, conforme la cláusula primera del contrato, el trabajador asume el riesgo y ventura de los encargos y las herramientas del oficio (coche y teléfono móvil) son de su propiedad; se constata también que tiene libertad de horarios, pudiendo elegir los días y las franjas horarias en las que quiere prestar el servicio tal como resulta del nuevo ordinal vigesimoprimeros; goza asimismo de la libertad organizativa, tal como resulta de la cláusula 6.2ª del contrato en cuanto a los criterios a seguir para la compra del producto y relaciones con los clientes, de suerte que el repartidor ejecuta el encargo pro cuenta del usuario y como mandatario de este. Por otra parte, sigue diciendo, la nota de una dependencia económica es consustancial con la naturaleza jurídica de un TRADE, que se caracteriza precisamente por percibir al menos el 75% de sus ingresos de un solo cliente, sin que constituya un óbice a lo dicho el hecho de que las facturas las confeccione la plataforma, pues las mismas han de ser validadas por el repartidor.

Todo lo cual le lleva a concluir, con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona, que en la relación que une los mensajeros o repartidores con Glovo no se dan las notas de dependencia, ajenidad y retribución pues no está obligado a prestar los servicios que le ofrece la plataforma, siendo libre de aceptarlos, y no se le penaliza si no se conecta a la APP. No existe disponibilidad del mensajero frente al empresario, ya que puede o no prestar el servicio que se le ofrece, utilizando en el primer caso el medio de transporte que considere oportuno y asumiendo todos los gastos que genere la operación.



Tal como se indica en el segundo de los ordinales, la empresa Glovo se dedica a la gestión de una plataforma informática mediante la cual, a través de una aplicación móvil o página web que permite, por un lado, que restaurantes y comercios locales ubicados en grandes ciudades oferten sus productos a través de dicha aplicación y, de otra, se permite a los consumidores finales acceder a dichos productos, siendo dicha plataforma la encargada del transporte y entrega de los productos a los clientes. Como señala la Comisión Europea en la comunicación sobre Una Agenda Europea para la economía colaborativa de 2 de junio de 2016: "se trata de una plataforma de intermediación on demand de reparto exprés a cuatro bandas en la que se facilita el contacto a personas que necesitan ayuda con sus recados o compras, con los comercios o tiendas locales y con los transportistas o repartidores dispuestos a llevar a cabo el encargo, a quienes se denomina "glovers"". La empresa se nutre financieramente de los acuerdos comerciales que concierta con los restaurantes, tiendas y establecimientos comerciales locales, y de las comisiones que los usuarios le pagan por los recados.

Y la cuestión que se suscita en el recurso es la de determinar la naturaleza jurídica de la relación que uno a los repartidores con los intermediarios de las plataformas colaborativas.

La determinación de cuándo una específica relación se puede calificar como laboral, es particularmente compleja en aquellas materias que integran lo que se suele conocer como "zonas grises" o fronterizas del derecho, en que la prestación de servicios presenta una diversidad de rasgos de distinta naturaleza que pueden llevar a encuadrarla en una u otra rama del Derecho... lo esencial, entonces, es establecer la concurrencia de las notas que determina el propio Estatuto de los Trabajadores, en su Art. 1.1, que delimita, desde el punto de vista positivo, la relación laboral, calificando como tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurren, además de dicha voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, cuales son, la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios.

Como ha destacado muchas veces la jurisprudencia social, por ejemplo en SSTS de 26 de diciembre de 2004 (rcu. 5319/2003) y 26 de noviembre de 2012 (rcu. 536/2012), la apreciación de las notas de subordinación y de ajenidad no siempre resulta fácil, puesto que se trata de conceptos jurídicos de un cierto nivel de abstracción, cuya concreción exige a menudo la constatación y la valoración de diferentes indicios, unos genéricos para las distintas actividades de trabajo y otros específicos de determinadas profesiones; así en unos casos se toma en consideración cierta duración y continuidad; la afiliación o no a la Seguridad Social, el alta en el IAE, la percepción de honorarios, la declaración del IRPF, la retribución periódica al trabajador; también en especie, ...

La STS de 16 de noviembre de 2017 (rec. 2806/2015) sistematiza tales indicios, conteniendo el siguiente razonamiento: "La doctrina unificada, como sintetizan las SSTS/IV II-mayo-2009 (rcud. 3704/2007), 7-octubre-2009 (rcud. 4169/2008) y 23-noviembre-2009 (rcud. 170/2009) 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.

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 y 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.

f) En el caso concreto de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes. En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del cliente, sino de la empresa contratante en función de una tarifa predeterminada por acto, o de un coeficiente por el número de clientes atendidos, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena".

"A sensu contrario", recuerda el TS que "cuando esta Sala ha declarado que existía arrendamiento de servicios y no una relación laboral ha exigido que la prestación del demandante se limitará 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 realizará "su trabajo con independencia, salvo las limitaciones accesorias" (STS/Social 1-marzo-1990).".

Desde otra perspectiva cabe recordar que la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE L 11/7/2019), vigente desde el próximo 31 de julio de 2019, pretende avanzar una respuesta normativa comunitaria en relación con el "trabajo atípico", en el que podemos incluir el desarrollado para las plataformas digitales de servicios, señalando en su parte introductoria que "En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (desde el asunto C-66/85 LawrieBlum al más reciente asunto C-216/15 Ruhlandlinik) ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador. La interpretación que el Tribunal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva.... El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación."

Cabe destacar en este sentido que su Art. 1 sólo excluye con carácter general de su ámbito de aplicación a las relaciones laborales de menos de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas, no aplicándose además esta regla cuando en un trabajo bajo demanda el trabajador desconozca sus horas de trabajo porque no estén fijadas de antemano.

La definición de trabajador utilizando los criterios jurisprudenciales del TJUE desde su importante sentencia de 3 de julio de 1986, asunto C-66/85, caso Lawrie- Blum , es la de "una persona física que durante un período de tiempo determinado realiza servicios para otra persona, y bajo su dirección, a cambio de una remuneración".

Cuarto.- En el supuesto examinado, incuestionados el carácter voluntario de la relación que vinculaba a las partes y la naturaleza personal de la prestación, pues se incorpora una cláusula en el contrato que prohíbe la delegación de los servicios a terceros, habrá que convenir con el juzgador a quo que también concurren las notas características de la relación laboral de ajenidad y dependencia, ya que la prestación de servicios del demandante presenta rasgos que sólo son concebibles respecto de quien se halla dentro del ámbito de dirección y control de una empresa.

En efecto, para realizar su actividad el repartidor, rider o glover necesariamente se integra en la plataforma y desde ella recibe las ofertas de servicios preseleccionados por GLOVOAPP23 S.L. que mantiene un completo control de la actividad desempeñada.



En referencia a las plataformas digitales advierte la STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15 - UBER., que: "el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas (...) y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano" (apdo. 38 de la sentencia). Creación de la oferta, regulación de sus características esenciales y organización del funcionamiento del servicio son los puntos clave que se traducen en el control de todos los aspectos pertinentes de un servicio.

Como elementos en los que se basa el control, la sentencia (apdo. 39) recoge los tres siguientes: 1. La plataforma es un servicio de intermediación imprescindible para conectar a conductores y clientes en el que hay una selección de los conductores. 2. Es la empresa la que proporciona a aquellos una aplicación sin la cual (...) estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte (...) y las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. 3. La plataforma ejerce una influencia decisiva sobre el servicio off line, sobre los factores de organización y ejecución del servicio. En este sentido el TJUE aprecia que, al menos, UBER i) establece "el precio máximo de la carrera... y recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor..."; y ii) "ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos".

Pues bien, dichas notas concurren en la plataforma digital de GLOVOAPP23; tal como se destaca en el cuarto de los ordinales, una vez hecho el encargo por un consumidor la plataforma asigna el pedido, mediante un algoritmo, a uno de los repartidores que tenga abierta la aplicación en la franja horaria y en la zona geográfica elegida; es decir, es la tecnología de la plataforma la que facilita el contacto entre el usuario y el prestador del servicio, jugando los algoritmos un papel preeminente en las "tomas de decisión", pero detrás de dicho conjunto de algoritmos existe un titular a efectos jurídicos que pretende desarrollar una actividad económica y ostenta la "propiedad de esos medios digitales" que es Glovo.

Como se indica en el tercero de los ordinales GLOVOAPP23 S.L. gestiona cuatro tipos de servicios: "pedidos partner", "pedidos no partner", "pedidos sin establecimiento" y "pedidos sin transacción".

Pues bien en el primer caso -que constituye más del 90% de la actividad comercial de la plataforma-, los datos de los restaurantes adheridos a la plataforma y de los clientes registrados obran en poder de la empresa.

En el caso de los no partner los datos de los restaurantes o establecimientos y de los clientes también se registran en la plataforma; la salvedad en este caso es que, frente al supuesto anterior, la entrega del encargo se hace contra el pago de la factura que lleva a cabo el repartidor con una tarjeta Bankable, siguiendo las instrucciones de la app.

En los pedidos sin establecimiento, es la plataforma la que se encarga de buscar el "store" o establecimiento local al que ha de acudir el repartidor a recoger el encargo, operando como en el supuesto anterior.

Finalmente en los pedidos sin transacción, es la plataforma la que asigna las direcciones de recogida y entrega del producto en cuestión.

En otras palabras, es impensable que el actor pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los eventuales clientes, en calidad de trabajador autónomo, al margen de la plataforma y con sus propios medios (con su vehículo y con su móvil), ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe precisamente al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca, en este caso Glovo, que se publicita en redes sociales a través de los buscadores tipo Google, sitio al que acuden los clientes cuando necesitan la compra y entrega de comida y los productos que la demandada suministra.

Por otra parte, como ya apuntó en sus conclusiones el Abogado General en el asunto C-434/15 - UBER, el hecho de que (en el caso Glovo) no sea propietario de los vehículos ni de los móviles "carece de pertinencia, ya que un empresario puede perfectamente realizar las prestaciones de servicio de transporte mediante vehículos pertenecientes a terceros, sobre todo si, a efectos de esos servicios, recurre a dichos terceros, con independencia del carácter del vínculo jurídico que une a estas dos partes del contrato" (párrafo 55); se trata, en definitiva, de unos medios accesorios o complementarios, que carecen de tanta relevancia como la "aportación por la empresa de los medios más específicos de instalación técnica".

Se alega por el recurrente en defensa de su tesis que el repartidor elige los días que quiere prestar servicios y los que no, reserva asimismo mediante la App la franja horaria disponible en la que desea trabajar y elige si quiere prestar todos los servicios que se le ofrecen dentro de esa franja o no, como se verifica en el supuesto de autos en que el Trade no activó en 727 ocasiones las horas que había seleccionado de la franja horaria escogida.



En lo que atañe a la libre elección de las franjas de trabajo es necesario recordar que dicha elección se hace dentro de los márgenes que se especifican en el octavo de los ordinales, esto es, según la valoración que la plataforma haya hecho de cada repartidor 2 veces por semana, estableciendo un ranking de excelencia a partir de diversos controles. En el caso de autos estos controles se denominan "versión excellence 3", y en ella la plataforma puntúa a los repartidores conforme a una escala de 1 a 10 según el siguiente sistema:

Un 35% de la puntuación atiende a la eficacia demostrada, medida por el algoritmo en función de la variable coste-beneficio para minimizar el tiempo de gestión entre la recogida y la entrega, tomando en consideración los 40 últimos pedidos realizados por el repartidor. A estos efectos los repartidores se hallan controlados con geo localizadores.

El segundo control, con otro 35% de puntuación, atiende al volumen de encargos despachados en las 72 horas previas a la apertura de la plataforma para ofrecer los bloques horarios a los repartidores (los lunes y los jueves a las 16 horas), alcanzando el 100% de este apartado aquel repartidor que haya despachado 90 encargos en 3 días.

El tercer control, con un 10% de puntuación, atiende al histórico de pedidos entregados, asignándose el 100% a aquel repartidor que acredita haber realizado 750 encargos.

El cuarto control, con un 15% de puntuación, toma como referencia la valoración del servicio que los clientes de la plataforma hayan realizado al validar la recepción del producto.

El 5% restante se extrae de la valoración que hayan hecho los restaurantes o establecimientos.

Es decir, existe un control interno como factor clave del funcionamiento del servicio, este "cierto control" del que habla el TJUE es lo que la doctrina ha venido calificando como control indirecto o "soft control", es decir, realizado a través de un programa informático, que permite vigilancia constante del conductor, aunque no haya órdenes personales dirigidas al mismo, de suerte que los primeros en el ranking son los que tienen derecho a escoger se entiende que aquellas franjas horarias más convenientes y en las que existe una mayor demanda.

En éste contexto las parcelas de libertad para decidir días y horas de trabajo y aceptación de servicios concretos no le proporcionan ninguna facultad o poder que pueda condicionar el desarrollo de la actividad empresarial, puesto que, en última instancia, es GLOVOAPP23 la que decide finalmente los días, zonas y horario de trabajo de los glovers y, además, cuenta con tan amplio elenco de repartidores dispuestos a trabajar que la ausencia de unos es suplida automáticamente con la presencia de otros y también cuando el repartidor rehúsa atender algún servicio asignado. Como ya señalara la sentencia del Employment Tribunal of London de 26 de octubre de 2016 , Aslam v. Uber "La noción de que Uber en Londres es un mosaico de 30.000 pequeños negocios ligados por una plataforma común es absolutamente ridícula para nuestras mentes". En otras palabras, no se trata de una mera coordinación de actividades empresariales, sino que lo que la empresa propietaria de la plataforma hace es imponer una serie de normas que el trabajador que quiera asociarse debe cumplir.

Estar libre y disponible es esencial al servicio que los repartidores prestan a Glovo y es precisamente esta facilidad para sustituir al trabajador lo que provoca que estos carezcan de todo poder de negociación para auto protegerse y necesiten la ayuda del Derecho laboral. Así por ejemplo, en el supuesto de autos, de los 360 días que duró el contrato, el actor trabajó durante 349 días, con una media diaria de 4 horas y 12 minutos de trabajo efectivo, o lo que es lo mismo, sin computar el tiempo en que el repartidor se hallaba disponible en la zona, conectado a la app de GLOVOAPP23, listo y dispuesto a aceptar encargos, lo que en el caso de autos da como resultado que el trabajador no haya disfrutado de un solo día de vacaciones ni de un descanso semanal a lo largo de todo el año.

Tampoco la posibilidad de rechazar los encargos (cancelando pedidos) impide que pueda calificarse la relación como laboral, pues como razona la STS de 16 de noviembre de 2017 más arriba citada "aunque parece que el intérprete goza de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios, es lo cierto que, dada la relación establecida entre las partes, si no acude, corre el riesgo de que no se le vuelva a llamar". En el supuesto considerado resulta significativo en tal sentido que el actor cancelara 75 pedidos en un año sin que ello conllevara la extinción del vínculo por incumplimientos o por perjuicios causados.

Por citar a la misma autora que invoca el recurrente para sustentar la tesis contraria, advierte Sánchez-Urán Azaña (Economía de plataformas digitales y servicios compuestos) que: "la dependencia desarrollada en el marco de la economía de las plataformas se identificaría con el límite más débil o flexible de este rasgo y que se identifica con la expresión "programación del trabajo por parte del empresario"; y que, por tal, puede entenderse como "retención por parte del empresario del 'derecho' a controlar la actividad desarrollada por el trabajador cualquiera que sea el método o mecanismo que utilice para ello". Esto es, alejándose de la sumisión estricta (o sumisión absoluta) y plasmándose en el "sometimiento del trabajador al poder de organización



o 'en la inserción en el círculo rector y disciplinario empresarial'. Conceptuación que "permitiría incluir, sin adulterar el tipo, los supuestos que cabe entender como de 'subordinación imperfecta', atisbada en muchas de las formas de trabajo nuevas y, en particular, en la economía colaborativa (gig economy), en especial en el trabajo desarrollado a través de las plataformas digitales".

En este sistema, como también se ha dicho, la empresa confía en las evaluaciones de los clientes para asegurarse unos "estándares altos de prestación de servicios", de modo que, "en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de ejecución para asegurar su calidad, delegan estas funciones en los clientes".

Pero es que, en el supuesto de autos, la empresa sí dicta las instrucciones necesarias y suficientes para mantener el control sobre el proceso productivo; así tal como se expresa en el ordinal séptimo, para ingresar en la empresa, el repartidor (el profesional independiente en la terminología del contrato) ha de superar dos exámenes o entrevistas, en el curso de las cuales se le imparten instrucciones sobre la mecánica y forma de ejecutar su trabajo y, en todo caso, como requisito necesario para poder comenzar a prestar sus servicios debe integrarse en la plataforma, instalando en su móvil la aplicación, a través de la cual va a recibir las instrucciones concretas sobre la forma de prestar el servicio.

Una vez incorporado a la empresa, en la ejecución de los encargos o microtarefas, es la plataforma la que decide el restaurante o proveedor al que hay que acudir, los pedidos que hay que atender y, a través de los algoritmos de la aplicación, el repartidor, de entre los disponibles, que ha de cumplimentarlo, de suerte que el repartidor se limita a recibir las órdenes de la empresa para recoger el pedido en un concreto restaurante y llevarlo a un concreto cliente y en el desempeño de tal cometido la empresa ha establecido unas reglas precisas para su realización, imponiendo al repartidor un determinado comportamiento con el protocolo a seguir por el repartidor cuando entre en el restaurante o acuda a un domicilio, así como las medidas de seguridad e higiene que han de respetar en la manipulación de los alimentos transportados; en palabras del juzgador a quo "existen órdenes de trabajo y procesos estandarizados de llevar a cabo el mismo que suponen que el trabajador no cuenta con la libertad propia del trabajador autónomo".

Además, la aplicación es capaz de informar en todo momento a clientes y proveedores dónde se encuentra el repartidor. Frente a lo que se sostiene en el recurso el geo localizador GPS no es un mero instrumento para contabilizar el kilometraje para su posterior abono en la factura, sino que también se utiliza y así lo significa el juzgador a quo para repartir los servicios entre los distintos repartidores según los criterios de eficiencia del negocio. Como recuerda la SAN de 6 de febrero de 2019, (proc. 318/2018), la geolocalización no deja de ser un sistema de control de la ruta elegida y del comportamiento de los riders durante el desarrollo de su jornada laboral, que si bien obedece a fines constitucionalmente legítimos en el desarrollo del derecho a la libre empresa y encuentra amparo en el apartado 3 del art. 20 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ("El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad"), en la medida en que los datos de localización de una persona constituyen datos de carácter personal- tal como se prevé expresamente en el art. 4.1 del Reglamento 679/2016 del Parlamento Europeo (EDL 2016/48900) y del Consejo de 27-4-2016, la implantación de tal medida debe someterse al necesario juicio de proporcionalidad en cuanto que supone una injerencia en los derechos fundamentales de los trabajadores.

En fin, ya en relación con la vestimenta, es cierto que en la cláusula cuarta del contrato se le prohíbe al repartidor utilizar distintivos con la imagen corporativa tales como camisetas, gorras etc., con excepción de la caja con cinchas que lleva a la espalda, que de por sí ya lo asocia a una empresa como empleador, de forma que como se ha afirmado en alguna ocasión "termina siendo de hecho la cara visible de la empresa frente a los clientes", todo lo cual, a fin de cuentas, no deja de ser una instrucción desde el punto de vista organizativo empresarial.

Por último, la empresa se reserva la facultad disciplinaria en los términos precisos que se desglosan en la cláusula octava del contrato, añadiendo a las 8 causas de resolución previstas en el Art. 15.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, hasta 13 motivos disciplinarios que van desde la transgresión de la buena fe contractual o el retraso continuado en la prestación del servicio, a las ofensas verbales o físicas y causar perjuicio reputacional o de otro orden etc., en claro paralelismo con las causas de despido censadas en el Art. 54 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores .

Quinto.- Tampoco existen dudas sobre la nota de ajenidad. Como es sabido, los 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 (STS 31/03/97 -rcu. 3555/96); la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (SSTS 11/04/90 ; 29/12/99 -rcu. 1093/99); el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS



20/09/95 -rcu. 1463/94 -); y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS 23/10/89).

Pues bien todas y cada una de estas notas se hallan presentes en la relación analizada. Es incierta en tal sentido la afirmación de la recurrente de que "el repartidor asume el riesgo del resultado, sino que es la empresa la que concierta las condiciones comerciales con los restaurantes y demás establecimientos adheridos a la plataforma y la que fija el precio final que deben pagar los clientes como contraprestación del servicio subyacente, desconociendo el trabajador cuáles son las tiendas o restaurantes que en cada momento se encuentran adheridos a la plataforma y la identidad de los clientes que solicitaban los servicios, tampoco es libre para aceptar o no el precio previamente fijado por la plataforma a los usuarios del servicio por la realización del encargo, siendo Glovo quien factura por su actividad a proveedores y clientes finales, respondiendo frente a unos y frente a otros, corriendo, en régimen de exclusividad, con los riesgos del negocio de reparto y haciendo suya la utilidad patrimonial.

Conforme se detalla en el informe pericial del Sr. Herminio al que remite el juzgador a qua, una vez que el pedido ha sido entregado, el usuario de la app confirma la recepción del mismo y valida que el producto ha llegado en buen estado y de acuerdo con lo solicitado en su pedido. Si no fuera así, puede ponerse en contacto con el establecimiento. En cambio, respecto de los trabajadores si ha habido algún error, estos deben ponerse en contacto con Glovo para solucionarlo y, en el concreto caso de cancelación de un pedido a domicilio, después de que este ya ha sido asignado a un repartidor, o bien que el cliente no se halle en la dirección de entrega, el trabajador tiene derecho a percibir la tarifa base del servicio, no respondiendo frente al usuario de la custodia, deterioro o caducidad del producto objeto del recado.

Por otra parte, tal como se indica en el undécimo de los ordinales, la retribución del actor viene fijada en una tarifa por servicio, a la que se suma otra cantidad por kilómetros y tiempo de espera, que junto con la comisión de la plataforma por la intermediación realizada, constituye el precio final que debe pagar el usuario, sin tener, en consecuencia capacidad ninguna para influir en el nivel de ganancia ni control sobre las decisiones comerciales.

El actor liquidaba el importe de la prestación de sus servicios con la periodicidad marcada por la demandada y con arreglo a una factura ordenada por aquella, a la que el trabajador presta su conformidad para recibir su importe (Fdt. De derecho primero).

En suma, la remuneración satisfecha al repartidor, con independencia de su cuantía, lo es por la actividad realizada y la devenga por el hecho de realizarla, por lo que debe calificarse como salario a tenor de lo previsto en el Art. 26 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , teniendo el kilometraje la consideración de gasto de la empresa suplido por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral, conforme previene el núm. 2 de aquel precepto legal. Respecto de la modalidad de retribución a la pieza o por "microtarea" cabe recordar con al STS de 19 de julio de 2002 (rec. 2869/2001) que "esta forma, aun no siendo una de las formas típicas de retribución, es corriente en el mundo en el que se desenvolvía la relación entre las partes: el de la prensa escrita. Y desde luego es encuadrable en el amplio concepto que se da del salario en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores y que comprende cualquier forma de percepción económica que retribuya el trabajo".

En este contexto, el hecho de que el repartidor utilice su propio vehículo no altera, frente a lo que se afirma en el recurso, su condición de trabajador por cuenta ajena pues, como recuerda la STS de 26 de febrero de 1986 , "En realidad dicho contrato de transporte, reiterando lo ya dicho, sólo existe entre la empresa y el cliente más no entre la demandada y el mensajero, mero ejecutor material del transporte mediante, fundamentalmente, su trabajo personal, aunque para ello se valga de un medio material propio... cuando el medio utilizado, por su inferior coste inicial y de mantenimiento y difusión de uso, no es más que un elemento auxiliar, secundario, de la actividad personal, sin que en modo alguno tenga por fin el contrato su explotación económica". En el supuesto debatido, se insiste, el medio esencial de producción, sobre el que se construye la entera actividad de la plataforma digital, es la instalación técnica que emplea para su desarrollo y la explotación de la marca, que se publicita en redes sociales y en cuya solvencia y eficacia confían restaurantes y clientes.

En definitiva, se aprecia la ajenidad de los frutos, pues es la plataforma la que percibe la contraprestación del servicio de los restaurantes y establecimientos adheridos o girando las correspondientes comisiones a los usuarios finales, haciendo suyo de esta forma el resultado de la actividad del repartidor. Existe ajenidad del mercado, pues es la plataforma la que fija los precios y elige a los clientes, constituyéndose en un intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final y, por último, respecto a la ajenidad de los riesgos, no consta que el repartidor asuma algún tipo de responsabilidad frente a los usuarios finales.

Sexto.- Los elementos analizados, valorados en su conjunto, permiten concluir que la figura del TRADE no encaja de ninguna forma, pese a los esfuerzos que en tal sentido se hacen en el modelo contractual firmado



entre las partes, con la modalidad organizativa descrita. En primer lugar, porque la nota característica de aquél, es precisamente que el ejercicio de la actividad profesional se efectúe fuera del ámbito de organización y dirección de otra persona (ex Art. 1.1 y 1.2.d) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo), circunstancia ésta que, ya se ha visto, no se da en el caso supuesto debatido.

En segundo lugar, la potencial traslación de ciertos riesgos (limitados, además, a la concurrencia de negligencia en la actuación del trabajador), no dejan de ser circunstancias impuestas por la empresa, que es quien tiene el poder de determinación de las condiciones de trabajo, o como reza la STS de 26 de febrero de 1986 "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.º del Estatuto de los Trabajadores".

En tercer lugar, tampoco se cumple con otra de las notas características de los TRADE cuál es la recogida en el Art. 11.2.b) de la LETA , consistente en "no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente", así como tampoco con la señalada en el apartado c) -"Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente" -. Ciertamente es que la herramienta que utiliza para prestar el servicio, sobre todo si es un coche, es relevante económicamente, pero lo verdaderamente esencial, como se ha señalado, es la App.

En resumen, concurrentes las notas de voluntariedad y prestación de servicios "intuitu personae" por parte del demandante, y presentes también las de dependencia y ajenidad que caracterizan la relación laboral, de conformidad con lo establecido en los artículos 1.1 y 8.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , dado que el trabajo del demandante se incardina dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa demandada, debe concluirse la existencia de una relación laboral entre las partes como lo ha declarado la sentencia de instancia, y, consiguientemente el motivo y el recurso han de ser desestimados.

Séptimo.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 235 de la Ley L.R.J.S ., procede imponer las costas del recurso a la parte vencida, en la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado de la parte contraria que actuó en el recurso, que se estiman en 500 euros.

Procede asimismo acordar la pérdida y destino legal (Tesoro Público) del depósito necesario realizado para recurrir (Art. 204.4 de la Ley L.R.J.S .).

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la dirección letrada de la empresa "GLOVO APP 23 S.L." contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón de fecha 20 de febrero de dos mil diecinueve , dictada en los autos núm. 724/18, resolviendo la demanda sobre despido instada contra la referida empresa por D. Jon y, en consecuencia, confirmamos la misma en todos sus pronunciamientos; todo ello con expresa condena en costas a la parte recurrente, que deberá abonar en concepto de honorarios del Letrado de la parte recurrida la cantidad de 500 euros.

Asimismo, acordamos la pérdida y destino legal (Tesoro Público) del depósito necesario realizado para recurrir y mantener la sujeción al cumplimiento del fallo recurrido de la consignación realizada por la recurrente del principal objeto de condena.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los apercibimientos contenidos en éstos y en los artículos 230. 4, 5 y 6 misma Ley.

Depósito para recurrir

Conforme al artículo 229 LRJS , todo condenado que no sea trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, junto a ese escrito debe justificar el ingreso del depósito para recurrir (600 €).

Forma de realizar el depósito



a) Ingreso directamente en el banco : se hará en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria nº 1. El nº de cuenta, correspondiente al nº del asunto, se conforma rellorando el campo adecuado con 16 dígitos: 3366 0000 66, seguidos de otros cuatro que indican nº del rollo de Sala (se colocan ceros a su izquierda hasta completar los 4 dígitos); y luego las dos últimas cifras del año del rollo. En el impreso bancario hay indicar en el campo concepto: "37 Social Casación Ley 36-2011".

b) Ingreso por transferencia bancaria: constará el código IBAN del BS: ES56 0049 3569 9200 0500 1274; y el campo concepto aludido.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se hará un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJIDOS