



Roj: **STSJ M 6611/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:6611**

Id Cendoj: **28079340042019100471**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **19/09/2019**

Nº de Recurso: **195/2019**

Nº de Resolución: **715/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 6611/2019,**
STS 2924/2020

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG : 28.079.00.4-2017/0057140

Procedimiento Recurso de Suplicación 195/2019

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid Despidos / Ceses en general 1353/2017

Materia : Despido

Sentencia número: 715/2019

Ilmos. Sres

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

D. ENRIQUE JUANES FRAGA

Dña. MARÍA DEL AMPARO RODRÍGUEZ RIQUELME

En Madrid, a diecinueve de septiembre de dos mil diecinueve, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 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

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 195/2019, formalizado por el Sr. Letrado D. Luis Suarez Machota en nombre y representación D. Arcadio , contra la sentencia de fecha tres de septiembre de dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid , en sus autos número 1353/2017 y acumulados, seguidos a instancia



de la parte recurrente frente a la mercantil GLOVO APP 23 S.L. y Ministerio Fiscal, sobre Despido, ha sido Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARÍA DEL AMPARO RODRÍGUEZ RIQUELME.

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

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

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

TERCERO.- La Empresa GLOVO APP 23, S.L (en adelante, GLOVO), es una start-up constituida el 9 de septiembre de 2014 cuyo objeto social es la explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes 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. (Nota simple de la demandada en el Registro Mercantil aportada como documento número 14 del ramo de prueba del demandante).

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

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

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

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

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

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

El actor tenía que realizar los recados o encargos que previamente le ofrecía la demandada siguiendo el sistema siguiente: Previa reserva de la franja horaria en la que deseaba trabajar, el actor activaba la posición de auto-asignación (disponible) en su teléfono móvil y a partir de entonces comenzaban a entrarle pedidos (slots) acordes con su franja y zona geográfica. El repartidor tenía que aceptar el pedido, pudiendo hacerlo de forma



automática o manual. En la primera modalidad (AA), la plataforma asignaba un reparto automático de recados que el trabajador podía rechazar de forma manual. En la modalidad manual (MA), la plataforma no asigna el pedido al repartidor, sino que es éste quien tiene que seleccionar qué reparto desea hacer entre los que disponibles. Una vez aceptado el pedido el repartidor debe llevarlo a cabo en la forma exigida por el cliente, entrando en contacto con éste de forma directa. Si le surgían dudas sobre la forma de realizar el pedido, tenía que ponerse en contacto con el cliente para solventarlas.

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

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

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

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

El sistema de cobro de los servicios se realizaba con periodicidad quincenal, girando el actor a la Empresa la factura de los servicios realizados en cada periodo junto con el IVA correspondiente. Las facturas eran confeccionadas por GLOVO y remitidas al trabajador para su visado y conformidad. A continuación la cantidad se abonaba por transferencia bancaria. (Bloque de documentos número 1 del ramo de prueba del demandante).

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

SEXTO.- El trabajador decidía el momento de inicio y finalización de su jornada, así como la actividad que realizaba durante la misma, seleccionando los pedidos que quería realizar y rechazando los que no quería. No tenía obligación de realizar un determinado número de pedidos, ni de estar en activo un mínimo de horas al día o a la semana y tampoco la Empresa indicaba los recados a realizar ni cuando tenía que comenzar o finalizar su jornada. Si no se colocaba en posición 'auto- asignación', no le entraban pedidos. Podía rechazar un pedido a media ejecución sin sufrir penalización alguna. De hecho el actor rechazó pedidos previamente aceptados en ocho ocasiones durante el periodo comprendido entre los meses de julio y octubre de 2017 (documento número 66 del ramo de prueba de la demandada, e informe pericial aportado por dicha parte como documento número 78) sin sufrir ninguna consecuencia desfavorables y sin que se rebajara su puntuación por este motivo. (Comparativa de las fechas de reasignación de pedidos con las puntuaciones obtenidas durante los días posteriores).

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

El demandante asumía la responsabilidad del buen fin del servicio (cobrándolo sólo si lo terminaba a satisfacción del cliente), y asumía frente al usuario (cliente final) los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte. Si tenía que comprar productos para el usuario, utilizaba una tarjeta de crédito facilitada por GLOVO APP, concretamente la reflejada en el documento número 6 del ramo de prueba del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

VIGÉSIMO.- El 12/04/2018 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC accionando por despido (expreso), solicitando que se declarase nula dicha decisión por haberse adoptado con vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de la salud y a la garantía de indemnidad, reclamando también el pago de una indemnización por importe de 12.000 euros, todo ello previo reconocimiento de la laboralidad del vínculo mantenido con la demandada que consideraba enmascarado bajo la modalidad de trabajo autónomo."

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: *"DESESTIMANDO la demanda formulada por D. Arcadio contra la Empresa GLOVO APP 23, S.L sobre Despido tácito, debo absolver y ABSUELVO a dicha demandada de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.*

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

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

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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 05/03/2019, 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 día para los actos de votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid de fecha 3 de septiembre de 2018, aclarada por auto de 23 de octubre de 2018, desestima las tres demandas tramitadas de forma acumulada,



siendo nota común en todas ellas, la petición de reconocimiento de laboralidad de la relación existente entre las partes, y ejercitándose específicamente, en la primera, una acción por despido tácito (nulo por vulneración de derechos fundamentales con abono de una especial indemnización por ello o improcedente), en la segunda, una acción sobre reclamación de extinción de contrato por voluntad del trabajador por incumplimiento grave y culpable del empresario (por modificación sustancial de condiciones de trabajo y por no proporcionar ocupación efectiva y no pagar el salario) y la tercera, en reclamación por despido expreso (solicita nuevamente su nulidad por vulneración de derechos fundamentales con abono de una especial indemnización por ello o su improcedencia).

Frente al fallo, se interpone el presente Recurso de Suplicación por la representación Letrada de DON Arcadio , habiéndose presentado escrito de impugnación por GLOVOAPP23, S.L.

SEGUNDO. - Se formulan como motivos del Recurso de Suplicación los que se indican seguidamente:

MOTIVO PRIMERO. - Se instrumenta al amparo del artículo 193.A) del Texto Refundido de la Ley de la Jurisdicción Social , para reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión. En concreto, por estimar infracción del artículo 90 de LRJ, Ley 36/2011 , en relación con el art. 92 de la misma y en relación con el art. 24 de la CE .

Con carácter general, cabe indicar que para que pueda estimarse el recurso de suplicación sobre la base del art. 193.a) LRJS , han de concurrir una serie de requisitos como son:

- . En primer lugar, una infracción de normas o garantías del procedimiento;
- . En segundo lugar, la existencia de indefensión; y
- . En tercer lugar, la protesta previa en el momento procesal oportuno, salvo que la entidad de la falta sea tal que comprometa al orden público procesal en cuyo caso no es necesario que haya sido denunciada por las partes pudiéndose estimar de oficio, o que la infracción se produzca en la sentencia en cuyo caso es evidente que no resulta factible efectuar la protesta en momento distinto al de la formalización del recurso.

La finalidad de la denuncia por el apartado a) del citado art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social es que pueda declararse la nulidad de actuaciones y, además, no toda infracción de una norma procesal dará lugar a la nulidad por quebrantamiento de forma siendo preciso que la misma haya provocado a la parte consecuencias negativas limitando sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción, siendo la indefensión el alma de la nulidad.

Por otro lado, la indefensión no ha de ser meramente formal sino también material incumbiendo al recurrente demostrar que el error judicial anuló o limitó sustancialmente los derechos inherentes a su calidad de parte en el proceso (sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1985 -RTC 1985\161 -; 5 de octubre de 1989 -RTC 1989\158 ; y 25 de abril de 1994 -RTC 1994\12-).

La petición de nulidad se fundamenta por el recurrente en que habiéndose propuesto prueba testifical en la persona de tres testigos, únicamente se admitió uno de ellos, por lo que formuló protesta y cuando se conoció por la Magistrada que el testigos tenía un pleito pendiente contra la misma empresa, acordó no tener en cuenta su testimonio, como así figura expresamente en la sentencia, no permitiendo que declarasen los otros testigos, lo que equivale a la denegación de la práctica de esa prueba, con nueva protesta de la parte, mientras que admitió sin problemas la práctica de tres pruebas periciales a instancia de la empresa.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 12-7-2004, núm. 121/2004 , viene a recoger la doctrina que en materia de derecho a la prueba ha elaborado, citando a su vez la sentencia de ese mismo Tribunal de 16 de julio de 2001, núm. 165/2001 , donde se recogía que:

"a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 205/1998, de 26 de octubre ; 96/2000, de 10 de abril), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi (STC 26/2000, de 31 de enero).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre ; 52/1998, de 3 de marzo ; 26/2000), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio ; 89/1997, de 10 de noviembre ; 96/2000, de 10 de abril).

c) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas



(...)

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa" (SSTC 1/1996, de 15 de enero ; 45/2000, de 14 de febrero)."

Ha de partirse de la regulación que sobre la prueba y el momento de su proposición/práctica contiene la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; y así:

-Artículo 87. Práctica de la prueba en el acto de juicio.

1. Se admitirán las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto, respecto de los hechos sobre los que no hubiere conformidad ...siempre que aquéllas sean útiles y directamente pertinentes a lo que sea el objeto del juicio y a las alegaciones o motivos de oposición previamente formulados por las partes en el trámite de ratificación o de contestación de la demanda.

-Artículo 90. Admisibilidad de los medios de prueba.

1. Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos..."

-Artículo 92. Interrogatorio de testigos.

1. No se admitirán escritos de preguntas y repreguntas para la prueba de interrogatorio de testigos. Cuando el número de testigos fuese excesivo y, a criterio del órgano judicial, sus manifestaciones pudieran constituir inútil reiteración del testimonio sobre hechos suficientemente esclarecidos, aquél podrá limitarlos discrecionalmente.

2. Los testigos no podrán ser tachados, y únicamente en conclusiones, las partes podrán hacer las observaciones que sean oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la declaración como testigos de personas vinculadas al empresario, trabajador o beneficiario, por relación de parentesco o análoga relación de afectividad, o con posible interés real en la defensa de decisiones empresariales en las que hayan participado o por poder tener procedimientos análogos contra el mismo empresario o contra trabajadores en igual situación, solamente podrá proponerse cuando su testimonio tenga utilidad directa y presencial y no se disponga de otros medios de prueba, con la advertencia a los mismos, en todo caso, de que dichas circunstancias no serán impedimento para las responsabilidades que de su declaración pudieren derivarse.

Tras el visionado de la grabación del acto del juicio oral, necesario en este supuesto, dada la entidad de la infracción objeto de denuncia, se infiere que no cabe acceder a la nulidad pretendida.

Y así, a las 12:36 horas es cierto que el Letrado del actor propuso, entre otras pruebas, la testifical, cuya pertinencia declaró la Magistrada de instancia conforme figura a las 13:00 horas, preguntando la misma por el número de testigos a lo que la parte proponente dijo que dos D. Celso y D. Cipriano , admitiendo que ambos eran mensajeros de la demandada y que iban a declarar sobre los mismos extremos, lo que motivó que por la Juzgadora se acordara que con uno de ellos sería suficiente, pudiendo elegir la parte el que creyera que mejor pudiera deponer. Frente a esta limitación del número de dos a uno no existió protesta alguna por la parte demandante, requisito formal que se exige para instar en suplicación la nulidad de la resolución judicial.

A ello cabe añadir que, según figura en el fundamento de derecho previo de la sentencia, concurría en la persona del repartidor elegido por el demandante una circunstancia que " *debilitaba la credibilidad de su testimonio* " cuál era el tener pleito pendiente con la empresa, de lo que se deriva que pudiera tener cierto interés en que prosperase la postura de quien se encontraba en su misma situación, incurriendo en el supuesto previsto en el apartado 3º del citado artículo 92 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , sin que en el acto de la vista se especificaran qué extremos concretos del procedimiento eran aquellos cuya prueba se pretendía a través de los testigos y que no podían quedar acreditados con otras pruebas, como por ejemplo, con la documental, propuesta y admitida.

No se aprecia, por tanto, la existencia de la nulidad pretendida por la parte recurrente, pues no se ha producido una infracción procesal causante de indefensión material de las reguladas en el art. 191 a) siendo función atribuida a los Tribunales de instancia, la libre valoración de la prueba, la cual, en su caso, puede ser contestada, como se ha hecho, a través de los motivos de suplicación siguientes, vía revisión de hechos, siempre que se den los supuestos necesarios para su prosperabilidad.



MOTIVOS SEGUNDO a DECIMO. - Se instrumentan al amparo del artículo 193.B) del Texto Refundido de la Ley de la Jurisdicción Social para revisar a la luz de las pruebas documentales y periciales practicadas los hechos probados.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 24 septiembre de 2018 establece:

"...hemos afirmado en numerosa jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/2012), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) que para que el motivo prospere resulta necesario:

- 1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).*
- 2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.*
- 3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.*
- 4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].*
- 5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.*
- 6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.*
- 7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.*
- 8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.*
- 9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.*

De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas"(STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente (SSTs de 17 de abril de 1991, rec. 1042/90 , o 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991). Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar "de manera directa y evidente la equivocación del juzgador" pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha "por otros elementos probatorios unidos al proceso"(por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2002, rec. 19/2002).

No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011 , con cita de otras muchas).".



Con carácter general, cabe indicar, como ya viene manteniendo esta Sala de lo Social (entre otras, en sentencia de 14-12-2017), que es al Juzgador "a quo" a quien corresponde la facultad exclusiva de valorar en conjunto la totalidad de las pruebas practicadas a lo que hay que añadir que únicamente se pueden modificar en fase de suplicación los hechos declarados probados en la instancia cuando a la vista de las pruebas documentales y/o periciales obrantes en los autos se deduzca de forma evidente que dicho Juzgador ha incurrido en errores graves manifiestos, sin relación lógica con el resultado de todas las pruebas practicadas en el juicio oral.

Y ha de insistirse asimismo en que el criterio del Juzgador para establecer la datación fáctica no puede ser sustituido por el interesado y particular del recurrente sino en virtud de causa objetiva, contundente y suficientemente acreditada que evidencie de manera patente e incuestionable un error en la narración histórica con trascendencia al recurso, y nunca en virtud de otras pruebas de similar valor a las que el juez considere preeminentes o que ya fueron tenidas en cuenta por él para la conformación de su juicio.

En términos similares, la sentencia de 15 de marzo de 2018 de esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid mantiene:

(...) el recurso de suplicación se configura como de naturaleza extraordinaria, casi casacional, de objeto limitado, (base trigésimo tercera de la Ley 7/1989) en el que el tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, (SSTC 18/1993 y 294 /1993), lo que no obsta a reconocer se haya evolucionado hacia la consideración de oficio de determinados temas como son la insuficiencia de hechos probados y los defectos procesales, procedente contra las resoluciones y por las causas o motivos limitativamente tasados o seleccionados por el legislador. De donde se sigue que, a diferencia de lo que ocurre en la apelación civil, recurso este de carácter ordinario, no existe en el proceso laboral una doble instancia que permita traer la cuestión objeto de la resolución impugnada al pleno conocimiento de un órgano superior, sino que el sistema de recursos viene inspirado, según el legislador, por el principio de doble grado jurisdiccional, (base trigésimo primera de la Ley 7/1989).

Los Juzgados de lo Social vienen diseñados como órganos de acceso a la prestación jurisdiccional en primera y única instancia, no habiéndose incorporado al orden jurisdiccional laboral la figura de la apelación. Las sentencias de esos órganos unipersonales podrán ser recurribles en suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia y sólo ante ellos, con lo que se cumple, y en términos rigurosos, la previsión constitucional de culminar la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma (Artículo 152.1, párrafo 3.º CE y punto III exposición de motivos Ley 7/1989).

Solamente se puede pedir la revisión de los hechos probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, conforme determina el art. 193 b) LRJS .

Es necesario, atendiendo a reiterada doctrina judicial para que pueda operar la revisión de los hechos declarados probados propuesta por las partes que concurren los siguientes requisitos (Madrid 17 ene.02):

A) Ha de devenir trascendente a efectos de la solución del litigio, con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, (artículo 97.2 LPL) no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada. Es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada...".

Partiendo de tales premisas, procede el examen de los motivos en que se subdivide la solicitud de revisión de los hechos declarados probados:

. - SEGUNDO. - Modificación del hecho probado tercero.

Se ha de partir del contenido del hecho probado tercero de la sentencia de instancia que es del siguiente tenor literal:

"La Empresa GLOVO APP 23, S.L (en adelante, GLOVO), es una start-up constituida el 9 de septiembre de 2014 cuyo objeto social es la explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes 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. (Nota simple de la demandada en el Registro Mercantil aportada como documento número 14 del ramo de prueba del demandante).

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

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

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

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

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

Se alega en el recurso que hay una predeterminación del fallo ya que se califica a la demandada, en un lugar indebido (los hechos probados) de " una plataforma de intermediación ", lo que debía hacerse en la fundamentación jurídica, proponiéndose la redacción de un apartado del citado hecho probado tercero que diga:

"Se trata de una plataforma digital que gestiona mediante una app los pedidos que los clientes realizan a través de la misma que pueden ser:

1) En el caso de los pedidos partner (establecimientos concretos con los que Glovo tiene acuerdo comercial) el cliente realiza el pedido a través de la APP, Glovo asigna el repartidor (que recoge el pedido y lo entrega a continuación). En este caso, el abono de producto se hace directamente, lo hace el consumidor.

2) En el caso de los pedidos "no-partner" (establecimiento con los que Glovo no tiene acuerdo comercial), es Glovo quien realiza el pedido al establecimiento.

3) Pedidos sin establecimiento seleccionado por el cliente, en cuyo caso Glovo selecciona el comercio local que contiene dicho producto y asigna el recadero o transportista.

4) Pedido sin transacción: (pedidos sin compra y solo transporte con dirección de entrega), Glovo asigna el repartidor.

En todos los casos es Glovo quien asigna el repartidor o Courier mejor ubicado para realizar el servicio de reparto; y le paga el servicio del recado encomendado".

Todo ello con base en la prueba pericial de auditoria informática, folios 480 y 481.

No se accede a lo solicitado, puesto que la modificación que se interesa tiene como base una prueba ya valorada por la Magistrada de instancia, concretamente una de las periciales, la obrante al doc. 78 de los aportados al acto del juicio por la parte demandada, sin que la expresión "plataforma de intermediación" se considere predeterminante del fallo.

. -TERCERO. - Modificación del hecho probado cuarto (en su párrafo primero).

Se ha de partir del contenido del hecho probado cuarto -párrafo primero- de la sentencia de instancia que es del siguiente tenor literal:

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

Admitiendo que el hecho es cierto, se valora como insuficiente por lo que se propone en el recurso su redacción mediante un añadido en los siguientes términos:



"La actividad que tenía que realizar el actor se gestionaba a través de la APP de la Empresa, y las comunicaciones entre las partes se realizaban mediante correo electrónico o bien mediante mensajes de wassap".

Todo ello según prueba documental, consistente en transcripciones impresas de wassap obrantes a los folios 714 a 732 y documento nº 8 (folios 732 a 734).

Esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 27 abril de 2018, ha mantenido que este tipo de documentos no son hábiles para la finalidad propuesta, ya que la aplicación de mensajería instantánea conocida como WhatsApp almacena los contenidos en una base de datos interna del teléfono en texto no cifrado, lo que hace factible que sean alterados y manipulados por cualquier experto.

Además, como se admite en el propio motivo, los aludidos mensajes eran únicamente enviados por Glovo App 23 S.L. al teléfono móvil del demandante, por lo que no se acredita que fueran comunicaciones "entre" las partes, ni tampoco del contenido seleccionado se evidencia que el mismo constituyera "instrucciones, indicaciones y ordenes de la empresa al mensajero". Este motivo no va a prosperar.

. - CUARTO. - Modificación del hecho probado cuarto (a partir del segundo párrafo).

Se ha de partir del contenido del hecho probado cuarto -desde el párrafo segundo- de la sentencia de instancia que es del siguiente tenor literal:

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

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

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

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

Se admite en el recurso que tales extremos no son inciertos, pero se valoran por el recurrente como insuficientes, por lo que propone en el recurso, que el último párrafo se modifique en los siguientes términos:

"El mensajero está obligado a hacer el servicio del usuario registrado en GLOVOAPP en el lugar y en el plazo más breve posible y máxime en 60 minutos".

Todo ello con base en prueba documental, consistente en los folios 203 a 210 y folios 352 y siguientes, así como en el informe pericial.

No se accede a lo interesado, puesto que en relación a la pericial la misma ya ha sido valorada por la Magistrada de instancia para la redacción del hecho probado cuarto; y respecto de la documental, el primer bloque de documentos se corresponde con una de las demandas presentadas por el ahora recurrente (documento confeccionado de manera unilateral por dicha parte) y el segundo bloque, en el que está el contrato firmado por las partes el 20 de junio de 2016, ya se da íntegramente por reproducido en otro de los hechos probados de la sentencia, concretamente en el hecho segundo que no está afectado por la revisión de hechos contenido en el recurso de suplicación, resultando innecesaria su reiteración.

. - QUINTO. - Modificación del hecho probado quinto

Se ha de partir del contenido del hecho probado quinto de la sentencia de instancia que es del siguiente tenor literal:

"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 como Anexo I, a lo que se añadía otra cantidad por kilometraje y tiempo de espera. El precio del 'glovo sencillo' que abonaba el cliente era de 2,75 euros, de



los cuales el repartidor percibía 2,50 euros. El resto del precio se quedaba en poder de GLOVO en concepto de comisión por la intermediación realizada.

El sistema de cobro de los servicios se realizaba con periodicidad quincenal, girando el actor a la Empresa la factura de los servicios realizados en cada periodo junto con el IVA correspondiente. Las facturas eran confeccionadas por GLOVO y remitidas al trabajador para su visado y conformidad. A continuación, la cantidad se abonaba por transferencia bancaria. (Bloque de documentos número 1 del ramo de prueba del demandante).

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

Se propone en el recurso que se complemente su redacción con los siguientes añadidos:

= "Según el contrato firmado Glovo se reserva el derecho a actualizar las tarifas con la prioridad que estime oportuna, previa comunicación al TRADE por escrito".

Todo ello con base en prueba documental, consistente en el documento nº 5 de la documental del actor, folio 710, reverso.

No se accede a lo interesado, puesto que el documento en que basa el recurrente su petición de modificación figura íntegramente por reproducido en el hecho probado segundo de la sentencia, como ya se ha indicado anteriormente.

= "...totalizando la suma de lo percibido durante ese año 18.184,08 euros, siendo este el salario regulador en caso de hipotético despido".

No procede tal matización al tratarse de un concepto jurídico más que de un hecho y además es una de las cuestiones controvertidas (el tema del salario regulador), conforme se infiere del último párrafo del fundamento de derecho primero de la sentencia en la que se recoge la postura de la parte actora y ahora recurrente.

= "la facturación al cliente consumidor y al establecimiento comercial lo hacía siempre la empresa y nunca el trabajador"

Todo ello con base en prueba documental consistente en los folios 367 a 416 (facturas) e informe pericial de auditoría informática, folios 480 y 481 e informe del perito economista, folio 574.

Las facturas son precisamente la documental en que se basa la Juez a quo para la redacción del sistema de cobro de los servicios, según figura en el párrafo segundo del hecho probado quinto. Y en relación a las otras dos facturaciones (al cliente y al establecimiento), se trata de un hecho pacífico que en las mismas ninguna intervención tenía el recurrente, por lo que no resulta necesaria su inclusión expresa como hecho probado.

. - SEXTO. - Modificación del hecho probado sexto (en su primera parte).

Se ha de partir del contenido del hecho probado sexto -en su primer apartado- de la sentencia de instancia que es del siguiente tenor literal:

"El trabajador decidía el momento de inicio y finalización de su jornada, así como la actividad que realizaba durante la misma, seleccionando los pedidos que quería realizar y rechazando los que no quería".

Se propone en el recurso su redacción en los siguientes términos:

"GLOVO en virtud de la estimación de la demanda de recados a cubrir determina la distribución de la capacidad necesaria para atender los recados y organiza el proceso de selección de los bloques horarios de servicio por los repartidores.

La plataforma se abre dos veces a la semana para ofrecer los bloques horarios de servicio a los repartidores. La apertura de la plataforma se realiza de la siguiente forma:

. los lunes, entre las 16 horas y las 20 horas se abre la plataforma para la asignación de bloques horarios del periodo comprendido entre el jueves y el domingo de esa misma semana.

. los jueves, entre las 16 horas y las 20 horas, se abre la plataforma para la asignación de bloques horarios del periodo comprendido entre el lunes y el miércoles de la semana siguiente.

. según se le va abriendo la plataforma con sus horarios, el mensajero reserva los bloques horarios. Las reservas de horarios para los días siguientes pueden ser anuladas por los mensajeros, siempre que sea 48 horas antes y si lo son posteriormente debía comunicarlo a la empresa por correo electrónico informando del motivo.



.no estaba preestablecido de realizar un determinado número de pedidos, ni de estar en activo un mínimo de horas al día o a la semana.

La aplicación informática relegaba a franjas horarias marginales a los mensajeros con baja valoración.

Si no se colocaba en posición "auto-asignación" no le entraban pedidos".

Todo ello con base en prueba pericial, concretamente, el informe de auditoría informática obrante a los folios 473 y reverso, así como por los mensajes de wasapp obrantes a los folios 63 a 65, y 468.

No se accede a lo solicitado puesto que el informe pericial ya ha sido objeto de valoración por la Magistrada de instancia sin que se acredite error alguno, no siendo documentos hábiles a los efectos del recurso de suplicación -como ya se ha indicado anteriormente- los mensajes en formato de whatsapp.

. - SEPTIMO. - Modificación del hecho probado sexto (a partir de la segunda parte)

Se ha de partir del contenido del hecho probado sexto -desde su segundo párrafo- de la sentencia de instancia que es del siguiente tenor literal:

"No tenía obligación de realizar un determinado número de pedidos, ni de estar en activo un mínimo de horas al día o a la semana y tampoco la Empresa indicaba los recados a realizar ni cuando tenía que comenzar o finalizar su jornada. Si no se colocaba en posición 'auto-asignación', no le entraban pedidos. Podía rechazar un pedido a media ejecución sin sufrir penalización alguna. De hecho, el actor rechazó pedidos previamente aceptados en ocho ocasiones durante el periodo comprendido entre los meses de julio y octubre de 2017 (documento número 66 del ramo de prueba de la demandada, e informe pericial aportado por dicha parte como documento número 78) sin sufrir ninguna consecuencia desfavorable y sin que se rebajara su puntuación por este motivo.

(Comparativa de las fechas de reasignación de pedidos con las puntuaciones obtenidas durante los días posteriores)".

Se propone en el recurso su sustitución por un nuevo hecho probado o una segunda parte del hecho probado sexto en los siguientes términos:

"D. Arcadio ha realizado en el periodo de enero 2016 a octubre de 2017, 6.839 globos o recados, habiendo trabajado 387 días, lo que resulta una media por día laborable de 17,65 globos por día trabajado y un equivalente 310 recados de media por mes trabajado, realizándolos cualquier día de la semana, incluido sábados, domingos y festivos, con jornadas completas de reparto, cuya cuantía horaria, con sus interrupciones se reflejan en el documento nº 58 de la prueba documental de la empresa que se da por reproducida. En el periodo de 1-1-2017 hasta el 27 de octubre de 2017, Don Arcadio tuvo de la plataforma un total de 1163 asignaciones de recados de las que realizó 8 reasignaciones de pedidos".

Todo ello con base en prueba documental, consistente en el documento nº 58 de los aportados por la empresa (folios 418 a 438); documento obrante a los folios 366 a 374 consistente en facturas; e informe pericial de informática -documento nº 78-, folios 492 y stes.

Tanto las facturas como el informe pericial fueron ya tenidos en cuenta por la Magistrada del Juzgado de lo Social, sin que se acredite error en la valoración de dichos medios de prueba, no procediendo en consecuencia la sustitución del hecho probado sexto a partir del segundo párrafo por el texto propuesto por el recurrente ni tampoco que el mismo se incorpore como un nuevo apartado de dicho hecho, puesto que el único documento "novedoso" el nº 58 del ramo de prueba de la parte demandada, consiste en un total de 21 folios, que contienen por cada una de las dos caras un listado de servicios al parecer prestados por el ahora recurrente, conteniendo más de 100 servicios cada cara, lo que impide que de dicho documento se deduzca de forma directa y evidente la equivocación del Juzgador, resultando impropio de un recurso de esta naturaleza el realizar sumas u otras operaciones aritméticas, lo que impide que el motivo de recurso pueda ser acogido.

. - OCTAVO. - Modificación del hecho probado séptimo

Se ha de partir del contenido del hecho probado séptimo de la sentencia de instancia que es del siguiente tenor literal:

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

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



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

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

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

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

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

Se propone en el recurso su redacción en los siguientes términos (en negrita conforme figura en el recurso):

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

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

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

Existe una penalización de 0,3 puntos cada vez que un repartidor no está operativo en la franja horaria previamente reservada por él. En la versión excelencia existe una penalización por no presentarse al servicio, conocida como no -show. Si la no disponibilidad obedece a una causa justificada, existe un procedimiento para comunicarlo y justificar dicha causa, evitando el efecto penalizador (enfermedad, ruptura de la moto, asuntos personales, etc).

La asignación de bloques horarios en los que pueden trabajar dentro del periodo de apertura de bloques horarios asignados depende de su valoración como transportista. Los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando.

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

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

Todo ello con base en el informe pericial del ingeniero informático, documento nº 78 y documento nº 62.

No se accede a lo solicitado, reiterando lo indicado en motivos anteriores sobre la exclusión que la Jurisprudencia hace de que la revisión fáctica pueda fundarse " salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes" , error que aquí no se ha acreditado que concurra.

. - NOVENO. - Adición de un nuevo hecho probado

Se propone en el recurso que se añada un nuevo hecho probado específico cuya redacción es la siguiente:

"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 5 de la parte actora)"

Todo ello con base en prueba documental, consistente en los folios 704 a 710 (documento 5 de la prueba documental de la parte actora), y en concreto, folios 708 y 709.

El citado documento que consiste en el contrato firmado entre ambas partes, denominado " contrato para realización de actividad profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente ", ya aparece



reproducido en su integridad, en cuanto a su contenido, en el hecho probado segundo de la sentencia, por expresa remisión al mismo, siendo innecesaria su reproducción, y menos parcial, en otro apartado del relato fáctico, lo que motiva que no se acoja el añadido que interesa la parte.

.- DECIMO.- Modificación del hecho probado decimo-séptimo

Se ha de partir del contenido del hecho probado décimo séptimo de la sentencia de instancia que es del siguiente tenor literal:

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

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

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

Se propone en el recurso la inclusión de un añadido al citado hecho probado que diga tras su primer párrafo:

"Las valoraciones posteriores a su enfermedad van bajando progresivamente de 5 puntos a 1,23 el día siguiente hasta 0,09 puntos".

Todo ello con base en prueba documental, consistente en los documentos nº 62 del ramo de prueba de la demandada y documento nº 16 (folios 816 a 823) del ramo de prueba del demandante.

No se accede a la introducción del párrafo que indica la parte recurrente, puesto que el tema de la puntuación/valoración del Sr. Arcadio ya figura en otro hecho probado, concretamente en el séptimo, que da por reproducido el contenido precisamente el documento nº 62 del ramo de prueba de la parte demandada.

MOTIVO UNDECIMO. - Se instrumenta al amparo del artículo 193.C) del Texto Refundido de la Ley de la Jurisdicción Social sobre el examen de las infracciones de normas sustantivas por infracción e interpretación errónea de los artículos 1.1 y 1.3 G) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), infracción del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores sobre la presunción de laboralidad, aplicación indebida de los arts. 1 y 11 del Estatuto del Trabajador Autónomo, Ley 20/2017 , así como infracción de la Jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, en cuanto ha caracterizado como contrato de trabajo los contratos de transporte y distribución de mercancías y productos por conductores con motocicleta, citando a tal fin las sentencias de 26-2-1986 , 19-12-2005 y 22-1-2008 para otro tipo de distribuidores con vehículo propio.

Por el recurrente se manifiesta su discrepancia respecto de la valoración que ha sido efectuada por la Magistrada de instancia de su vinculación con la parte demandada, considerando que frente a la calificación contenida en la sentencia de ser un trabajador autónomo en la versión del TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente), él mantiene que existe relación laboral al concurrir las características propias de un contrato de trabajo (remuneración, ajeneidad y dependencia).

Si bien las concretas acciones ejercitadas por el ahora recurrente, dieron origen a tres procedimientos judiciales, dos de ellos por despido y otro por extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador con base en incumplimientos de su empresario, en todas ellas, se discute la naturaleza de la relación que une a las partes litigantes, con expresa petición del reconocimiento de la existencia de una relación laboral, existiendo, como así se declara probado en la sentencia de instancia, un inicial contrato firmado entre D. Arcadio y Glovo App 23 S.L. de fecha 8 de septiembre de 2015 denominado de *"prestación de servicios profesionales para la realización de recados, pedidos o microtarefas como trabajador autónomo "* y un posterior contrato, firmado precisamente a instancia del Sr. Arcadio , en fecha 20-6-2016 *" para la realización de actividad profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente".*

Partiendo de la afirmación que realiza el Tribunal Supremo de la especial dificultad que supone la unificación doctrinal en los supuestos de determinación de si existe o no contrato de trabajo, por la necesidad de apreciar las circunstancias concurrentes en cada supuesto, sí debe tenerse en cuenta la doctrina que en esta materia se contiene en la sentencia de la Sala IV del alto Tribunal dictada el 8-2-2018, nº 127/2018, rec. 3389/2015 , en la que se indica lo siguiente:

"2. Apreciación de las notas de laboralidad contractual.

La discusión versa, pues, sobre los términos en que ha de interpretarse el alcance del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores , precepto que determina los elementos esenciales del contrato de trabajo ("quienes voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección"



del empleador) ... Como está en juego el alcance de los artículos 1.1 y 8.1 ET , que establecen los confines del contrato de trabajo y una tenue presunción de laboralidad (el contrato de trabajo "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", establece el segundo de ellos) es imprescindible tener a la vista tales preceptos y su interpretación jurisprudencial...

TERCERO. - Carácter laboral de los contratos.

1. Preceptos aplicables.

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar, en base a las circunstancias concurrentes, la naturaleza de la relación jurídica que vincula al demandante con la mercantil ..para delimitar si constituye o no una relación laboral.

A tal efecto, la entidad recurrente denuncia la infracción de los artículos 1 y 42 del Estatuto de los Trabajadores en relación con ...el artículo 11 de la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajador autónomo.

2. Distinción entre contratos laborales y civiles.

Dado el carácter de la cuestión controvertida, y las alegaciones que se efectúan, procede recordar la doctrina unificada de la Sala a propósito de la distinción entre el carácter laboral o civil de una relación, contenida entre otras en las SSTs de 25 de marzo de 2013 (rcud. 1564/2012), de 29 de noviembre de 2010 (rcud. 253/2010), de 18 de marzo de 2009 (rcud. 1709/2007), de 11 de mayo de 2009 (rcud. 3704/2007) y de 7 de octubre 2009 (rcud. 4169/2008), entre muchas otras, en las que sientan los criterios a seguir para determinar si existe o no relación laboral, y que cabe resumir en los siguientes:

a) La realidad fáctica debe prevalecer sobre el nomen iuris que errónea o interesadamente puedan darle las partes a la relación que regulan, porque "los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo SSTs de 20 de marzo de 2007, rcud 747/2006 ; de 7 de noviembre de 2007, rcud 2224/2006 ; de 12 de diciembre de 2007, rcud 2673/2006 y de 22 de julio de 2008, rcud 3334/2007 entre otras).

b) Asimismo, aparte de la presunción *luris tantum* de laboralidad que el artículo 8 ET atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe, el propio Estatuto, en su artículo 1.1, delimita, desde el punto de vista positivo, la relación laboral, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurren, además de dicha voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, cuales son, la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios (STS de 19 de julio de 2002, rcud. 2869/2001 y de 3 de mayo de 2005, rcud. 2606/2004).

c) La línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga (particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios), regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. Y ello es así, porque en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada. En consecuencia, la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia (STS de 3 de noviembre de 2014, rcud. 739/2013).

Profundizando en estas razones, la doctrina de la Sala ha sentado una serie de criterios que resume la STS de 9 de diciembre de 2004 (rcud 5319/2003) y que han reproducido posterioridad, muchas otras (por todas: SSTs de 12 de febrero de 2008, rcud. 5018/2005 ; de 22 de julio de 2008, rcud. 3334/2007 y de 25 de marzo de 2013, rcud. 1564/2012) en los términos que seguidamente recordamos: La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato del arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho, al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente. En efecto, en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios. En el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual 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. Así, pues, 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. En sentido contrario, A sensu contrario para la declaración de existencia de arrendamiento de servicios y no de una relación laboral se exige que la prestación del demandante se limite a la práctica de actos profesionales concretos, sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, ordenes, instrucciones practicando su trabajo con entera libertad; esto es, realizando su trabajo con independencia y asunción del riesgo empresarial inherente a toda actividad de esta naturaleza.

3.- Existencia de dependencia.

La dependencia -entendida como situación del trabajador sujeto, aún en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa-, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato.

Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que, además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación.

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 indicios o hechos indiciarios de una y otra. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario. También se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo (STS de 23 de octubre de 1989), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS de 20 de septiembre de 1995); la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad (STS de 8 de octubre de 1992 , STS de 22 de abril de 1996); y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. 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 de 31 de marzo de 1997); 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 (STS de 15 de abril de 1990 , STS de 29 de diciembre de 1999); el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS de 20 de septiembre de 1995); 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 de 23 de octubre de 1989).

Esta doctrina ha sido reiterada por múltiples sentencias posteriores dictadas en los más variados supuestos, siendo de destacar las de 26 de noviembre de 2012 (R. 536/2012) y 9 de julio de 2013 (R. 2569/12) en las que se citan indicios contrarios a la existencia de relación laboral en relación con el requisito de la dependencia que son resumidos por la primera de las sentencias citadas diciendo que no parece de más señalar que los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; y que también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, 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. Y que son indicios comunes de la nota de ajenidad, 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 de las relaciones con el público, -como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; 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.

4.- Existencia de ajenidad.

En aplicación de toda esta doctrina, cabe concluir que, contrariamente a lo que se sostiene en el recurso, concurren en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala las notas características de la relación laboral...



Tampoco resulta de aplicación el artículo 11 de la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo, que regula el concepto y ámbito subjetivo del trabajador autónomo económicamente dependiente. El actor no es un trabajador autónomo de este tipo, entre otras razones, porque no ha quedado acreditado que realice una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa; lo que constituye requisito imprescindible para que pueda darse la figura. La constatada existencia de dependencia en el caso examinado excluye que estemos en presencia de un trabajo autónomo. La regulación del trabajo autónomo no ha modificado en modo alguno la delimitación del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, y no ha asimilado los trabajadores "económicamente dependientes" a los trabajadores dependientes. El legislador ha despejado posibles dudas para evitar la asimilación al trabajo asalariado del trabajo autónomo económicamente dependiente, precisamente para evitar que a través de esta figura puedan simularse formas de trabajo auténticamente subordinado; y lo ha hecho determinando negativamente un espacio externo al trabajo no autónomo, de acuerdo con el artículo 1 LETA, que sigue muy directamente los rasgos delimitadores del campo de aplicación del RETA, al definir la figura de trabajador autónomo como "las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena", exigiendo en el caso de los autónomos económicamente dependientes, además, entre otras previsiones, la formalización escrita del contrato, la posibilidad de acuerdos de interés profesional, la regulación de la jornada, de las interrupciones justificadas de actividad profesional y de la extinción contractual".

Aplicando lo anteriormente expuesto a los hechos declarados probados, esta Sección de Sala comparte los argumentos que se recogen en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de instancia y conforme a los cuales la relación de prestación de servicios que han venido manteniendo D. Arcadio con Glovo App 23 S.L. no es de carácter laboral y sí, por el contrario, responde a la denominación del contrato que vinculó a las partes a partir de junio de 2016 como trabajador autónomo económicamente dependiente (en adelante TRADE), tal y como aparece definido en la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo en los términos comprendidos en los preceptos que precisamente son los que se citan en el recurso como infringidos por la sentencia de instancia:

-el art. 1:

"1. La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial.

2. Se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior:

d) Los trabajadores autónomos económicamente dependientes

-el art. 11:

"1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

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

a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes...

b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla..."



Hay que partir de la Jurisprudencia que reconoce un papel preponderante en la interpretación de los contratos al Juez de instancia, declarando -entre otras- las sentencias de 12-7-2012 , 13-5-2009 de la Sala 4ª del Tribunal Supremo , *"que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia cuyo criterio, como más objetivo, debe prevalecer sobre el del recurrente y que tal conclusión solamente se exceptúa en aquellos supuestos en los que la interpretación efectuada en la instancia no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exegesis contractual."*

No ha incurrido la sentencia de instancia en ninguna quiebra interpretativa de la magnitud señalada; antes bien, se ha de compartir la interpretación efectuada por el Juzgado de lo Social.

No se considera necesario transcribir nuevamente en esta sentencia las consideraciones recogidas en la resolución dictada por el órgano de instancia sobre la naturaleza "no laboral" del vínculo que han venido manteniendo las partes litigantes, que se dan aquí por reproducidas, debiendo partirse de la conducta del propio recurrente que fue quien, al considerarse "trabajador autónomo económicamente dependiente" y no "trabajador por cuenta ajena", instó de la mercantil recurrida con base en el art. 11 bis de la citada Ley la formalización de un contrato de esa naturaleza, sin que el cliente -Glovo App 23 S.L.- se negara a ello, contrato respecto del cual -y así hecho probado segundo- no se ha alegado incumplimiento formal ni material de las exigencias contenidas en el artículo 12 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo . Tampoco se acredita que el desarrollo diario de la prestación del servicio se hiciera de forma distinta de la libremente pactada por las partes, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y sin prueba de la concurrencia de vicio alguno en el consentimiento en el momento de su firma.

Y ya en cuanto a la concurrencia de las notas características de un trabajador autónomo económicamente dependiente, en los términos descritos en los preceptos desarrollados anteriormente (*aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales*), en las condiciones exigidas en el apartado 2º del artículo 11: (a) *No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros...*, (b) *No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente*, (c) *Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad...*, (d) *Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente*, y (e) *Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla*, nuevamente ha de partirse del inalterado relato fáctico contenido en la sentencia del Juzgado de lo Social, al no haber prosperado los motivos de suplicación tendentes a modificar los hechos probados.

Y así, aparece Glovo App 23 S.L. como una empresa calificada con el termino ingles de start-up (empresa emergente con un alto componente tecnológico), cuya actividad aparece detalladamente descrita por la Magistrada a quo en el hecho probado tercero en los siguientes términos:

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

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

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

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

Partiendo de esta función de intermediación en el transporte, y en su caso, compra de mercancías, el recurrente decide intervenir en la forma descrita en los hechos probados 4º, 5º, 6º, 8º, 9º, 10º y 11º, destacando:



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

-La libertad de aceptar aquellos pedidos (slots) que desea realizar, sin tener que ejecutar un mínimo de ellos, con posibilidad de su rechazo incluso una vez aceptada e incluso iniciada su ejecución (sin penalización alguna).

-La libertad de elegir la ruta para llegar al destino fijado por el cliente, siendo éste y no la sociedad demandada quien establece las características bien del producto a adquirir bien de la forma de entrega, estableciéndose una relación directa entre repartidor y cliente.

-La realización personal por D. Arcadio de la actividad sin tener trabajadores a su cargo, poniendo por su parte los escasos medios materiales que se exigen para el desarrollo de la misma, aquí una moto y un teléfono móvil, con asunción de los gastos de su uso.

-La afiliación a la Seguridad Social a través de su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, lo que supone su previa declaración de que en el desarrollo de su trabajo cumple con los requisitos que tal Régimen exige para estar integrado en el mismo.

-La retribución basada en el número de servicios prestados y no fijada por unidad de tiempo. Al cobrar también por kilometraje, resulta necesario su comprobación por un geolocalizador.

-No existencia de pacto de exclusividad, siempre con respeto a los límites que marca la propia definición de TRADE, pudiendo compatibilizar las tareas derivadas de su contrato con Glovo con otras de cualquier naturaleza que pudiera desarrollar con un tercero.

-No necesidad de justificar las ausencias, bastando la mera comunicación, de ser posible con antelación, de su no disponibilidad para llevar a cabo los recados o encargos, lo que realizó incluso en fechas muy cercanas a su reclamación judicial en petición de relación laboral cuando manifestó -vía correo electrónico- a Glovo que se encontraba enfermo, sin adjuntar informe médico alguno ni parte de baja laboral, siendo suficiente su propia declaración.

-Asunción de la responsabilidad del buen fin del servicio (cobrándolo solo si lo terminaba a satisfacción del cliente) y asunción frente al usuario/cliente final de los daños o pérdidas que pudiera sufrir el producto o mercancía durante el transporte.

El Sr. Arcadio organizaba con total autonomía su propia actividad, sin sometimiento alguno al círculo rector y organicista empresarial, podía rechazar solicitudes de trabajo asignadas y disponía de la infraestructura productiva y del material propio necesario para el ejercicio de la actividad, aportando los medios necesarios para su desarrollo, siendo retribuido en virtud del resultado alcanzado en la ejecución.

No cuestionándose las notas de prestación personal de la actividad y su carácter retribuido, las características antes expuestas, excluyen la concurrencia de los otros dos elementos, y precisamente los más destacados, en una relación laboral que son los de dependencia y ajeneidad, sin perjuicio de destacar la conveniencia de contar con un marco normativo específico para este tipo de prestaciones de servicio que comienzan a proliferar en la sociedad actual.

MOTIVO DUODECIMO. - Se instrumenta al amparo del artículo 191.C) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral sobre el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia y en concreto por estimar infracción del artículo 49, apartado 1, letra K), art. 54 y la Jurisprudencia sobre el concepto de despido tácito recogida en la Jurisprudencia entre otras la Sala IV del TS de 5-5-1988, 23-2-1988, 23-2-1990, 3-10-1990 que debe ser calificado de nulo de improcedente a tenor del art. 56 del ET y concordante y subsidiariamente se debiera haber aplicado el art. 50 del ET .

Pese a que no era necesario entrar a conocer del presente motivo de suplicación, al no haberse acogido el motivo anterior de infracción normativa que tenía por objeto reconocer al actor y ahora recurrente la condición de trabajador por cuenta ajena, dado que la sentencia de instancia si dedica el fundamento octavo a contestar a las tres acciones ejercitadas por el ahora recurrente a través de sus demandas por despido tácito, por extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador basado en incumplimientos de su empresario y por despido expreso, se procede a dar respuesta a la presente denuncia tanto de normas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores sobre extinción por voluntad unilateral del empresario mediante el despido (arts. 49 y 54 del ET) y sobre extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador basado en incumplimientos del empresario (art. 50 del ET), como de la Jurisprudencia sobre el despido tácito.



La suplicación, debido a su carácter extraordinario, se dirige contra el fallo de la sentencia, y en este supuesto tal fallo contiene tres pronunciamientos desestimatorios, uno por cada una de las demandas formuladas por D. Arcadio frente a la empresa Glovo App 23 S.L. (por despido tácito, por resolución indemnizada del contrato de trabajo y por despido expreso).

Esta parte dispositiva es la que se combate en el recurso interesando, así suplico del mismo, se dicte por esta Sala de lo Social una sentencia por la que " *estimando la demanda se declare la nulidad subsidiaria improcedencia del despido, condenado a la empresa Golovoapp23 S.L. a las consecuencias derivadas de dicho pronunciamiento*".

De esta petición, extrae la parte recurrida que únicamente se impugna el pronunciamiento relativo al despido tácito, quedando en consecuencia firme el pronunciamiento desestimatorio del resto de acciones.

Y este criterio ha de ser ratificado por esta Sección de Sala teniendo en cuenta no solo el tenor literal de la petición efectuada por el inicial actor, sino el contenido del presente motivo duodécimo del recurso formulado y los requisitos que - de alegarse infracción vía art. 193.c) de la LRJS - debe cumplir el recurso y que son los siguientes, siguiendo entre otras, la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid -Sala de lo Social- de 3 febrero de 2017, (Sec. 1ª):

" CUARTO. - *Infracciones de derecho, art. 193.c) LJS.*

El apartado c) del art. 193 de la LJS solo permite la denuncia de infracciones jurídicas cumpliendo una serie de rigurosos requisitos:

. -Exponer con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas. Ello implica que el Tribunal de suplicación puede examinar aquellas infracciones legales que hayan sido aducidas por la parte o parte recurrente, no estándole permitido abordar las infracciones no denunciadas, debiendo además estas alegaciones, efectuarse con arreglo a las referidas formalidades, no siendo suficiente a tal fin la denuncia genérica sin especificación alguna de normativa o jurisprudencia pretendidamente vulnerada.

.-Citar con precisión y claridad los preceptos (constitucionales, legales reglamentarios, convencionales o cláusulas contractuales) o jurisprudencia, que se estimen infringidos, argumentando suficientemente las razones que crea la recurrente le asisten para así afirmarlo, ya que caso contrario la Sala no puede conocer pues comportaría la ruptura del principio de igualdad entre los litigantes, de las violaciones jurídicas no acusadas por y en el recurso, aunque existan, con la única salvedad de que, por trascender al orden público y conculcarlo, el Tribunal debiera actuar de oficio.

. -Indicar la forma en que se produce la infracción, en respeto al principio de igualdad y contradicción entre las partes, no siendo admisible que sea esta instancia la que termine definiendo el recurso, completando sus omisiones y corrigiendo sus deficiencias, pues su formulación es tarea sola y exclusiva de la parte disconforme, y sobre ella ha de versar la impugnación.

. -Desarrollar el oportuno argumento o razonamiento explicando en que ha consistido la infracción legal acusada, si lo ha sido por no aplicación, por aplicación indebida que supone la aplicación efectiva pero inadecuada de la norma, o por interpretación errónea que implica un conocimiento equivocado en lo que atañe a su alcance y contenido, lo que no ha realizado el recurrente en el supuesto que nos ocupa.

En este sentido afirma el TC en sentencia 71 /2002 de 8 abril , que "la interpretación de los presupuestos procesales no puede entenderse de manera tan amplia que conduzca al desconocimiento e ineficacia total de tales presupuestos establecidos en las leyes para la admisión de los recursos, dejando así a la disponibilidad de las partes el modo de su cumplimiento. Hemos dicho que estos presupuestos procesales no responden al capricho del legislador, sino a la necesidad de dotar al proceso de formalidades objetivas en garantía de los derechos e intereses jurídicos de las partes que en él intervienen. En consecuencia, y de modo congruente con la doctrina anteriormente expuesta, hemos afirmado en repetidas ocasiones que la interpretación rigurosa de los requisitos de acceso al recurso, máxime cuando se trate de recursos de cognición limitada que comúnmente se denominan extraordinarios (TC 230/2001, de 26 de noviembre), no es contraria a la Constitución, a menos que incurra en irracionalidad, arbitrariedad o error patente. Por ello, corresponde a las partes cumplir en cada caso las exigencias del recurso que interponen (SSTC 16/1992, de 10 de febrero , y 40/2002, de 14 de febrero)".

Pese a la alegación de los arts. 49 y 54 del Estatuto de los Trabajadores relativos a la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario a través del despido, el desarrollo de dicha infracción se limita exclusivamente al despido en su modalidad de tácito, sin impugnación, por tanto, del pronunciamiento judicial sobre el despido expreso, objeto de la tercera demanda y vinculado a una comunicación remitida por Glovo App 23 S.L. el 19 de marzo de 2018.



Tampoco cabe entender formalizado correctamente el recurso de suplicación frente a la desestimación de la acción sobre resolución indemnizada del contrato de trabajo, de la que ninguna referencia se contiene en el suplico del escrito del recurso, aunque sí se hace una breve reseña a la misma en el segundo párrafo de este motivo (" *no obstante y dado que la sentencia entra en el asunto, planteamos este motivo para alegar infracción de los preceptos laborales que rigen el despido, en su modalidad de tácito y sus consecuencias y subsidiariamente, la resolución del contrato por modificación sustancial de sus condiciones sustanciales* "), y en el último párrafo (" *La sentencia, subsidiariamente a lo anterior, debería haber reconocido la demanda de resolución de contrato ex vía art. 50 del ET por modificación sustancial de las condiciones de trabajo* "), con ausencia de un mínimo argumento o razonamiento explicando en qué ha consistido la infracción legal del citado art. 50 del Estatuto de los Trabajadores , no siendo suficiente la mera cita formal de un precepto legal.

Centrado, pues, este motivo de recurso en el tema de la desestimación de la acción por despido tácito, éste ha de entenderse como aquella extinción de la relación laboral acordada unilateralmente por el empresario, pero en la que éste omite toda comunicación escrita o verbal al trabajador al que afecta la finalización del contrato, pero cuya intención puede deducirse de ciertos hechos o conductas, siempre que estos sean suficientemente concluyentes y demostrativos de esa intención.

Para que, acogiendo este motivo de recurso, pueda estimarse la demanda de despido presentado por quien mantiene ser trabajador de la mercantil demandada, incumbía a aquel acreditar el hecho constitutivo de su acción, es decir, no solo que existía relación laboral sino también el hecho mismo del despido, que a juicio del Sr. Arcadio se deduce de haberle bajado la puntuación a raíz de su enfermedad de octubre de 2017, lo que motivó la imposibilidad de solicitar bloques horarios o slots amplios, dejando de recibir ofertas de realización de recados, no dándole en consecuencia ocupación efectiva ni haberle pagado desde entonces servicio alguno.

Si bien en el escrito de suplicación, se alude genéricamente a este despido " *a raíz de su enfermedad en octubre de 2017* ", lo cierto es que en la demanda en que se accionó por despido tácito, que fue la primera, claramente se indicaba, como figura en el fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia que ese despido se había producido desde el 21 de octubre de 2017, por haber dejado la empresa de proporcionarle trabajo efectivo.

Y esta afirmación no se corresponde con los hechos declarados probados, puesto que los días 24 y 25 de octubre de 2017, sí prestó D. Arcadio su actividad profesional realizando cada día 9 pedidos, siendo precisamente el ahora recurrente quien pidió a la mercantil demandada que le quitara los slots de días posteriores por estar enfermo. La falta de ocupación efectiva no se da cuando un trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal, puesto que en su duración, el contrato está suspendido y no se genera derecho al salario y sí, en su caso, prestación o subsidio de baja laboral, como así se afirma en la sentencia de 16-01-2019 dictada por la Sección 2ª de esta Sala de lo Social , y la puntuación de ese periodo al que se refiere el recurso si es cierto que disminuyó pero únicamente el día 21, recuperando el día 24 de octubre hasta los 4,2 puntos y obteniendo el día 25 de octubre, la máxima puntuación que era de 5 puntos, todo ello según aparece en el relato fáctico en los apartados duodécimo y décimo tercero.

No habiendo incurrido la resolución dictada por el Juzgado de lo Social en las infracciones puestas de manifiesto en el recurso, el mismo no va a ser acogido.

TERCERO. - No procede la imposición de costas, debiendo estarse al art. 235.1 LRJS que prevé esta medida únicamente respecto a la parte recurrente que resulta vencida y no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Arcadio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid, de fecha tres de septiembre de dos mil dieciocho , en virtud de demanda formulada por la parte recurrente frente a la mercantil GLOVO APP 23 S.L. y Ministerio Fiscal, sobre Despido, confirmamos la expresada resolución. Sin costas.

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 2829-0000-00-0195-19 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. 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.
3. En el campo *BENEFICIARIO* , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000019519) , 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).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase 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.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR. D. ENRIQUE JUANES FRAGA

De conformidad con lo dispuesto en el art. 260 de la LOPJ , formulo voto particular con pleno respeto a los razonamientos y decisión de la sentencia, para mantener la postura que sostuve en la deliberación del presente recurso, en el sentido de que se debería haber estimado que la relación entre las partes era de naturaleza laboral y por tanto corresponde el conocimiento del asunto a este orden jurisdiccional social. A esta cuestión se limita mi discrepancia (motivo 11º del recurso), mostrando mi conformidad con el resto de aspectos de la sentencia, relativos a la infracción de normas procesales (motivo 1º), revisión de los hechos probados (motivos 2º al 10º) y decisión sobre las acciones de despido y resolución de contrato de trabajo (motivo 12º).

La calificación de la relación jurídica litigiosa entre el repartidor ("glover" en la denominación de la aquí demandada) y una sociedad que gestiona una plataforma digital, recientemente planteada en este y en otros asuntos similares, en procedimientos individuales y de oficio ante la jurisdicción social, resulta una tarea compleja al concurrir características y circunstancias que pueden ser objeto de distintas valoraciones haciendo problemática la decisión. Pese a la fundada argumentación de la sentencia mayoritaria de la Sala, así como de la sentencia de instancia, considero que la relación es laboral al reunir los presupuestos del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores .

Ciertamente parecería, en principio, difícil, admitir que la relación es laboral si el repartidor puede elegir estar disponible o no, escoger la franja horaria, o rechazar pedidos, lo cual se presenta como serio obstáculo para la declaración de relación laboral. Pero estas posibilidades que tiene el repartidor se han de considerar en el contexto de una red organizada y gestionada por la demandada - mediante la plataforma digital - que, al incluir a un gran número de repartidores, le permite otorgar esa amplia libertad a cada uno de ellos, ya que siempre podrá contar con otros. Hay una estructura organizativa en la que se insertan los repartidores y se diseña de tal modo que se puede conceder a cada uno de ellos un amplio margen de decisión. Así, el dato de esa libertad de acción resulta engañoso, porque solo existe gracias a la organización del servicio que establece la demandada, quien además efectúa una evaluación del repartidor que tiene en cuenta su comportamiento en tales aspectos. GLOVO necesita un cierto tipo de repartidores que se ajusten a unas pautas de organización de la plataforma y al disponer de un gran número de ellos, puede permitirles gozar de un cierto margen o flexibilidad de actuación.



El glover existe porque existe GLOVO y a la inversa, GLOVO no podría existir sin glovers. No cabe hablar de cientos de repartidores autónomos que organizan libremente su actividad, sino de una empresa que recluta a cientos de trabajadores insertándolos en una gran red en la que por sus dimensiones es posible atribuir a aquellos un margen de decisión sobre la realización del trabajo.

Como viene señalando la jurisprudencia (entre muchas, la sentencia del TS de 8-2-18 rec. 3389/15), tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación. 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 indicios o hechos indiciarios de una y otra. Y son indicios comunes de la nota de ajenidad, 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 de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; 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.

El demandante no era un repartidor dedicado profesionalmente a esta actividad, sino que esta actividad surge al ser reclutado por GLOVO, quien le encarga la realización de transporte de determinados bienes de consumo y su entrega a domicilio. El encargo y la apropiación de los frutos del trabajo, es decir el servicio, cuya utilidad redunda en favor de GLOVO, determinan la ajenidad en los frutos. Respecto a la ajenidad en los medios, si bien el actor es propietario de una moto y un teléfono móvil, se trata de bienes de reducido coste económico y accesorios en comparación con la herramienta constituida por la plataforma digital, que es lo verdaderamente esencial. La ajenidad en el mercado es evidente, pues el actor es extraño al entramado de relaciones entre GLOVO, usuario y establecimientos, y no interviene en absoluto en la determinación de las contraprestaciones. En cuanto a la ajenidad en los riesgos, no hay constancia de que el repartidor respondiera ante el cliente en caso alguno, ni de que realmente asumiera daños o pérdidas. Cuando el salario es por unidad de obra, el hecho de no cobrar el importe de un servicio no realizado no significa que se preste el servicio a riesgo y ventura del trabajador.

Comparto los razonamientos y solución de la Sala de Asturias en su sentencia de 25 de julio de 2019 , en el único pronunciamiento hasta ahora de los Tribunales Superiores de Justicia, declarando la naturaleza laboral de la relación de un repartidor de GLOVO en un proceso por despido. Como señala dicha sentencia, 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 a los que acuden los usuarios.

La dependencia consiste en la integración del demandante en el ámbito de organización y dirección de GLOVO al insertarse en la plataforma digital dentro de una red de repartidores que resulta indispensable para el desarrollo de la actividad comercial de la demandada. Mediante esa herramienta se asigna y distribuye el trabajo de transporte entre los repartidores inscritos. Es verdad que el demandante goza de un notable grado de flexibilidad - posibilidad de activar o no la asignación, rechazar pedidos, comunicar que se halla enfermo sin justificarlo - pero este dato se relativiza porque presta sus servicios dentro de una franja horaria predeterminada, y para establecer la preferencia de acceso a las más favorables existe un sistema de puntuación, en el que se tiene en cuenta la valoración del cliente, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, y hay una penalización por no estar operativo en la franja horaria previamente reservada. Además el actor estaba permanentemente localizado a través de un geolocalizador GPS y resulta visiblemente asociado a la demandada en virtud del emblema que lleva la caja que porta. De este modo hay un control y dirección de la actividad realizada, y aunque no se ha estipulado ni aplicado un poder sancionador en el curso de la relación, en las causas de extinción del contrato sí se prevén conductas tales como la transgresión de la buena fe contractual o el retraso continuado en la prestación del servicio, las ofensas verbales o físicas etc., análogas o equivalentes a las causas de despido del art. 54 del Estatuto de los Trabajadores .

Por fin, no resulta dudoso que el actor percibía un salario como contraprestación por sus servicios, en este caso fijado por cada entrega realizada, es decir por unidad de obra, como permite el art. 26.3 del Estatuto de los Trabajadores , más una cantidad por kilometraje y tiempo de espera, habiendo percibido un montante anual



de unos 18.000 euros. Es sabido que la elaboración de facturas con IVA, y la inclusión en el RETA, no son datos determinantes en la calificación de la relación.

Tampoco es decisivo, dada la indisponibilidad de los derechos laborales - art. 3.5 del ET - el hecho de que se concertase a instancias del actor un contrato como TRADE. En todo caso, el actor no cumple el criterio del art. 11.b) de la ley 20/2007, no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con otros trabajadores que prestan sus servicios mediante contratación laboral con el cliente, ni el del art. 11.d), desarrollar su actividad con criterios organizativos propios.

Por todo ello considero que se debería haber declarado la naturaleza laboral de la relación, si bien estoy de acuerdo con la solución que la sentencia mayoritaria ha dado respecto a las restantes pretensiones del recurso para el caso de que la relación fuera laboral, por lo que entiendo que el fallo de nuestra sentencia debería haber declarado que es competente el orden jurisdiccional social, pero resolviendo a continuación la desestimación de las demandas acumuladas.

En Madrid a diecinueve de septiembre de dos mil diecinueve

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia con su voto particular por el Ilmo.Sr. Magistrado que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe. En Madrid, a

FONDO DOCUMENTAL CENDO