



Roj: **SAN 1675/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1675**

Id Cendoj: **28079240012021100085**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2021**

Nº de Recurso: **389/2020**

Nº de Resolución: **97/2021**

Procedimiento: **Impugnación de actos administrativos en materia laboral y seguridad social, excluidos los prestacionales**

Ponente: **EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº : 97/2021

Fecha de Juicio: 28/4/2021

Fecha Sentencia: 5/5/2021

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: IMPUG. ACTOS ADMINISTRACION 389 /2020

Ponente: D^a EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

Demandante/s: GLOVOAPP23, S.L.

Demandado/s: MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: BLM

NIG: 28079 24 4 2020 0000395

Modelo: ANS105 SENTENCIA

IAA IMPUGNACION DE ACTOS DE LA ADMINISTRACION 0000389 /2020

Procedimiento de origen: /

Sobre: IMPG. ACTOS ADMINISTRACION

Ponente Ilma. Sra: D^a. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

SENTENCIA 97/2021



ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS :

D^a. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a cinco de mayo de dos mil veintiuno.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento IMPUGNACION DE ACTOS DE LA ADMINISTRACION 0000389 /2020 seguido por demanda de GLOVOAPP23, S.L. (letrado D. Ricardo Olear) contra MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (ABOGADO DEL ESTADO) sobre IMPG. ACTOS ADMINISTRACION. Ha sido Ponente el Ilma. Sra. D^a. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Según consta en autos, el 9 de octubre de 2020, se presentó demanda por D. Ricardo Olear Godia, Letrado en ejercicio, actuando en nombre y representación de la mercantil GLOVOAPP23, S.L., en materia de IMPG. ACTOS ADMINISTRATIVOS contra el MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL.

Segundo. - La Sala designó ponente señalándose el día 28 de abril de 2021 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

Tercero. - Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio en el que la parte demandante, se afirmó y ratificó en su demanda solicitando que tenga por interpuesta Demanda en impugnación de la Resolución de fecha de salida 30 de julio de 2020 dictada por la Subsecretaria de Trabajo y Economía Social del Ministerio de Trabajo y Economía Social, con número de expediente NUM000 por la que confirma el acta de infracción número NUM001 de las de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia y, tras los trámites legales oportunos, dicte en su día Sentencia por la que se anule la resolución recurrida y, se deje sin efecto el Acta de Infracción de la que trae causa; y, subsidiariamente, la infracción se califique como grave ex art. 50.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000 a la que le correspondería, dada la pertinencia, a lo sumo, de una sola circunstancia agravante, una sanción que no debería sobrepasar el límite superior del grado mínimo (1.250 euros), de acuerdo con lo previsto en el art. 40.1 b) del citado Real Decreto Legislativo 5/2000.

Frente a tal pretensión, el Abogado del Estado, se opone a la demanda, todo ello en los términos que resultan del acta de juicio y de la grabación de la vista oral.

Cuarto. - Recibido el pleito a prueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en la grabación llevada al efecto.

Quinto. - En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

Resultando y así se declaran, los siguientes,

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - El día 29 de noviembre de 2018 a las 13.20 horas, se efectúa visita al centro de trabajo que la sociedad GLOVOAPP23, S.L., tiene en C/ Travesía Ciudad Jardín nº 6 bajo de Bilbao.

Tras identificarse los actuantes se procede a identificar a las personas que están en el local. Todos ellos manifiestan que se han dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos uno o dos días antes y que están en una sesión formativa, siendo la segunda reunión a la que acuden con GLOVO.

Se identifica igualmente a quien estaba tras la mesa con ordenador, Alonso (DNI NUM002). En un primer momento solicita a los actuantes que abandonen el local y esperen fuera mientras llama por teléfono a su empresa, por lo que se le informa de que la ley faculta a los funcionarios de la Inspección de Trabajo a entrar y permanecer en los lugares sujetos a inspección.

Tras finalizar la llamada y a preguntas de los actuantes manifiesta que es trabajador por cuenta ajena de la empresa GLOVOAPP23, S.L., que está impartiendo el segundo curso de formación a las personas que se encuentran allí y que estos le han entregado hoy la documentación que les permitirá empezar su actividad a través de la app (aplicación informática) de "GLOVO" (alta como trabajadores por cuenta propia o autónomos). Manifiesta que la formación consiste en una explicación del funcionamiento de la app para la actividad de reparto y que hoy les entregarán las cajas amarillas para dicha actividad.

Se extiende diligencia de actuación con la identificación de los actuantes y citación requiriendo a la sociedad la aportación de documentación y la comparecencia de su representación legal el jueves 13 de diciembre de 2018 a las 10.00 horas. La documentación solicitada es la siguiente:

- Escrituras sociales. - Poder de representación o autorización para comparecer en Inspección de Trabajo. Presencia física de un representante de la empresa. - Contrato mercantil formalizado con las empresas para las que presta servicios de mensajería desde inicio de actividad en Bizkaia hasta la actualidad. - Facturas emitidas formalizadas con dichas empresas desde inicio de actividad en Bizkaia hasta actualidad. - Tabla Excel que recoja la relación del personal que realiza las funciones de mensajería ("glovers", según terminología de la empresa), desde inicio de actividad hasta la actualidad, indicando en las columnas la siguiente información:

Identificación completa del "glover" /repartidor (Nombre y apellidos) Número de afiliación, D.N.I./N.I.E., Domicilio., Teléfono contacto, Correo electrónico, Código identificativo del trabajador dentro de GLOVO, Valoración del "glover" ("fidelidad" o "excelencia"), así como los parámetros utilizados para la determinación de la misma. Fecha en que inició la prestación de servicios con GLOVO, en su caso fecha que finalizó dicha prestación de servicios. Registro horario de prestación del servicio. - Contratos formalizados con los repartidores ("glovers"). - Tabla Excel que recoja mensualmente, desde que GLOVO inicia su actividad en la provincia, la siguiente información: Importe de las facturas sin IVA (diferenciadas por meses). Número de horas/semanas de reparto del "glover"/repartidor correspondiente a los diferentes meses. Desglose de conceptos (fijos, km, pluses, horas garantizadas, etc.). - DEMO de la aplicación utilizada por la empresa GLOVO para gestionar con su personal el servicio de mensajería ("glovers"). - Contenido/manual de la formación que se facilita a los "glovers" antes del inicio de la prestación de servicios. Identificación de la persona que facilita dicha formación. - Seguros formalizados por la entidad GLOVO con aseguradoras que cubran el riesgo de responsabilidad civil por el desarrollo de su actividad. - Detalle de los medios materiales utilizados por la empresa para el desarrollo de su actividad. - Criterios de selección/oferta de empleo del personal ("glovers")

Comparece el día 13/12/2018 en las oficinas de la IPTSS de Bizkaia Damaso (DNI NUM003), como representante legal de GLOVOAPP 23 SL, aportando poder de representación. Aporta parcialmente la documentación solicitada y en la comparecencia, a grandes rasgos, expone el funcionamiento de la empresa, manifestando entre otras cuestiones las siguientes:

-Con respecto al funcionamiento de la aplicación indica que a través de la misma el usuario elige unos determinados productos de un establecimiento y que la propia aplicación distribuye las tareas entre los repartidores que están conectados a la misma. Los repartidores previamente (con una frecuencia de dos veces por semana) han seleccionado unas franjas horarias para trabajar y, una vez conectados, la aplicación deriva los pedidos, teniendo en cuenta variables como la valoración de los repartidores y el tipo de vehículo que utilizan (afirma que los que utilizan coche reciben pedidos más lejanos). No todos los repartidores pueden escoger las mismas franjas horarias establecidas en la aplicación, ya que tienen prioridad de elección de horas aquellos que tienen mejor valoración (los usuarios y los establecimientos valoran el trabajo de los mismos). Una vez en la aplicación, el repartidor puede trabajar en modo "AA" (autoaceptación) o en modo manual. En el caso de trabajar en AA al repartidor le aparecen los pedidos a realizar automáticamente (la aplicación da prioridad a asignar pedidos a los repartidores con este modo activado). En caso de no estar en AA, si existen todavía pedidos no adjudicados, le aparecen al repartidor, que podrá escogerlos o no. El representante de la sociedad afirma que los repartidores tienen libertad de aceptar o rechazar los pedidos y que este aspecto no les afecta en la valoración que puedan recibir. Con respecto a los pagos en estos procedimientos, afirma que los usuarios abonan el pedido a través de una pasarela de pago, cuyas cantidades llegan a una determinada cuenta; afirma también que en ocasiones el repartidor cuando no adquiere los productos en los llamados "partner" (establecimientos con los que GLOVO tiene suscritos contratos), puede realizar el pago a través de una tarjeta bancaria ("bankable") que se le entrega por parte de GLOVO previamente, o bien puede retirar dinero con dicha tarjeta para realizar el correspondiente pago (y posteriormente se regularizará este pago en las facturas al "glover"). Al respecto del material aportado por GLOVO a los repartidores, afirma que solo esta tarjeta es de uso obligatorio por parte de los repartidores; a la pregunta de si la caja amarilla con la palabra "GLOVO" que utilizan los repartidores es obligatoria, afirma que no.



La facturación por el trabajo de los repartidores se determina con respecto a cada pedido, comprendiendo una parte fija y luego variables como kilómetros recorridos y tiempo de espera. GLOVO les manda a los repartidores el albarán con el conjunto de pedidos realizados y, si están de acuerdo, GLOVO les extiende la factura.

Tras la comparecencia, se solicita a GLOVO (en diligencia entregada a Damaso) la siguiente información/documentación: diferentes porcentajes de valoración aplicados a los repartidores, contenido de la segunda sesión de formación y desconexiones de los "glovers" de la plataforma producidas en Bizkaia, sin perjuicio de que dado el volumen de la documentación aportada quede pendiente su revisión.

Se procedió a citar a todos los repartidores que han trabajado con GLOVO en algún momento desde el inicio de su actividad en Bizkaia hasta el 31 de enero de 2019 (en base a la documentación aportada por la empresa en la que se refleja como fecha de inicio de actividad el mes de septiembre de 2017). Para las comparecencias se les solicitó la aportación de documentación relativa al trabajo como repartidores y se les entrevistó al respecto de la actividad desarrollada con GLOVO. La documentación requerida fue la siguiente:

- Contrato/os suscrito/os con la empresa GLOVO. - Facturas emitidas a GLOVO, desde el inicio de su actividad. Desglose de los conceptos facturados. - Alta en la Agencia Tributaria I.A.E. o Actividad Censal. - Justificantes trimestrales pago IVA, (Modelo 303), desde inicio de la actividad. - Aportación de los emails enviados por el trabajador a la empresa, y de la empresa al trabajador vinculados con la prestación del servicio de reparto. - Aportación de los chats (de soporte, o no) mantenidos con la empresa. - Manual de la formación que se facilita antes del inicio de la prestación de servicios. Identificación de la persona que facilita dicha formación.

Durante el proceso de entrevistas a los repartidores, se remite citación a Alonso , como encargado de la oficina de GLOVO en Bizkaia (en la visita inspectora al centro de trabajo se identificó como responsable de la sesión y durante las comparecencias fue señalado por gran número de repartidores como el responsable de las sesiones formativas a partir de la fecha en la que empezó a prestar servicios). Comparece el 10 de abril de 2019 y manifiesta que en su contrato figura como administrativo, pero que en terminología de la empresa su puesto es de "Glovers especialista" (especialista de "Glovers", término por el que se conoce a los repartidores por la propia empresa) y que lleva en su puesto desde el 1 de abril de 2018

Se requiere nuevamente la documentación a la empresa que fue solicitada el 13/12/2018 y no fue aportada, así como ampliación de la misma. Así, se remite nueva citación a GLOVOAPP 23 S.L. para que comparezca un representante de la misma el 24 de abril de 2019 aportando: -Criterios para determinación de la valoración de los "glovers". -Rescisión de colaboración con "glovers" y "partners" en Bizkaia desde inicio de actividad hasta el 31/01/2019. -Comunicaciones de contratos al SEPE de los TRADE. -Contratos con los siguientes "partners": McDonalds, Ginos, Goiko Grill y Tagliatella. -Horarios seleccionados por cada "glover" previamente para la prestación de servicios, desde el inicio de la actividad hasta el 31/01/2019. -Tabla Excel que recoja la relación del personal que realiza las funciones de mensajería, desde el 1/12/2018 al 31/01/2019: Identificación completa del repartidor. D.N.I./ N.I.E. Domicilio y código postal. Teléfono Correo electrónico. Código identificativo del trabajador dentro de GLOVO. Valoración del "glover", así como los parámetros utilizados para la determinación de la misma. *Fecha en que inició la prestación de servicios con GLOVO, en su caso fecha que finalizó dicha prestación de servicios. Registro horario de prestación del servicio. Horarios seleccionados por cada "glover" previamente para la prestación de servicios.

En dicha fecha comparece Felix (DNI NUM004), en representación de la empresa, aportando parcialmente la documentación solicitada.

En dicha comparecencia se extiende diligencia requiriendo a la sociedad que aporte las causas de rescisión de los contratos (información que no se refleja en la documentación aportada), asimismo se le solicita por correo electrónico en la misma fecha que se aporte en formato Excel las nuevas incorporaciones de repartidores en Bizkaia, exclusivamente de diciembre de 2018 y enero de 2019 (información que no se localizaba en la aportada previamente).

A dicha diligencia se responde el 16/05/2019 por correo electrónico por parte de la empresa.

Se envía nueva citación a la empresa para aportación el 24/05/2019 de documentación no entregada y solicitada previamente y nuevos documentos: contratos de "glovers" que hayan iniciado prestación en diciembre de 2018 y enero de 2019; contenido de las rescisiones de colaboración con "glovers", tabla Excel que recoja la relación del personal con los datos que se solicitaron previamente, términos y condiciones que aceptan tanto "glovers" como usuarios al bajar la aplicación de "GLOVO" y contenido de la segunda formación previa a prestación de servicios. Dicha documentación es recibida parcialmente por correo electrónico el 21/05/2019.

Se remite solicitud de documentación no enviada previamente y ampliación de la misma para aportación el 18/07/2019, con el siguiente contenido: -Tabla Excel que recoja mensualmente, desde el 23/07/2018 hasta el



31/01/2019, la siguiente información (en la primera comparecencia de diciembre de 2018 se aportaron como últimas facturas las correspondientes a la fecha de inicio periodo de facturación el 22/07/2018 y fecha fin periodo de facturación el 5/08/2018): importes de las facturas sin I.V.A -Tabla Excel que recoja la totalidad de las franjas horarias seleccionadas por los repartidores (aunque no hayan realizado pedidos en las mismas), desde el inicio de la actividad en Bizkaia hasta enero de 2019 (incluido).

Dicha documentación fue previamente solicitada en la citación del 24/05/2019, no siendo aportada.

Se recibe el 18 de julio nueva documentación, no constando en la tabla con respecto a las franjas horarias trabajadas en el periodo de septiembre de 2017 a marzo de 2018. Se solicita el 19/07/2019 por correo electrónico dicha información. La misma es finalmente enviada el 29/07/2019. No se aportan las tablas de todos los horarios seleccionados.

El 17/05/2019 se envió a la empresa GLOVOAPP23S.L. (recibida por la mercantil el 22/05/2019) notificación de la ampliación de plazo para efectuar actuaciones comprobatorias por parte de la Jefa de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia, en base al artículo 21.4 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que establece la posibilidad de ampliación del plazo de actuación inspectora de nueve meses (establecido en el artículo 17.1 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) en determinados supuestos (especificados asimismo en el artículo 17.1 del citado Real Decreto 138/2000). Derivado de ello, se acuerda la ampliación del plazo comprobatorio hasta el 29/02/2020, "teniendo en cuenta el volumen de documentación, el número de personas entrevistadas (supuesto contemplado en el apartado 1 del artículo 17.1 del Real Decreto 138/2000 en desarrollo del artículo 21.4 de la Ley 23/2015) y considerando que la sociedad no ha aportado aún toda la documentación requerida en la primera comparecencia (faltan contratos con "partners" de especial relevancia como es el caso de la cadena de restaurantes McDONALDS)". En dicha notificación se establece la posibilidad de presentación de alegaciones según el artículo 17.2 del citado Real Decreto 138/2000, en 15 días desde la notificación.

Una vez transcurrido dicho plazo, sin que se presentasen alegaciones al respecto, se remitió notificación el 21/06/2019 por la Jefa de la IPTSS de Bizkaia (recibido por la empresa el 27/06/2019) la resolución para la ampliación de dicho plazo.(acta de la Inspección de Trabajo unidad del expediente administrativo)

SEGUNDO. - De las entrevistas individuales realizadas a los repartidores se constata que al inicio de la actividad de GLOVO en Bizkaia existía un tipo de retribución a los repartidores denominado "horas garantizadas", en las cuales los trabajadores percibían una cuantía fija (6 € hora) por estar conectados a la aplicación, independientemente de que no realizasen ningún reparto en ese tiempo. En caso de que realizasen algún reparto, pero el precio por el mismo fuese inferior al de la hora garantizada, percibían íntegro el importe de la hora garantizada. Si realizaban repartos y el precio por los mismos superaba el importe de la hora garantizada, percibían el pago por los repartos con normalidad. Disfrutaron horas garantizadas principalmente los repartidores que prestaron servicios durante el año 2017, en los primeros meses de implantación de la mercantil en Bizkaia. (Acta de la inspección de trabajo unida al expediente administrativo)

TERCERO. - En las entrevistas individuales realizadas a los repartidores, éstos afirman que previamente al comienzo del trabajo en la franja horaria elegida, hay que realizar un "check in" (registro previo), quince minutos antes de iniciarlo, para lo cual hay que estar en la zona de reparto predeterminada por la plataforma (una vez abierta la aplicación, el repartidor está geolocalizado). En caso de no realizar dicho registro, la primera hora de trabajo queda bloqueada y no se puede realizar el pedido. Varios repartidores han comentado que les afecta en 3 puntos sobre el total en caso de no realizar el "check in", mientras que otros no han sabido especificar exactamente cuánto influye. Entre los que les afectó la puntuación, por ejemplo, se puede citar a Hermenegildo , Higinio y Hugo . Por lo que la realización de el "check in" era obligatorio para todos los repartidores.

Así mismo, algunos repartidores afirmaron que el hecho de reservar horas y hacer el "check in" en ningún momento les garantizaba la realización de repartos, ya que según manifiestan, había horas de puesta a disposición en los que no les asignaban ningún pedido, y por consiguiente no percibían ningún tipo de retribución por las mismas.

CUARTO. - En el primer Excel de pedidos, aportado el 13 de diciembre de 2018, no existe ningún horario en el que no haya asignado un pedido y una hora de inicio y finalización. Es decir, todas las horas comunicadas corresponden a horas en las que se realizaron pedidos por los repartidores. Sin embargo, debido al periodo que comprende este Excel, es evidente que hubo franjas horarias seleccionadas y trabajadas por glovers en las que no entraron pedidos (como mínimo, aquellas en las que disfrutaron del pago de las "horas garantizadas" durante 2017). En el documento Excel aportado en la segunda comparecencia "2017 hasta enero febrero 2018" tampoco se comunican franjas horarias sin código de pedido asignado. Sí existen franjas horarias sin hora de inicio de pedido pero que tienen asignado un código de pedido y una hora de finalización del mismo



(1384 registros de un total de 28.482) por lo que puede tratarse de pedidos iniciados en otra franja horaria distinta o pedidos cancelados ("CanceledStatus" según el Excel, que son 1002 registros de los 1384). De estas franjas sin hora de inicio de pedido, pero con código de pedido asignado y hora de finalización hay 982 registros comunicados, y en todos ellos consta el estado "Delivered" (puede traducirse como "entregado") o "Canceled" (cancelado), por lo que tampoco estarían registradas ni siquiera las horas garantizadas que sí existieron en ese periodo.

Lo mismo sucede en el segundo Excel aportado en la comparecencia, "Marzo diciembre 2018". Existen 3117 de un total de 112.197 en los que no consta hora de inicio del pedido, pero sí código de asignación del mismo. De ellos 2995 fueron cancelados.

En el documento Excel aportado el 18/07/2019 "Copia de slots y pedidos BIL" tampoco se comunican franjas horarias sin código de pedido asignado. Sí existen nuevamente franjas horarias sin hora de inicio de pedido pero que tienen asignado un código de pedido y una hora de finalización del mismo (188 de 217.521 registros totales), de los cuales 66 tienen el estado "Canceled". Sucede lo mismo con el documento aportado el 29 de julio de 2019.

QUINTO. - Según correo remitido por la sociedad mercantil a través de sus newsletter (correos periódicos de tipo informativo) a los repartidores el 1/10/2018 desde glovo@news.gloapp.com, (correo aportado por Lorenzo): "Ayer Glovo sufrió un parón en la app. Pedimos disculpas por el fallo técnico. Sabemos que tu tiempo es oro y por eso queremos compensarte con lo que hubieras ganado normalmente (teniendo en cuenta el promedio de dinero que ganas en esas horas). Este extra lo verás sumado en tu factura". Efectivamente, en los Excel aportados por la sociedad y correspondientes a las facturas emitidas a los repartidores figuran estos pagos.

Sin embargo, en las tablas Excel que se han aportado correspondientes a este periodo no se refleja ninguna franja seleccionada por trabajadores en las que no haya pedidos con hora de inicio y entrega el 30 de septiembre de 2018 (tampoco el día 29 ni el 1 de octubre) cuando resulta evidente por la documentación aportada que GLOVO reconoce que ese día hubo incidencias en la aplicación, que se abonó lo que hubieran debido percibir "teniendo en cuenta el promedio de dinero" que el repartidor gana en esas horas, y que los repartidores ya tendrían seleccionadas horas de trabajo previamente para esa fecha en las que no les entraron pedidos.

SEXTO. - Los trabajadores, además de en modo "Auto-Aceptación" pueden trabajar en modo manual. Este modo resta puntuación a la valoración del trabajador, pero permite que no entren pedidos de forma automática sino seleccionarlos (aceptarlos) uno a uno. El Chat de Soporte de GLOVO ha recomendado esta opción a algunos repartidores, según manifestaron en comparecencias, en situaciones como cuando se pincha una rueda de la bicicleta (para que no les entren nuevos pedidos durante la franja horaria). Es decir, existe constancia de que una de las modalidades de aceptación de pedidos de GLOVO permite la aceptación manual, no automática, de pedidos y que esta se indica como opción cuando el trabajador no va a poder llevarlos a cabo.

No existe comunicación de ninguna franja horaria seleccionada por ningún trabajador en la que no haya un pedido asociado, aun existiendo constancia de que ha habido trabajadores que han seleccionado el modo manual precisamente para no recibir asignación de pedidos, pero no ser penalizados por cancelar la hora seleccionada. (acta de la inspección del trabajo unido al expediente administrativo)

SEPTIMO.- Que en fecha 3 Dic. 19, a la empresa demandante se le notificó Resolución de fecha registro de salida 28 Nov. 19 dictada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia por la que se acuerda proponer la imposición de una sanción a su representada "conforme a los artículos 50 40.1 y 39.2 de la normativa se propone una sanción por infracción muy grave por obstrucción en grado máximo, tramo inferior, con multa de 100.006 euros, en atención a los criterios agravantes expuestos" (Acta de infracción número NUM001). Por Los hechos descritos en los apartados PRIMERO a QUINTO, del acta de la inspección consistentes en no aportar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social documentación con los datos concretos (y completos) solicitada expresamente en múltiples ocasiones por los actuantes, supone una acción que retrasa y perturba el normal ejercicio de las funciones encomendadas a la Inspección de Trabajo. Tampoco en ningún momento la empresa alegó no poder disponer de dicha información, no tenerla registrada... Simplemente, dicha información fue omitida en las sucesivas remisiones de documentación solicitada.

La extensión del acta de infracción por obstrucción se fundamenta en la imposibilidad de determinar efectivamente el tiempo que los glovers han estado a disposición de la mercantil para la realización de su trabajo, debido a la reiterada omisión de remisión por parte de GLOVO de la totalidad de las franjas horarias seleccionadas por los glovers.



Su importancia radica en el hecho que, desde el momento de los glovers realizan "el check in" están a disposición de la compañía para la realización de la actividad de reparto, y por consiguiente el momento a partir del cual debe computarse como de trabajo a efectos de determinar su retribución. Dicha información tiene especial trascendencia de cara a las cifras resultantes del acta de liquidación practicada, al no haberse podido tener en cuenta todos los periodos en los que cada repartidor estaba a disposición de la empresa (tiempo de trabajo), siendo el resultado obtenido un coeficiente de parcialidad inferior al real y no pudiendo analizarse adecuadamente si se respeta el salario mínimo al que cada trabajador tiene derecho.

Se trata por tanto de una infracción de la normativa, según definen los artículos 5 y 50 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, siendo GLOVOAPP 23 S.L. el sujeto responsable conforme al artículo 2 de la misma norma. (Acta de la Inspección de Trabajo unida al expediente administrativo)

OCTAVO.- Frente a la referida resolución, la empresa presentó escrito de alegaciones argumentando fundamentalmente que no ha existido conducta obstructiva, puesto que han comparecido todas las veces que la Inspección de Trabajo así se lo ha requerido, y han aportado toda la documentación solicitada que estaba en su poder, que la que no ha sido aportada no la tenían y además no tenía trascendencia en la actuación inspectora.

Subsidiariamente la empresa alega que la calificación debería ser de una infracción grave que tipifica el artículo 50.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

NOVENO.- Por Resolución de 11 de agosto de 2020 de la Subsecretaría de Trabajo y Economía Social por delegación de la Ministra se acordó confirmar la propuesta de sanción recogida en el acta de infracción por obstrucción a la labor inspectora, en la misma se recoge que la cuantía de la sanción propuesta asciende a 100.006 € por la apreciación de la concurrencia de tres criterios agravantes de los recogidos en el artículo 39.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social: negligencia e intencionalidad por incumplimiento de los requerimientos, el número de trabajadores afectados y la cifra de negocio. (Descripción 4)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -En cuanto a los hechos declarados probados, el primero a sexto son hechos conformes y, el resto se obtienen de los documentos que en ellos se indica, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS.

SEGUNDO. -Se solicita que se tenga por interpuesta demanda en impugnación de la Resolución de fecha de salida 30 de julio de 2020 dictada por la Subsecretaria de Trabajo y Economía Social del Ministerio de Trabajo y Economía Social, por la que confirma el acta de infracción de las de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia y, tras los trámites legales oportunos, se dicte en su día Sentencia por la que se anule la Resolución recurrida y, se deje sin efecto el Acta de Infracción de la que trae causa; y, subsidiariamente, la infracción se califique como grave ex art. 50.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000 a la que le correspondería, dada la pertinencia, a lo sumo, de una sola circunstancia agravante, una sanción que no debería sobrepasar el límite superior del grado mínimo (1.250 euros), de acuerdo con lo previsto en el art. 40.1 b) del citado Real Decreto Legislativo 5/2000.

Frente a tal pretensión, el Abogado del Estado, se opone a la demanda, se remite al expediente administrativo, en el acta se constata que se requiere a la empresa en varias ocasiones para que aporte documentación siendo de aplicación la presunción de veracidad de las actas de la Inspección de Trabajo. Hubo obstrucción a la labor inspectora. El acta de liquidación se ha calculado en base al baremo correspondiente. Se aportaron parte en los listados requeridos y parte no se aportó, habiéndose impuesto la sanción conforme a los criterios de graduación que se recogen en el artículo 39.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, habiendo quedado acreditado la reiteración en el requerimiento de información por parte de la Inspectora y Subinspectora actuantes, concurre igualmente el agravante por el número de trabajadores afectados en atención al número de repartidores que han prestado servicios en Vizcaya para la empresa y concurre asimismo el agravante por la cifra de negocios de la sociedad.

TERCERO. - El objeto de la pretensión ejercitada en demanda, es la impugnación de la Resolución de fecha de salida 30 de julio de 2020 dictada por la Subsecretaria de Trabajo y Economía Social del Ministerio de Trabajo y Economía Social, por la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto por la parte actora contra la resolución de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia y que acordaba confirmar el Acta de infracción por obstrucción a la labor inspectora, por la presunta comisión de una infracción tipificada como muy grave en su grado máximo, tramo inferior con multa de 100.006 €.

La sanción impuesta tiene su origen en los hechos consignados en el Acta de Infracción referida, en la que el Inspector de Trabajo hace constar lo que esencialmente aparece descrito en los hechos probados



primero al sexto del relato fáctico, y ante la conducta observada por la empresa demandante, la Administración demandada entiende que han obstaculizado gravemente la labor inspectora, incurriendo en una falta muy grave, sancionada con 100.006 euros. Así pues, son dos las cuestiones que es preciso examinar: a) por un lado, la acreditación de la conducta obstaculizadora a la labor del Inspector de Trabajo por los responsables de la empresa demandante; y, b) de otra parte, la calificación de dicha conducta, pues el art. 50 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Ley 5/2000, bajo la rúbrica de "Infracciones por obstrucción a la labor inspectora", dispone en su número 1 que "1. Las infracciones por obstrucción a la labor inspectora se califican como leves, graves y muy graves, en atención a la naturaleza del deber de colaboración infringido y de la entidad y consecuencias de la acción u omisión obstructora sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, conforme se describe en los números siguientes". Por ello, se hace preciso determinar si atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, la conducta ha sido correctamente calificada como muy grave, y la sanción es proporcional a las circunstancias del caso.

CUARTO. - Sobre la conducta obstructorista observada por la empresa no existe la menor duda. Esa conducta aparece descrita en el relato fáctico, en base al acta levantada por la Inspección de Trabajo, cuyo contenido en modo alguno ha sido desvirtuado por ninguna de las pruebas aportadas por la parte actora.

Sobre la presunción de veracidad del contenido de las Actas de Inspección y la presunción de certeza de que están revestidas, la doctrina del Tribunal Supremo, viene señalando:

a) La presunción de veracidad atribuida a las Actas de Inspección se encuentra en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al Inspector actuante (Sentencias, entre otras, de 18 enero y 18 marzo 1991 (y)); presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que la norma sobre procedimiento para imposición de sanciones se limita a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario. Y es también reiterada la jurisprudencia de este Tribunal que ha limitado el valor atribuible a las Actas de la Inspección, refiriendo la presunción de certeza a sólo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquellos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma (Sentencia de 24 junio 1991). En cualquier caso, esta presunción de certeza desplaza, como se acaba de señalar, la carga de la prueba al administrado, de suerte que es éste quien debe acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la Inspección (Sentencia de 9 julio 1991).

b) El análisis de los artículos 38 del Decreto 1860/1975, de 10 julio y 52.2 de la Ley 8/1988, (como actualmente el art. 41 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social), determina que tal presunción no excluye un control jurisdiccional de los medios empleados por el Inspector -así, en Sentencias de 29 enero y 11 marzo 1992, de la Sección Séptima -, exigiéndose, asimismo, que el contenido de las actas, ya sean de infracción o de liquidación, determinen las «circunstancias del caso» y los «datos» que hayan servido para su elaboración.

En la regulación actual, el artículo 41 del Real Decreto 928/1998, que lleva por rúbrica Valor probatorio de las actas de infracción extendidas como consecuencia de informes emitidos por funcionarios técnicos habilitados, dispone que "Las actas de infracción formalizadas con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 40 tendrán presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en ellas que se correspondan con los que hayan sido constatados y reflejados en su informe por los funcionarios técnicos habilitados de las Administraciones públicas, salvo prueba en contrario, conforme a lo establecido en el artículo 9.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en el artículo 53.5 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

c) Las Sentencias de 20 abril 1992 y 14 junio 1993, señalan: «Se plantea esencialmente el reiterado problema del alcance de la presunción de veracidad de las Actas de la Inspección de Trabajo, (sobre el particular, y como decíamos, entre otras, en Sentencia de 24 abril 1991 "aun partiendo de la presunción de certeza atribuida a la primera -se refería al acta por el art. 38 del Decreto 1860/1975 -, no así al segundo -se refería, al posterior informe de la Inspección- en SSTs 10 julio 1981 y 25 mayo 1990, debe advertirse que una nutrida jurisprudencia de este Tribunal (de las que son exponente, entre otras las Sentencias de 18 marzo 1980; 10 julio 1981; 7 abril 1982; 31 enero, 10 febrero y 27 junio 1986 (, y); 14 abril, 29 junio, 17 julio y 1 diciembre 1987 (y); 23 febrero, 4 y 21 abril, 4 y 18 mayo y 25 octubre 1988 (,,, y), 2 enero, 5, 15 y 19 marzo, 23 abril y 25 mayo 1990 (,,, y)) no reconoce presunción de certeza a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas".

En el presente supuesto los hechos consignados en el Acta son consecuencia de la observación directa del Inspector actuante, y le son de aplicación la presunción de veracidad descrita, sin que por la parte



demandante se haya articulado una prueba suficiente para desvirtuar dicha presunción. Así, Los hechos descritos consistentes en no aportar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social documentación con los datos concretos (y completos) solicitada expresamente en múltiples ocasiones por los Inspectores actuantes. Tampoco en ningún momento la empresa alegó no poder disponer de dicha información, no tenerla registrada. Simplemente, dicha información fue omitida en las sucesivas remisiones de documentación solicitada. La extensión del acta de infracción por obstrucción se fundamenta en la imposibilidad de determinar efectivamente el tiempo que los gliberos han estado a disposición de la mercantil para la realización de su trabajo, debido a la reiterada omisión de remisión por parte de GLOVO de la totalidad de las franjas horarias seleccionadas por los glovers. Su importancia radica en el hecho que, desde el momento de los glovers realizan "el check in" están a disposición de la compañía para la realización de la actividad de reparto, y por consiguiente el momento a partir del cual debe computarse como de trabajo a efectos de determinar su retribución. Dicha información tiene especial trascendencia de cara a las cifras resultantes del acta de liquidación practicada, al no haberse podido tener en cuenta todos los periodos en los que cada repartidor estaba a disposición de la empresa (tiempo de trabajo), siendo el resultado obtenido un coeficiente de parcialidad inferior al real y no pudiendo analizarse adecuadamente sí se respeta el salario mínimo al que cada trabajador tiene derecho.

En resumen, la conducta que se declara probada en el relato de hechos de esta sentencia, comporta una clara voluntad de los responsables de la empresa demandante de obstruir la actuación inspectora, incardinarse en el artículo 50.4 de la LISOS. En dicho número 4, se califican como infracciones muy graves:

- a) Las acciones u omisiones del empresario, sus representantes o personas de su ámbito organizativo, que tengan por objeto impedir la entrada o permanencia en el centro de trabajo de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, así como la negativa a identificarse o a identificar o dar razón de su presencia sobre las personas que se encuentren en dicho centro realizando cualquier actividad.
- b) Los supuestos de coacción, amenaza o violencia ejercida sobre los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, así como la reiteración en las conductas de obstrucción calificadas como graves.
- c) El incumplimiento de los deberes de colaboración con los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los términos establecidos en el artículo 11.2 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- d) El incumplimiento del deber de colaboración con los funcionarios del sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al no entregar el empresario en soporte informático la información requerida para el control de sus obligaciones en materia de régimen económico de la Seguridad Social, cuando esté obligado o acogido a la utilización de sistemas de presentación de los documentos de cotización por medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

Según la calificación que de los hechos hace la Inspección de Trabajo, el supuesto litigioso encajaría -según su criterio- en el tipo recogido en el art. 50.4.c) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. A criterio de la Sala, no se ha constatado que hubiera existido una obstrucción pertinaz de poner a disposición de los funcionarios actuantes la información solicitada. Por el contrario ha quedado acreditado que el representante de la empresa compareció ante la Inspección de Trabajo cuantas veces fue requerida y se le entregó una extensa información requerida, no toda la solicitada, debiendo tenerse en cuenta que la empresa no disponía de todos los datos, siendo de aplicación la doctrina del TS que ha entendido que no constituye un incumplimiento de los deberes de colaboración y, por tanto, una obstrucción sancionable el no atender al requerimiento de la Inspección de Trabajo de aportar en soporte informático unos datos que no poseía la empresa y que para intentar cumplir con el requerimiento le obligarían a la empresa a intentar llevar a cabo una operación de reconstrucción a partir de otros datos. No pudiéndose entender que nos encontremos ante supuestos de ocultación de datos. Por otro lado, en la fecha en que se levantó el acta de la Inspección, no existía la obligación empresarial de registro horario con el alcance pretendido por la actuación inspectora. sin embargo, a criterio de la Sala no se ha acreditado que hubiera existido una oposición pertinaz a la entrega de toda la documentación solicitada por la Inspección de Trabajo, lo que no impide que se califique de muy grave en la conducta observada por la empresa, que ha sido tipificada en el artículo 50.4 c) de la Ley de Infracciones y Sanciones.

QUINTO.- En cuanto a la segunda de las cuestiones, relativa a la calificación y graduación de la responsabilidad empresarial, la Inspección de Trabajo, teniendo en cuenta la cifra de negocios de la sociedad (14.208.863 €), el número de repartidores que han prestado servicios en Vizcaya para la empresa en el periodo afectado por el expediente (más de 288) y en atención al incumplimiento de las advertencias y requerimientos del Inspector actuante, singularmente por la obstrucción al no facilitar toda la documentación a pesar de haber



sido requerida en varias ocasiones, impone la sanción de 100.006 €, que es el importe mínimo dentro del grado Máximo, pues conforme al art. 40. 1.c) del Real Decreto Legislativo 5/2000, las faltas muy graves se castigarán con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo, de 100.006 euros a 187.515 euros. Como esa concreta conducta obstruccionista no ha sido plena y pertinaz, la Sala considera que el importe de la sanción debe quedar fijado en la cuantía de 50.000 €.

En este sentido, la jurisprudencia ha subrayado que la actuación administrativa queda sujeta al control jurisdiccional respecto a una concreción y graduación de la sanción "con el adecuado criterio de proporcionalidad ínsito en los principios ordenadores del Derecho sancionador, sopesando a tal fin las circunstancias concurrentes en el hecho constitutivo de la infracción sancionada", por lo que la actividad de la Administración no sólo puede ser censurable respecto a "subsumir la conducta del infractor en un determinado tipo legal, sino también adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso se trata de la aplicación de criterios jurídicos plasmados en la norma escrita e inferirles de principios informadores del ordenamiento jurídico sancionador, como son los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción" (por todas, STS 11-6- 1992, Rº 4301/1990).

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

FALLAMOS

Estimamos parcialmente la demanda formulada por D. Ricardo Olear Godia, Letrado en ejercicio, actuando en nombre y representación de la mercantil GLOVOAPP23, S.L., en materia de IMPG. ACTOS ADMINISTRATIVOS contra el MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, en impugnación de la Resolución de fecha de salida 30 de julio de 2020 dictada por la Subsecretaria de Trabajo y Economía Social del Ministerio de Trabajo y Economía Social, por la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto por la parte actora contra la Resolución de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia, confirmamos dicha Resolución salvo en la cuantía de la sanción impuesta, que ha de quedar fijada en cincuenta mil € (50.000 €)

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma no cabe Recurso alguno.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.