



universidad
de león



Máster Universitario en Gestión de Personal y Práctica
Laboral

Facultad de Ciencias del Trabajo

Universidad de León

Curso académico 2020/2021

LA RELACIÓN LABORAL DE LOS RIDERS.
ESTUDIO DE LOS PRONUNCIAMIENTOS
JUDICIALES Y FUTURO INMEDIATO
(THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP OF THE
RAIDERS. STUDY OF JUDICIAL
PRONOUNCEMENTS AND THE IMMEDIATE
FUTURE)

Realizado por el alumno D. Ignacio Casas Pesquera

Tutorizado por la Profesora Dña. Henar Álvarez Cuesta

SUMARIO

1.- RESUMEN Y ABSTRACT	2
2.- OBJETIVOS	3
3.- METODOLOGÍA	4
4.- INTRODUCCIÓN	6
5.- NOTAS CLÁSICAS DE LA RELACIÓN LABORAL	7
6.- INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES	9
6.1 Voluntariedad.....	11
6.2. Carácter personalísimo de la prestación de trabajo.	12
6.3 Retribución.....	15
6.4 Ajenidad y dependencia.....	16
7.- NOTAS A LA SENTENCIA 805/2020 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2020, DEL TRIBUNAL SUPREMO.	17
7.1 Los hechos.	17
7.2 Los fundamentos de derecho.	24
7.3 La aplicación concreta al caso enjuiciado.....	37
8. EL FUTURO INMEDIATO: CONVENIO DE SECTOR VS. PROYECTO DE LEY.	42
9. CONCLUSIONES.....	45
10.- BIBLIOGRAFÍA.....	48
ANEXO. RESOLUCIONES JUDICIALES	49

1.- RESUMEN Y ABSTRACT

Las nuevas formas de prestar servicios a través de aplicaciones constituyen, hoy en día en nuestro país, una forma diferente de organizar las prestaciones de servicios en una situación en la cual, el actual reto consiste en superar el desempleo que ha dejado de ser coyuntural. Por tal motivo, cada vez más trabajadores, especialmente jóvenes, han optado por estas formas de prestar servicios, a través de los servicios de mensajería o reparto.

Este trabajo pretende analizar estas nuevas formas trabajo desde el punto de vista jurídico, de tal manera que partiendo de las numerosas sentencias que han ido dictándose por los juzgados de lo social de los diferentes partidos judiciales, hasta la dictada por el Tribunal Supremo en septiembre de este 2020, se examinan los argumentos utilizados para la calificación de las relaciones entre *riders* y empresa mayoritariamente, decantándose por considerarlas como laborales.

Con este trabajo se pretende resumir la doctrina del Tribunal Supremo que desde antiguo se ha elaborado respecto de las notas características de la relación laboral, su conexión con las relaciones laborales actuales, la aplicación concreta al caso enjuiciado y, de manera más concreta, acercar al conjunto de la sociedad de manera práctica, clara y concisa, a través de sus conclusiones, la realidad jurídica respecto a lo que es un trabajo por cuenta ajena y otro por cuenta propia, pese a los intentos de camuflar los primeros en los segundos.

Palabras clave: *rider*, dependencia, ajenidad, retribución, sentencia, autónomos, trabajadores, servicios, trabajo, jurisprudencia, empresa.

The new ways of providing services through applications constitute, nowadays in our country, a different way of organizing the provision of services in a situation in which the current challenge consists of overcoming unemployment that is no longer temporary. For this reason, more and more workers, especially young people, have opted for these ways of providing services, through courier or delivery services.

This paper aims to analyze these new forms of work from the legal point of view, in such a way that starting from the numerous sentences that have been handed down by the social courts of the different judicial districts, until the one handed down by the

Supreme Court in September this 2020, the arguments used to qualify the relationships between riders and the company are mainly examined, deciding to consider them as labor.

The purpose of this paper is to summarize the doctrine of the Supreme Court that has long been drawn up regarding the characteristic notes of the employment relationship, its connection with current employment relationships, the specific application to the case and concise under trial and, more specifically, to bring the society as a whole in a practical, clear and concise way, through its conclusions, the legal reality regarding what is an employed job and another self-employed, despite attempts to camouflage the former in the latter.

Keywords: *rider, dependency, alienation, remuneration, sentence, self-employed, workers, services, work, jurisprudence, company.*

2.- OBJETIVOS

La investigación que ahora se presenta como Trabajo Fin de Máster pretende ofrecer un análisis sobre el que, a juicio de muchos, es uno de los grandes debates actuales en la disciplina del Derecho del Trabajo, tanto en su vertiente científica como en la práctica que, fundamentalmente, radica en los pronunciamientos judiciales al respecto.

No es necesario prestar una atención excesiva para adivinar que el desarrollo de las tecnologías, la evolución de la organización empresarial, las necesidades del mercado y las demandas de los consumidores han cambiado radicalmente en los últimos lustros, quizá cada vez con mayor intensidad. A este respecto, es inevitable y absolutamente perjudicial para el desarrollo de las sociedades, que se intenten poner trabas o frenos a la evolución de las mismas, ahora bien, la evolución en las materias anteriormente señaladas no debe provocar una involución en los derechos obtenidos a lo largo de muchos años, por profundas que sean las revoluciones sociales y/o tecnológicas.

Es por eso que, al hilo del nacimiento de nuevas formas de prestación de servicios, el Derecho del Trabajo (quizá el más vivo de los “derechos”) debe ofrecer una respuesta precisa, eficaz y consecuente con sus fines tuitivos. De este modo y, puesto que las sociedades avanzan más rápido que sus legislaciones, es necesario clarificar y delimitar cuáles son los límites del Derecho del Trabajo en su aplicación, más allá de lo dispuesto

en el Ordenamiento, ofreciendo así una más que necesaria seguridad jurídica en tiempos de absoluta inseguridad económica, productiva, laboral e, incluso, institucional.

Con el análisis del contenido de las sentencias que constituye el núcleo fundamental de este trabajo, se quiere dar una visión práctica, justa, legal y real, que suponga un primer paso en la clarificación de lo que debe y no debe considerarse una relación laboral y, además, que ponga freno, al menos de manera científica, a los abusos que se pretenden llevar a cabo en materia laboral, adornando o vistiendo a la realidad de lo que no es.

En fin, con este trabajo se pretenden analizar las resoluciones judiciales que hasta la fecha se han producido sobre el fenómeno de la economía de plataformas, aportando una visión técnica y clarificadora de los razonamientos a favor y en contra que han tenido lugar en los tribunales españoles hasta la fecha, con el colofón de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020, de manera que finalizado el mismo se pueda concluir la existencia o no de relación laboral entre quienes prestan servicios y las empresas en cuestión, los límites y las principales cuestiones a tener en cuenta a la hora de determinar esa existencia o no de laboralidad y, por qué no, los retos a los que a corto y medio plazo se enfrenta el Derecho del Trabajo en un entorno cambiante y sometido absolutamente a la evolución tecnológica y a la modificación de hábitos y parámetros establecidos que, sin duda, pone punto final a la concepción del trabajo como venía conceptualizándose, dando entrada definitiva al trabajo del siglo XXI.

3.- METODOLOGÍA

Partiendo de la base de que la finalidad de toda investigación jurídica pretende analizar la norma y buscar soluciones a los desafíos que pueda plantear ésta desde un punto de vista práctico, resulta adecuado y apropiado que el método empleado para este trabajo de investigación haya sido el análisis jurisprudencial de la aplicación de una norma, en concreto y por principal el artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), en la búsqueda de la aplicación actual al contexto de adaptación de las nuevas tecnologías como herramientas principales (y no accesorias) de la prestación de servicios.

En este sentido, partiendo de la norma y de las notas básicas o clásicas sobre lo que debe ser la relación laboral y los elementos característicos que la delimitan, se ha

buscado un análisis práctico, poniendo de relieve lo contemplado en el artículo 3.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en especial sobre la interpretación de la norma en atención al momento social en que debe ser aplicada. Las sociedades avanzan y, generalmente, lo hacen a mayor velocidad que el legislador. Es por eso que, desde antiguo, los Tribunales en España han tenido que desarrollar una ingente labor interpretativa de las normas, con especial incidencia en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, quizá el más vivo de todos los derechos, por cuanto supone que una norma publicada en un determinado tiempo histórico puede tener validez muchos años después, pero la interpretación, los matices y la manera de mantener su aplicación pese a los avances sociales, hacen que ésta sea moldeada con el paso del tiempo. Como se recoge en este mismo trabajo, esa tarea ha correspondido tradicionalmente a los Tribunales que, en atención a las situaciones y casos concretos que han visto, han ido perfilando los límites, en este caso, de lo que es una relación laboral y lo que es otra de carácter mercantil.

Así pues, este trabajo ha seguido ese mismo desarrollo, partiendo de la base de lo que la doctrina científica clásica ha venido interpretando al respecto de las notas características de la relación laboral y en atención a las nuevas realidades sociales en cuanto a la prestación de servicios basadas en la aplicación masiva de las nuevas tecnologías, se ha procedido a una revisión más reciente de la doctrina académica. Y puesto que, como se señala en los párrafos anteriores, el Derecho y, especialmente, el Derecho del Trabajo “lo hacen” los tribunales en atención a la aplicación normativa de las realidades sociales contemporáneas, este trabajo ha consistido en un análisis de las sentencias dictadas por los tribunales desde el nacimiento de las plataformas digitales de prestación de servicios, principalmente de mensajería o transporte, en torno al debate originado sobre la naturaleza jurídica de la relación que une a trabajadores y empresas.

Así pues, se han analizado las sentencias de instancia, dictadas por diferentes tribunales del Orden Social, para seguir con un análisis más breve de los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia y finalizar con unas notas o comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020 que pone fin, al menos de momento y de manera parcial, al debate sobre esta cuestión.

Para finalizar, se ha recogido un breve apartado relativo a la polémica actual surgida a raíz de la antedicha sentencia, en tanto en cuanto se plantea una ley que regule este

sector, frente a lo que debiera ser quizá más lógico, que sería el plantear un convenio colectivo de sector.

Por último, se quiere destacar el tono dialéctico empleado en este trabajo, que no es sino la expresión de la voluntad conjunta de la tutora y del autor, de que este trabajo sirva de material didáctico en cuanto a clarificar la polémica suscitada en relación a la naturaleza jurídica de la relación entre trabajadores y empresa analizados, ya que como disciplina científica y, precisamente, por tratarse de una disciplina tan cercana a la sociedad, no sería propio de un trabajo de estas características abordar un problema social en términos completamente alejados de la sociedad. Dicho de otro modo, este trabajo pretende, desde el análisis de las decisiones judiciales, explicar la verdadera naturaleza de la relación existente entre trabajadores o *riders* y empresas, de un modo comprensible y cercano, en pretendida consonancia (con la que no podemos más que estar de acuerdo) con la reciente decisión del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de acercar el contenido de las resoluciones judiciales al conjunto de la sociedad, con un lenguaje mucho más claro y cercano, sin perder, eso sí, el rigor científico y técnico que debe caracterizarlas.

4.- INTRODUCCIÓN

La era postindustrial trajo consigo una de las revoluciones más importantes y menos violentas, al menos en forma aparente, de cuantas hayan tenido lugar en la historia, esto es, la revolución tecnológica.

Sin perjuicio de otras muchas variantes de la misma, se han producido una serie de cambios en los sistemas habituales de trabajo que, como se desarrolla en el presente trabajo, han hecho que se planteen modificaciones normativas tan arraigadas como el tiempo y la jornada de trabajo, la prestación de servicios y los derechos y deberes básicos de los trabajadores y empresarios. Así, el desarrollo masivo del “Big data”¹ y su aplicación en elementos y plataformas de uso comercial, han supuesto que las necesidades de unos y de otros cambien mucho más deprisa de lo que lo hacen las

¹ TODOLÍ SIGNES, A.: “Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales”. En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M y RODRÍGUEZ BEJARANO, M. (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*, Albacete, Bomarzo, 2018, pp. 223-241.

normas². La sociedad demanda nuevas reglas adaptadas al siglo XXI y, el trabajo, como condición básica e indispensable de la sociedad, también.

Desde la aparición de las nuevas plataformas digitales y los desarrollos de herramientas que conectan personas con empresas, maximizando comodidad e inmediatez, las empresas se han lanzado a una exploración de vías alternativas para canalizar esas demandas y convertirlas en resultados económicos. Tanto es así que, en no pocas ocasiones, se han establecido condiciones de trabajo que vulneran las normas, con tal de aprovechar el margen comercial y la minimización de gastos empresariales, ofreciendo a cambio inmediatez, como anteriormente se señalaba, bajos precios y visibilidad³. Pudiera parecer que el beneficio es compartido por empresas, intermediarios y usuarios o clientes finales, pero la realidad es bien distinta, y es que, al menos, hay un elemento claramente perjudicado, los trabajadores de dichas plataformas.

A través de un análisis pormenorizado de las características de la prestación de servicios, de las normas de aplicación y, sobre todo, de la interpretación jurisprudencial que de estas normas vienen haciendo los tribunales españoles (y también extranjeros), se presenta el siguiente trabajo que pretende clarificar la situación jurídica de los trabajadores en cuestión, a la par que ofrecer una explicación sencilla y al alcance de cualquier lego en derecho, sobre la problemática actual que implica a trabajadores, empresas y consumidores.

5.- NOTAS CLÁSICAS DE LA RELACIÓN LABORAL

Para hablar de notas clásicas de la relación laboral, al margen del análisis relativo a las resoluciones judiciales que más adelante se tratará, hay que acudir al primero de los artículos que vertebran, precisamente, la legislación básica en materia de Derecho del Trabajo, es decir, del artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Dicho precepto reza así: “Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito

² MERCADER UGINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.

³ TASCÓN LÓPEZ, R.: El eterno retorno a los mitos de ajenidad y dependencia en la era hipertecnológica/posindustrial (revisión a la luz de los problemas surgidos en la economía de plataformas). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 452, 2020, pp. 49-81.

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

El legislador incluye en el primero de los apartados de la norma básica que regula el Derecho del Trabajo el objeto del mismo, los sujetos incluidos, y continúa en los apartados siguientes del mismo artículo definiendo el concepto de empresario y los trabajos que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la precitada Ley.

Así, se identifican en el precepto señalado las notas definatorias de la relación laboral que, extraídas del párrafo e individualmente reseñadas son: voluntariedad; carácter personal o personalísimo de la prestación de trabajo; retribución; ajenidad, en todas sus vertientes (de los frutos, del mercado, de los riesgos y de los medios); y dependencia. De este modo se puede establecer que, el Derecho del Trabajo, no es en general cualquier tipo de trabajo en genérico o en abstracto, sino que viene constreñido y acotado por la presencia de las notas anteriormente citadas⁴. Es así que, presentes las anteriores, la relación de trabajo será de carácter laboral.

En este sentido, cabe decir que existen multitud de elementos que convierten a las relaciones laborales (pretendidas o confirmadas) en lo que la doctrina científica o académica y, más adelante, la jurídica como se tendrá ocasión de comprobar, se han dado en llamar *zonas grises*⁵. Esta expresión hace referencia a las múltiples y diversas manifestaciones que se dan de las mencionadas notas de laboralidad en distintos documentos y formas de prestación de servicios o trabajo, de modo y manera que identificar si la relación mantenida entre las partes es laboral o, por el contrario, de arrendamiento de servicios, resulta harto complicado incluso para la doctrina científica y jurisprudencial, más si cabe en un entorno de transformaciones y cambios continuos e imparables como el actual⁶.

Además y, como objeto de diferenciación que precisamente es cuestionado en la actualidad, el intento de ampliar los límites del trabajo autónomo, de modo y manera

4 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: Derecho del Trabajo, 22ª ed., Madrid, (Ramón Areces), 2014, p. 83.

5 MARTÍN VALVERDE, A.: “Fronteras y zonas grises del derecho del trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 38, 2002, pp. 21-50.

6 ÁLVAREZ CUESTA, H.: “¿Trabajador o autónomo? La calificación del trabajo en plataformas en las resoluciones judiciales españolas” Il diritto del mercato del lavoro, núm. 1, 2019, p.2.

que la línea divisoria con la relación laboral se desdibuje, no es sino un reto para legislador y tribunales a la hora de interpretar de manera más o menos flexible dichas notas o elementos característicos de la relación laboral, y lo es en una doble vertiente que se escapa del análisis de este texto, que no es otra que la laboralización de los trabajadores autónomos (quizá orientada a la consecución de beneficios y prestaciones sociales de las que carecen)⁷ y la “autonomización” de los asalariados que, en el momento actual, no necesitan necesariamente unos controles marcadamente rígidos como en tiempos pretéritos por multitud de factores (cualificación, TIC’S, etc.). En este sentido la doctrina científica viene ya avanzando una evolución pausada pero continua con diferentes propuestas, entre las que cabe mencionar, aunque sea a título nominal, la de la “laboralización parcial”⁸, que por otro lado, con innumerables matices y avanzando en el continuo proceso de difuminación de las líneas que marcan las notas anteriormente señaladas, se diluye en la figura del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente (TRADE), regulado en los artículos 11 y siguientes de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo (LETA).

Así todo, e incluyendo lo propiamente marcado por la doctrina judicial y jurisprudencial más clásica y refrendado por la más reciente, será el análisis concreto de los casos enjuiciados y la interpretación de las normas jurídicas conforme a lo dispuesto por el artículo 3.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil, el que determine la existencia o no de dichas notas características de la relación laboral, en unos criterios más o menos amplios y flexibles, marcando el criterio general que corresponda⁹.

6.- INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES

No son pocos los pronunciamientos judiciales que, en esta rama del Derecho o en otras, convienen en la reiteradísima función impropia que les ha otorgado el legislador de manera indirecta, de tener que marcar con su interpretación el devenir de futuras reformas legislativas. Así pues, en el ordenamiento laboral se pueden encontrar innumerables pronunciamientos judiciales que, de manera más o menos velada,

⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 81.

⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 81.

⁹ Por todas y para ilustrar la inmutable posición al respecto, entre otras la STS Sala Cuarta de lo Social de 26 de febrero de 1986 (Roj: STS 10925/1986) y STS Sala Cuarta de lo Social de 16 de noviembre de 2017, rec. 2806/2015, (Roj: STS 4552/2017).

recomiendan al legislador elaborar normas o acometer reformas que precisamente regulen las materias judicializadas, de manera que los tribunales, se ciñan al enjuiciamiento de los casos concretos y no actúen como legisladores provisionales.

En este caso concreto en el que el espacio fronterizo entre la laboralidad y la prestación de servicios autónoma, matizada por las profundas renovaciones productivas y tecnológicas actuales, resulta cada vez más desdibujada, se ha venido reiterando una doctrina jurisprudencial que otorga un valor fundamental a la aparición, incluso a la meramente indiciaria, de las notas características de la relación laboral para, de manera más o menos flexible, declarar la existencia o no de dicha relación laboral.

Así las cosas, en este trabajo se analizan los pronunciamientos judiciales, todavía mayoritariamente de instancia, relativos a la existencia o no de relación de carácter laboral entre las mercantiles *Glovo* (GLOVOAPP23) y *Deliveroo* (ROOFOODS SPAIN S.L.) y los mensajeros o *riders* que prestan servicios de reparto para las mismas.

De otro lado y, atendiendo al contenido de las sentencias que aquí se analizan, se ha procedido a hacer un recorrido por las notas características de la relación laboral y las referencias a las mismas en dichos pronunciamientos judiciales, de tal modo que, desde los hechos probados hasta los fundamentos de derecho, sin olvidar el fallo, se puedan identificar los indicios suficientes que han tenido en cuenta los tribunales para declarar la existencia o no de la relación laboral.

Al margen de dichas notas de laboralidad, es fundamental recoger la llamada teoría o doctrina del *nomen iuris*, esencial como paso previo al análisis de las sentencias que, por otro lado, la refieren en múltiples ocasiones en su fundamentación jurídica¹⁰. Dicha interpretación de los contratos no viene sino a decir que los mismos no han de regirse por su contenido formal, sino que, antes de acudir a su contenido, habrá que estar a la verdadera naturaleza de la relación que a través de ellos se materializa, así la jurisprudencia analizada en este caso, lo deja meridianamente claro en la mayoría de las sentencias con afirmaciones tales como que: “la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones

¹⁰ STS Sala Cuarta de lo Social de 26 de febrero de 1986 (Roj: STS 10925/1986); STS Sala Cuarta de lo Social de 29 de diciembre de 1989 (Roj: 11061/1989); STSJ Asturias, de 25 de julio de 2019 rec. 1143/2019 (Roj: STSJ AS 1607/2019) entre otras muchas.

que constituyen su objeto”¹¹. De igual modo, algunas sentencias van ligeramente más al detalle, cuando entran a justificar dicha interpretación precisamente por lo borroso e impreciso de los límites entre el contrato de trabajo y aquellos otros de servicio o de obra¹², reiterando siempre que, al menos en este punto, la teoría o doctrina del *nomen iuris*, es absolutamente aceptada con innumerables pronunciamientos jurisprudenciales desde antiguo. Tal es así que se cita, de manera reiterada el contenido reiterado en múltiples ocasiones por el Tribunal Supremo y que, de manera expresa reza: “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 requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones llevadas a cabo”¹³.

Así pues, se suma un elemento definitorio más, en sentido negativo, a la declaración o no de laboralidad de las sentencias analizadas, puesto que, si bien es conocido que cada sentencia ha de estar al hecho concreto y preciso que se enjuicia, se parte de un nexo común que pretende evitar la distracción de la denominación otorgada en cada caso, para centrarse en el contenido real de la prestación de servicio.

6.1 Voluntariedad.

Si algo hay pacífico en este trabajo, desde el punto de vista judicial, es que todas las sentencias analizadas coinciden en que es una nota presente en todas las relaciones laborales analizadas en las mismas, sin que eso pueda constituir indicio de nada, salvo de no existencia de trabajo esclavo.

Todas las sentencias recogen de manera más o menos exhaustiva la celebración de contratos mercantiles entre los repartidores y las empresas en cuestión, ya sea

¹¹ SJS 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019 rec. 371/2018 (Roj: SJSO 2892/2019).

¹² SJS 17 de Madrid, de 11 de enero de 2019 rec. 418/2018 (Roj: SJSO 269/2019).

¹³En SJS 19 de Madrid, de 22 de julio de 2019 rec. 510/2018 (Roj: SJSO 2952/2019), refiriéndose a STS Sala Cuarta de lo Social de 20 de marzo de 2007 rec. 747/2006 (Roj: 2546/2007) y STS Sala Cuarta de lo Social de 7 de noviembre de 2007 rec. 2224/2006 (Roj: 7294/2007) entre otras.

únicamente como cuestión incluida en el apartado de hechos probados¹⁴, o como una cuestión a la que dedican un análisis más profundo, en términos relativos, en la fundamentación de las sentencias¹⁵. Así pues, del hecho de la existencia de un contrato, sea cual sea la verdadera naturaleza de la relación que une a las partes, las sentencias analizadas coinciden, bien por omisión, bien por reseñarlo, en que es pacífico el carácter voluntario de dichas relaciones contractuales, sin entrar en ninguna valoración adicional al respecto.

Queda pues a debate, únicamente, la voluntariedad de desarrollar ese trabajo como TRADE's o como trabajadores por cuenta ajena, en cuanto a la obligación que sí llevan a cabo las empresas analizadas de implantar la figura del autónomo o del TRADE para poder entrar a formar parte de las mismas, siendo requisito obligatorio el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) para poder iniciar la prestación de servicios. Por tanto, podemos hablar de una absoluta voluntariedad en el consentimiento a prestar servicios para dichas compañías por parte de los llamados *riders*, es decir, en el aspecto material, pero no tanto en el formal, por cuanto se exige el alta en un régimen de Seguridad Social específico que, cuanto menos y como se analiza en este trabajo y se desprende de la ya multitud de fallos judiciales al respecto, no está tal claro que sea el correcto desde el punto de vista legal.

6.2. Carácter personalísimo de la prestación de trabajo.

Si bien con la voluntariedad resultaba difícil encontrar matizaciones en las sentencias analizadas, con la nota de la prestación personal del trabajo la situación es distinta. En ningún caso se niega que la prestación tenga un carácter personal, pero sí se establece en varias sentencias un límite o una matización en cuanto al carácter de exclusividad y en cuanto a la posibilidad de sustitución o subcontratación por parte de los *riders*.

Así, tanto en el relato de hechos probados como en los fundamentos de derecho, se incluyen incidencias sobre la capacidad que tenían los trabajadores de proceder a subcontratar la prestación de servicios con terceros. En este sentido se considera probado que, en el caso de Deliveroo, los contratos de prestación de servicios prohibían

¹⁴ SJS 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 rec. 1353/2017 (Roj: SJSO 3042/2018); SJS 17 de Madrid, de 11 de enero de 2019 rec. 418/2018 (Roj: SJSO 269/2019) entre otras.

¹⁵ SJS 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019 rec. 1214/2018 (Roj: SJSO 279/2019) y SJS 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018 rec. 633/2017 (Roj: SJSO 1482/2018), añadiendo en esta última una breve reseña sobre los artículos 1.254, 1258 y 1.261 del Código Civil.

expresamente la subcontratación del servicio, salvo autorización expresa de la empresa¹⁶. Posteriormente y en una revisión contractual, la empresa eliminó la prohibición expresa, pero siguió requiriendo la autorización de la misma para llevar a cabo dicha subcontratación¹⁷, lo que arroja dudas sobre la calificación del término “expresa”, por cuanto que si se prohíbe o se deja de prohibir, pero necesitando igualmente autorización de la empresa, el control sigue siendo total por parte de la mercantil, quedando al margen cualquier duda sobre el ejercicio de la potestad organizativa de la misma.

Por otro lado, la forma que Glovo ha puesto en práctica desde el inicio la prestación de servicios incluye un contrato en el que el repartidor es un trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), por lo que siguiendo la regulación expresa que a los mismos afecta según el Estatuto del Trabajador autónomo, no es posible tener trabajadores contratados o subcontratados a su cargo¹⁸, de tal modo que el régimen de no exclusividad y la configuración del carácter personal en la prestación del servicio viene matizada o concentrada en el régimen de sustituciones en determinados casos concretos que se abordará más adelante en el apartado correspondiente a la dependencia y ajenidad.

Así todo, las empresas pretenden tener en todo momento controlado el censo de trabajadores a su cargo, de modo y manera que a todos pudiesen aplicar las instrucciones y las exigencias que venían transmitiendo reiteradamente desde las sesiones formativas¹⁹, pasando por los correos habituales que incluso con periodicidad semanal en algunos casos enviaban a sus repartidores²⁰. De esta manera se garantiza la

¹⁶ SJS 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019 rec. 662/2017 (Roj: SJSO 2253/2019); SJS 6 de Valencia, de 01 de junio de 2018 rec. 633/2017(Roj: SJSO 1482/2018); SJS 19 de Madrid, de 22 de julio de 2019 (Roj: SJSO pendiente de Cendoj).

¹⁷ SJS 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019 rec. 662/2017 (Roj: SJSO 2253/2019); SJS 6 de Valencia, de 01 de junio de 2018 rec. 633/2017 (Roj: SJSO 1482/2018).

¹⁸ Artículo 11.2. a) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo.

¹⁹ SJS 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019 rec. 662/2017 (Roj: SJSO 2253/2019); SJS 24 de Barcelona, de 29 de mayo de 2019 rec. 144/2018 (Roj: SJSO 2930/2019) y de 21 de mayo de 2019 rec. 143/2018 (Roj: SJSO 2931/2019); SJS 1 de Gijón, de 20 de febrero de 2019 (Roj: SJSO 280/2019), entre otras.

²⁰ SJS 6 de Valencia, de 01 de junio de 2018 rec. 633/2017 (Roj: SJSO 1482/2018); SJS 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019 rec. 662/2017 (Roj: SJSO 2253/2019); SJS 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019 rec. 371/2018 (Roj: 2892/2019).

empresa en cuestión una operativa medida y un desarrollo de las actividades productivas acorde a la estrategia empresarial, de todo lo cual se llevará a cabo un estudio más detallado en los apartados correspondientes a las notas de ajenidad y dependencia. Adicionalmente, no se debe olvidar lo que en cuanto a control y poder disciplinario podría haber supuesto la subcontratación de terceros para realizar las tareas de reparto, ya que los subcontratados estarían desde el primer momento y de manera indubitada, incardinados dentro de una relación de carácter laboral, con plenas garantías, entre las que se encuentran las de la responsabilidad solidaria en materias de Seguridad Social, en lo que a cotizaciones se refiere, y el salario²¹.

Las sentencias analizadas concluyen pues que, si bien existe una evolución en el caso de los contratos que permiten la subcontratación, el modelo avanza hacia la figura del TRADE en ambas empresas, y lo hace porque es precisamente este modelo el que, hasta la fecha y con excepciones, ha sido el que han interpretado los tribunales españoles como el único válido para determinar la no declaración de laboralidad²². Sin perjuicio de lo anterior, también resulta cierto decir que en el sentido negativo de lo afirmado, si una persona tiene derecho y capacidad para contratar a otra para que ejerza las funciones que la primera desarrollaba, bajo sus instrucciones y dependencia, se puede concluir que la primera apreciación llevaría a pensar que quien contrata no es sino un trabajador autónomo (cuanto menos). En este sentido ya, en el plano internacional y utilizando este mismo razonamiento, se consideró que los trabajadores de Deliveroo eran precisamente autónomos por la capacidad de contratar a terceros²³.

En todo caso y atendiendo al criterio establecido desde antiguo por la jurisprudencia y ya reiterado *supra*, será el conjunto de indicios y el análisis del caso concreto el que determine la laboralidad de la relación, sin perjuicio de que en la misma se aprecien notas que, por accidente o deliberadamente, hayan sido incluidas para pretender lo contrario. Así, en lo observado por el *Central Arbitration Committee* (CAC) de Londres

²¹ Artículo 42.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015/, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²² SJS 17 de Madrid, de 11 de enero de 2019 rec. 418/2018 (Roj: 269/2019); SJS 24 de Barcelona, de 21 de mayo de 2019 rec. 143/2018 (Roj: SJSO 2931/2019); SJS 1 de Salamanca, de 14 de junio de 2019 rec. 133/2019 (Roj: 2893/2019); SJS 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 rec. 1353/2017 (Roj: 3042/2018).

²³ Resolución del *Central Arbitration Committee trade union and labour relations* (CAC) de Londres, de 14 de noviembre de 2017, sobre trabajadores de Deliveroo.

al respecto de la capacidad de contratación de terceros, hay que añadir la suma del resto de indicios que denotan, precisamente, lo contrario.

6.3 Retribución.

En cuanto a lo que respecta a la contraprestación que reciben los *riders* por parte de las empresas que figuran en las sentencias analizadas, resulta que en ambos casos se incluyen varios conceptos similares en cuanto a la forma de cobro. Así, en ambos casos analizados los trabajadores cobraban cada semana o quince días²⁴, siendo la segunda opción la habitual, y la operativa era la misma en las dos empresas: utilizando los datos de la aplicación y partiendo del precio pactado y mínimo garantizado que más adelante se analizará, la empresa elabora unas facturas que remite al *rider* para su conformidad por medios electrónicos²⁵. Una vez conforme, la empresa procede al abono de la cantidad por transferencia bancaria que, en algunos casos incluso se hace efectiva con el concepto “nómina”²⁶.

Para saber qué cantidad facturar, las empresas siguen también operativas similares, en las que se pacta un precio mínimo por pedido que puede ser conocido o no por los repartidores previamente, una cantidad por kilómetro recorrido y además, en los casos de Deliveroo, ha quedado acreditado que en caso de utilizar bicicletas eléctricas o motocicletas, un suplemento o plus de 0,25 € por reparto en el que usen este tipo de transportes hasta agosto de 2017, no para sufragar los gastos, sino para incentivar el uso de medios más rápidos, tal como se recoge en la sentencia²⁷. Adicionalmente, se incluyen en la factura las propinas abonadas a los repartidores a través de la aplicación²⁸ y en varios casos cuando el número de pedidos es inferior al mínimo pactado por hora

²⁴ SJS 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019 rec. 662/2017 (Roj: SJSO 1482/2018) para el caso de Deliveroo y SJS 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019 rec. 1214/2018 (Roj: SJSO 279/2019) para el caso de Glovo, por señalar un ejemplo, aunque se contiene en todas las sentencias tanto en hechos probados como en fundamentos de derecho.

²⁵ SJS 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019 rec. 371/2018 (Roj: 2892/2019) para el caso de Deliveroo y SJS 1 de Gijón, de 20 de febrero de 2019, rec. 724/2018 (Roj: 280/2019) para el caso de Glovo, entre otras.

²⁶ SJS 24 de Barcelona, de 29 de mayo de 2019 rec. 144/2018 (Roj: SJSO 2930/2019) y de 21 de mayo de 2019 rec. 143/2018 (Roj: SJSO 2931/2019).

²⁷ SJS 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019 rec. 662/2017 (Roj: SJSO 1482/2018).

²⁸ SJS 6 de Valencia, de 01 de junio de 2018 rec. 633/2017 (Roj: SJSO 1482/2018).

que a continuación se abordará, se incluye el concepto “ajustes”²⁹ en las facturas, de manera que se garantice ese mínimo por hora que en el caso de Deliveroo asciende a 4,50 € brutos por hora trabajada y 1,50 € brutos por entrega realizada, a los que se añaden los gastos estimados de combustible para la jornada que se realice³⁰.

Es incuestionable entonces, que la pretendida figura del TRADE queda absolutamente desvirtuada por razón de la percepción de una cantidad mínima y fija por pedido y por hora, mientras que no lo es tanto la compensación por combustible, que sí puede formar parte habitual en un contrato de prestación de servicios de tipo mercantil como se pretende por las empresas analizadas. Lo que no lo es, volviendo al inicio del razonamiento, es el precio fijo pactado por la prestación de servicios, que únicamente puede entrañar una relación laboral camuflada o desvirtuada, propia de lo que podría ser el contrato de un agente comercial o vendedor, que cobrará comisiones según las ventas que realice, es decir, tendrá una parte importante de su retribución basada en objetivos, pero garantizando en todo momento una cobertura mínima, lo que en ningún caso puede considerarse un servicio de tipo mercantil, aun siquiera, considerando como tal las denominadas “iguales” que habitualmente pueden ser objeto de retribución entre despachos profesionales y clientes, puesto que esas percepciones constituyen un fijo inalterable que cubre la total prestación del servicio para el cliente, sin variables posteriores o, en el caso de hacerlo, quedarían establecidas dentro del marco de la prestación de un servicio de unas características especiales y concretas y de una actividad profesional que, en caso alguno, puede compararse con la el reparto de mercancías como se viene analizando en el presente estudio.

6.4 Ajenidad y dependencia.

Por último deben abordarse las dos notas características que, en coincidencia casi pena con la jurisprudencia, son las que más nivel de abstracción presentan, siendo a la vez las más determinantes a la hora de establecer el carácter o tipo de relación existente entre las partes³¹.

²⁹ SJS 6 de Valencia, de 01 de junio de 2018 rec. 633/2017 (Roj: SJSO 1482/2018).

³⁰ SJS 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019 rec. 371/2018 (Roj: SJSO 2892/2019).

³¹ Por todas la STS Sala Cuarta de lo Social de 26 de febrero de 1986 (Roj: STS 10925/1986), iniciadora de doctrina clásica y que clarifica estos extremos.

La decisión de abordarlas de manera conjunta responde precisamente a que, como anteriormente se ha referido, ambas se completan prácticamente en identidad de casos y situaciones, formando un todo de manera conjunta que permite desdibujar o no, la figura a debate, en este caso la de los *riders*, en cuanto a su clasificación como TRADE o como trabajadores por cuenta ajena.

7.- NOTAS A LA SENTENCIA 805/2020 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2020, DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Tras las numerosas demandas presentadas en los diferentes juzgados de lo social de los diferentes territorios, toda vez que se dio cauce a los recursos de suplicación correspondientes y que fueron resueltos, la cuestión finalmente llegó al Tribunal Supremo, con origen en la sentencia del Juzgado de lo Social 39 de Madrid, en la que se desestimaba la demanda del trabajador y se establecía que la relación entre las partes no era laboral, sino de un TRADE con una mercantil y un contrato de prestación de servicios.

Obviando los dos motivos de recurso referidos al fondo, sobre los que el propio Supremo no se pronuncia por no existir motivos casacionales por, entre otras causas, no señalarse sentencia de contraste, procede revisar exhaustivamente los hechos declarados probados, determinantes en caso de futuros procedimientos, así como a la fundamentación para declarar como laboral la relación entre el *rider* y la empresa Glovo.

7.1 Los hechos.

La sentencia de instancia y, por tanto, los hechos que no han sufrido variación en los procedimientos posteriores de recurso, ni en Suplicación, ni por supuesto en Casación para la Unificación de Doctrina por no proceder en este último, constituyen un nutrido número de ordinales que, en primer lugar consideran que el trabajador se dio de alta como autónomo en el correspondiente Régimen Especial, suscribiendo un contrato de prestación de servicios con la mercantil como TRADE. Resulta muy relevante de cara a establecer en un futuro la exclusividad o no de la prestación de servicios, que el trabajador en virtud de dicho contrato, se compromete a obtener al menos el 75% de sus ingresos de dicha mercantil pero, en ningún caso, de manera exclusiva a percibir el total de sus ingresos por parte de la misma.

En cuanto a la empresa, resulta muy importante comprobar cómo los hechos probados la califican como una mercantil “*cuyo objeto social es la explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes, actuando como comisionista...*”³². Además, se hace referencia a que la empresa presta sus servicios a través de una aplicación móvil o página web, a través de las que oferta sus productos e intermediando entre consumidor o cliente final y el cliente. Es importante conocer que, el cliente, no es el consumidor final, sino el establecimiento con el cuál Glovo tiene concertados los servicios de intermediación, lo que ya puede dar suficientes pistas sobre lo que más adelante se desarrollará en la fundamentación de la sentencia sobre la naturaleza de la relación entre trabajador y empresa.

A mayor abundamiento, sobre la empresa, se recoge en el Hecho Probado Segundo de la sentencia de instancia, no controvertido y no modificado en los recursos posteriores que, la mercantil puede hacer de intermediaria con acuerdos comerciales con terceros o bien, actuar únicamente como mera transportista de mercancías entre un punto y otro, es decir, lo que puede ser un reparto de mercancía no adquirida. Se califica a la empresa como prestataria de un servicio “*on demand*” de “*reparto exprés a cuatro bandas*”³³. Pero sin duda, donde puede entenderse gran parte de la clave para la resolución que posteriormente se fundamenta en la afirmación sobre la manera que la empresa tiene de obtener recursos financieros que, por ser fieles a la literalidad de la sentencia se recoge e manera textual: “*La Empresa se nutre financieramente de los acuerdos comerciales que concierta con los establecimientos, tiendas y comercios, no de lo que le pagan los usuarios por los recados.*”³⁴

En cuanto al desarrollo de la actividad, se recoge como probado y no controvertido que el trabajador desarrolla una actividad que se gestiona a través de una APP que es propiedad de la empresa y que sirve para intermediar. Si bien es cierto que, para regular los aspectos que pueden surgir o derivarse de la prestación de servicios, existe una cuenta de correo electrónico en la que trabajador o *rider* y empresa, se comunican.

³² STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de septiembre de 2020 rec. 4746/2019 (Roj: STS 2924/2020).

³³ STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de septiembre de 2020 rec. 4746/2019 (Roj: STS 2924/2020).

³⁴ SJS 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 rec. 1353/2017 (Roj: SJSO 3042/2018) y STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de septiembre de 2020 rec. 4746/2019 (Roj: STS 2924/2020).

A la hora de desarrollar la actividad, el trabajador reserva la semana anterior la franja horaria en la que prestará servicios. Esta reserva viene acotada por el sistema de puntuación que la empresa tiene establecido y que más adelante se detallará. De este modo, el *rider*, una vez en la franja horaria y lugar establecido previamente se conectaba a la aplicación con las claves que la empresa le proporciona, de modo que a partir de ese momento comienzan a entrarle pedidos. A la hora de aceptar el pedido, el trabajador puede activar el denominado método o sistema automático, por el que la empresa le asigna los pedidos por orden de entrada y siguiendo la función logarítmica correspondiente en la que se tienen en cuenta franja, ubicación y tiempo, o bien puede seleccionar el método manual, en la que el trabajador es quien selecciona los pedidos que le interesa realizar entre los disponibles. En ambos casos, el trabajador puede rechazar el pedido bien si proviene de la asignación automática o bien una vez aceptado, siendo reasignado por la aplicación a otro trabajador. En este sentido, aunque la sentencia recoge que ese rechazo, incluso una vez aceptado el pedido, es sin penalización por parte de la aplicación, otras sentencias recogen que sí hay una penalización indirecta, como más adelante en la fundamentación jurídica se revisará.

Siguiendo prácticamente el esquema de las notas características de la relación laboral, la sentencia continúa recogiendo en el Hecho Probado Quinto ³⁵ el sistema de retribución, fundamental a la hora de analizar el vínculo real que une al *rider* con la empresa.

Según se refleja en la documental aportada en el acto del juicio, se recoge que la retribución consistía en el pago de de una cantidad por pedido a la que, posteriormente, se añadía otra fijada en función de los kilómetros recorridos y el tiempo de espera. Resulta ampliamente llamativo que se retribuya el tiempo de espera, puesto que no es un tiempo de prestación efectiva de servicios, por lo que pareciera que la mercantil compensa al *rider* por el tiempo que no puede estar “produciendo” o generando ingresos, es decir, algo absolutamente impropio de una relación de carácter mercantil en la que se percibe una retribución por los servicios prestados, no por el tiempo que se pueda demorar dicha prestación por causas ajenas o no imputables al propio prestatario.

El cliente o consumidor final abonaba, según se refleja en esta sentencia, la cantidad de 2,75 € por un pedido sencillo denominado “*glovo sencillo*”³⁶, de los cuales la compañía

³⁵ SJS 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 rec. 1353/2017 (Roj: SJSO 3042/2018).

posteriormente asignaba en la facturación quincenal 2,50 € al *rider* mientras que el resto se lo quedaba en concepto de comisión por la intermediación.

Resulta llamativo que, para percibir la remuneración, la empresa *Glovo*, con todos los datos obtenidos de la aplicación correspondiente a través de la que se presta servicio, elaboraba una factura que trasladaba al propio *rider* para que fuese validada por éste y, una vez constatada la adecuación de los conceptos, servicios y tareas efectuadas, el propio trabajador emitía dicha factura con el correspondiente número y serie a la mercantil quien le abonaba la cantidad mediante transferencia bancaria. Pese a que en esta sentencia no se recoge, para otros casos similares y en empresas diferentes como Deliveroo, se llegaban a efectuar las transferencias mediante el concepto “nómina”³⁷.

El relato de hechos probados continúa con prestación de servicios en cuanto a la existencia o no de una orden al respecto. Se declara probado que era el trabajador el que iniciaba su ornada cuando consideraba y decidía también poner fin a la misma de idéntica manera. Se recoge expresamente que el trabajador no tenía un mínimo de pedidos que atender ni una jornada mínima en cuanto a la duración de la misma, pudiendo rechazar los pedidos que considerase sin recibir una penalización por tal motivo acreditándose en este caso concreto el rechazo de diversos pedidos por parte del actor sin haberse producido penalización alguna en las semanas posteriores en atención a la selección de la franja y horas en que prestase servicio. Sin embargo, esto se contradice con lo recogido en el Hecho probado Séptimo³⁸.

En cuanto al sistema de puntuaciones que la empresa tenía establecido, se clasificaba a los trabajadores en tres categorías: “*principiante, junior y senior*”³⁹. Si un repartidor lleva más de tres meses sin realizar servicio alguno, la empresa puede bajar su categoría, lo que, como más adelante se podrá fundamentar, es un ejercicio de poder disciplinario por

³⁶ SJS 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 rec. 1353/2017 (Roj: SJSO 3042/2018); SJS 17 de Madrid, de 11 de enero de 2019 rec. 418/2018 (Roj: 269/2019) y STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de septiembre de 2020 rec. 4746/2019 (Roj: STS 2924/2020).

³⁷ SJS 6 de Valencia, de 01 de junio de 2018 rec. 633/2017 (Roj: SJSO 1482/2018).

³⁸ SJS 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 rec. 1353/2017 (Roj: SJSO 3042/2018).

³⁹ Se comparte el mismo aspecto en otras sentencias sobre idéntica materia, entre otras en: SJS 17 de Madrid, de 11 de enero de 2019 rec. 418/2018 (Roj: 269/2019); SJS 24 de Barcelona, de 21 de mayo de 2019 rec. 143/2018 (Roj: SJSO 2931/2019); SJS 1 de Salamanca, de 14 de junio de 2019 rec. 133/2019 (Roj: 2893/2019); SJS 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 rec. 1353/2017 (Roj: 3042/2018).

parte de la mercantil, ajeno a toda actividad de libre prestación de servicios como colaborador autónomo. En todo caso, la puntuación de los *riders* depende de tres factores, a saber: “*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’*”⁴⁰.

Ahora bien, se recoge de manera expresa en la sentencia que, la empresa, puede penalizar con 0.3 puntos al repartidos cada vez que este no está operativo a la hora seleccionada para iniciar su actividad y en el lugar de inicio de la prestación de servicios. Lógicamente, como se podrá exponer más adelante, esto constituye una clara nota de dependencia y potestad sancionadora por parte de la mercantil. Más aun, existe un procedimiento por el que el trabajador, a través del precitado correo electrónico que previamente se ha señalado, puede justificar sus ausencias, si bien es cierto que no se requiere aportación documental expresa al igual que podría suceder en una relación de carácter laboral al uso.

Una vez establecido el sistema de clasificación, se considera probado que los repartidores con mejor puntuación tienen acceso preferente a los recados y servicios que van entrando en la aplicación, así como a seleccionar la franja en la que prestarán servicios que, como anteriormente se ha recogido, resulta de elección por el propio repartidor. Más adelante se razonará, con toda lógica jurídica, que con un sistema de puntuación que da preferencia al acceso de selección de franjas horarias y días de prestación de servicio y, siendo un sistema controlado por la mercantil que puede rebajar la categoría o penalizar por incumplimiento en el inicio de la jornada de prestación de servicios, parece claro que existe un claro control empresarial de la actividad y de la realización de las tareas por parte de los repartidores.

Los hechos probados recogen igualmente que el repartidor tenía derecho a interrumpir su actividad durante 18 días hábiles al año, consensuando ambas partes el período de su disfrute. Esto choca frontalmente, pese a que no se le da mayor importancia en la fundamentación jurídica posterior, con la libertad o autonomía de la prestación servicios, no tanto por el pacto de los días, sino por la conveniencia de determinar qué días son o no hábiles, es decir, un servicio que se presta a diario, con franjas horarias determinadas en las que la demanda es mayor, como pueden resultar los fines de

⁴⁰ SJS 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 rec. 1353/2017 (Roj: SJSO 3042/2018).

semana y días de menos actividad exterior, concuerda de manera difícil con la habilidad o no de los días y mucho más con la elección de éstos para dejar de prestar servicios. Es más, si resulta que el pacto es en este sentido, se concilia mal con el pacto entre partes para seleccionar unos días que, pese a no denominarse así, lo son de vacaciones.

La relación de hechos probados recoge además que no existe exclusividad entre las partes firmantes, teniendo el trabajador libertad para contratar con terceros la realización de servicios, eso sí, respetando siempre el porcentaje de ingresos correspondiente al contrato de TRADE que mantiene con la mercantil. Lo que no se indica es si esa contratación con terceros puede ser para los propios pedidos contratados con la mercantil o para otros servicios de la misma actividad productiva. Además, el *rider* asume la responsabilidad del buen fin del servicio y los daños y pérdidas que pudieran sufrir los productos y mercancías frente al cliente, obteniendo derecho a retribución únicamente si se completaba el pedido con la satisfacción del cliente que se manifiesta a través de la aplicación. Puesto que para determinados recados el trabajador tiene que adquirir bienes o productos, la empresa le proporciona al trabajador una tarjeta de crédito⁴¹. Sin duda, tiempo habrá en el apartado siguiente de comentar este aspecto relativo a la ajenidad de los medios que, sin perjuicio de avanzar lo siguiente, resulta absolutamente determinante.

Otro de los aspectos recogidos en el relato de hechos probados de la sentencia y que no resultaron controvertidos es la permanente geolocalización del trabajador a través de un sistema GPS incorporado en la APP, que registra los kilómetros recorridos por el repartidor en cada servicio pudiendo elegir libremente la ruta desde el punto de origen hasta el cliente final.

En cuanto a los medios, añade el relato fáctico que el trabajador contaba con una moto y un teléfono móvil, ambos de su propiedad, aportados por éste para la prestación de servicios, respecto de los que corría con todos los gastos inherentes su utilización. Conviene tener muy presente este punto respecto de lo que, en el apartado siguiente, se convertirá en el análisis referente a la ajenidad de los medios, que el propio Supremo desglosa de manera extensa en su sentencia y de la que, por supuesto y de manera

⁴¹ SJS 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 rec. 1353/2017 (Roj: SJSO 3042/2018).

brillante, si se permite el aspecto subjetivo de la valoración, el ponente hace un recorrido cronológico, extenso y completo en numerosos pronunciamientos⁴².

El conjunto de hechos probados recoge la situación de incapacidad temporal (IT) del trabajador, por contingencias comunes, durante un período de dos días, sin embargo con anterioridad a los mismos, permaneció sin prestar servicio por encontrarse indispuesto. Esta situación fue comunicada a la empresa por el correspondiente conducto habitual de correo electrónico sin más justificación que a mera manifestación por parte del trabajador del hecho que le impedía acudir a prestar servicios en los días y en las franjas horarias que previamente había reservado. La mercantil se limitó a acusar recibo de dichas situaciones manifestadas por el *rider* y a proceder a asignar los pedidos y franjas a otros compañeros a tiempo, con excepción del día 31 de octubre de 2017, en que no pudo reaccionar a tiempo, por lo que le comunicó al trabajador que “...*perdona la demora en responder. No hemos podido solucionártelo a tiempo. Trabajaremos para mejorar nuestros errores.*”⁴³.

En el último de los hechos probados que resultan de interés para la calificación de la relación jurídica entre *rider* y mercantil, el Décimo-Tercero, se recoge la puntuación que, en una escala de máximo 5 puntos, tenía el trabajador durante diferentes momentos de la prestación de servicios próximos a su cese en la empresa, como son los días 18 de octubre de 2017, cuando la puntuación era de 4,8 puntos sobre 5; en fecha 21 de octubre del mismo, en que su puntuación descendió súbitamente hasta 1 punto sobre 5; el 24 de octubre en que sí volvió a prestar servicios, su puntuación era de 4,2 puntos sobre 5, mientras que la puntuación del día 25 de octubre era de 5 puntos sobre 5 posibles, siendo el último día en que el trabajador prestó servicios.

El trabajador presentó demanda por despido el 17 de noviembre de 2017, considerando que había sido despedido tácitamente por su ausencia por enfermedad, al no proporcionarle la mercantil más actividad en la aplicación. En el *petitum* de dicha demanda se solicitaba la declaración del despido como nulo, alegando causa discriminatoria por razón de enfermedad para tal decisión extintiva por parte de la mercantil, aunque si bien es cierto que de manera velada, puesto que no se produjo

⁴² Entre otras, por resultar de absoluta referencia al caso: STS Sala Cuarta de lo Social de 26 de febrero de 1986 (Roj: STS 10925/1986) y STS Sala Cuarta de lo Social de 29 de diciembre de 1989 (Roj: 11061/1989).

⁴³ SJS 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 rec. 1353/2017 (Roj: SJSO 3042/2018).

comunicación formal de cese de prestación de servicios. A la reclamación se adicionaba una reclamación por concepto de reparación de daños morales que ascendía a la cantidad de 10.000 €

En los meses de noviembre de 2017 a febrero de 2018, el actor no prestó ningún servicio para la mercantil, por lo que en atención a la causa recogida en el artículo 50 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre de 2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, presentó papeleta de conciliación por acción de extinción indemnizada de la relación laboral por falta de trabajo efectivo y pago de salario contra la mercantil. En este *íter*, la empresa continuaba remitiendo información corporativa al *rider*, que en fechas posteriores solicitó no recibir más información.

No fue hasta el 14 de marzo de 2018 cuando la empresa se puso en contacto mediante correo electrónico con el trabajador para indicarle que conforme a la cláusula séptima del contrato de prestación de servicios que regía la relación entre ambas partes, quedaba rescindida la colaboración con la empresa, imputando dicha finalización a un incumplimiento del propio *rider*, a lo que éste contestó que de ningún modo había renunciado a la prestación de servicios, sino que había procedido mediante la interposición de dos acciones legales frente a la mercantil, por considerar laboral la relación que les unía y demás consecuencias inherentes a tal declaración.

Acto seguido el trabajador presentó papeleta de conciliación por despido, en este caso la sentencia lo recoge como “expreso”, solicitando se declarase el despido como nulo por haberse producido con vulneración de derechos fundamentales, solicitando una indemnización adicional de 12.000 € sosteniendo que la relación que mantenía con la empresa lo era de carácter laboral enmascarada la modalidad de trabajo autónomo.

7.2 Los fundamentos de derecho.

Con independencia de lo que constituye el verdadero objeto de análisis de este trabajo, es decir, calificación jurídica de la relación que mantienen *rider* o trabajador y empresa, resulta adecuado hacer una aproximación a los antecedentes de dicha resolución que aporta la propia sentencia que se analiza en este apartado.

Para tener cabida dicho análisis y que pueda existir un pronunciamiento en este sentido, se exige el conocido como criterio de contradicción, es decir, la aportación de una

sentencia, en este caso del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la que se den una serie de características en los hechos y fundamentación que sea coincidente con la recurrida, de este modo, el Tribunal Supremo puede entrar a resolver dicha cuestión, mientras que de no ser así, procedería inadmitir el recurso de Casación para la Unificación de Doctrina por falta de contradicción en los términos del artículo 219 de la LRJS. La sentencia de Asturias, recoge igualmente en sus hechos probados la prestación de servicios del trabajador con idéntica empresa, Glovo. En ambos casos la prestación de servicios se había formalizado mediante la firma de un contrato en el que el trabajador prestaba servicios como TRADE, siendo sus funciones igualmente las de reparto en idénticas circunstancias, a través de la APP de la compañía.

Se acredita la selección de franjas horarias, la posibilidad de mejorar su selección en función de la puntuación obtenida con el sistema ya expuesto en los hechos del apartado anterior. Existe igualmente coincidencia en el sistema de retribución y abono de las facturas, la aportación de un teléfono y motocicleta por parte del trabajador.

Con todas estas similitudes, la sentencia de Madrid⁴⁴, tanto de instancia como en TSJ⁴⁵, declara la no existencia de relación laboral, mientras que tanto la sentencia de origen de Gijón⁴⁶, como la del recurso del TSJ de Asturias⁴⁷, declaran la existencia de relación de laboralidad. Así, el Tribunal Supremo en su Primer Fundamento de Derecho de la sentencia que nos ocupa declara que sí existe la suficiente contradicción entre las resoluciones y entra a valorar el recurso presentado contra la sentencia de Madrid, no sin justificar la existencia de diferencias tales como que en la de Madrid existe una acumulación de tres procesos, mientras que en la de Asturias únicamente se analizaba la naturaleza de la relación de laboralidad en el procedimiento de despido y previo a la calificación del mismo.

De igual modo, antes de desgranar en una fundamentación clara y ordenada las notas de la relación laboral y su concurrencia en el caso correspondiente a la sentencia, el Supremo revisa uno de los motivos de impugnación del recurso de casación, como es la

⁴⁴ SJS 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 rec. 1353/2017 (Roj: SJSO 3042/2018).

⁴⁵ STSJ de Madrid, de 19 de septiembre de 2019 rec. 195/2019 (Roj: STSJ M 6611/2019).

⁴⁶ SJS 1 de Gijón, de 20 de febrero de 2019, rec. 724/2018 (Roj: 280/2019).

⁴⁷ STSJ de Asturias, de 25 de julio de 2019 rec. 1143/2019 (Roj: STSJ AS 1607/2019).

posibilidad o no de elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁴⁸ en cuanto a lo que se debe determinar sobre la definición de trabajador.

Sin duda, esta petición de la representación procesal de la empresa es una muy buena estrategia legal, toda vez que de haberse estimado conveniente por la Sala haber elevado esta cuestión, podría haber dejado en manos del TJUE, con una visión sin duda menos específica del Ordenamiento Jurídico de nuestro país, la decisión de fondo sobre el carácter de laboral o no respecto a la relación entre trabajador y empresa. Para ello, la impugnación de la empresa se apoya en la existencia de lo que considera una duda razonable sobre la aplicación, fundamentalmente, de los artículos 15 y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre la libertad de empresa y la libertad profesional. En su razonamiento, la representación procesal de la empresa, afirma que existen dudas razonables entre la aplicación del Derecho Comunitario y el interno, por las características que otorga el primero a los trabajadores en diferentes y diversos pronunciamientos, relativos a la aplicación de la Directiva 2003/88/CE, a partir de la cual se excluye de la consideración de trabajador a los efectos de dicha Directiva a *“una persona contratada por su posible empleador en virtud de un acuerdo de servicios que estipula que es un empresario independiente”*⁴⁹ siempre y cuando el trabajador pretendidamente empresario pueda utilizar subcontratistas o sustitutos para las tareas encomendadas, aceptar o rechazar determinadas tareas propuestas por el empresario que le contrata, carecer de exclusividad en el sentido de poder efectuar para cualquier otro, incluida la competencia, las tareas que le encomienda el empresario y, por último, fijar y organizar su jornada de trabajo con unos ciertos límites .

Para todo lo anterior el TJUE establece dos excepciones que más que objetivas parecieran subjetivas en función de los límites y la interpretación que se pueda dar a cada caso concreto, como son que la independencia de dicho trabajador no parezca

48 STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de septiembre de 2020 rec. 4746/2019 (Roj: STS 2924/2020).

49 Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 22 de abril de 2020 B contra Yodel Delivery Network Ltd. Petición de decisión prejudicial planteada por el Watford Employment Tribunal Procedimiento prejudicial — Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia — Directiva 2003/88/CE — Ordenación del tiempo de trabajo — Concepto de “trabajador” — Empresa de transporte de paquetería — Calificación de los transportistas con contrato de arrendamiento de servicios — Posibilidad de que el transportista subcontrate la actividad con terceros y preste servicios similares simultáneamente a otros clientes. Asunto C-692/19.

ficticia y que *no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador*, remitiendo en esos casos a cada tribunal la interpretación correspondiente en función de la precitada Directiva.

El ponente de la sentencia del Supremo fija en su texto que, dado que en virtud de las pruebas y notas del caso la independencia del trabajador era meramente aparente. Además la controversia del caso enjuiciado radica en la determinación de si la relación entre el trabajador y la empresa era de subordinación, por lo que no ha lugar a la cuestión de prejudicialidad ante el TJUE y procede por el Tribunal Supremo analizar dicha cuestión.

Previo a desgranar todas y cada una de las notas con la aplicación al caso, se recogen los artículos 1.1 y 1.3.g) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el artículo 11.2 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA). En este sentido, además de las notas características de la relación laboral que se abordaron en el primer apartado de este trabajo, el artículo 11.2 LETA dispone que para poder estar incluido dentro de la calificación de TRADE, se exige en orden a los apartados a), b), c), d) y e) de dicho texto, que el trabajador no debe tener a su cargo a otros trabajadores por cuenta ajena, así como subcontratar. De igual modo exige que la ejecución de la actividad se diferencie de manera clara de la de los trabajadores por cuenta ajena, así como disponer de infraestructura propia para llevar a cabo la actividad, organizar la actividad con criterios propios sin depender de otros y, por último, percibir una contraprestación económica en función de los resultados de la actividad, lo que sin duda va directamente unido a la asunción de los riesgos propios de la actividad o de la ajenidad de los frutos derivados de la explotación de la misma.

Asumiendo por tanto que, los elementos diferenciadores de interpretación subjetiva que van a resultar claves en la determinación de la laboralidad o no de la relación entre *rider* y empresa, la sentencia dedica un único fundamento de derecho, el séptimo, a dar relevancia a la dependencia y la ajenidad, reiterando la doctrina clásica del propio Tribunal que establece que *“La dependencia y la ajenidad son conceptos abstractos que*

se manifiestan de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de producción y que guardan entre sí una relación estrecha”⁵⁰.

Así pues, la construcción jurisprudencial de la dependencia ha ido variando con el paso del tiempo, si bien es cierto que, desde antiguo, la doctrina de los Tribunales ha matizado dicho término incluso dotándole de una flexibilidad amplia. Ya en la sentencia del Supremo de 11 de mayo de 1979, se matizaba la exigencia relativa a la dependencia, afirmándose que *“la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa”⁵¹*. A partir de este punto y con el avance tecnológico continuo que se ha venido produciendo en las sociedades postindustriales y en las diversas formas de prestación de servicios, el criterio o la nota de dependencia se ha ido adaptando, aunque en muchos casos, incluida la propia sentencia del Supremo, se hable de flexibilización. Todo, finalmente, tiene un punto común que sí ha puesto de acuerdo a doctrina científica y de los Tribunales, que es que debido a la dificultad que conlleva valorar la presencia de estos elementos definitorios, en especial la ajenidad y la dependencia, para determinar la existencia o no de relación laboral en los supuestos dudosos, se ha venido utilizando lo que se ha dado en llamar la *“técnica indiciaria”*, esto es, en cada caso concreto han de identificarse y ponderarse los indicios a favor y en contra de la existencia de relación laboral, acudiendo a los aspectos particulares del caso enjuiciado. En este sentido, se observa también la dificultad de que este tipo de casos lleguen al Tribunal Supremo puesto que, al haber tantas posibles variaciones, resulta complejo que se cumplan los requisitos del 219 LRJS, por lo que en el futuro y, con otra relación de hechos probados, no sería difícil encontrar una resolución que pudiese declarar la no existencia de relación laboral entre *rider* y empresa. Como se ha expuesto en los apartados anteriores de este trabajo, si bien son similares, las características de la prestación de servicios de los trabajadores de otras plataformas no son idénticas a las del caso enjuiciado, por lo que la posibilidad de que vuelva a producirse un recurso ante el Supremo no es, en absoluto, remota.

⁵⁰ STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de septiembre de 2020 rec. 4746/2019 (Roj: STS 2924/2020); STS Sala Cuarta de lo Social de 26 de febrero de 1986 (Roj: STS 10925/1986); STS Sala Cuarta de lo Social de 29 de diciembre de 1989 (Roj: 11061/1989); STS Sala Cuarta de lo Social de 24 de enero de 2018 rec. 3595/2015 (Roj: STS 588/2018); STS Sala Cuarta de lo Social de 8 de febrero de 2018 rec. 3389/2015 (Roj: STS 589/2018) y STS Sala Cuarta de lo Social de 29 de octubre de 2019 rec. 1338/2017 (Roj: STS 3511/2019).

⁵¹ STS Sala Cuarta de lo Social de 11 de mayo de 1979 (Roj: STS 418/1979).

Así pues, antes de proceder a identificar las notas características de la relación laboral aplicables al caso, el Supremo recuerda su doctrina al respecto de la interpretación jurisprudencial de las relaciones laborales en supuestos dudosos, reiterando que *“La calificación de la relación como laboral ha de hacerse en cada caso en atención a los indicios existentes, valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta servicio”*⁵².

En cuanto al Derecho comparado y las diferentes interpretaciones que se han hecho en otros Estados miembros de la UE cometidos o vinculados a las decisiones del TJUE, se pueden destacar dos sentencias, como recoge el Supremo en su sentencia, sin perjuicio de las que se han ido desgranando en el apartado 4 de este trabajo sobre las decisiones de tribunales de EEUU y de Reino Unido al respecto de trabajadores con una relación especial y que, sin duda, representan supuestos dudosos. En cuanto al TJUE, de nuevo, en el caso de varios profesores de un “College” contratados por horas a través de una agencia de intermediación, que debían ser trabajadores por cuenta propia, el Tribunal entendió que se trataba de una relación de carácter laboral, atendiendo al criterio de trabajador recogido en el artículo 141.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que recoge identifica al trabajador como *“la persona que realiza, durante un período de tiempo determinado, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las que percibe una remuneración”*. Además el Tribunal argumentó que *“En lo que respecta a los profesores que tienen la obligación, ante una empresa intermediaria, de efectuar una prestación de servicios específica en un centro de enseñanza, procede analizar especialmente en qué medida se restringe la libertad de los mismos para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo”* y continúa diciendo que *“El hecho de que tales personas no estén obligadas a aceptar una prestación de servicios específica carece de repercusión en este contexto”*⁵³. Resulta bastante importante que el ponente de la sentencia del Supremo se fije en este caso concreto por cuanto se refiere a la posibilidad o no de rechazar un trabajo como elemento excluyente de la relación laboral de un trabajador que, por lo demás, mantiene características retributivas y de dependencia similares a las del resto de compañeros que prestan servicios por cuenta ajena. Esto es así dado que, como se ha relatado en los

⁵² STS Sala Cuarta de lo Social de 20 de enero de 2015 rec. 587/2015 (Roj: 637/2015).

⁵³ TJUE Sentencia de 13 de enero de 2004, C-256/01, asunto Allonby.

hechos probados, los trabajadores de *Glovo*, tenían, según los hechos declarados probados, la capacidad de rechazar ciertos encargos sin penalización por parte de la empresa, si bien esto último quedará matizado posteriormente tanto por el propio ponente de la sentencia como por la explicación que se ofrece de las penalizaciones indirectas a juicio y criterio de quien este trabajo desarrolla.

Por otro lado, la segunda sentencia del TJUE que propone la sentencia del Supremo como de referencia, es el que tiene como protagonista a la conocida empresa *Uber*, respecto de la calificación que tienen los conductores que para ella prestan servicios. En esa sentencia se analizó la influencia que tenía dicha compañía en el ámbito de dicha prestación de servicios, puesto que la defensa letrada de la compañía sostenía que se trataba de una mera actividad de intermediación y puesta en contacto de usuarios y conductores no profesionales. Sostiene el TJUE que *“el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores.”*⁵⁴. Esto resulta determinante a la hora de analizar, *a posteriori*, la real influencia de la aplicación como “medio” frente a los que, aparentemente pudieran resultar tales, es decir, el teléfono móvil y el medio de transporte, en este caso enjuiciado la moto, frente a lo que realmente constituye el medio a través del cual se canaliza la actividad y sin el que, irremediablemente, no existiría tal prestación de servicios que es, sin perjuicio de lo que también más adelante se dirá, la propia aplicación puesta a disposición de los *riders* y gestionada por la empresa *Glovo*. En este sentido, el propio TJUE insiste, afirmando que la empresa *Uber* *“ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores”* añadiendo que es mediante esta aplicación denominada al igual que la empresa, *“se establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos.”*⁵⁵. En definitiva, el TJUE constata que *Uber* no es una mera

⁵⁴ TJUE Sentencia de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, asunto Asociación Profesional Élite Taxi.

⁵⁵ TJUE Sentencia de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, asunto Asociación Profesional Élite Taxi.

intermediaria de servicios, sino que se trata de una empresa que emplea a conductores para transportar a viajeros, es decir, ejerce una influencia decisiva en la selección del transporte y en la fijación de las reglas del mismo, sin la que los conductores que para ella prestan servicios no tendrían la repercusión y el volumen de trabajo que tienen, no gozarían de la demanda de la que gozan y se verían reducidos a meros particulares arrendando servicios con unas muy limitadas posibilidades de éxito. Además, *Uber* exige una serie de contraprestaciones, reglas de imagen, comportamiento y procedimientos que se alejan con mucho de las meras recomendaciones, constituyendo una imagen de marca decisiva y un poder de control sobre los conductores que escapa a cualquier posibilidad de que éstos ejerzan dicha prestación de servicios con autonomía alguna.

En el caso enjuiciado, el Supremo recoge en su sentencia los criterios jurisprudenciales que ha utilizado para diferenciar el contrato de trabajo del de arrendamiento de servicios, reiterando doctrina, pero introduciendo la novedad de la utilización de jurisprudencia muy reciente⁵⁶ frente a la clásica e referencia de los años 80 del pasado siglo XX. Los criterios que el Tribunal ha seguido son, entre otros:

- a) El relativo a la realidad fáctica frente al *nomen iuris*, es decir, siguiendo la propuesta del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de clarificar y ofrecer resoluciones de fácil comprensión y acceso a los ciudadanos, la aplicación de este criterio es la de que “las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son”.
- b) El relativo a la presunción *iuris tantum* de laboralidad que atribuye el artículo 8 ET, es decir, que salvo prueba en contrario toda relación entre quien presta servicios y quien los retribuye debe ser declarada como laboral. En este sentido, como bien se apunta en la sentencia, añadiendo los matices y aspectos de las notas que quizá tengan mayor notoriedad en las resoluciones judiciales hasta la fecha, en cuanto a la determinación de la relación como laboral, cuales son las de ajenidad en los resultados (los beneficios), dependencia y retribución de los servicios.

⁵⁶ STS Sala Cuarta de lo Social de 24 de enero de 2018 rec. 3595/2015 (Roj. STS 588/2018); STS Sala Cuarta de lo Social de 8 de febrero de 2018 rec. 3389/2015 (Roj: STS 589/2018) y STS Sala Cuarta de lo Social de 4 de febrero de 2020 rec. 3008/2017 (Roj: 434/2020).

- c) Por último el que quizá pueda resultar más determinante, en aplicación a lo que correlativamente dicta el artículo 3.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, respecto a la interpretación de las normas, entre otras, con arreglo a “*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*”. En este sentido el criterio jurisprudencial recoge la dificultad que en muchas ocasiones se puede encontrar a la hora de interpretar dicha realidad con arreglo al avance de los tiempos y, por eso, se fija en la propia diferencia entre la forma de retribuir un servicio y una prestación de trabajo, donde mientras que en la primera la percepción de retribución va indisolublemente unida a la obtención de resultados de la actividad, en el trabajo por cuenta ajena, la remuneración, aunque puede tener parte de la misma sujeta a resultados, está garantizada.

Además de la aplicación de los criterios anteriormente fijados, la doctrina del Tribunal Supremo viene utilizando como indicio de la existencia de relación laboral, la inversión que resulta necesaria por parte del prestador de servicios de cara a poder desarrollar la actividad⁵⁷. En este sentido, como más adelante se valorará, en el caso enjuiciado se tendrá que el trabajador, pretendidamente TRADE, ha tenido que invertir en la adquisición de un medio de transporte, en este caso una motocicleta y un teléfono móvil. La valoración de si esto resulta una inversión determinante o no en relación con la calificación jurídica de la prestación de servicios se analizará en el apartado correspondiente.

Por el contrario, para el Supremo resulta evidente que la relación es de arrendamiento de servicios cuando, entre otras, la actividad se limita a la práctica de actos profesionales concretos, sin sometimiento a órdenes, jornada de trabajo determinada, vacaciones y, especialmente, cuando el trabajador puede organizar su actividad con total libertad y asumiendo el riesgo y ventura de la misma.

En cuanto a la dependencia y las matizaciones que la interpretación jurisprudencial viene dando al respecto, la sentencia del Supremo recuerda que, pese a que haya cierta libertad en la ejecución o realización de tareas encomendadas, no se desvirtúa la

⁵⁷ STS Sala Cuarta de lo Social de 24 de enero de 2018 rec. 3595/2015 (Roj. STS 588/2018); STS Sala Cuarta de lo Social de 8 de febrero de 2018 rec. 3389/2015 (Roj. STS 589/2018) y STS Sala Cuarta de lo Social de 4 de febrero de 2020 rec. 3008/2017 (Roj. STS 434/2020).

existencia de dependencia o subordinación⁵⁸ cuando los criterios fundamentales para tal prestación de servicios sí viene establecidos o fijados por la organización empresarial de referencia, otorgando al propio concepto de dependencia la definición de “*situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa*”⁵⁹, por tanto la dependencia se manifiesta mediante la integración en la organización empresarial de los trabajadores, siendo evidente que dicha integración no siempre es uniforme, por lo que habrá que fijar, según la reiterada doctrina jurisprudencial, ciertos indicios comunes a la mayoría de trabajos, a la par que deben conjugarse con otros específicos de trabajos concretos. Antes de fijar estos criterios, comunes y específicos, conviene recordar que la casuística es determinante y que, tal como se ha fijado previamente, con idénticos criterios o indicios, pudiera ser que en orden al resto de elementos integradores de los hechos probados, una relación que a todas luces pueda ser calificada de laboral, puede convertirse en una de prestación de servicios, por lo que la estructura teórica fijada por el Supremo, así como por el TJUE, debe ser siempre tenida en cuenta a la hora de fijar unos puntos clave o determinantes en los que apoyarse. Ahora sí, los indicios comunes fijados por la doctrina judicial desde antiguo son, entre otros:

- a) La asistencia a un centro de trabajo o lugar análogo en una determinada franja horaria que, pudiendo variar, resulta establecida o fijada por la organización, sin libertad para el trabajador.
- b) El desempeño personal del trabajo, aunque para algunos casos se puedan valorar regímenes de suplencia o sustituciones. En este sentido resulta llamativo que se emplee el término suplencia o sustitución, pero en ningún caso el de subcontratación, o aquellos en los que la no realización del trabajo constituya pérdida del derecho a retribución.
- c) La prestación del trabajo dentro de la organización empresarial, con sometimiento a ésta y formando parte de la estructura de la misma en la que se identifiquen otros pares que, en igualdad de condiciones, tengan las mismas funciones asignadas, régimen de contratación, normas establecidas, etc.

⁵⁸ STS Sala Cuarta de lo Social de 19 de febrero de 2014 rec. 3205/2012 (Roj: STS 1404/2014).

⁵⁹ Por todas y por más recientes pese a mantener la misma definición desde antiguo: STS Sala Cuarta de lo Social de 8 de febrero de 2018 rec. 3389/2015 (Roj: STS 589/2018); STS Sala Cuarta de lo Social de 1 de julio de 2020 rec. 3585/2018 (Roj: STS 2316/2020) y STS Sala Cuarta de lo Social de 2 de julio de 2020 rec. 5121/2018 (Roj: STS 2440/2020).

- d) Por el contrario, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador, es decir, que sin la estructura empresarial a la que pertenece, no pudiera obtener los resultados ni desarrollar la actividad como la desarrolla.

En cuanto al otro pilar esencial en cuanto a la determinación de la existencia de relación laboral, es decir, la ajenidad, la doctrina del Tribunal Supremo⁶⁰ viene recogiendo los indicios comunes respecto de la misma:

- a) La entrega por parte del trabajador al empresario de los productos finalizados o los servicios realizados, es decir, ajenidad en los frutos.
- b) Adopción por parte del empresario de las decisiones y/o acuerdos con terceros respecto de la explotación de la actividad, la fijación de precios, el público objetivo, etc. Esto es la denominada ajenidad de la marca, aunque se puede incluir dentro de la ajenidad de los medios, puesto que es la empresa quien organiza la manera en que se desarrolle la actividad seleccionando los medios para ello.
- c) La periodicidad con la que se retribuyen los servicios prestados. Ha de recordarse que en el caso en cuestión, la retribución, si bien podía ser variable, se regía siempre por el mismo conducto o medio por el que el trabajador, emitía una factura a la empresa con periodicidad quincenal, conforme a los datos y resultados que la propia mercantil le proporcionaba. En este sentido, los riesgos reales de la actividad empresarial no repercuten directamente en el *riders*, puesto que su retribución mínima por pedido está garantizada.

Así pues, a partir de los anteriores indicios, la doctrina del Supremo⁶¹ referente a la existencia de ajenidad en la relación entre el trabajador y la empresa se produce, entre otras, cuando los frutos o resultado del trabajo son entregados a la empresa aunque esta posteriormente distribuya parcialmente los mismos entre los colaboradores; cuando la asunción del riesgo empresarial quede claramente atribuida a la organización y no al prestador de servicios, en este caso el *riders* y cuando no se acredite que se haya tenido

⁶⁰ Entre otras, por recientes: STS Sala Cuarta de lo Social de 4 de febrero de 2020 rec. 3008/2017 (Roj: STS 434/2020); STS Sala Cuarta de lo Social de 1 de julio de 2020 rec. 3585/2018 (Roj: STS 2316/2020) y STS Sala Cuarta de lo Social de 2 de julio de 2020 rec. 5121/2018 (Roj: STS 2440/2020).

⁶¹ Entre otras, por exhaustivas en la explicación del criterio de ajenidad: STS Sala Cuarta de lo Social de 24 de enero de 2018 rec. 3595/2015 (Roj: STS 588/2018); STS Sala Cuarta de lo Social de 8 de febrero de 2018 rec. 3389/2015 (Roj: STS 589/2018) y STS Sala Cuarta de lo Social de 29 de octubre de 2019 (Roj: STS 3511/2019).

que efectuar una inversión en bienes de equipo o de capital importante por parte del trabajador.

Puesto que el concepto de ajenidad de los frutos resulta determinante, quizá conviene profundizar en su definición jurisprudencial, es decir, la que en la práctica va a resultar determinante para el caso enjuiciado, teniendo que ésta define el concepto de ajenidad en los frutos cuando *“la utilidad patrimonial derivada del mismo – es decir, lo que pagan los clientes- ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no de los actores (ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial) y estos percibirán su salario en la modalidad de por unidad de obra”*⁶². A este respecto concreto del salario, el Tribunal se remite a la doctrina clásica sobre la determinación del mismo en relación a lo dispuesto en el artículo 26.1 ET así como en su construcción jurisprudencial, que no es otra que *“el no establecimiento de retribución o salario fijo, no es un elemento característico o delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras, dado el concepto de salario contenido en el art. 26.1 ET comprensivo de la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.”*⁶³.

Con estas matizaciones previas el ponente busca fijar los límites de lo que puedan ser considerados como elementos comunes de dependencia y ajenidad respecto de organización, retribución, ajenidad de frutos, medios y riesgos. De este modo y siguiendo la doctrina clásica, sin necesidad de apartarse de los elementos caracterizadores de lo que el propio Tribunal Supremo ha venido fijando como determinantes de la relación laboral frente al arrendamiento de servicios pero, a la vez, construyendo los indicios básicos de cara a salvar la denominada flexibilización de los criterios de dependencia y ajenidad, el Tribunal establece las líneas maestras de lo que ha de identificarse como relación laboral en atención preferentemente a dichos criterios, puesto que respecto de la voluntariedad y carácter personal o personalísimo de la

⁶² STS Sala Cuarta de lo Social de 6 de octubre de 2010 rec. 2010/2009 (Roj: STS 5384/2010) y STS Sala Cuarta de lo Social de 19 de febrero de 2014 rec. 3205/2012 (Roj: STS 1404/2014).

⁶³ STS Sala Cuarta de lo Social de 29 de diciembre de 1999 rec. 1093/1999 (Roj: STS 8532/1999) y STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de marzo de 2013 rec. 1564/2012 (Roj: STS 2389/2013).

prestación de servicios, así como de la retribución, las matizaciones resultan más complejas.

Continuando con dicha fundamentación en lo referente a la ajenidad, en este caso de los medios, la sentencia recurre a la clásica y ya citada anteriormente en este trabajo de 26 de febrero de 1986⁶⁴, sobre los trabajadores que prestaban servicios como mensajeros, percibiendo una remuneración por viaje, con motocicletas de su propiedad, aunque luciendo en las mismas publicidad de la empresa de mensajería. Tanto en ese caso como en el enjuiciado en la Sentencia de 26 de junio de 1986, en que un trabajador aportaba su propio vehículo a la tarea de reparto y distribución de periódicos, debiendo estar todos los días a la misma hora en el mismo lugar para iniciar su jornada de trabajo, asumiendo en ambos casos los gastos derivados de la utilización de sus vehículos, el desgaste de los mismos así como las reparaciones necesarias, el Tribunal determinó la existencia de relación laboral, puesto que el elemento decisivo o esencial no era el medio utilizado para ejercer dicha actividad, sino la actividad de intermediación en el caso de la empresa de mensajería, y la propiedad del medio de prensa de la segunda, que eran los medios determinantes por los que, de manera indiscutible, los trabajadores desarrollaban sus funciones, dentro del ámbito organizativo de las mismas. A estas dos, siguen otros pronunciamientos de 2 de febrero de 1988 y de 3 de mayo de 1988 en los que, también utilizando vehículo propio, el Tribunal determinó que la importancia no era tal utilización del elemento material, sino la finalidad, organización y forma de prestar servicios de las actividades, por lo que viene a decir el Supremo que, los medios utilizados tales como los vehículos, constituyendo o no una inversión importante y suponiendo un continuo coste en cuanto a su mantenimiento, no suponen de manera definitiva y determinante la calificación de la relación como de prestación de servicios⁶⁵.

Lo que es lo mismo, adelantándose a lo que expresamente dirá la sentencia, lo determinante es la APP desarrollada, controlada y operada por *Glovo* para el caso enjuiciado, no los elementos que el trabajador pone a disposición de la misma para desarrollar su trabajo.

⁶⁴ Por brillante y exhaustivo el resumen de la misma que se hace en SJS 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019 rec. 1214/2018 (Roj: SJSO 279/2019).

⁶⁵ STS Sala Cuarta de lo Social de 18 de octubre de 2006 rec. 3939/2005 (Roj: STS 6389/2006).

Antes de acudir al asunto enjuiciado, la sentencia hace una última referencia a la ya comentada sentencia del denominado caso *Ofilingua*⁶⁶ en el que el Tribunal declaró la existencia de relación laboral porque, con independencia de las especificidades que podrían hacer pensar que eran trabajadores por cuenta ajena, se determinó como notas indiciarias de relación laboral, entre otras, el que los trabajadores prestaban de manera obligatoria el servicio, si bien sin un horario fijo, pero que venía absolutamente constreñido por las necesidades de la Administración contratante en este caso. Adicionalmente, aunque podía rechazarse la prestación de servicios, el hacerlo suponía que se corría el riesgo por el actor de no volver a ser llamado. La retribución era de carácter fijo y periódico en función de la actividad prestada y el trabajador debía justificar mediante facturas las horas de prestación de servicios. Aunque no se prestaba servicios a jornada completa, no se entiende desvirtuada la relación laboral por ese hecho, más teniendo en cuenta que el trabajador carecía de organización empresarial propia, insertándose en la propia de la empresa para la que prestaba servicios. En cuanto a los medios materiales, la empresa no aportaba ninguno al traductor, descansando el elemento esencial en el elemento personal, es decir, en el conocimiento y puesta a disposición del mismo por parte del actor, en este caso, el idioma dominado. Así también, no desvirtúa el carácter personalísimo de la relación el que, en algunas ocasiones, el trabajador fuese sustituido por familiares, siguiendo lo que ya se ha dispuesto en este trabajo anteriormente sobre la flexibilización de criterios.

7.3 La aplicación concreta al caso enjuiciado.

Una vez expuesta la teoría general sobre las notas características de las relaciones laborales, así como el recorrido jurisprudencial que viene haciendo el Tribunal Supremo, especialmente sobre los siempre subjetivos aspectos de la dependencia y la ajenidad, con sentencias que se remontan a 1979, la propia sentencia y, por ende este trabajo, afrontan la aplicación concreta de los fundamentos de derecho al caso enjuiciado. En este sentido conviene recordar que, aunque reiterado, la propia casuística partiendo de los hechos declarados probados, son los que determinan el resultado, explicando de nuevo que, en atención a alguna variación de los elementos considerados como probados en el presente caso que pudiera concurrir en otros enjuiciados en el

⁶⁶ STS Sala Cuarta de lo Social de 16 de noviembre de 2017 rec. 2806/2015 (Roj: STS 4552/2017).

futuro, podría variar el fallo como viene advirtiendo reiteradamente, también, la doctrina científica⁶⁷.

Así lo anterior, el Tribunal comienza con la naturaleza de la relación laboral en atención al aspecto formal, es decir, al contrato celebrado entre las partes que, en este caso, lo fue como TRADE. Afirma el Tribunal que en el caso enjuiciado no se dan las condiciones exigidas por el artículo 11.2 LETA para tal condición de TRADE, toda vez que el trabajador, en primer lugar, no llevaba a cabo la prestación de servicios según sus propios criterios organizativos, sino que estaba sujeto a las indicaciones e instrucciones concretas que la empresa le proporcionaba.

En cuanto a la infraestructura y materiales propios, resulta evidente que, al margen de la aportación por parte del *rider* del vehículo, en este caso una motocicleta, y del teléfono móvil, así como los gastos del mantenimiento y uso de los mismos, el Tribunal llega a la conclusión de que se trata de elementos accesorios. Esta es, sin duda, una de las claves de la sentencia analizada. El Supremo sigue la teoría de la ajenidad en los medios que viene elaborando desde antiguo y comparte el criterio referente a la idoneidad de los mismos y las consecuencias derivadas de la ausencia de estos medios, es decir, sin motocicleta y móvil propio, el trabajador podría desarrollar sus funciones de reparto con otro vehículo diferente y con un terminal prestado, por ejemplo, por un familiar o allegado. Sin embargo, sin APP, el trabajador se convertiría en un mero prestador de servicios de portes cualquiera, sin infraestructura ni salario garantizado, sin clientes garantizados y, especialmente, sin acuerdos comerciales con establecimientos y otros comercios para acceder a sus productos en las mismas condiciones ventajosas que lo hacen quienes prestan servicios para la empresa *Glovo*, con las consecuencias derivadas a los clientes finales. El Tribunal, por ser precisos y exactos, define a la APP como “*un elemento esencial para la prestación de servicio.*”⁶⁸. En esto justifica el Tribunal la imposibilidad de concurrir las exigencias del artículo 11.2 LETA, por lo que no cabría, ya de por sí, la relación de TRADE entre trabajador y empresa.

En cuanto a la dependencia, añade el Tribunal, la teórica libertad de elección de franjas horarias para prestar servicios no es tal, toda vez que, como ya se pudo comprobar en

⁶⁷ ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La lucha contra los “falsos autónomos” en la prestación de servicios vía app. El caso “Deliveroo”*. Iuslabor núm. 2, 2018, pp.280-293.

⁶⁸ STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de septiembre de 2020 rec. 4746/2019 (Roj: STS 2924/2020).

sentencias de instancia analizadas en los apartados anteriores de este trabajo⁶⁹, esta elección venía absolutamente condicionada por la puntuación que los repartidores tenían según el sistema de puntuación implementado por la empresa. Además, sin perjuicio de haberse declarado probado la capacidad de rechazar pedidos sin penalización alguna, al menos de manera directa, de manera indirecta el rechazo de pedidos condiciona la puntuación, los ingresos y la elección de franjas horarias en semanas consecutivas, por lo que, si bien la penalización no consiste en restar puntos por rechazar pedidos, la penalización sí supone que con un mayor número de rechazos se disminuye el número de ingresos y, además, la posibilidad de seleccionar las mejores franjas en semanas consecutivas. El sistema de puntuación era controlado por la empresa y el desempeño del trabajador era evaluado diariamente, sin duda otra forma directa de control empresarial y de dependencia que no puede sino hacer decaer la posibilidad de que se trate de un TRADE.

Adicionalmente, el sistema detecta la falta de operatividad del *rider* en las franjas y lugares indicados y previamente seleccionados, lo que sí supone una detracción de 0,3 puntos en el sistema de valoración del trabajador, es decir, si no está a la hora de inicio de la jornada y en el punto de inicio de la jornada (centro de trabajo) la empresa penaliza al trabajador, con las consecuencias anteriormente expuestas y que en definitiva producen pérdida de empleo y de retribución, lo que sin duda alguna es una forma de dependencia directa entre trabajador y empresa. En este sentido y para finalizar sobre esta cuestión, el Tribunal resume perfectamente la sujeción a este sistema de puntuación, afirmando que “*El establecimiento de sistemas de control de la actividad productiva basados en la valoración de clientes constituye un indicio favorable a la existencia de un contrato de trabajo.*”⁷⁰, lo que viene sostenido por la doctrina jurisprudencial del Supremo desde antiguo en sentencias sobre sistemas de control de la actividad de los empleados⁷¹.

Otros indicios favorables a la calificación de la relación como laboral y no como TRADE son la permanente geolocalización del *rider* durante su jornada, lo que la empresa califica de necesario para poder cuantificar los kilómetros recorridos y el

⁶⁹ Por exhaustiva y didáctica: SJS 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019 rec. 1214/2018 (Roj: SJSO 279/2019).

⁷⁰ STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de septiembre de 2020 rec. 4746/2019 (Roj: STS 2924/2020).

⁷¹ STS Sala Cuarta de lo Social de 29 de diciembre de 1999 rec. 1093/1999 (Roj: STS 8532/1999).

correcto funcionamiento del algoritmo, pero que en realidad encubre un permanente control empresarial, por cuanto la inasistencia a la hora y lugar señalados de inicio de la prestación es penalizada, por lo que el GPS está funcionando como elemento de control por el que pueden producirse sanciones. Además, otro indicio determinante, son las instrucciones claras, precisas y concretas sobre el desarrollo de la prestación de servicios que la empresa daba al repartidor, tales como el plazo máximo para entregar un envío, la forma en la que debía dirigirse al usuario final, identificándose corporativamente y no a título personal, la conducta en la vestimenta que prohibía determinados elementos como gorras y camisetas, etc.

Adicionalmente, la empresa entregaba al repartidor una tarjeta de crédito con la que éste podía adquirir productos demandados por el cliente final, es decir, el riesgo de la compra de dicho producto frente a un posible rechazo del cliente final, recaía sobre la empresa que era quien pagaba dicho producto a través de la tarjeta de crédito utilizada por el *rider*.

En cuanto al tiempo de espera entre servicios, la empresa abonaba una compensación económica al trabajador por dicha espera, lo que desvirtúa por completo la independencia del trabajador en cuanto a su retribución, ya que no solo percibe ingresos por pedido realizado, sino que es retribuido por el tiempo de espera en que permanece activado pero no le entran pedidos a través de la APP, es decir, se retribuye por jornada de trabajo y no por trabajo realizado exclusivamente, lo que no puede constituir en modo alguno una relación de trabajo autónomo que consista en el arrendamiento de servicios.

En cuanto al contenido del propio contrato celebrado entre las partes, en el mismo se establecen hasta 13 cláusulas justificativas de la resolución del contrato que, como bien se apunta en la sentencia analizada, concuerdan o coinciden en su gran mayoría con las que el artículo 54 ET establece como causas de despido disciplinario, entre otras: retraso continuado, realización deficiente y defectuosa de los servicios, ofensas verbales, etc. Por último, en cuanto a la dependencia y toda vez que va íntimamente unido a la nota de ajenidad que a continuación se aborda, *Glovo* es la única que posee la información necesaria para el correcto desenvolvimiento del negocio, es decir, los comercios, los pedidos, los clientes, el algoritmo, etc.

Como se expone en el párrafo anterior y entrando en el apartado de la ajenidad, *Glovo* era la única que tomaba todas las decisiones comerciales concernientes a clientes y proveedores. A eso se suma que controlaba el precio fijado por los servicios, percibía de manera directa el pago de los clientes finales y distribuía la parte correspondiente a los repartidores mediante el sistema de remuneración ya reflejado en puntos anteriores. En este sentido, los repartidores no perciben sus ingresos por parte de los usuarios o clientes, sino que los reciben de la propia empresa que pretendidamente quiere ser intermediaria, lo que es absolutamente insostenible en cuanto a que es ella quien percibe los frutos aunque luego los distribuya quedándose con la comisión o parte pactada. En definitiva, las relaciones comerciales son establecidas por *Glovo* y los repartidores son un mero eslabón más de la cadena productiva de la empresa, integrados plenamente en su estructura orgánica y funcional.

En cuanto a los riesgos, el Tribunal afirma expresamente que “*el hecho de no cobrar por el servicio si este no llega a materializarse es consecuencia obligada de la retribución por obra.*”⁷². Es quizá el punto más controvertido en cuanto a lo que supone un análisis respecto a la ajenidad de los frutos. Quien elabora este trabajo no comparte de manera definitiva esa tesis refrendada y avalada ya por el propio Tribunal⁷³ ya que, entre otras cosas, lo que puede determinar la nota de laboralidad a este respecto puede ser, precisamente, la retribución mínima garantizada por “*glovo sencillo*” y por el tiempo de espera, es decir, el buen fin del servicio puede ser asumido por el repartidor en cuanto a la retribución final a la entrega, pero mientras haya una garantía de retribución por el pedido (aunque este se malogre) y una garantía de retribución por la espera en la que no se le asignan pedidos al trabajador, se está retribuyendo al mismo no por unidad de obra sino por jornada de trabajo, más aún cuando hay una franja horaria en la que se prestan servicios y un determinado procedimiento de inicio y fin de la jornada, tasado y penalizado en caso de incumplimiento. Cosa distinta es la duración de la misma y los excesos de horas y falta de descansos legalmente establecidos, pero en atención al fraude en la simulación de una supuesta relación mercantil, que camufla una relación realmente laboral, no pueden ser valorados para echar por tierra la interpretación de la retribución por jornada. Por supuesto que la tesis que prevalece es la

⁷² STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de septiembre de 2020 rec. 4746/2019 (Roj: STS 2924/2020).

⁷³ STS Sala Cuarta de lo Social de 15 de octubre de 2001 rec. 2283/2000 (Roj: STS 7901/2001).

del Supremo, pero quien esto escribe, por honestidad y con toda la humildad posible, debe dejar constancia de su razonamiento.

Así pues, el Supremo mantiene que es contrario a los indicios de una relación laboral la asunción del riesgo frente al usuario de las pérdidas o deterioros sufridos por los productos o mercancías, así como la utilización de medios propios y su mantenimiento (motocicleta y teléfono móvil), obligándose a desarrollar y reiterar de nuevo la teoría sobre los medios en cuanto a la inversión en los mismos, la propiedad de los acuerdos comerciales y la exclusividad de los mismos entre Glovo y los comercios, así como la posibilidad de conectarles a través de la APP de su propiedad con los usuarios finales, llevando a rechazar que exista el “*binomio riesgo-lucro*”⁷⁴, pero no especificando concretamente el por qué, lo que sí quedaría justificado y sostenido por la interpretación de retribución por jornada de trabajo expuesta *supra*.

Concluye el Supremo que la ajenidad en los medios no es, que también, la de la motocicleta y el teléfono móvil, sino la de la plataforma APP digital que es la que resulta esencial para la actividad, en la que deben darse de alta restaurantes y comercios, así como los usuarios o clientes finales y sin la que, en modo alguno, los repartidores no tendrían las posibilidades reales de prestación de servicio con las garantías y características que ha adquirido tal prestación. En definitiva y como se avanzaba en el apartado anterior, el elemento esencial para la prestación del servicio es la APP, lo que hace decaer de manera irremediable la pretensión de que exista ajenidad en los medios alguna por parte del trabajador, por lo que en consecuencia, unido a lo anteriormente expuesto en la nota de dependencia, hace que la relación tenga un carácter laboral y no mercantil.

8. EL FUTURO INMEDIATO: CONVENIO DE SECTOR VS. PROYECTO DE LEY.

Ante la resolución del Supremo (incluso antes), se han venido produciendo comentarios y propuestas para regular dicha situación. En este sentido, se han producido planteamientos que van dirigidos a elaborar un Proyecto de Ley respecto de las plataformas digitales que, incluso, ha desembocado en varias reuniones a tres bandas entre Gobierno, patronal y organizaciones sindicales.

⁷⁴ STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de septiembre de 2020 rec. 4746/2019 (Roj: STS 2924/2020).

Dado que esto es una propuesta, no conviene entrar a valorar en profundidad el hecho material que todavía no existe, ahora bien, sí cabe hacer una crítica respecto del simple planteamiento de elaboración de una norma respecto de este tipo de prestaciones de servicios.

Respecto de la propuesta normativa, a juicio de quien elabora este trabajo, no cabe regular lo que ya está regulado, es decir, si existe un texto normativo que delimita de manera precisa las notas características de la relación laboral, como es el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 1.1 ET y los demás concordantes y, además, se ha venido realizando una labor jurisprudencial brillante y exhaustiva para interpretar lo que con el avance de la técnica y la tecnología han podido suponer aspectos oscuros o poco claros en la interpretación de dicho precepto, no cabe elaborar una norma que derrote esa labor jurisprudencial por mucha presión que pueda ejercerse por parte de determinadas empresas o grupos empresariales o incluso sectores de la economía.

La elaboración de una norma *ad hoc* para este tipo de plataformas, puede regular aspectos accesorios, pero las relaciones laborales tienen su elenco de normas a partir de las cuales se establecen derechos, deberes y procedimientos que no cabe sustituir. No, al menos, de esta manera. Es más, de continuar con esta propuesta, podría darse el caso de que haya trabajadores a los que no les resulte de aplicación el Estatuto de los Trabajadores (aun cuando estén incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social), a los que habría que aplicar determinadas características que, no hace falta desarrollar mucho texto para entender que van a ser claramente restrictivas, pondrían en serio riesgo los propios límites del Estatuto como norma básica laboral. En este sentido, si el “suelo” que representa el propio Estatuto se ve rebajado, o bien hay que rebajar el resto de la norma, o bien estamos creando una norma claramente perjudicial para un colectivo determinado, lo que no puede hacer sino calificar a la norma como claramente inaplicable desde el momento mismo de su concepción por vulnerar, incluso, derechos fundamentales.

Otra de las posibilidades que, interesadamente, cada vez tiene menos fuerza es la de elaborar un convenio colectivo de sector. Si bien ya hubo varias propuestas de integración de los *riders* en convenios de hostelería, la creación de un convenio colectivo de sector que regule este tipo de trabajos sí parece mucho más adecuada. En este sentido, se respetarían las normas básicas del Estatuto de los Trabajadores y se

regularían aspectos controvertidos y concretos aplicables a dicho modelo de trabajo, lo cual sí puede ser una garantía de seguridad jurídica para trabajadores y empresas, así como para los propios tribunales a la hora de tener que enjuiciar reclamaciones que pudieran surgir derivadas de esas relaciones laborales.

Puede resultar que, si se empieza a legislar en base a reclamaciones de determinados grupos de presión que pretenden desnaturalizar las relaciones laborales, porque no debe olvidarse que este tipo de trabajadores lo son por cuenta ajena, con independencia de lo que puedan decir sus contratos tal y como se ha reiterado por los tribunales de instancia y ahora por el Supremo, se corra el riesgo de crear una serie de normas dedicadas a regular determinadas actividades que no van a hacer sino crear inseguridad jurídica, correspondiendo de nuevo a los tribunales la interpretación que el legislador rehúsa hacer, o peor todavía, creando una suerte de trabajadores de primera y sucesivas categorías que, con arreglo a las normas establecidas para cada uno de los casos, desemboquen en un perjuicio del trabajo digno y de calidad hacia el que debieran conducir los nuevos avances legislativos. En este sentido, partiendo de la base marcada por el Estatuto de los Trabajadores, la regulación sectorial a través de la negociación colectiva es un derecho básico al que no debiera renunciarse. Ahora bien, desarrollar una norma con rango de Ley, que pretenda regular lo ya regulado y que pretenda hacerlo para contravenir otra serie de normas que tienen el mismo rango jerárquico y que han sido interpretadas por la jurisprudencia en un determinado sentido, es algo similar a dictar una norma o resolución perjudicial a sabiendas. Y dictar una norma o resolución perjudicial a sabiendas, podría encajar dentro del Código Penal⁷⁵.

En todo caso, la propuesta de un convenio de sector puede resultar la opción más adecuada, visto que la posición del Supremo respecto de la calificación jurídica de la naturaleza de la relación entre trabajador y empresa es clara. En este sentido, quizá una mesa de negociación sectorial a tres bandas, en la que el Gobierno actúe como garante del cumplimiento de la norma mínima pueda ser la salida a la crisis jurídica provocada por estas empresas.

Sobre los puntos clave de la negociación, una vez que las mercantiles asuman la laboralidad de sus *riders*, se pueden plantear varios aspectos a tener en cuenta: modo de retribución variable, gastos derivados de los medios empleados para la prestación de

⁷⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal.

servicio, jornada máxima en cómputo anual, seguros adicionales en caso de accidentes de trabajo, responsabilidad empresarial sobre el resultado del servicio (siempre con las legales y lógicas imputaciones a los trabajadores en materia disciplinaria), modalidad de contrato y especial mención al trabajo a distancia, sin un centro de trabajo fijo y con permanente geolocalización, etc.

9. CONCLUSIONES.

La investigación realizada, ha permitido alcanzar las siguientes conclusiones:

Primera.- Desde el inicio de la regulación normativa de las relaciones laborales, tanto la doctrina académica como judicial han identificado la existencia de lo que se han dado en llamar *zonas grises*, en referencia a las múltiples variantes y formas de materializar las notas características de la relación laboral que, en la actualidad y con la aparición de las denominadas plataformas digitales, no han hecho sino crecer exponencialmente, provocando un importante vacío en lo que respecta a la regulación del trabajo prestado en las mismas.

Segunda.- El legislador, bien por pereza, bien por comodidad, mantiene una situación de pasividad total con respecto a las nuevas formas de prestación de servicios originadas con ocasión de la generalización de las plataformas digitales. En este sentido, lejos de explorar vías adecuadas para regular estas situaciones que se producen actualmente en el mercado de trabajo, otorga ese papel al Poder Judicial quien, en un esfuerzo ingente y titánico, viene desarrollando una línea de interpretación y doctrinal al respecto de las notas características de la relación laboral, sus límites y su evolución a través de los años.

Tercera.- Si bien los diferentes órganos judiciales unipersonales, en este caso los Juzgados de lo Social de los diferentes partidos judiciales que han conocido de procedimientos sobre este particular, ha avalado mayoritariamente la postura de declarar la existencia de relación laboral entre los *riders* y las empresas a las que pertenecen, se han producido pronunciamientos en contra de esa tesis, lo que ha desembocado en un procedimiento ante el Tribunal Supremo que ha dictado sentencia en Casación para la Unificación de Doctrina, declarando la existencia de relación laboral entre trabajador y empresa. Esto es, sin duda, una garantía de buen y sano funcionamiento del sistema judicial en cuanto a la independencia de sus miembros, de las resoluciones motivadas

que dictan y de la garantía que ofrece el sistema de recursos actualmente vigente, en especial, en el Orden Jurisdiccional Social.

Cuarta.- En atención a las notas características de la relación laboral, deben reputarse como básicas y esenciales las de dependencia y ajenidad, puesto que el grado de presencia de las mismas, aun tratándose de manera flexible (excesivamente quizá) puede deducirse la existencia o no de relación laboral. En este sentido, en relación con el caso enjuiciado objeto de análisis en este trabajo, han sido las dos notas determinantes para llegar a la conclusión de que, efectivamente, el *rider* que presta servicios para *Glovo*, es un trabajador por cuenta ajena y no un TRADE.

Quinta.- Ante la existencia de elementos o mecanismos de control de la actividad por parte de quien ejerce cierta autoridad, bien sean estrictos o bien aparezcan camuflados como elementos de obtención de resultados o para evaluar la satisfacción del cliente final, debe reputarse que existe un elemento de control empresarial, en este caso determinante de la existencia de la nota de dependencia y, por tanto existencia de relación laboral.

Sexta.- En cuanto a la ajenidad, más concretamente en lo relativo a la ajenidad de los medios, resulta determinante el carácter esencial de unos frente a otros, tanto es así que la aportación de un vehículo o un dispositivo, por muy relevantes que fueren, no resultan esenciales *in fine*, puesto que la herramienta proporcionada por la empresa como resulta la aplicación, es lo que da realmente valor a la prestación de servicios, sin la que el trabajador se convertiría en un mero oferente de portes económicos de los que con relativa habitualidad pueden encontrarse anunciados en infinidad de tablones de anuncios, estaciones o paradas de transporte público, etc. Es decir, lo que da valor a dicha actividad es el medio digital aportado por la empresa, no el medio de transporte utilizado por el trabajador, que resulta accesorio y sustituible, lo que no sucede con la propia aplicación.

Séptima.- Respecto de la retribución por unidad de obra que plantea el Tribunal Supremo como no definitoria en sentido estricto de relación laboral, excluyendo en parte dicha conclusión en cuanto a los indicios de laboralidad, tal como se expuso en el apartado correspondiente, conviene reiterar que quien este trabajo ha desarrollado no comparte que la retribución que percibe el *rider* sea por unidad de obra sino por jornada de trabajo. Esto es así porque, de lo contenido en los hechos probados, se concluye que

el trabajador percibía una compensación económica por el tiempo de espera que se producía entre la finalización de un servicio y la asignación de otro, todo esto en las franjas horarias en que tenía que estar activado y a disposición, por lo que, con independencia del exceso de horas y la falta de descanso legal propios de una relación laboral y que no pueden tenerse en cuenta por cuanto se trataba de un fraude de ley que camuflaba una verdadera relación por cuenta ajena como una de tipo mercantil bajo la forma contractual de TRADE, no hacen sino constituir una retribución por jornada de trabajo completada, además, por las entregas satisfactoriamente producidas. De tratarse de una retribución por una unidad de obra, no habría existido la compensación por el tiempo de espera ni se garantizaría un mínimo por servicio con independencia del resultado o la tarea asignada. Dicho todo lo anterior, con el máximo respecto a la conclusión y razonamiento del Tribunal Supremo.

Octava.- En lo referente a la conclusión definitiva respecto a la calificación de la relación entre el repartidor y la empresa *Glovo* como laboral, el criterio de la no existencia de notas propias de la relación entre un TRADE y una empresa que suscribe un arrendamiento de servicios de carácter mercantil resulta claro. Además en atención a lo dispuesto en el artículo 8 ET, en relación con los elementos característicos de la relación laboral del artículo 1.1 ET, es decir, que en caso de dudas sobre la naturaleza jurídica sobre la prestación de servicios entre un trabajador y una empresa, esta debe reputarse como laboral, no se comparte que haya que hacer esta valoración, puesto que en el caso enjuiciado se han apreciado la existencia de características de la relación laboral, por lo que, cuanto menos y en caso de haber existido dudas, se ha recurrido al análisis de los elementos fundamentales de dicha relación de trabajo, constatándose que sí concurren las notas características de la relación laboral, por lo que no existen dudas al respecto, una vez analizado el caso concreto.

Novena.- Con base en la resolución que ha aportado el Supremo en su sentencia y toda vez que existe un encaje normativo válido, actual y cierto sobre la naturaleza jurídica de la relación entre *riders* y empresas del sector, la opción de elaborar una ley *ad hoc* para regular una situación que ya lo está, carece de lógica jurídica alguna. En este sentido sí sería positivo, bien elaborar un convenio de sector que regule los aspectos diferenciales de esta manera de prestar servicios, bien incluir a estos trabajadores en convenios vigentes con las correspondientes modificaciones. Entre las dos opciones, quizá lo más lógico y adecuado sería elaborar un convenio sectorial a nivel estatal, dado que las

características impuestas por estas empresas son generales para todo el territorio nacional (y lo son también en el ámbito europeo), de manera que se fijen los aspectos esenciales de esta relación laboral, dotando de seguridad jurídica a las partes, tanto empresas como trabajadores.

10.- BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CUESTA, H.: “¿Trabajador o autónomo? La calificación del trabajo en plataformas en las resoluciones judiciales españolas” *Il diritto del mercato del lavoro*, núm. 1, 2019.

ÁLVAREZ CUESTA, H.: La lucha contra los “falsos autónomos” en la prestación de servicios vía app. El caso “Deliveroo”. *Iuslabor* núm. 2, 2018.

MARTÍN VALVERDE, A.: “Fronteras y zonas grises del derecho del trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 38, 2002.

MERCADER UGINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 22ª ed., Madrid (Ramón Areces), 2014.

TASCÓN LÓPEZ, R.: El eterno retorno a los mitos de ajenidad y dependencia en la era hipertecnológica/posindustrial (revisión a la luz de los problemas surgidos en la economía de plataformas). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 452, 2020.

TODOLÍ SIGNES, A.: Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales. En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M y RODRÍGUEZ BEJARANO, M. (Dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*, Albacete (Bomarzo), 2018.

ANEXO. RESOLUCIONES JUDICIALES

Resoluciones judiciales que se han analizado para elaborar el presente trabajo:

TJUE Sentencia de 13 de enero de 2004, C-256/01, asunto Allonby.

TJUE Sentencia de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, asunto Asociación Profesional Élite Taxi.

Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 22 de abril de 2020 B contra Yodel Delivery Network Ltd. Asunto C-692/19.

STS Sala Cuarta de lo Social de 11 de mayo de 1979 (Roj: STS 418/1979).

STS Sala Cuarta de lo Social de 26 de febrero de 1986 (Roj: STS 10925/1986).

STS Sala Cuarta de lo Social de 29 de diciembre de 1989 (Roj: 11061/1989).

STS Sala Cuarta de lo Social de 29 de diciembre de 1999 rec. 1093/1999 (Roj: STS 8532/1999).

STS Sala Cuarta de lo Social de 15 de octubre de 2001 rec. 2283/2000 (Roj: STS 7901/2001).

STS Sala Cuarta de lo Social de 18 de octubre de 2006 rec. 3939/2005 (Roj: STS 6389/2006).

STS Sala Cuarta de lo Social de 20 de marzo de 2007 rec. 747/2006 (Roj: 2546/2007).

STS Sala Cuarta de lo Social de 7 de noviembre de 2007 rec. 2224/2006 (Roj: 7294/2007).

STS Sala Cuarta de lo Social de 6 de octubre de 2010 rec. 2010/2009 (Roj: STS 5384/2010).

STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de marzo de 2013 rec. 1564/2012 (Roj: STS 2389/2013).

STS Sala Cuarta de lo Social de 19 de febrero de 2014 rec. 3205/2012 (Roj: STS 1404/2014).

STS Sala Cuarta de lo Social de 20 de enero de 2015 rec. 587/2014 (Roj: 637/2015).

STS Sala Cuarta de lo Social de 16 de noviembre de 2017 rec. 2806/2015 (Roj: STS 4552/2017).

STS Sala Cuarta de lo Social de 24 de enero de 2018 rec. 3595/2015 (Roj. STS 588/2018).

STS Sala Cuarta de lo Social de 8 de febrero de 2018 rec. 3389/2015 (Roj: STS 589/2018).

STS Sala Cuarta de lo Social de 29 de octubre de 2019 1338/2017 (Roj: STS 3511/2019).

STS Sala Cuarta de lo Social de 4 de febrero de 2020 rec. 3008/2017 (Roj: 434/2020).

STS Sala Cuarta de lo Social de 1 de julio de 2020 rec. 3585/2018 (Roj: STS 2316/2020).

STS Sala Cuarta de lo Social de 2 de julio de 2020 rec. 5121/2018 (Roj: STS 2440/2020).

STS Sala Cuarta de lo Social de 25 de septiembre de 2020 rec. 4746/2019 (Roj: STS 2924/2020).

STSJ Asturias, de 25 de julio de 2019 rec. 1143/2019 (Roj: STSJ AS 1607/2019).

STSJ de Madrid, de 19 de septiembre de 2019 rec. 195/2019 (Roj: STSJ M 6611/2019).

SJS 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018 rec. 633/2017 (Roj: SJSO 1482/2018),

SJS 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 rec. 1353/2017 (Roj: SJSO 3042/2018).

SJS 17 de Madrid, de 11 de enero de 2019 rec. 418/2018 (Roj: SJSO 269/2019).

SJS 1 de Gijón, de 20 de febrero de 2019 (Roj: SJSO 280/2019).

SJS 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019 rec. 1214/2018 (Roj: SJSO 279/2019).

SJS 24 de Barcelona, de 29 de mayo de 2019 rec. 144/2018 (Roj: SJSO 2930/2019) y de 21 de mayo de 2019 rec. 143/2018 (Roj: SJSO 2931/2019).

SJS 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019 rec. 371/2018 (Roj: SJSO 2892/2019).

SJS 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019 rec. 662/2017 (Roj: SJSO 2253/2019).

SJS 1 de Salamanca, de 14 de junio de 2019 rec. 133/2019 (Roj: 2893/2019).

SJS 19 de Madrid, de 22 de julio de 2019 rec. 510/2018 (Roj: SJSO 2952/2019).