EDJ 2019/514667 SJdo. Social de 20 febrero de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-El día 28 de noviembre de 2018 se turnó a este Juzgado demanda presentada por D. Adolfo .

Segundo.-En la demanda, dirigida contra GLOVO APP 23, S. L., se reclamaba la nulidad y, subsidiariamente, la improcedencia del despido con efectos al 19 de octubre de 2018.

Tercero.-Por decreto de 10 de diciembre de 2018 se admitió a trámite la demanda, señalándose para el acto de conciliación y juicio la audiencia del 11 de febrero de 2019.

Cuarto.-El día señalado tuvo lugar la vista del juicio, con el resultado obrante en autos. Tras la práctica de la prueba y una vez que las partes formularon oralmente sus conclusiones, se declararon los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

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

La sociedad tiene por objeto:

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

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

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

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

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

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

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

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

Autónomos y el desembolso de 20euros para gastos de asesoría. Admitidos, se les proporciona una dirección de correo electrónico y una contraseña y pueden comenzar a repartir.

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

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

Décimo.-Los criterios de asignación del pedido son: (1) que el repartidor tenga activado el bloque horario, que la aplicación esté activa y se haya realizado el "check-in", esto es, que acepte el mensaje automático que envía la aplicación una vez que entra la franja horaria preseleccionada; (2) el tipo de aceptación (automática o manual); (3) la disponibilidad (que el repartidor esté libre o bien en fase de entrega de un producto; cabe la posibilidad, estando en espera de la recepción del producto, de solicitar mediante un chat de soporte, la posibilidad de realizar un segundo pedido mientras el primer establecimiento prepara el producto) y (4) la proximidad.

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

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

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

PRIMERA.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Objeto del contrato

[...]

Condición de TRADE

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

[...]

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

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

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

3.3 El/La Profesional Independiente acepta y asume el riesgo y ventura del encargo o micro tarea, y en los casos en que el recado o micro tarea incluya la compra de uno o varios productos, es éste/a quién realizará el pago para su adquisición. Asimismo, el/la Profesional Independiente responde de forma exclusiva frente al usuario de los daños o pérdidas que puedan sufrir los productos durante su transporte, salvo casos excepcionales.

[...]

 © Lefebvre-El Derecho, S.A.

Jornada de actividad

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

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

No exclusividad

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

Distintivos de la prestación de servicios

[...]

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

[...]

CUARTA.- IDENTIDAD CORPORATIVA DE GLOVOAPP Y COMUNICACIONES

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

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

QUINTA.- INTERRUPCIÓN DE LA ACTIVIDAD

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

SEXTA.- INTERRUPCIONES JUSTIFICADAS DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL

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

(i) Mutuo acuerdo de las Partes.

(ii) Necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles.

(iii) Riesgo grave o inminente para la vida o salud del TRADE.

(iv) Incapacidad Temporal, maternidad o paternidad.

(v) Violencia de género.

(vi) Fuerza mayor.

SÉPTIMA.- PREAVISO DE CESE

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

OCTAVA.- EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Serán causas de extinción justificada del Contrato las establecidas en elartículo 15 dela ley 20/2007, a saber:

[...]

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

(i) Interrumpción de la actividad por parte del/la Profesional Independiente por un periodo temporal superior a 10 días naturales, sin haber comunicado al Cliente dicha interrupción conforme a lo establecido en la Cláusula Quinta.

(ii) Interrupción de la actividad por parte del/de la Profesional Independiente debido a Incapacidad Temporal, maternidad o paternidad, o a fuerza mayor, en los términos y condiciones delartículo 16 de la Ley 20/2007.

(iii) Apertura del/de los producto/s por parte del/de la Profesional Independiente, abrir las bolsas, envoltorios o recipientes en los que se encuentre el producto, o tocar o manipular los alimentos o productos de alguna forma que contravenga las indicaciones contenidas en el Anexo III al presente Contrato.

(iv) Retraso continuado en la prestación del servicio, esto es 3 o más veces en el periodo de referencia de un mes, en el marco de que todo servicio debe realizarse en un tiempo inferior a 60 minutos desde que el /la Profesional Independiente acepta el servicio.

(v) Realización de los servicios objeto del presente Contrato por parte del/la Profesional Independiente, de manera deficiente o defectuosa. Para ello se tendrán en cuenta, entre otros parámetros de valoración, la puntuación obtenida y/o los comentarios realizados por los usuarios sobre los Profesionales Independientes en las plataformasonline.

(vi) Ofensas verbales o físicas a las personas que presten servicios (bajo cualquier modalidad contractual) para Glovo, usuarios, proveedores o cualquier tercero relacionado con Glovo.

(vii) Transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño de las funciones y actividades encomendadas.

(viii) Constancia fehaciente de que el/la Profesional Independiente realiza comentarios negativos sobre Glovo.

(ix) Cualquier otra circunstancia que implique un perjuicio económico, comercial, organizativo o reputacional para el Cliente, independientemente de la cuantía o entidad del perjuicio causado. Se considera expresamente incluida en esta previsión la no realización de la prestación del servicio contratado, por cualquier causa diferente a las previstas legalmente como de interrupción del Contrato.

(x) Pérdida del permiso de circulación y/o inexistencia o no renovación del seguro de responsabilidad por uso del vehículo empleado por el TRADE para la prestación de los servicios objeto del presente Contrato.

(xi) Incumplimiento de las obligaciones de estar de alta en el censo fiscal o en el régimen correspondiente de la Seguridad social, igual que la no aportación de los correspondientes justificantes de pago de las cuotas fiscales o de cotización al Cliente, en los términos establecidos en la Cláusula Décima.

(xii) Pérdida de la condición de TRADE respecto del Cliente, por no cumplirse y/o no acreditarse los requisitos previstos en elartículo 11 de la Ley 20/2007.

(xiii) Por incumplimiento por parte del/de la Profesional Independiente de cualquiera de las cláusulas del presente Contrato.

NOVENA.- PRECIO DEL SERVICIO

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

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

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

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

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

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

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

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

 © Lefebvre-El Derecho, S.A.

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

Decimoctavo.-El actor acudió a la cita y se realizó la actuación inspectorasiguiendo los criterios elaborados por Jefatura.

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

Apreciado Adolfo ,

Mediante el presente, le comunicamos que de acuerdo con lo previsto en la cláusula séptima del contrato de prestación de servicios suscrito con Glovo y debido a la falta de profesionalidad con sus compañeros queda rescindida la colaboración con Glovo a todos los efectos en el plazo de 24 horas desde la presente comunicación.

Le recordamos asimismo, que una vez sea devuelto el material abonado por su parte según contrato suscrito, le devolveremos si procede la fianza depositada por su parte tras la revisión del mismo.

Atentamente,

El equipo de Glovo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Planteamiento de la cuestión.

Se interesa en el presente pleito la nulidad y, subsidiariamente, la improcedencia del despido que dice haber sufrido el demandante con fecha de efectos al 19 de octubre de 2018, postulando una antigüedad referida al 23 de octubre de 2017 (tras rectificar en el acto del juicio, a instancias de la parte demandada, la indicada en el hecho primero de la demanda), un salario diario a efectos de indemnización de 53,89 euros diarios y una jornada media de unas 50 horas semanales.

La argumentación de la parte actora parte de considerar que, pese a que formalmente a las partes les une una relación mercantil, siendo del demandante un trabajador autónomo económicamente dependiente, lo cierto es que la misma tiene todas las notas propias de una relación laboral. Señala, así, que (1) el verdadero medio de producción es la aplicación; (2) que el sistema de puntuación supone una forma de organizar el trabajo; (3) existe una ajenidad que se traduce en que los clientes y precios los impone la plataforma, no el profesional; (4) el servicio de atención al cliente es de titularidad de la demandada; (5) los clientes son de la plataforma, no del trabajador autónomo; (6) la tarjeta de crédito la proporciona la mercantil; (7) los repartidoras se publicitan con la imagen corporativa en las cajas y no se identifican ante el usuario con su nombre y (8) la facturación la lleva a cabo la empresa.

Sustenta la nulidad en que el trabajador acudió a las dependencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para aportar documentación a instancias de este organismo, interpretando el cese contractual como una represalia por haber ejercido sus legítimos derechos laborales, en lo que supone una vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de la garantía de indemnidad.

Subsidiariamente entiende que, como despido disciplinario, la comunicación de la empresa no reúne los requisitos formales y no se explicita cuál sea la falta de profesionalidad del trabajador.

La empresa se opone a la demanda. Comienza por señalar que GLOVO APP 23, S. L. se financia con las comisiones que percibe de los comercios que surten sus productos para el reparto.

Niega que se pueda hablar de nulidad de un supuesto despido habida cuenta de que el actor no procedió a la denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sino que la comparecencia del actor ante la misma se produjo en el marco de una actuación general dentro de los cometidos de ésta. Señala, al respecto, otras actuaciones inspectoras en otras provincias: así, en Valencia, en la que el procedimiento está en fase de alegaciones o en Zaragoza, donde se ha procedido a la suspensión del procedimiento por haberse presentado una demanda de oficio. Apunta a un informe de la Dirección Provincial de Barcelona que concluye con que el encuadramiento de los colaboradores de GLOVO como autónomos es correcto. Por último indica que sólo han recaído dos resoluciones judiciales en dos Juzgados de lo Social de Madrid, ambas negando el carácter de laboral de la relación entre GLOVO y sus colaboradores.

Hechas esas manifestaciones la demandada sostiene que la cláusula séptima del contrato faculta a la misma para resolver el mismo con el plazo de 24 horas de preaviso, por lo que no existe despido sino una resolución contractual válidamente acordada.

Por lo que respecta a la antigüedad del demandante señala que debería fijarse, para el caso de estimarse la demanda, al 23 de octubre de 2017, siendo así que es la fecha en la que comienza la actividad y se da de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, aunque la fecha de efectos de tal alta se retrotraiga al primero de mes.

Pasando al examen de la concurrencia o no de las notas propias de una relación laboral, la demandada señala que el demandante tenía plena libertad para coger los servicios e incluso para desistir de los mismos, bien reasignándolos a otro colaborador, bien no haciéndolo, de lo que concluye que el mismo corría con el riesgo y ventura de la operación. En tal sentido, señaló que el demandante reasignó 101 pedidos, un total del 3,1%, por encima de la media de Gijón, que se sitúa en un 2,7%. Señala que canceló 75, esto es, un 2,3%, también superior a la media de Gijón. Denuncia también que el actor no activó en 723 ocasiones las horas que previamente había seleccionado.

Indica que el actor es titular del vehículo con el que hacía los repartos, siendo así que GLOVO carece de vehículos propios.

Mantiene que los descansos los fijaba el propio demandante, negando que la jornada máxima superara 60 horas, habida cuenta de que está fijada por ley.

Muestra conformidad con el salario regulador para el caso de estimación de la demanda y, al respecto de la retribución, manifiesta que GLOVO confecciona facturas que son entregadas al trabajador que las valida para percibir su importe.

Presta atención, en cuanto a las jornadas, a las dos maneras de medir las mismas, conforme a un informe pericial que obra a su ramo de prueba y cuyo autor ha ratificado en el juicio. Así, señala que la más beneficiosa sería medir desde que recibe el encargo hasta que lo finaliza, siendo así que la otra manera sería medir el tiempo desde que acude al establecimiento hasta que entrega el producto. En el primero de los casos, señala, el actor en 349 días de actividad, realizó una media de 4 horas y 12 minutos diarios y, en el segundo, 3 horas y 28 minutos.

Segundo.- Fuentes probatorias.

Los hechos declarados probados se derivan de la documental obrante en autos. Han depuesto en autos tres peritos, a instancias de la demandada, cuyos respectivos informes obran en autos. D. Iván ilustró acerca de los pedidos que realizó el actor, obteniendo su información de la propia aplicación, señalando el porcentaje de rechazos y de reasignaciones y comparándolos con la media de Gijón. D. Laureano defendió el informe de auditoría de procesos en el que se detallan aspectos tales como los tipos de tareas que realizan los repartidores, el sistema de asignación de pedidos y los criterios de puntuación de los repartidores. Por último, el perito D. Lucas declaró que la mercantil demandada no tiene vehículos ni gastos relacionados con éstos, explicando también la forma de facturación.

Declaró el testigo D. Mario , de cuyo testimonio poco se pudo extraer. D. Matías vino a explicar el modo de funcionar el sistema de pedidos y de asignación de franjas horarias, así como el modo de resolver las incidencias que se pudieran dar. En el mismo sentido, el testigo D. Nicolas , propuesto a instancias del actor, cuya declaración sirve más que para acreditar hechos, valorar a la luz del real desenvolvimiento de la relación, algunos de los aspectos contractuales, tal y como se razonará posteriormente.

Tercero.-Naturaleza de la relación entre las partes.

Podemos afirmar que la piedra angular del derecho laboral como tal es la relación que surge como consecuencia del contrato de trabajo y que tiene autonomía conceptual y es distinta de otras relaciones. Y sólo si es laboral es objeto del orden jurisdiccional social. Acudimos, para saber lo que es laboral, al Estatuto de los Trabajadores (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). Así, el artículo 1 nos da las notas de la "laboralidad", cuando manifiesta que [e]sta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. Se suele identificar, partiendo de tal configuración, las siguientes características, predicables de la relación laboral:

1. Voluntariedad: la prestación de servicios (esto es, el trabajo) obedece a una decisión libre y voluntaria del trabajador.

2. Ajenidad: hay distintas teorías para explicar este concepto. Las dos principales son las que relacionan la ajenidad con los riesgos y con los frutos:

2.1. Riesgos, implica que el trabajador no asume directamente los riesgos (económicos y materiales) que se derivan de su trabajo, ya sean favorables o adversos, sino que estos se traspasan al empresario. Se suele atender también a la propiedad de los medios de producción. Este es el argumento más sólido que esgrime la empresa para defender la inexistencia de una relación laboral, siendo así que el vehículo (automóvil, moto, bicicleta) en el que se realiza el reparto es de propiedad de los recaderos que asumen los costes de adquisición, combustible y mantenimiento. Este argumento quiebra en tanto la empresa obliga a los repartidores a ceder datos relativos al vehículo y a sus permisos, así como a estar en posesión de las correspondientes licencias para su conducción. Pero en cualquier caso, nuestro análisis ha de centrarse en otra circunstancia. En un entorno tecnológico el gran aporte logístico lo supone la propia aplicación, que es de titularidad de la empresa y cuyo control ostenta ésta en exclusivo. La prestación de los servicios en tal marco sería posible sin un vehículo (el repartidor podría hacer los repartos andando o en transporte público) pero no sin la aplicación que pone en contacto a los repartidores y a los clientes.

 © Lefebvre-El Derecho, S.A.

2.2. Frutos, que considera que el resultado del trabajo es propiedad del empresario, de manera que se le atribuye directa e inicialmente a este. El fruto del reparto, entendido como el servicio, pertenece a la plataforma que gira las facturas que son validadas por el repartidor.

3. Subordinación o dependencia: supone que la prestación de servicios del trabajador se realiza dentro del ámbito de organización y dirección del empresario. La Jurisprudencia considera que este es el elemento más decisivo en la relación laboral. Una manifestación del mismo es que el empresario ostenta el poder disciplinario así como el denominado ius variandi.

En el caso que nos ocupa y, pese a la esmerada redacción del contrato y la huída constante de las notas propias del contrato laboral por parte de la empresa, encontramos numerosas notas que nos ponen de manifiesto que entre los "glovers" y la empresa existe una verdadera sumisión o dependencia: existen órdenes de trabajo y procesos estandarizados de llevar a cabo el mismo que suponen que el trabajador no cuenta con la libertad propia del trabajador autónomo. Así, la fijación de una jornada de trabajo, de unos días de descanso, la previsión de casos de suspensión de la prestación de servicios. Llamativo resulta la pretendida libertad en la elección de horas o franjas horarias, que depende de un sistema de puntuación que hace que el trabajador tiene que plegarse a las exigencias empresariales si quiere configurar un horario que resulte rentable. Ello hace que la flexibilidad laboral que pretende hacer ver la empresa se convierta en una manera de hacer competir a los recaderos para lograr las mejores horas que ya no son las más compatibles con su vida personal, sino las que la empresa considera más rentables o de alta demanda.

Existe un control de la realización del trabajo por los repartidores, no directo, sino a través de la propia aplicación y de sistemas de localización. Este control sirve para fijar la retribución y para repartir los servicios entre los distintos repartidores basándose en criterios de eficiencia empresarial.

Otro indicio claro de esta sujeción al poder del empresario es la existencia de un régimen disciplinario. Pues no se puede llamar de otra manera a las previsiones que el "rider"debe firmar dentro del cláusula octava del contrato. Tales causas de resolución de la relación contractual guardan un paralelismo con las causas genéricas de extinción del contrato laboral por incumplimientos graves de trabajador que va más allá de las eventuales semejanzas entre figuras contractuales. La propia comunicación extintiva se delata, pues habla en términos propios de la nomenclatura del derecho laboral, llegando a calificar a los otros recaderos como "compañeros".

4. Remuneración: la obligación principal del empresario es abonar al trabajador una remuneración o salario por su trabajo.

Es cierto que, tal y como se deduce de la prueba practicada, la remuneración de los repartidores se repercute al cliente final, como no podría ser de otro modo, pero no lo es menos que la retribución la abona la demandada, tras confeccionar una factura que el repartidor se limita a validar y conforme a unos criterios fijados por la propia empresa.

Ha de señalarse, por último, que la empresa aporta una imagen, siendo así que el consumidor contrata con ésta y no con el "rider" o "glover" en lo que va más allá de una mera intermediación.

Cuarto.- Calificación del despido.

Sentado lo anterior, el cese comunicado el 18 de octubre del pasado año no puede sino considerarse un despido, por ser un cese carente de causa. Se impetra, en primer lugar, la nulidad del despido. Y ello por entenderse vulnerada la cláusula o garantía de indemnidad como proyección del derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24 de la Constitución Española en consonancia con el artículo 5 c) del Convenio 158 de la OIT. Supone ésta una barrera de la que dispone el trabajador contra toda actuación del empresario que constituya una represalia por el ejercicio legítimo de los derechos laborales de aquél. Esta garantía se verifica incluso en el ámbito preprocesal, de modo que no es preciso que el trabajador haya interpuesto una demanda, sino que existen otros actos anteriores a un proceso (una papeleta de conciliación, una denuncia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social...) que pueden determinar que se entienda conculcado el derecho fundamental al que nos referimos. La consecuencia procesal de la invocación de la garantía de indemnidad es que el trabajador debe aportar un indicio o indicios de la existencia de una represalia, desplazando al terreno empresarial la carga de acreditar la existencia de otros motivos diferentes del ejercicio de los derechos laborales para proceder a la extinción del contrato del trabajador.

En el caso que nos ocupa, no existe indicio alguno. Es cierto que el actor compareció ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero fue a instancias de la misma y en el marco de un procedimiento de investigación cuyo propósito era el de citar a todos lostrabajadorestanto en activo como los que hubieran prestado servicios en el pasado. No existe, por lo tanto, dato alguno que nos permita individualizar una conducta del trabajador que pudiera determinar una reacción empresarial en forma de represalia.

Ello no obstante, debe prosperar la petición subsidiaria. Nos encontramos, tal y como ya hemos razonado, ante una relación de carácter laboral y en nuestro ordenamiento no cabe el despido sin causa.

La exigencia en nuestro ordenamiento de la comunicación del despido por escrito tiene varias finalidades. Se suele hablar de las siguientes: posibilitar al trabajador la articulación de una defensa mediante el conocimiento de los hechos que se le imputan. Fijación de los términos del debate, de modo que no puede la empresa alegar en juicio cuestiones diferentes de aquellas consignadas en la comunicación extintiva. Fijación de la fecha de efectos del despido. Y por último, acreditación de la situación que da lugar al desempleo. Con relación a las dos primeras, una comunicación genérica, sin una relación

circunstanciada de hechos aboca al trabajador a la indefensión, pues no puede preparar su defensa y prueba contra unos hechos que desconoce. Y es lo que sucede en el caso de autos, con una referencia vaga a la relación del actor con sus compañeros (ya hemos razonado acerca de la nomenclatura o terminología de la carta de despido que remite a la propia del Derecho Laboral). Ello nos lleva a la consideración de que el despido debe ser declarado improcedente.

Para el caso de que el empresario opte por la indemnización, ésta obedecerá a los siguientes cálculos:

Fecha de inicio: 23/10/2017

Fecha de finalización: 19/10/2018

Número de días: 362

Número de meses: 12

Salario bruto diario: 53,89

Resultados:

Sueldo diario x meses x 2,75: 1.778,30

Sexto.- Recursos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 191.3 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , contra la presente resolución cabe interponer recurso de suplicación.

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

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTEla demanda interpuesta por D. Adolfo , contra GLOVO APP 23, S. L., y contra el Fondo de Garantía Salarial, declarando la existencia de una relación laboral entre el actor y la mercantil GLOVO APP 23, S. L., declarando asimismo la improcedencia del despido con efectos al 19 de octubre de 2018 y condenando a GLOVO APP 23, S. L. a que, a su elección, readmita al trabajador en las mismas condiciones, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la efectiva readmisión, o le indemnice en la cantidad de 1.778,30 euros.

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

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de suplicación, para su resolución por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su abogado, graduado social colegiado o de su representante, al hacerle la notificación de aquélla, de su propósito de entablarlo. También podrá anunciarse por comparecencia o por escrito de las partes o de su abogado o graduado social colegiado, o representante ante el juzgado que dictó la resolución impugnada, dentro del indicado plazo.

El anuncio del recurso deberá ir precedido del depósito de 300 euros en la cuenta de consignación del Juzgado abierta en el Banco de Santander nº 3294 000065 0724 18 estando exentos de tal requisito los trabajadores, sus causahabientes, los beneficiarios de la Seguridad Social, el Estado, las comunidades autónomas, las entidades locales, las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales.

Llévese el original de esta resolución al libro de Sentencias, dejando testimonio de la misma en los autos principales.

Así lo pronuncio y firmo, en nombre de S. M. el Rey y en virtud de los poderes que me han sido conferidos por la Constitución Española.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 33024440012019100004

 © Lefebvre-El Derecho, S.A.