



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Las nuevas formas de prestación de servicios: necesidad de respuestas.

Autor/es

LEIRE IRIARTE MARTÍNEZ

Director/es

Begoña Sesma Bastida

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2019-20



Las nuevas formas de prestación de servicios: necesidad de respuestas. , de
LEIRE IRIARTE MARTÍNEZ

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor, 2020

© Universidad de La Rioja, 2020
publicaciones.unirioja.es
E-mail: publicaciones@unirioja.es

TRABAJO FIN DE GRADO

LAS NUEVAS FORMAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: NECESIDAD DE RESPUESTAS

Autora:

Leire Iriarte Martínez

Tutor:

Begoña Sesma Bastida

Titulación:

Grado en Derecho

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



Contenido

I. INTRODUCCIÓN.....	5
1. Contextualización.....	5
2. Figuras profesionales tradicionales.....	5
3. Problemática en materia de calificación de la verdadera naturaleza de las relaciones profesionales.....	7
4. Evolución socioeconómica: Nuevas modalidades de trabajo y necesidad de respuestas.....	8
II. MARCO LEGAL APLICABLE	11
1. Delimitación de la figura del empresario y la organización empresarial.....	11
2. Diferenciación de conceptos: Trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia.....	12
2.1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre: Estatuto de los Trabajadores.....	12
2.2 Ley 20/2007, de 11 de julio: Estatuto del Trabajo Autónomo.....	15
2.3 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.....	17
III. PROBLEMÁTICA LEGAL Y JUDICIAL: DIFUMINACIÓN DE LA FIGURA DEL EMPRESARIO EN LAS NUEVAS PLATAFORMAS.....	19
1. Criterios generales de diferenciación: Resoluciones Judiciales.....	20
1.1 Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1999: Ajenidad y dependencia..	20
1.2 Otras resoluciones sobre la ajenidad y dependencia.....	23
2. Criterios judiciales específicos, para la resolución de la problemática de los “Riders”.....	27
2.1 Sentencia del Juzgado de lo Social nº4 de Oviedo de 25 de febrero de 2019.....	27
2.2 Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid de 3 de abril de 2019.....	28
2.3 Sentencia del Juzgado de lo Social nº24 de Barcelona de 21 de mayo de 2019.....	33
2.4 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de julio de 2019.....	33
2.5 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de septiembre de 2019.....	37
2.6 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2019.....	39
3. Criterios de la Inspección de Trabajo.....	40
IV. CONCLUSIONES.....	42
1. La evolución tecnológica como causa de la aparición de plataformas digitales y automatización de las tareas de organización.....	42
2. Alcance y trascendencia de la cuestión.....	42
3. Realidad subyacente.....	43
4. Necesidad de intervención por parte de los organismos competentes.....	44

CE	Constitución española
CCOM	Código de Comercio
ET	Estatuto de los Trabajadores
IT	Incapacidad Temporal
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LETA	Ley del Trabajador Autónomo
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
JS	Juzgado de lo Social
RETA	Régimen Especial de Trabajador Autónomo
RGSS	Régimen General de la Seguridad Social
SS	Seguridad Social
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRADE	Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

RESUMEN

En la actualidad, las relaciones laborales están experimentando una profunda modificación como consecuencia de los cambios que la tecnología está introduciendo en la forma de gestionar y organizar el funcionamiento empresarial. Así, la incesante aparición de plataformas digitales de empresas dedicadas a la prestación de servicios, que unen a comerciantes y consumidores, integrando una serie de herramientas de organización empresarial automatizada, pone de manifiesto cómo, las principales empresas del sector de servicios tecnológicos están proliferando a costa de cargar sobre los derechos de los trabajadores la racionalización de costes en los que estos nuevos modelos de negocio basan su organización. Por ello, es manifiesta la necesidad de adoptar medidas urgentes y unificadas desde los distintos organismos estatales, e incluso internacionales, para evitar que esta evolución, suponga el declive de los derechos más básicos de los empleados por cuenta ajena.

PALABRAS CLAVE: DESARROLLO TECNOLÓGICO - PLATAFORMA DIGITAL – TRABAJADOR POR CUENTA AJENA – TRABAJADOR AUTÓNOMO - GLOVO

SUMMARY

Labour relations are currently experiencing a profound change as a result of the change that technology is introducing in the way it manages and organizes business operation. In this way, the relentless emergence of digital platforms of companies dedicate to the services provision, which join merchants and consumers, integrating a series of tools of automated business organization, highlights how, the main companies in the technology services are proliferating at the expense of blaming workers' rights with the rationalization of costs on which these new business models base their organization. Therefore, it shows the need to take urgent and unified measures from the state agencies, and even international agencies, to prevent this development from charging the most basic rights of employed people.

KEY WORDS: TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT - DIGITAL PLATFORM – EMPLOYED - SELFEMPLOYED WORKER - GLOVO.

I. INTRODUCCIÓN

1. Contextualización.

El presente estudio, tiene por objeto analizar la problemática relativa a la figura del “*falso autónomo*”, en un contexto de evolución tecnológica, globalización e interconexión que está teniendo como consecuencia, la modificación de los mercados, en pro del comercio electrónico, lo que ineludiblemente está alterando la forma de concebir las relaciones en el ámbito de la actividad económica, y en la concepción tradicional de la relación laboral.

Nuevas formas de comercio generan nuevas modalidades de prestación de servicios, cuyo enmarque en la vigente normativa de distinto orden, tanto laboral, como de seguridad social, y de regulación del trabajo por cuenta propia, está resultando difícil¹, debido a lo reciente y a su vez inevitable aparición de nuevas formas de desarrollar el trabajo.

Es precisamente en este contexto, en el que cada vez más, resulta patente la necesidad de abordar las incertidumbres que las nacientes circunstancias socioeconómicas están planteando, para ofrecer seguridad a los actores que conforman el mercado laboral, tanto empleados como empleadores, que garantice condiciones laborales dignas por un lado a los verdaderos empleados dependientes², así como seguridad jurídica real a empleadores, en el desarrollo de una actividad económica y empresarial³, en aras de hacer efectivos los derechos constitucionales que a unos y otros garantiza la CE.

2. Figuras profesionales tradicionales.

Desde la última etapa de la revolución industrial, la normativa de naturaleza laboral, así como de Seguridad Social, ha venido siendo elaborada con la finalidad de abarcar la necesaria problemática que se ha generado en el intercambio del trabajo dependiente, o por cuenta ajena,

¹ PINEDA GRAU, C. “La economía digital o de plataformas («platform economy») como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?” *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 213/2018 parte Estudios. Página 11 (BIB 2018\13396): “*Las soluciones tradicionales han dejado de ser operativas, se replantean problemas antiguos y se plantean otros nuevos. Vuelve a ser difícil, si en algún momento dejó de serlo, identificar al trabajador asalariado en contraposición al autónomo en un intento por indagar si aplicar por extensión o ampliación la legislación laboral a trabajadores que no encajan dentro de la definición estricta de asalariados llevando a cabo un ejercicio ampliatorio de sus fronteras tuitivas o expulsarlos definitivamente hacia ámbitos jurídicos como el civil o mercantil.*”

² Artículo 35.1 y 35.2 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424. “*1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.*”

³ Artículo 38 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424. “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*”

desde una orientación tuitiva y protectora del empleado⁴, partiendo de la situación de dependencia y subordinación⁵, respecto del empresario y empleador, que ha venido caracterizando a la relación laboral dependiente.

Así han venido introduciéndose diversidad de normas, desde el Estatuto de los Trabajadores del año 1980⁶, pasando por las reformas de los años 1982⁷ y 1984⁸, al Estatuto de 1995⁹, finalmente reformado en el año 2012, para ser profundamente modificado en el año 2015 con la entrada en vigor del último Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹⁰.

Si bien ha existido una constante actividad legislativa, con objeto de dar respuesta a las distintas necesidades que la evolución socioeconómica ha venido presentando, la noción del trabajo por cuenta ajena, así como la delimitación del concepto, ha venido teniendo escasas modificaciones de orden normativo, sin perjuicio de las pinceladas interpretativas que los Tribunales han venido facilitando.

Por otro lado, y en relación con la figura del trabajo por cuenta propia las normas de seguridad social, y otras, reguladoras del trabajo por cuenta propia, han venido tratando de delimitar esta figura, para hacer una clara y precisa separación de aquel trabajador que desarrolla una actividad bajo su riesgo y responsabilidad, sin estar sometido al círculo rector de un empleador del que depende y queda subordinado¹¹.

También la normativa desarrollada en este sentido ha sufrido múltiples modificaciones en distintas etapas, en particular durante la crisis económica, con la finalidad de fomentar el

⁴ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J. “*Derecho del Trabajo*”, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 54.

⁵ Cit. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J. “*Derecho del Trabajo*”, pág. 55.

⁶ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980, páginas 5799 a 5815.

⁷ Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo. BOE núm. 156, de 1 de julio de 1982, páginas 17896 a 17900.

⁸ Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 186, de 4 de agosto de 1984, páginas 22731 a 22736.

⁹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995, páginas 9654 a 9688

¹⁰ 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. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

¹¹ Artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. BOE núm. 166, de 12 de julio 2007: “1. La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial.”

autoempleo¹², consistiendo eminentemente en incentivos al emprendimiento en materia de cotizaciones¹³, en lo que a la cuestión objeto de estudio pueda interesar.

No obstante, y de la misma forma que sucede con la noción del trabajo por cuenta ajena, la delimitación del concepto del trabajador por cuenta propia no ha experimentado modificación hasta la actualidad, manteniéndose como una figura que podría considerarse opuesta a la del empleado dependiente.

En la línea de lo expuesto, existe la figura del “*trabajador autónomo económicamente dependiente*” (TRADE), como una figura intermedia, ubicada a medio camino entre las dos hasta ahora mencionadas¹⁴. Como se expondrá en el desarrollo del estudio, el TRADE, constituirá un trabajador, que económicamente dependerá de un único cliente para el que desarrollará el grueso de su actividad, si bien, por las circunstancias en que realiza su trabajo, no podrá llegar a ser considerado un trabajador por cuenta ajena.

Asimismo, no debemos obviar la existencia de otras particulares relaciones profesionales, como la relación de agencia, con regulación propia, y otras que pueden ser consideradas a la hora de valorar sobre la verdadera naturaleza de las relaciones profesionales en el ámbito de lo social.

3. Problemática en materia de calificación de la verdadera naturaleza de las relaciones profesionales.

La diversidad de figuras profesionales existentes en el mercado económico y laboral español ha tenido como consecuencia, la búsqueda de fórmulas de relaciones profesionales, tendentes a eludir el encuadramiento del profesional en la figura del empleado, para tratar de dotar de apariencia de trabajo autónomo, a modalidades de empleo, que en realidad resultan de naturaleza dependiente y subordinada.

De ahí que, tras la intervención judicial, que requiere del análisis de cada caso concreto, se ha identificado y confirmado, la existencia de esta práctica fraudulenta en multitud de casos,

¹² Apartados IV y V del Preámbulo de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo: “*Se trata, pues, de las líneas generales de lo que deben ser las políticas activas de fomento del autoempleo, líneas que han de ser materializadas y desarrolladas en función de la realidad socioeconómica. [...] peculiaridades en materia de cotización, como complemento de las medidas de fomento del autoempleo.*”

¹³ Artículo 3 de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. BOE núm. 257, de 25 de octubre de 2017, páginas 102571 a 102597: “*1. Los trabajadores por cuenta propia o autónomos que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los 2 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, tendrán derecho a una reducción en la cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, que quedará fijada en la cuantía de 50 euros mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, en el caso de que opten por cotizar por la base mínima que les corresponda.*”

¹⁴ Artículo 11 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo: “*Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.*”

dando lugar a la figura de construcción jurisprudencial que ha sido denominada como el “*falso autónomo*”.

Así, este fenómeno ha podido ser identificado en un amplio abanico de sectores, desde los estudios de arquitectura a los despachos de abogados¹⁵, desde las peluquerías a un informático¹⁶, y desde el pequeño transportista, a las grandes “*cooperativas fantasmas*” tan presentes en el mundo del transporte de mercancías por carretera¹⁷.

Este fenómeno, ha venido beneficiando principalmente al empresario, en la medida en que le permite eludir responsabilidades que como empleador le son exigibles, tanto a nivel laboral, como de Seguridad Social, e incluso en materia de prevención de riesgos y protección de la salud de los trabajadores.

El principal afectado por estas prácticas fraudulentas ha venido siendo el trabajador que ha visto mermados sus derechos laborales, desde aquella situación de inferioridad que lo caracteriza, y que sólo en aquellos casos en que el propio afectado ha conseguido denunciarlo, o la actuación Inspectora ha intervenido, ha podido ser repuesto en sus derechos.

Pero es que, además, no podemos olvidar que, también la Seguridad Social resulta afectada por estas prácticas, en la medida en que la pérdida de ingresos por cotizaciones también tiene lugar cuando se producen este tipo de prácticas.

4. Evolución socioeconómica: Nuevas modalidades de trabajo y necesidad de respuestas.

Si bien hasta la actualidad, la normativa existente ha sido suficiente para que la intervención judicial haya permitido identificar las situaciones de fraude, la situación actual presenta mayores complicaciones.

Como se señalaba al inicio del estudio, el desarrollo social, económico, y tecnológico, esta permitiendo la aparición de “nuevas relaciones” profesionales potenciadas principalmente por la aparición de servicios de intermediación desarrollados por empresas que adoptan la forma de aplicaciones informáticas¹⁸.

Así, desde hace ya años, existen distintas plataformas como las referidas, que comenzaron con sectores como el transporte privado de personas (empresas como Uber o Cabify), hasta las

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª) de 16 de noviembre de 2005. (AS 2005\3472).

¹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 24 de febrero de 2012. (AS 2012\697).

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 18 de mayo de 2018. (RJ 2018\2747).

¹⁸ CÁMARA BOTÍA, A. “La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 222/2019 parte Editorial. Página 3: “*La novedad fundamental radica en que nos encontramos ante una nueva forma de empleo, “uno de los cambios más importantes acontecidos en el mundo laboral en los últimos diez años”, derivada de un nuevo modelo de organizar el trabajo. Gracias a las tecnologías de la información y la comunicación pueden externalizarse con enorme facilidad las tareas productivas hacia grupos numerosos de trabajadores.*”

más sonadas en la actualidad, relacionadas con el reparto a domicilio (Glovo, Deliveroo, o UberEats).

En particular, en relación con los últimos, la situación está resultando especialmente preocupante debido a la precariedad de las condiciones en las que estos, vienen desarrollando su trabajo¹⁹, llegando a ser equiparados con esclavos en algunos estudios científico-doctrinales²⁰. En otros, incluso se llega a afirmar que, la aparición de estas plataformas de servicios, pueden llegar a suponer la desaparición de la figura del trabajador dependiente conocida hasta la actualidad²¹. Incluso desde organismos como la propia OIT, se afirma lo preocupante de la aparición de estas modalidades de empleo, que ponen en evidente riesgo los derechos de los trabajadores²².

La principal problemática en este tipo de plataformas puede identificarse con la difuminación de la figura del empresario, a los efectos de determinar el tipo de relación jurídica que vincula a quienes prestan servicios para las plataformas con estas. La plataforma, a fin de cuentas, no es sino el sistema de organización y control del trabajo que tradicionalmente ha venido encarnando la organización empresarial²³. Sin embargo, el desarrollo tecnológico, ha permitido que en la actualidad esa organización haya podido ser digitalizada²⁴, siendo el propio usuario de la plataforma, el cliente, el encargado de colaborar y llevar a cabo esa labor de fiscalización del trabajo del profesional que presta servicio a través de la plataforma, lo que evidentemente se traduce en una reducción de costes a nivel organizativo, en lo que puede considerarse la dirección en la que se orienta el desarrollo empresarial en el siglo XXI.

¹⁹ PÉREZ CAPITÁN, L. Monografía “La controvertida delimitación del trabajo autónomo y asalariado (El TRADE y el trabajo en las plataformas digitales)” en. “La naturaleza de la prestación de servicios en la plataforma digital” Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2019: “No obstante, si es adecuado convenir con la OIT en la necesidad de garantizar unos mínimos de trabajo decente a los trabajadores de las plataformas: [...] “El trabajo a veces está mal remunerado, a menudo por debajo de los salarios mínimos vigentes, y no existen mecanismos oficiales para hacer frente al trato injusto. Como esperamos que esta forma de trabajo se expanda en el futuro, recomendamos el desarrollo de un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales de trabajo que establezca y exija que las plataformas (y sus clientes) respeten ciertos derechos y protecciones mínimos”.

²⁰ CASTIELLA SÁNCHEZ-OSTIZ, J. (2019) “Repartidores de Comida a Domicilio ¿Los esclavos del Siglo XXI?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 949/2019 parte Comentario, Página 3.

²¹ GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “Economía colaborativa y dodecafonismo judicial: el caso Glovo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1 (2019), págs. 1 a 3 (versión electrónica).

²² Cit. *empleo autónomo ¿precario?*” *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 213/2018 parte Estudios. Pág. 27 (BIB 2018\13396):

²³ Cit. CÁMARA BOTÍA, A. “La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 222/2019 parte Editorial. Páginas 10 y 11: “La informatización de los poderes empresariales. En este modelo organizativo los sistemas y programas informáticos son capaces de tomar decisiones sobre la prestación de servicios, su organización y ejecución. Es lo que se ha compendiado en la sintética expresión de que el algoritmo es el jefe.”

²⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo”, *La Ley Unión Europea*, núm. 57 (2018), pág. 2 (versión electrónica).

En síntesis, las nuevas formas de organización de la actividad empresarial, desarrolladas a partir de la evolución tecnológica, ocasiona la aparición de estas nuevas relaciones profesionales está suscitando un intenso debate, en el que ni la doctrina, ni los propios Tribunales internos están siendo uniformes en cuanto a calificación de la naturaleza de estas relaciones profesionales, y el encuadramiento de estas en las figuras legales existentes. Es por ello por lo que deviene imprescindible y urgente establecer criterios uniformes que permitan determinar la realidad de estas situaciones, en aras de preservar la eficacia normativa de orden social, y garantizar una normativa eficaz para los verdaderos empleados dependientes, así como seguridad jurídica real para el empresario, todo ello sin obviar, que las nuevas tendencias empresariales, aprovechando la incertidumbre jurídica existente, pueden afectar a los derechos laborales de los trabajadores que se encuentran en la situación laboral más precaria²⁵.

²⁵ JOVER RAMÍREZ, C. “El fenómeno de la «gig economy» y su incidencia en el derecho del trabajo: aplicabilidad del ordenamiento jurídico laboral británico y español”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm.. 209/2018 parte Estudios. Página 22.

II. MARCO LEGAL APLICABLE

Para analizar las cuestiones sobre las que versa el estudio, y como ya se ha venido adelantando, son diversas las normas cuyo análisis resulta necesario, para entender el alcance de la controversia, y poder identificar las necesidades que la expuesta problemática pone de manifiesto, con la finalidad última de evidenciar las posibles respuestas que para resolver las citadas cuestiones puedan ofrecerse.

En lo sucesivo, se analizará la normativa que resulta de aplicación para aclarar las distintas incertidumbres, en particular en lo que a delimitación de las principales figuras profesionales se refiere.

1. Delimitación de la figura del empresario y la organización empresarial.

Como se adelantaba, la realidad socioeconómica, evidencia que el desarrollo tecnológico impulsa nuevas formas de organización de la actividad empresarial, y el ejercicio de las funciones propias de dirección y control de la empresa, basadas en un sistema de digitalización sin precedentes, que difuminan la tradicional figura de la empresa en el marco de las relaciones del mercado de trabajo.

Tradicionalmente, la figura del empresario se identifica con la de la persona física que ejerce de forma directa sobre los empleados la dirección y organización del trabajo, asumiendo de forma directa los riesgos y beneficios de la actividad que es desarrollada por el conjunto de empleados que prestan servicios bajo el ámbito de dirección de este. Con la aparición de empresas de mayor tamaño, el empresario se ha venido identificando con la persona jurídica que a través de sus organismos y empleados que ocupan cargos directivos ejerce ese mismo poder de dirección y organización del empresario.

A los efectos legales, la definición de la figura del empresario puede identificarse en distintos textos legales que componen la legislación a nivel interno. La noción de empresario, en la figura del comerciante, se define en un primer momento en el Código de Comercio, de una forma escueta²⁶. En primer lugar, define al comerciante como la persona física que, teniendo la capacidad legal para ello, ejerce de forma habitual el comercio. Por otro lado, considera también comerciante a las compañías mercantiles y comerciales que se constituyan con arreglo a las disposiciones previstas en la norma señalada.

La definición de la figura del empresario o comerciante que establece el CCom, no ofrece nociones de interés a los efectos de la cuestión analizada, más allá del juicio racional de que el empresario es aquel que se dedica al desarrollo de una actividad comercial o empresarial de forma habitual.

No obstante, en la normativa de naturaleza puramente social, es el ET el que viene a definir la noción del empresario, en el concreto ámbito de las relaciones que vinculan al empresario con sus empleados.

²⁶ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. BOE número 289, de 16 de octubre de 1885.

De esta forma, el ET, en su artículo primero, define al empresario como la persona, tanto física como jurídica, incluso las comunidades de bienes, que reciban la prestación de servicios de las personas que puedan ser consideradas como trabajadores por cuenta ajena conforme a la normativa del ET²⁷, incluidos también aquellos trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal para ser cedidas a una empresa usuaria de forma temporal.

Más allá de esta definición, el ET se limita a reconocer una serie de prerrogativas y derechos que al empresario en su condición de tal corresponden. Básicamente, el Estatuto de los Trabajadores, en desarrollo de la libertad de empresa reconocida en la CE, determina que el empresario dispondrá de un poder de organización de la actividad de sus empleados²⁸, así como de la posibilidad de ejercer el control sobre el desarrollo de la prestación de trabajo de estos, para en aquellos casos en los que exista una causa legal, y una habilitación expresa, ejercer el poder sancionador que el propio ET le reconoce²⁹.

En definitiva, puede concluirse que el empresario será aquella figura que, ejerciendo de forma habitual una actividad empresarial o comercial, en la que asume los riesgos de la misma de forma exclusiva, y de la que percibe los beneficios en su caso, ejerce un poder de organización de la actividad empresarial, organizando el trabajo de aquellos que prestan servicios para él de forma dependiente, pudiendo adoptar aquellas medidas de control del trabajo de estos, que legalmente fueran admisibles, y en su caso, sancionar los incumplimientos de las obligaciones laborales en que incurran los empleados de este.

2. Diferenciación de conceptos: Trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia.

2.1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre: Estatuto de los Trabajadores.

En primer lugar, partimos de la que se considera principal normativa reguladora de la relación laboral dependiente, o trabajo por cuenta ajena. En este sentido, y con la finalidad de regular la relación entre empresario y el empleado dependiente nace el ET en el año 1980. Posteriormente, se elaboran sucesivos textos normativos, con la finalidad de adaptarse precisamente, a las cambiantes condiciones económicas y sociales³⁰.

²⁷ Artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores: “2. A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.”

²⁸ Artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores (apartados 1 y 3): “1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue. [...] 3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”

²⁹ Artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores: “1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.”

En este sentido, el ET, define al comienzo de su redacción, el concepto de relación laboral por cuenta ajena, al regular el ámbito de aplicación sobre el que se extiende la aplicabilidad de esta norma³¹.

Así, el Estatuto de los Trabajadores define al trabajador por cuenta ajena a aquel que, de forma voluntaria, a cambio de una retribución, y por cuenta ajena, presta servicios, sometido al ámbito de dirección de un empresario. Precisamente, lo que caracteriza al trabajador por cuenta ajena es, esa naturaleza subordinada y dependiente de quien le contrata, así como una ajenidad total respecto de los riesgos del negocio, y en el mismo sentido también de los frutos que de la actividad se obtengan, teniendo siempre una retribución garantizada³².

Además, en lo sucesivo, el articulado inicial del ET, hace enumeración de una serie de supuestos que expresamente declara excluidos de la aplicación de este, y que, por tanto, quedan excluidos de la relación de naturaleza laboral³³. Entre otros, excluye de la noción de relación laboral por cuenta ajena a la figura del funcionario, a aquellos trabajos personales obligatorios, a las labores de mero consejero o miembro de Consejos de Administración, así como a los trabajos de amistad y buena vecindad, o los familiares. El listado de exclusión constituye no obstante un “*numerus apertus*”, ya que, en última instancia, el articulado del ET, excluye de la noción de relación laboral a cualquier otra modalidad de prestación de servicios en la que no concurren las características definitorias de la relación de trabajo por cuenta ajena³⁴.

En idéntico sentido, el artículo segundo del ET, contiene una enumeración de relaciones que califica de naturaleza laboral, denominándolas como de carácter especial³⁵. En este caso, la lista constituye un “*numerus clausus*”, en el que quedan englobadas actividades como la del personal de alta dirección, la relación laboral de los empleados del hogar, deportistas profesional o artistas en espectáculos públicos entre otros. Asimismo, el ET contiene una remisión a cualquier otra relación profesional que pueda ser considerada como una relación de naturaleza laboral, pero de carácter especial, a condición de que exista una normativa legal específica que regula las relaciones en aquella relación especial, quedando así excluida de la aplicación directa de la normativa recogida en el ET.

³⁰ Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.: *“El marco económico en el que las empresas españolas desarrollan su actividad en la actualidad presenta notables diferencias con respecto al existente en 1980, año de la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, y éste es un factor que sin duda debe pesar a la hora de decidir la procedencia de cambios normativos.”*

³¹ Artículo 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: *“1. Esta 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”*.

³² MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J. *“Derecho del Trabajo”*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 175 a 179.

³³ Artículo 1.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: *“3. Se excluyen del ámbito regulado por esta ley: [...]”*.

³⁴ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J. *“Derecho del Trabajo”*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 180.

³⁵ Artículo 2.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: *“1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: [...]”*.

En relación con la figura de la relación laboral de carácter especial, es importante matizar que, el ET de los trabajadores, exige que la normativa legal que regule cada una de las relaciones especiales, garantice los derechos constitucionales de estos trabajadores, poniendo de manifiesto así, la finalidad de extender en cierta medida, la necesaria protección del trabajador que caracteriza a la normativa de orden social.

En este sentido, en lo sucesivo, el ET, viene a regular con precisión las circunstancias en que debe desarrollarse la prestación de servicios por cuenta ajena.

Así, el artículo 4 del ET viene a establecer una serie de derechos básicos que conforme a la normativa específica que los desarrolla, deben de disfrutar todos los trabajadores por cuenta ajena³⁶. En general, todos ellos son derechos de naturaleza colectiva, tales como la negociación colectiva, la libre sindicación, la reunión, y otros derechos de información y consulta.

Por otro lado, el mismo artículo 4 en su apartado segundo, viene a establecer otra serie de derechos mínimos de los empleados por cuenta ajena incluidos en el ámbito de aplicación del ET, y que deben regir en la prestación de trabajo de forma concreta³⁷. Así, en una lista abierta, el artículo señalado viene a reconocer el derecho de los trabajadores a tener ocupación efectiva, a la promoción y formación profesional, a la no discriminación, a la protección de la integridad física y moral, e incluso al ejercicio de acciones legales que por su condición puedan corresponderle frente al empresario. Finalmente, la norma remite a otros derechos que a cada trabajador puedan corresponderle como consecuencia de aquellos pactos que libremente hayan podido alcanzar con su empleador.

Por el contrario, también el ET impone al empleado por cuenta ajena una serie de obligaciones de índole laboral, en relación con la subordinación y dependencia del empresario que da sentido a una verdadera relación de trabajo por cuenta ajena.

En esta línea, el artículo 5 del ET, enumera una serie de obligaciones laborales entre las que destacan el cumplimiento de las obligaciones derivadas de su puesto de trabajo, así como el cumplimiento de las órdenes e instrucciones que como empleados, reciban de sus empleadores. Además, el artículo añade otra serie de obligaciones, como la observancia de las medidas de prevención que se adopten en el trabajo, la no concurrencia, y la contribución a la mejora de la productividad. En consonancia con lo establecido en el artículo 4.2, añade que podrá constituir obligación del trabajador cualquiera otra que específicamente haya sido pactada en su contrato de trabajo.

Asimismo, y en el marco de la relación laboral dependiente, el Estatuto de los Trabajadores reconoce de forma expresa al empleador un poder de dirección y organización de la actividad laboral³⁸, por el que el empleado quedará sometido a sus instrucciones, además de una facultad sancionadora, cuando el trabajador incurra en alguna conducta infractora a nivel laboral³⁹, tal como ya se ha mencionado en apartados anteriores.

³⁶ Artículo 4.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: “1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: [...]”.

³⁷ Artículo 4.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: “2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho”.

³⁸ Artículo 20 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: “1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue [...]”.

En definitiva, el Estatuto de los Trabajadores contiene una definición del concepto del trabajo por cuenta ajena, determinando que este será aquel que se preste bajo las órdenes de un empresario, a cambio de una retribución garantizada, siendo el trabajador ajeno a los riesgos de la actividad, así como a los potenciales beneficios que resulten de esta. En este sentido, el trabajador quedará obligado a cumplir con las obligaciones que derivan de su puesto de trabajo, así como al cumplimiento de aquellas ordenes e instrucciones que el empresario pueda darle, pudiendo el empleador incluso sancionar al empleado, cuando se produzca una conducta incumplidora de las obligaciones laborales por parte del trabajador. Todo ello, sin perjuicio de los derechos y obligaciones del trabajador, que, en cada caso, puedan pactarse en el contrato de cada empleado.

Por el contrario, no será considerada como relación laboral, y quedará por tanto excluida de la protección normativa del ET, cualquier otra relación profesional en la que no concurran las circunstancias que caracterizan a la relación laboral por cuenta ajena.

Además, cabrá la posibilidad de que, por Ley, se regulen una serie de relaciones que, aunque de naturaleza laboral, se califiquen como especiales, quedando excluidas de la normativa del ET, y quedando sometidas a aquella Ley concreta.

2.2 Ley 20/2007, de 11 de julio: Estatuto del Trabajo Autónomo.

En sentido contrario a la figura del trabajador por cuenta ajena, la normativa española regula la figura del trabajo autónomo, desarrollado por el trabajador cuenta propia.

Así, la citada Ley, comienza definiendo al trabajador por cuenta propia, como a la persona física que de forma habitual, personal, directa y por cuenta propia, realice una actividad económica o profesional, quedando fuera del ámbito de dirección y organización de un empresario, y con independencia de si este, emplea a trabajadores por cuenta ajena a su cargo o no⁴⁰.

No obstante, la LETA, también hace ampliación del concepto del trabajador autónomo a los efectos de aplicación de la normativa de este texto legal, para incluir también al familiar del trabajador por cuenta propia.

En lo sucesivo, el artículo primero de la LETA hace una enumeración exhaustiva de figuras concretas que quedarán también incluidas en el ámbito de aplicación de la norma, y por tanto en el concepto de trabajador autónomo, tales como los socios de sociedades colectivas, o los comuneros de las comunidades de bienes. Sin embargo, y a pesar del abanico de supuestos específicos establecidos en la norma, la lista que la LETA configura, tiene el carácter de lista abierta, debido a que, como cláusula de cierre, señala que cualquier persona física que cumpla

³⁹ Artículo 58 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: “1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable”

⁴⁰ Artículo 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007: “1. La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial.”

con las características propias de la figura del trabajador autónomo⁴¹, quedará incluido en el este concepto, y en el ámbito de aplicación de la normativa señalada.

Por tanto, la LETA, hace una definición del trabajador por cuenta propia en sentido contrario al que, del trabajador por cuenta ajena contienen el ET y la propia LGSS. De hecho, así lo reconoce la propia LETA de forma expresa al afirmar que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la norma las relaciones de trabajo incluidas en el ET, incluidas las relaciones de naturaleza laboral de carácter especial reguladas por normativas especiales⁴².

Además, de la figura tradicional del trabajador autónomo, la LETA, contiene una regulación específica sobre el Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente. En su artículo 11, el mentado texto legal, regula la figura del TRADE, como aquel trabajador autónomo que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual personal, y directa, siendo predominante la actividad desarrollada para un único cliente, del que perciba al menos el 75% de los ingresos por rendimientos de su actividad⁴³.

Por lo tanto, el TRADE, es considerado por la normativa contenida en la LETA, artículos 11 y siguientes, como aquel profesional autónomo, que realiza su actividad a título lucrativo de forma independiente, fuera del ámbito de dirección y organización de un empresario, sin embargo, la gran mayoría de su actividad depende de los ingresos obtenidos de un único cliente, lo que hace que a menudo, la distinción entre estos, y el trabajador por cuenta ajena, devenga difusa. Precisamente, la introducción de la figura del TRADE trajo causa de la constante dificultad para distinguir al trabajador por cuenta propia del trabajador por cuenta ajena en diversidad de casos⁴⁴.

⁴¹ Artículo 1.2 Ley del Estatuto del trabajo autónomo: “2. *Se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior: [...] e) Cualquier otra persona que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 1.1 de la presente Ley.*”

⁴² Artículo 2 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo: “*Se entenderán expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley, aquellas prestaciones de servicios que no cumplan con los requisitos del artículo 1.1, y en especial: a) Las relaciones de trabajo por cuenta ajena a que se refiere el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. [...] c) Las relaciones laborales de carácter especial a las que se refiere el artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y disposiciones complementarias.*”

⁴³ Artículo 11.1 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo: “*1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales*”

⁴⁴ Apartado Tercero del Preámbulo de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo: “*A la vista de la realidad anteriormente descrita, la introducción de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente ha planteado la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena.*”

2.3 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Además, de todo lo analizado, respecto del contenido y regulación del ET, en relación con la figura del trabajador por cuenta ajena, también la LGSS, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, contiene una delimitación del concepto del trabajo por cuenta ajena, a los efectos de determinar el perfil del trabajador que deberá quedar incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, a los efectos del cumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta que la LGSS impone⁴⁵.

Así, es el artículo 136 de la LGSS el que determina la inclusión del “trabajador por cuenta ajena”, en el RGSS, a los efectos de causar alta en el régimen correspondiente de la SS, si bien el citado artículo remite a la noción de trabajador por cuenta ajena que contiene el artículo 7 del mismo texto legal⁴⁶.

Así, por remisión del contenido del citado precepto, el artículo 7 de la LGSS, directamente, y sin aportar mayor detalle al concepto de trabajo por cuenta ajena, remite de forma expresa al contenido del artículo 1.1 ET en cuanto a la definición de la figura del trabajador por cuenta ajena⁴⁷.

En consecuencia, la LGSS, nada aporta en relación con la definición del concepto del trabajador por cuenta ajena, limitándose por tanto a remitir a la figura contenida en el ET, que define al trabajador dependiente como aquella persona física que realiza bajo el poder de dirección y organización del empresario, una prestación de servicio concreta, a cambio de una retribución mensual garantizada, sin asumir los riesgos propios de la actividad económica, y en consecuencia, sin percibir los frutos derivados de esta actividad.

Por el contrario, la normativa de SS contenida en la LGSS contiene una regulación más detallada del trabajador por cuenta propia, al delimitar el marco del Régimen Especial del Trabajador Autónomo en el que necesariamente ha de causar alta el trabajador por cuenta propia.

Así, el artículo 305 de la LGSS, en idéntico sentido al contenido de la LETA, delimita el concepto del trabajador autónomo, definiéndolo como aquel que, de forma habitual, personal,

⁴⁵ Artículo 15 de del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015: “*La afiliación a la Seguridad Social es obligatoria para las personas a que se refiere el artículo 7.1 y única para toda su vida y para todo el sistema, sin perjuicio de las altas y bajas en los distintos regímenes que lo integran, así como de las demás variaciones que puedan producirse con posterioridad a la afiliación.*”

⁴⁶ Artículo 136.1 de la Ley General de la Seguridad Social: “*1. Estarán obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a los que se refiere el artículo 7.1.a) de esta ley, salvo que por razón de su actividad deban quedar comprendidos en el campo de aplicación de algún régimen especial de la Seguridad Social.*”

⁴⁷ Artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social: “*a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia [...]*”

directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo⁴⁸.

Además, el apartado segundo del artículo 305 LGSS hace una enumeración más exhaustiva que la LETA, en relación con otros supuestos concretos que deben quedar incluidos en el RETA, y ser por tanto considerados como trabajadores por cuenta propia.

Para ello, establece por un lado una serie de supuestos en que se presumirá que los trabajadores desarrollan su actividad por cuenta propia, si bien admitirá prueba en contrario⁴⁹, y, por otro lado, establece una serie de supuestos en los que se presumirá iuris et de iure, que el trabajador lo es por cuenta propia⁵⁰, en función del grado de integración orgánica que estos puedan presentar en el seno de sociedades mercantiles.

⁴⁸ Artículo 305 de la Ley General de la Seguridad Social: *“1. Estarán obligatoriamente incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos las personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, en los términos y condiciones que se determinen en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo.”*

⁴⁹ Artículo 305.2.b), inciso segundo de la Ley General de la Seguridad Social: *“Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado. 2.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo. 3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.”*

⁵⁰ Artículo 305.2.b), inciso primero de la Ley General de la Seguridad Social: *“b) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social”*

III. PROBLEMÁTICA LEGAL Y JUDICIAL: DIFUMINACIÓN DE LA FIGURA DEL EMPRESARIO EN LAS NUEVAS PLATAFORMAS.

Volviendo al punto de partida del análisis, la evolución tecnológica esta propiciando un desarrollo en el mercado laboral, que redundo en una lógica afección en las relaciones entre aquellos actores que integran el ámbito del mundo del trabajo.

En concreto y en relación con las cuestiones objeto de estudio, la mayor afección de las relaciones laborales ha tenido lugar a raíz de la aparición de plataformas virtuales, que funcionan como intermediarias del consumidor final, y el trabajador o trabajadores, que son las encargadas de prestar el servicio al cliente. Concretamente, nos referimos a las plataformas más conocidas, como Uber, Cabify, Deliveroo, o Glovo, que han supuesto una revolución en el mercado del transporte privado, y del reparto a domicilio tanto de comida, como de cualquier otro producto que el cliente pueda interesar recibir.

Como ya adelantábamos, la aparición de estas empresas produce un ámbito de incertidumbre legal, debido a que la actividad de las empresas se canaliza a través de sistemas de software automatizados, que son los que desarrollan la actividad organizativa del trabajo de todos aquellos trabajadores que prestan servicios a través de las aplicaciones. Por otro lado, además del propio software, que ejerce el control del desarrollo de la actividad, es el propio cliente el que de una forma más activa que nunca, dispone de la posibilidad de controlar la actividad en tiempo real, y valorar el servicio de los trabajadores.

En definitiva, las empresas citadas a través de sus propias aplicaciones quedan en un segundo plano, difuminándose las funciones de dirección y control de la actividad que les corresponderían en su condición de empleadoras, siendo estas desarrolladas de forma automatizada por los softwares⁵¹, y por los propios usuarios de los servicios.

En consecuencia, se crea una apariencia de que aquellos trabajadores de estas empresas prestan servicios bajo su riesgo y ventura, disponiendo de medios propios para prestar el servicio, y asumiendo el riesgo del funcionamiento de la actividad comercial en los distintos sectores, si bien dependiendo totalmente la actividad de estos, de los clientes que las aplicaciones de estas empresas les facilitan.

Precisamente, es esta absoluta dependencia de la figura de la empresa, la que puede poner de manifiesto la existencia de prácticas fraudulentas por parte de estas mercantiles, que parecen estar tratando de encubrir a verdaderos trabajadores dependientes, por profesionales autónomos, generando que muchos de ellos, presten servicios en condiciones irregulares, de riesgo, y en cierto modo precarias.

De hecho, son estas circunstancias las que han sacado a la luz un debate social y doctrinal, sobre las condiciones en las que se prestan este tipo de servicios, debate del que también han

⁵¹ Sentencia del Juzgado de lo Social nº33 de Madrid de 11 de febrero de 2019: *“No es preciso el control directo por otra persona, el mando intermedio, ya que esta tarea puede encomendarse a sistemas de control automatizados sean cámaras, ordenadores, sistemas de geolocalización etc. Y además las TIC permiten acceder a un gran volumen de información y a su tratamiento rápido y barato mediante la creación de los correspondientes algoritmos que a través de la elaboración de perfiles acceden al conocimiento detallado de cuándo, cómo, dónde y con qué resultado se ha trabajado.”*

venido conociendo en los últimos meses los Tribunales, a consecuencia de las múltiples demandas que frente a estas empresas, han venido interponiendo quienes han prestado servicios para las mismas.

No obstante, y habida cuenta de que la regulación legal que sirve para discernir al trabajador por cuenta ajena del trabajador por cuenta propia tradicionalmente ha tenido que ser aplicada en cada caso, dependiendo de las circunstancias concurrentes, no existe un criterio uniforme, que permita dar una respuesta legal aplicable a todos los trabajadores de cada una de las empresas.

Por ello, y ante la insuficiencia legal para resolver de la cuestión, son los Tribunales, en aplicación de la normativa existente, los que están tratando de dar respuesta a esta controversia, si bien la realidad evidencia, que no existe ni mucho menos, un consenso interpretativo, por lo que, a la espera de unificar doctrina sobre la cuestión, deviene necesario el análisis de las respuestas jurídicas que Jueces y Tribunales están emitiendo.

1. Criterios generales de diferenciación: Resoluciones Judiciales.

Aunque como ya se ha afirmado, la cuestión objeto de estudio, constituya un reciente debate en el ámbito del derecho laboral, lo cierto es que, la existencia de trabajadores por cuenta ajena disfrazados bajo la figura de trabajador por cuenta propia constituye una cuestión de la que en otros sectores y en otras condiciones, se ha venido resolviendo en innumerables ocasiones.

De esta forma, desde hace ya años, los Tribunales disponen de criterios uniformes para resolver sobre la verdadera naturaleza de la prestación de trabajo que puede subyacer bajo la apariencia de un trabajo autónomo o por cuenta propia, en cada supuesto concreto⁵².

1.1 Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1999: Ajenidad y dependencia.

En una de sus resoluciones más trascendentes, el Tribunal Supremo, estableció criterios uniformes para la distinción entre un contrato de trabajo por cuenta ajena, y un contrato de prestación de servicios de naturaleza mercantil, tras el que trataba de ocultarse a un verdadero trabajador dependiente.

En el mencionado supuesto, el TS, analizó un supuesto en el que un contrato mercantil vinculaba a un profesional con la empresa demandada. Ambos habían suscrito un contrato de naturaleza mercantil por el que el profesional prestaría servicios de mantenimiento y reparación de maquinaria, por el que la empresa le abonaría una cuantía que en el contrato se había estipulado.

⁵² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 7 de mayo de 2019 (2019/1747). Fundamento Jurídico Cuarto: “[...] ya que, como dice la mencionada jurisprudencia, hay que examinar en cada caso las condiciones contractuales para evaluar si la relación es laboral o mercantil; y en el presente caso, idéntico al de los mencionados precedentes, la existencia de una prestación voluntaria de servicios, sometida al control y dirección de la empresa, y dentro de su ámbito de organización, con percibo de una retribución, es palmaria, y por ende, incuestionable la aplicación del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores”.

El trabajador iniciaba su actividad todos los días a las ocho de la mañana, para concluir su trabajo hacia las cinco de la tarde, si bien, antes de cesar en el trabajo, llamaba a la empresa para preguntar si existía algún aviso urgente de algún cliente.

Asimismo, la empresa enviaba al trabajador una hoja de organización del servicio que permitía al trabajador siguiendo estas instrucciones, acudir a los lugares que la empresa le señalaba, para realizar mantenimiento y reparaciones de maquinaria propiedad del cliente. Ante cualquier incidencia, el empleado tenía la obligación de informar a la empresa de lo sucedido, de si el contratiempo podía suponer un retraso en la atención de servicios posteriores de otros clientes, con la finalidad de que la empresa pudiera reorganizar el trabajo.

El trabajador era el encargado de disponer de sus propios medios para trabajar (vehículo, teléfono móvil...), si bien la empresa podía facilitarle alguna herramienta básica de trabajo, el mono de trabajo, y pegatinas con el logotipo de la empresa.

Finalmente, la empresa abonaba al trabajador una cuantía variable todos los meses, en función del trabajo que este hubiere venido realizando.

En esta tesitura, el TS consideró que, ante la apariencia de un contrato de prestación de servicios de naturaleza mercantil, subyacía un verdadero contrato de trabajo por cuenta ajena, siendo el demandante un verdadero empleado de la empresa⁵³.

En primer lugar, el Tribunal partió de una premisa clara y reiterada en multitud de resoluciones contractuales: Con independencia de la denominación que las partes puedan dar al contrato, los contratos son lo que son, y no lo que las partes quieren que sean⁵⁴.

Para seguir, el TS vino a afirmar que las notas características de la relación laboral, y que en el caso analizado permitían afirmar la existencia de un verdadero contrato de trabajo, eran la ajenidad y la dependencia.

No obstante, y en relación con estas características, el TS hacía referencia a unos matices de trascendencia.

Por un lado, afirmaba que, la dependencia no se reflejaba únicamente en la existencia de un horario de trabajo concreto que fuera exigible al trabajador, sino que, incluso, teniendo cierta autonomía el trabajador, para decidir sobre su horario, la exigencia de una dedicación mínima diaria, así como la disponibilidad para alargar la jornada de trabajo ante cualquier incidencia, ponía de manifiesto esa dependencia⁵⁵. En este sentido, la Sala hacía especial referencia al

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000/1427), Fundamento Jurídico Segundo, Punto décimo: “10. En consecuencia, existiendo una relación laboral procede declarar la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las cuestiones planteadas (arts. 1 y 2 LPL), por lo que estimándose el recurso de casación unificadora formulado por el demandante, debe casarse y anularse la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimarse el de esta clase interpuesto por el propio demandante contra la sentencia del Juzgado de lo Social, declarando la competencia de este orden jurisdiccional, debiendo el Juzgado de instancia dictar nueva sentencia que resuelva el resto de las cuestiones planteadas frente a las diversas partes demandadas.”

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000/1427), Fundamento Jurídico Segundo, Punto tercero: “3. Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que declara la irrelevancia de la calificación que las partes otorguen a un contrato, señalando que la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinado por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan”

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000/1427), Fundamento Jurídico Segundo, Punto tercero: “5. Ciertamente en el contrato se establece que la prestación del servicio

hecho de que fuere la empresa la encargada de planificar el trabajo del empleado, a través de la hoja de planificación que le entregaba, lo que ponía de manifiesto, la subordinación del trabajador a las órdenes de la organización⁵⁶.

Por otro lado, y en relación con la variabilidad del salario, venía el Tribunal a afirmar que, el hecho de que no se pactase un salario mensual, o que mensualmente, las cuantías percibidas por empleado variasen, no era indicio suficiente para considerar que el contrato fuera de naturaleza mercantil. Así, el Tribunal hacía referencia al carácter garantizado de la retribución, ya que el trabajador percibía cuantías incluso cuando no realizaba reparación alguna, por encontrarse en situación de IT, reforzando su argumentación con el hecho de que año a año, las retribuciones anuales del empleado experimentaban una escasa variación. Esto evidenciaba una verdadera ajenidad en cuanto a frutos y riesgos de la actividad, lo que junto con la dependencia manifiesta de su empleador, permitía afirmar la existencia de la relación laboral.

Además, añadía el TS que, los clientes para los que prestaba servicio el trabajador, eran clientes de la empresa y no de este, siendo que la empresa además, ejercía un constante control sobre la actividad del trabajador⁵⁷.

En definitiva, el TS estableció que habida cuenta de que el “*nomen iuris*” que las partes otorguen al contrato, es necesario determinar la verdadera naturaleza de este, en base a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, la concurrencia de notas de dependencia y ajenidad evidenciaban la existencia de un verdadero contrato de trabajo por cuenta ajena, y una relación laboral.

contratado no está sujeto a horario fijo, pero en la realidad se exigía al actor realizar el servicio con una dedicación diaria mínima desde las ocho de la mañana a las cinco de la tarde, con posibilidad de extensión si tras efectuar la preceptiva llamada a la empresa al finalizar la jornada había alguna reparación urgente a realizar, debiendo incluirse en un turno para efectuar reparaciones en fines de semana alternos y atender las urgencias que se produjeran, y precisamente en la carta de extinción, entre otros hechos, se le imputa al demandante la «imposibilidad de contactar con Ud. para cubrir los servicios urgentes de punto de venta con una mínima garantía por la tarde». Esta exigencia de amplia disponibilidad horaria del actor con respecto a la empresa contratante, que obligaba de hecho a éste a la prestación de servicios con carácter habitual y permanente durante un horario determinado, comporta entender que esa afirmada libertad de horario era un tanto relativa y más teórica que práctica no pudiendo destruir el elemento de dependencia del demandante con la empresa, tanto más cuanto esta Sala ha declarado la existencia de relación laboral en supuestos de amplia libertad de horario que no desvirtúa la existencia del requisito de dependencia, para la que no es necesaria la concurrencia de una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en el ámbito organicista y rector.”

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000/1427), Fundamento Jurídico Segundo, Punto séptimo: “7. Existía también de hecho una sumisión a las órdenes directas de la empresa, pues ésta diariamente encargaba al actor los concretos trabajos a realizar, debiendo cumplir estrictamente la nota de planificación del servicio sin poder variarla injustificadamente y debiendo, en caso de incidencias que pudieran retrasar la reparación, avisar a la empresa para que se garantizara la reparación por otra vía[...].”

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000/1427), Fundamento Jurídico Segundo, Punto octavo: “8. Lo anterior evidencia que los clientes no eran del actor sino de la empresa, que la actividad permanente del demandante era la propia de la empresa y no la de él mismo, sin que en momento alguno percibiera un lucro como beneficio propio (en esta línea interpretativa, entre otras, STS/IV 10-4-1995 –recurso 2060/1994–), y sin que la inclusión de determinadas cláusulas contractuales que no consta hayan tenido efectividad real, por lo que es dable considerarlas como usadas para «disfrazar» el sentido efectivo de la relación, puedan desvirtuar la realidad de que la actividad se realizaba bajo el control y dependencia de la empresa (en este sentido, entre otras, STS/IV 15-6-1998 –recurso 2220/1997–) [...]”

Así, la dependencia se manifestaba en el hecho de que la empresa organizase el trabajo del empleado, debiendo serle comunicada cualquier incidencia para poder reestructurar el trabajo. A su vez, esta dependencia se desprendía de que el trabajador, aunque sin obligación de cumplir un horario concreto, debiera prestar servicios durante una jornada mínima, quedando, además, a total disposición de la empresa para realizar cualquier trabajo urgente si fuera necesario.

Por otro lado, la ajenidad se evidenciaba en el hecho de que el trabajador percibiera una retribución garantizada, incluso cuando no podía prestar servicios, por mucho que las retribuciones percibidas fueran de carácter variable, en función del número de reparaciones realizadas. Además, la ajenidad se identificaba indubitadamente del hecho de que los clientes para los que el trabajador prestaba servicios fueran de la empresa.

Por tanto, la ajenidad y la dependencia, han venido siendo los criterios definidores de la relación laboral, y del contrato de trabajo por cuenta ajena que han orientado la labor interpretativa de los Tribunales durante décadas, conforme se expondrá en lo sucesivo.

1.2 Otras resoluciones sobre la ajenidad y dependencia.

En relación con la jurisprudencia analizada, los Tribunales de ámbito inferior, han venido utilizando los señalados criterios interpretativos, haciendo, asimismo, apuntes de importancia en el contenido de sus sentencias, sobre diferentes circunstancias concretas que han entrado a valorar en diferentes supuestos.

A. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de noviembre de 2005⁵⁸.

En este supuesto, el TSJ determinó la inexistencia de relación laboral entre una arquitecta y un despacho de arquitectos, para el que ésta, prestaba servicios como colaboradora. Es de señalar que, la sentencia del Juzgado de lo Social que se recurría ante la Sala daba la razón a la trabajadora, afirmando que tras la relación mercantil subyacía una verdadera relación laboral, lo que pone de manifiesto lo controvertido de este tipo de situaciones, así como la dificultad de garantizar una absoluta seguridad jurídica en este tipo de supuestos.

En este sentido, la sentencia analizada facilitaba determinadas claves que deben ser tenidas en cuenta a la hora de valorar debates jurídicos como el presente, para ello, la Sala partía de las circunstancias que en aquel caso concurrían:

- La trabajadora percibía una retribución fija, pero se le descuenta previamente IRPF e IVA.
- La trabajadora carecía de horario.
- Nadie controlaba sus horarios de entrada y salida ni el trabajo, conforme iba realizando éste.
- Los medios eran propiedad del despacho de arquitectos.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª) de 16 de noviembre de 2005 (AS 2005/3472).

Estas fueron las circunstancias que el Tribunal consideró determinantes para afirmar que la relación existente era mercantil, siendo que el Tribunal hizo las siguientes afirmaciones de interés.

- Es esencial acreditar la existencia del requisito de la dependencia.
- La dependencia se manifiesta en quién y cómo programa el trabajo.
- Si las directrices del despacho se limitaban a especificaciones de cómo desarrollar el trabajo objeto del contrato.
- Si la trabajadora disponía de libertad del profesional de aceptar otros encargos.
- Si la trabajadora disponía de libertad del profesional de rechazar un encargo concreto que le encomiende el despacho.

B. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 20 de enero de 2017⁵⁹.

Por utilizar otro supuesto a título comparativo, es muy interesante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 20 de enero de 2017, en la que se determina el carácter mercantil de la relación, a consecuencia de una Inspección que afirmaba la naturaleza laboral de la relación entre el colaborador y la empresa.

En el presente caso, el Tribunal da especial relevancia a las siguientes circunstancias:

- El colaborador, podía encomendar su trabajo a un sustituto si no podía acudir por cualquier causa sin consentimiento del contratante.
- El colaborador podía ausentarse (a modo de un permiso), sin pedir autorización y sin justificar la ausencia.
- Su actividad y horario no era controlado, ni supervisado por el contratante.
- No recibía órdenes de cómo hacer su trabajo.

En este supuesto incluso, el Tribunal, consideró inexistente la relación laboral, a pesar de que se acreditaba que los medios materiales con los que prestaba servicios eran de la contratante.

En definitiva, el Tribunal en este caso, determinó que a pesar de que concurren circunstancias características de la relación laboral, no se acreditaba que concurren todas las características propias de ésta, motivo por el que concluyó, que no podía considerarse existente una relación de dependencia y subordinación, típica de la relación de trabajo por cuenta ajena.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 20 de enero de 2017 (JUR 2017/60573)

C. Sentencia del Juzgado de lo Social nº32 de Barcelona de 22 de noviembre de 2016⁶⁰.

En contrario, y a modo ilustrativo, el Juzgado de lo Social nº32 de Barcelona en sentencia de 22 de noviembre de 2016, consideró existente la relación laboral de una clínica dental con odontólogas, dadas de alta como trabajadoras por cuenta propia, al considerar concurrentes, todas las características de la relación laboral. Así, el Tribunal afirmaba que, la relación laboral existía debido a que, todos los clientes de las trabajadoras eran de la clínica, las trabajadoras, sólo aportaban su trabajo, los medios, los ponía la clínica, los empleados tenían que pedir los días de vacaciones por escrito, la clínica les señalaba una jornada de trabajo, e incluso, los trabajadores vestían la bata de la empresa.

D. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de mayo de 2014: Sobre el horario de trabajo⁶¹.

Como ya se ha expuesto, la existencia de un horario establecido implica un indicio de dependencia en la relación entre las partes, si bien como también se ha señalado, no es tanto la existencia o no de un horario lo que valoran los Tribunales sino la obligación para el trabajador de prestar un mínimo servicio en un determinado período de tiempo. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de mayo de 2014, que señalaba que para que el demandante no fuera considerado como trabajador por cuenta ajena, una de las claves consistía en que la empresa no pudiera exigirle que atendiese a un número determinado o mínimo de clientes, o que realizase un mínimo de proyectos, o trabajos, con independencia de que no tuviese un horario preestablecido⁶².

E. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de enero de 2018⁶³.

En relación con la retribución, además, de la cuantía, variabilidad, y carácter garantizado de la misma, los Tribunales, a la hora de determinar la verdadera naturaleza de los contratos sometidos a análisis, han venido a valorar la procedencia de la retribución.

⁶⁰ Sentencia del Juzgado de lo Social nº32 de Barcelona de 22 de noviembre de 2016 (JUR 2017/25649).

⁶¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 8 de mayo de 2014 (AS 2014/1845).

⁶² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 8 de mayo de 2014 (AS 2014/1845), Fundamento Jurídico Sexto: “Sin negar que la determinación del tiempo de trabajo durante una determinada franja horaria semanal suponía una vinculación de la trabajadora al cliente, éste no iba seguida de la exigencia de realizar, dentro de ese tiempo pactado, un número determinados de servicios, lo que sí se juzgaría decisivo para desvirtuar el pretendido carácter autónomo de la trabajadora.”

⁶³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª) de 12 de enero de 2018 (JUR 2018/75348),

Así, cuando es la empresa la que satisface la retribución al empleado, estamos ante un indicio de ajenidad. Sin embargo, cuando es el trabajador el que factura directamente a los clientes por sus servicios, los Tribunales consideran que se trata de una característica más propia del trabajador por cuenta propia, y por tanto, de un contrato entre empresa y profesional, de naturaleza mercantil⁶⁴.

En este punto es donde encontramos la característica más conflictiva, siendo que lo ideal, a todas luces sería, que el trabajador facturase directamente al cliente de los servicios de arquitectura.

Esto, no implica que por el hecho de que el colaborador facture al despacho de arquitectos, automáticamente vaya a considerarse que la relación sea de naturaleza laboral, en la medida en que debe acreditarse la concurrencia de todos los requisitos que caracterizan la relación laboral, pero es un indicio desfavorable para los intereses de la sociedad.

Es recomendable a estos efectos, que a los colaboradores se les pague por proyectos, o bien a la finalización del mismo, o bien en función de las fases o hitos en que se divida cada proyecto, estableciendo así un sistema de retribución irregular en el tiempo.

F. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 16 de mayo de 2011.

Si bien los Tribunales han venido afirmando que la titularidad de los medios de trabajo sirve como circunstancia que determina la existencia o no de una relación laboral, no es una circunstancia determinante, lo que implica que la relación puede seguir siendo de naturaleza civil, a pesar de que los medios sean titularidad de la contratante.

Sin embargo, los Tribunales, también valoran como indicio de existencia de relación laboral el hecho de que la titularidad de los bienes materiales sea de la sociedad contratante. En este sentido se pronuncia a título ilustrativo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 16 de mayo de 2011⁶⁵. Por ello, la titularidad de los medios para realizar el trabajo no determinará por sí misma la verdadera naturaleza del contrato que vincula a las partes.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª) de 12 de enero de 2018 (JUR 2018/75348), Fundamento Jurídico Vigésimo: “[...] son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas [STS 15-4-1990 y 3-4-1992] o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes [STS 22-1-2001]; en cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados [STS 7-6-1986] o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena [STS 20-9-1995].”

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 16 de mayo de 2011 (JUR 2011/280826): “En el caso de autos el actor está sometido al ámbito de organización y dirección de las codemandadas, su actividad la realiza en los locales e instalaciones de éstas y con los medios materiales que las mismas le proporcionan, tiene una jornada y un horario de trabajo estable, tiene garantizada una retribución fija mensual y está sometido a las directrices emanadas desde la sede central de 'ING NATIONAL NEDERLANDEN GENERALES, COMPANÍA de SEGUROS y REASEGUROS' en Madrid. La existencia de dependencia es

En definitiva, como ya se adelantaba, no es la primera en que los Tribunales, deben realizar labor interpretativa de la normativa vigente para la resolución de supuestos en el que la cuestión litigiosa consiste en la determinación de la verdadera naturaleza subyacente bajo la apariencia de contratos mercantiles suscritos entre empresas y aparentes trabajadores por cuenta propia, en base a las circunstancias que en cada supuesto concurren.

2. Criterios judiciales específicos, para la resolución de la problemática de los “Riders”.

En la actualidad sin embargo, son numerosos los casos de los que los Tribunales están teniendo que conocer, a raíz de la aparición de nuevas modalidades de prestación de servicios, como consecuencia de la aparición de plataformas digitales cada vez más habituales.

En esta tesitura, los Juzgados y Tribunales de distintos ámbitos, mantienen opiniones divergentes a cerca de la verdadera naturaleza de estas nuevas formas de prestación de servicios⁶⁶, que ponen sobre la mesa un trascendental debate jurídico cuya unificación interpretativa tendrá gran relevancia en miles de trabajadores comúnmente denominados como “riders”, o “glovers”⁶⁷.

Para conocer las condiciones en que estos prestan sus servicios, así como las distintas conclusiones alcanzadas por los Tribunales, en lo sucesivo se analizarán las más recientes e importantes resoluciones que en cada caso han emitido los órganos jurisdiccionales.

2.1 Sentencia del Juzgado de lo Social nº4 de Oviedo de 25 de febrero de 2019⁶⁸.

Se trata de un especial supuesto, en que el Juzgado, conoce de la reclamación de cantidad de un “Glover” frente a la empresa Glovo, sin que en dicho litigio se discuta la verdadera naturaleza del contrato que vinculaba a las partes, debido a que ninguna de las partes impugna la misma, estando conformes en la naturaleza del mismo⁶⁹.

En la analizada resolución, el Juzgado, se limita a rechazar la pretensión del actor por considerar que reclamaba cuantías por servicios que en realidad no había prestado, sin embargo,

incontestable. Por lo tanto, la relación de prestación de servicios mantenida por el demandante y las empresas codemandadas solo puede ser calificada jurídicamente como relación laboral ordinaria”.

⁶⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J. R. “Trabajo en plataformas profesionales y ¿laboralidad?: los recientes pronunciamientos de los casos Deliveroo y Glovo”. Revista de Información Laboral num. 10/2018 parte Editorial. Página 3. (BIB 2018\13432): “Pero el intenso y, en ocasiones, acalorado debate sobre esta cuestión también ha dado lugar a pronunciamientos en los que se afirma con rotundidad el carácter autónomo del trabajo prestado por los «riders» de la empresa Glovo .”

⁶⁷ <https://www.merca2.es/como-trabajar-glovo/>

⁶⁸ Sentencia del Juzgado de lo Social nº4 de Oviedo de 25 de febrero de 2019 (JUR 2019\203105).

⁶⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social nº4 de Oviedo de 25 de febrero de 2019 (JUR 2019\203105). Fundamento Jurídico Segundo: “En el presente caso, no se está discutiendo la naturaleza jurídica de la relación que vincula a las partes, que ambas aceptan, por tanto para la resolución del mismo debemos acudir a lo pactado en el contrato.”

lo interesante de la sentencia, son las circunstancias que el órgano judicial considera acreditadas, sin entrar a valorar la naturaleza del contrato.

Así, en este supuesto, el trabajador prestaba servicios como TRADE, estando de alta en RETA, y teniendo suscrito un contrato mercantil con la empresa para la realización de micros servicios de repartidor.

No obstante, el contrato suscrito entre las partes establece una obligación de prestar servicios durante 40 horas semanales, con una dedicación mínima de 8:00 a 00:00 horas, en régimen de autonomía profesional. Además, en la misma cláusula cuarta del contrato, se establece que la jornada podrá ser ampliada por el profesional a elección propia. El precio de cada reparto se calcula a través del sistema de cálculo establecido por la empresa en base a la distancia recorrida en cada reparto, para que finalmente, el precio de la hora trabajada alcance la cuantía media de 6,56 euros brutos, cuantía que el profesional sólo percibiría en caso de prestar servicios de forma efectiva.

Asimismo, se establece en el contrato una cláusula de no exclusividad por la que el profesional podría prestar servicios para otras empresas, si bien, su condición de TRADE denota la verdadera dependencia de la demandada por parte del actor.

Si bien como se anticipaba, esta sentencia no resuelve sobre la cuestión en cuyo análisis pretende centrarse el presente estudio, constituye una buena aproximación a las condiciones en que prestan servicios los denominados “riders”, que como se verá, se repiten en otros muchos supuestos que si dan respuesta a la cuestión interesada.

2.2 Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid de 3 de abril de 2019.

En este caso sí, la cuestión de la que conoce el JS, se centra en determinar la verdadera naturaleza del contrato que vincula al actor, un “Glover”, con la empresa Glovo, la misma que había sido demandada en el caso de la sentencia del JS nº4 de Oviedo ya analizada. El Juzgado, realiza un extenso y exhaustivo análisis de las circunstancias de hecho que concurren en el supuesto, para finalmente, concluir que en realidad estamos ante una relación de trabajo por cuenta ajena.

Así, el Juzgado, comienza haciendo una síntesis sobre el funcionamiento de la herramienta de Glovo⁷⁰, para exponer que, en primer lugar, la empresa demandada tiene por objeto social la explotación de aplicaciones informáticas consistentes en servicios de recadero para la adquisición de bienes por cuenta ajena, realizando la actividad de intermediario en la contratación de transporte de mercancía por carretera.

Así, el servicio se inicia por parte del cliente cuando a través de la aplicación solicita el envío de un producto de un establecimiento, para que posteriormente, la propia plataforma asigna a la persona encargada del reparto. El propio cliente es quien introduce sus datos incluido el domicilio, para que la aplicación le asigne el reparto más cercano, siendo que la propia aplicación realiza un análisis por días y franjas horarias de la demanda previsible de servicios que le permita conocer el número de repartidores que necesitará en activo.

⁷⁰ Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid de 3 de abril de 2019 (AS 2019\1184). Hechos probados primero a quinto.

En contraposición, y una vez realizados estos análisis, son los repartidores quienes acceden a la plataforma eligiendo los días y horas en que se comprometen a prestar servicios, pudiendo posteriormente desvincularse aparentemente de dicho compromiso.

Así, la aplicación, elabora un panel de repartidos dados de alta, e identificados según sus datos personales y los medios propios con los que prestarán el servicio, en bicicleta, motocicleta o automóvil, disponiendo además de teléfono móvil personal y asumiendo el repartidor los gastos de disposición de todos estos medios

Llegado el momento de prestar el servicio, el repartidor es quien activa la aplicación y decide si acepta la asignación realizada por la plataforma o si por el contrario, opta por una asignación manual de servicios. Una vez finalizado el servicio, queda a decisión del trabajador si recibir o elegir una nueva asignación.

Es interesante señalar también que, la aplicación, para la asignación de repartidor concreto, sigue el criterio de menor coste, en base a un algoritmo que mide la distancia entre el cliente y los repartidores, además de valorar también parámetros de eficacia de las últimas 40 entregas, tomando en consideración, el volumen histórico de pedidos realizados, y la puntuación que los clientes le hayan dado a cada repartidor.

La propia empresa es quien percibe directamente el precio del servicio del consumidor, y quien luego abona la cuantía pactada al trabajador, en base al sistema de cálculo del precio del viaje que decide la empresa.

Para seguir, la sentencia transcribe el contenido del contrato suscrito entre actor y demandada⁷¹, poniendo de manifiesto aquellas cuestiones que considera relevantes a los efectos de resolver sobre la cuestión objeto de debate.

Para empezar, el contrato establece en su cláusula primera que el repartidor tiene plena libertad para aceptar y rechazar los servicios, eligiendo como gestionarlo, fijando la ruta a seguir, y utilizando su propio vehículo, asumiendo el riesgo del encargo, y respondiendo frente al cliente de los daños que sufran los productos.

La jornada, también en este caso es de cuarenta horas semanales, pudiendo el actor elegir su propio descanso semanal y los días festivos. Además, el trabajador no tiene exclusividad frente a la empresa, si bien dispone de la condición de TRADE.

Por otro lado, el “rider” tiene plena libertad de organización, con la única limitación de que la realización de cada encargo no puede durar más de 40 minutos, siendo valorado su servicio por el cliente a través del sistema de calificación que la propia aplicación les ofrece a estos.

La cláusula cuarta del contrato establece que, el trabajador durante la prestación del servicio, no podrá utilizar distintivos corporativos que no sean los de la propia empresa de Glovo, que esta empresa le facilita.

Por otro lado, el contrato establece que el trabajador tiene derecho a interrumpir su actividad durante un total de 18 días al año, además de poder por otras causas justificadas interrumpir su actividad previo aviso a la empresa.

La mercantil, se reserva el derecho de resolver el contrato con el trabajador, en base a trece causas justificadas que le permiten extinguir el contrato con base en el incumplimiento del mismo por parte del repartidor.

⁷¹ Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid de 3 de abril de 2019 (AS 2019\1184). Hecho probado sexto.

El precio que el repartidor percibirá por cada servicio se calculará en base a un variable basado en la distancia recorrida y el tiempo tardado, actualizándose el sistema de cálculo con la periodicidad que la empresa estime oportuna. Cuando mediante el sistema señalado no pudiera calcularse correctamente el precio del servicio la empresa establece un sistema alternativo calculado por ella misma y de cuyo resultado, simplemente dará traslado al trabajador.

Añade, por último, que el repartidor ante un caso de cancelación del pedido sólo tendrá derecho a percibir la cuantía del servicio cuando hubieren transcurrido al menos cinco minutos de prestación del servicio.

Finalmente, la empresa, emitirá semanal o quincenalmente, factura por el importe correspondiente a que tenga derecho el repartidor, en función de los servicios prestados por el repartidor durante el período correspondiente, abonándole el importe a este mediante transferencia bancaria.

El clausulado final del contrato establece otra serie de condiciones por las que el repartidor se compromete al cumplimiento de las obligaciones fiscales y de SS, a no revelar los secretos comerciales o información confidencial, bajo pena de tener que indemnizar a la empresa por el cumplimiento de este compromiso. Por último, se establece que la empresa facilita al trabajador la mochila para el reparto, cobrando al repartidor por la misma el precio de 10 euros, e imponiéndole una fianza de 60 euros.

Determinadas las circunstancias concurrentes, el Juzgado, comienza la fundamentación jurídica haciendo referencia a resoluciones de distintos Tribunales, desde el propio Juzgado de lo Social nº33 de Madrid, hasta Tribunales de otros Estados Miembros de la UE, e incluso Cortes Estadounidenses y Australianas⁷². El razonamiento del Juzgado pone de manifiesto, además de un debate legal globalizado, la existencia de una opinión unánime de los citados Tribunales, al considerar en supuestos idénticos, la laboralidad de este tipo de relaciones profesionales.

En lo sucesivo, el razonamiento del Juzgado se basa en una absoluta remisión a la sentencia emitida por el Juzgado de lo Social nº33 de Madrid de 11 de febrero de 2019, que expone una detallada argumentación sobre la que fundamenta el carácter laboral de la relación que vincula a las partes.

Así, el órgano jurisdiccional, afirma que existen multitud de indicios sobre la naturaleza laboral de la relación, que constan acreditados en el caso. Para empezar, incide en el hecho de que los trabajadores de la empresa causan alta en la base de datos de la empresa facilitando

⁷² Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid de 3 de abril de 2019 (AS 2019\1184). Fundamento Jurídico Tercero: “*El Tribunal Superior del Condado de Los Ángeles en su decisión de 30-4-2018 en el caso Dynamex Operations West para diferenciar si una relación contractual era dependiente o autónoma llegó a la conclusión de que se presume que la relación es laboral [...] La sentencia del Employment Tribunal of London el 26-10-2016 caso Aslam vs Uber, también apreció laboralidad basándose en un conjunto de indicios en gran medida coincidentes con los que se revelan en este asunto. La sentencia del Tribunal de Casación de Francia de 28-11-2018 en el caso Take it Easy revoca la previamente dictada por el Tribunal de Apelación de París, apreciando la existencia de relación laboral en un repartidor de mercancías a través de una plataforma digital. En los mismos términos la sentencia caso Fodora de la Fair Work Comission de Australia de 16-11-2018. En nuestro país en la actualidad se cuenta tan sólo con resoluciones judiciales de instancia de signo variado. El Juzgado Social 6 de Valencia en sentencia de 1-6-2018 ha estimado relación laboral, mientras que los Juzgados 39 y 17 de Madrid en recientes resoluciones se han decantado en contra de esta calificación. En el caso que nos ocupa, hacemos nuestros plenamente los razonamientos esgrimidos por el Juzgado Social 33 de Madrid, que pasamos a reproducir, extraídos de su Sentencia de fecha 11 de febrero del 2019, analizando un caso similar al nuestro [...]*”

desde datos personales, hasta los medios de trabajo de los que disponen, para posteriormente firmar un contrato elaborado de forma exclusiva por la empresa, lo que implica que el repartidor, no interviene en la redacción del contrato, limitándose a firmarlo. Esta circunstancia ya en un primer momento evidencia una auténtica situación de desigualdad⁷³.

Según el Tribunal, el propio contrato, también expone una serie de condiciones que ponen de manifiesto la sumisión del repartidor a las instrucciones de la empresa, como el establecimiento de una jornada semanal de 40 horas, el límite de 40 minutos en la entrega del producto al cliente, la prohibición de uso de distintivos corporativos distintos a los de la empresa “Glovo”, o el deber de comunicación con la empresa a través del correo electrónico.

También señala otra serie de circunstancias como la necesidad que las interrupciones de actividad por parte del trabajador sean justificadas, así como la obligación de preavisar en caso de cese, o el abanico de causas de extinción que permiten a la empresa resolver el contrato.

Añade el JS además, lo llamativo del sistema de contraprestación en relación con la forma de determinar el precio del servicio y la forma de abonar al trabajador la retribución generada. En palabras del Juzgado, es evidente que la posibilidad de fijar el precio, en ningún caso queda a disposición del repartidor, sin que pueda este en ningún caso negociar su retribución que se calcula siempre según el sistema establecido por la plataforma de la empresa⁷⁴.

A mayor abundamiento, afirma el Juzgador que, la demanda es quien realiza las previsiones de demanda en función de las franjas horarias, para determinar el número de repartidores que necesitará para posteriormente proceder a una asignación de servicios, en base a distintos parámetros proporcionado por un algoritmo creado por la propia plataforma, que valoran la eficacia del repartidor en base a pedidos anteriores que hayan sido valorados por los clientes.

Asimismo, en la sentencia, se hace una referencia de importancia a un nuevo sistema de trabajo del Siglo XXI que doctrinalmente se ha denominado “contratación a demanda”, que consiste en que el empresario necesita de la realización inmediata de un servicio e escasa duración cuando surge una necesidad de oferta, organizándose el trabajo a través de una plataforma que vincula clientes y prestadores de servicio, asignando a estos últimos los servicios en función de criterios de eficacia, y repitiéndose el proceso tantas veces como sea necesario⁷⁵.

En su resolución, afirma que este nuevo sistema de trabajo se diferencia del sistema de trabajo del Siglo XX por dos cuestiones:

⁷³ Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid de 3 de abril de 2019 (AS 2019\1184). Fundamento Jurídico Tercero: *“Por tanto el repartidor no interviene en la conformación del contenido del contrato, limitándose a asentir las condiciones impuestas de contrario, lo que demuestra la inicial posición de desigualdad entre partes desde la que la relación ha quedado conformada.”*

⁷⁴ Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid de 3 de abril de 2019 (AS 2019\1184). Fundamento Jurídico Tercero: *“En consecuencia escapa de la facultad del repartidor fijar o negociar su retribución que además oscila en función de parámetros que GLOVOAPP23 SL establece en cada reparto.”*

⁷⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid de 3 de abril de 2019 (AS 2019\1184). Fundamento Jurídico Tercero: *“Este tipo nuevo de contractualización de la prestación de servicios de forma personal se ha venido a denominar por la doctrina como “contratación a demanda” y que consiste en que un empresario necesita que se lleve a cabo de forma inmediata una concreta actividad de escasa duración y cuando surge la necesidad la oferta fijando un precio concreto a través de la plataforma para que la reciban los potenciales prestatarios, uno de los cuales es seleccionado mediante criterios preestablecidos a través de un algoritmo creado por el empresario.”*

- La primera, en que el servicio que prestan estos nuevos trabajadores se atomiza en microtarefas que varían en función de la demanda, mientras que anteriormente, el trabajador quedaba a disposición del empresario, normalmente, durante un horario continuado, siendo los tiempos sin trabajo, considerados como tiempo de trabajo efectivo a todos los efectos, lo que para el empresario actual supone un ahorro de costes, en detrimento de la retribución del trabajador, que deja de obtener beneficio alguno durante el tiempo de disponibilidad.
- La segunda, la necesidad de que sea el propio trabajador el que exponga su disponibilidad al empleador, para que este lo preseleccione como prestador del servicio, lo que el Tribunal considera una lógica consecuencia de la atomización del trabajo en microservicios.

Concluye el Juzgador que, puede afirmarse el carácter laboral de estas nuevas modalidades de prestación de servicios, partiendo de la idea de que el repartidor queda vinculado de forma indefinida a la empresa, que mantiene un completo control sobre la actividad realizada, actividad para cuyo desarrollo, establece reglas de realización y comportamiento, siendo la misma posteriormente evaluada a través de perfiles, y que inciden en las futuras asignaciones de reparto que realiza la empresa.

En base a todo ello, la empresa se reserva lo que el órgano considera evidentes facultades disciplinarios que pueden llegar a afectar al precio de las tareas asignadas a los repartidores, e incluso a la resolución del vínculo contractual a voluntad de la empresa.

Para finalizar, el Tribunal no deja pasar la oportunidad de señalar que, tan evidente es el carácter dependiente y subordinado del repartidor que, con los medios de que dispone, si pretendiera iniciar una actividad autónoma por su propia cuenta, la actividad de este, estaría completamente abocada al fracaso, siéndole absolutamente imposible el crecimiento profesional, debido a que la verdadera clave del funcionamiento del negocio de estas empresas es el soporte técnico que proporciona la aplicación⁷⁶.

En síntesis, el Tribunal considera existente la relación laboral entre el actor y la demandada, en la medida en que el trabajador, queda subordinado e incluido en el ámbito organizativo y disciplinario del empresario, que canaliza su actividad a través de la plataforma virtual mediante la que el empleado puede prestar sus servicios, señalando que, sin disponer de la misma, el actor no podría realizar esa actividad por cuenta propia, por mucho que los medios de transporte sean de su titularidad.

⁷⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid de 3 de abril de 2019 (AS 2019\1184). Fundamento Jurídico Tercero: *“Además el repartidor nunca podría realizar su tarea desvinculado de la plataforma digital en la que se integra: es impensable que con su vehículo y su móvil pudiera transportar mercancías entre proveedores y clientes. Si decidiera emprender por sí mismo este tipo de actividad como auténtico autónomo, estaría condenado al fracaso y sus posibilidades de crecimiento como emprendedor serían nulas, ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la*

explotación de una marca [...] 13.- La inviabilidad para el repartidor de que, con sus medios y desvinculado de la plataforma, pueda llevar a cabo una actividad económica propia, conecta con la otra nota que califica como laboral la relación contractual: la ajenidad.”

2.3 Sentencia del Juzgado de lo Social nº24 de Barcelona de 21 de mayo de 2019⁷⁷.

Si bien, adelantábamos que los Tribunales, en su mayoría, consideran que existe una relación de naturaleza laboral entre los repartidores que prestan sus servicios a través de plataformas digitales y las empresas desarrolladoras de estas, también existen pronunciamientos que mantienen criterios divergentes.

Este es el caso de la sentencia del JS nº24 de Barcelona ahora sometida a estudio, que conoce de la demanda de un repartidor de la empresa Glovo, que reclama la calificación de la relación como de carácter laboral, así como de la improcedencia del despido, como consecuencia de la extinción contractual que la empresa comunica al trabajador.

La Resolución, aunque contraria a los intereses del trabajador, constituye una argumentada decisión judicial que, aunque breve, aporta matices de interés para la resolución de la cuestión.

Así, analizados los hechos probados, en base a la prueba practicada en juicio, el Magistrado, considera inexistente la relación laboral. Para fundamentar su decisión, el Juzgador razona que, el trabajador, no tiene asignada una zona de trabajo concreta, puede desplazarse por toda la ciudad, no está sometido a horarios, no debe comunicar sus ausencias al trabajo, o la intención de disfrutar de vacaciones. Añade, además, que es el propio repartidor el que selecciona los itinerarios a seguir, escogiendo el medio de transporte con el que realizar el reparto y asumiendo a su costa todos los gastos que el reparto pueda ocasionarle.

Todas estas circunstancias, a juicio del Juez, constituyen indicios suficientes para entender que la relación que vincula a las partes no puede ser considerada como de naturaleza laboral⁷⁸.

2.4 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de julio de 2019⁷⁹.

También Tribunales de ámbito superior, han comenzado a conocer de los recursos que, contra las sentencias de los Juzgados de lo Social, en supuestos como el analizado, han sido dictadas. La gran mayoría de ellas, determinando el carácter laboral de la relación existente

⁷⁷ Sentencia del Juzgado de lo Social nº24 de Barcelona de 21 de mayo de 2019. (ROJ SJSO 2931/2019).

⁷⁸ Sentencia del Juzgado de lo Social nº24 de Barcelona de 21 de mayo de 2019. (ROJ SJSO 2931/2019). Fundamento de Derecho Quinto: “*En el presente caso, de las circunstancias en que se ha venido desarrollando la prestación de servicios del actor para la empresa no cabe deducir que esa prestación de servicios se haya llevado a cabo cumpliendo los requisitos que a tal efecto establece el artículo 1 de Estatuto de los Trabajadores para que la relación pueda considerarse de carácter laboral, esto es, que se hayan venido realizando "por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección" de la empresa, dado que ha resultado acreditado que los repartidores hacen el itinerario que quieren, utilizando el medio de transporte que quieran, cuyos gastos van a su cuenta, que no tienen asignada una zona determinada, que ellos eligen los días y franjas horarias en las que prestan sus servicios, que si quieren pueden rechazar un pedido, que si están unos días de vacaciones no lo comunican a la empresa, y que cobran por pedido hecho, aunque sea con las tarifas establecidas por la empresa, de todo lo cual se desprende que ostentan una capacidad de organización propia que excede del ámbito de una relación de carácter laboral, percibiendo una retribución variable según los servicios realizados.*”

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 de julio de 2019. (AS 2019\1826).

entre actor y empresa, por lo que los recursos se han articulado en su mayoría por parte de la empresa referente en el sector.

La sentencia ahora analizada, resulta trascendental en la medida en que es pionera en resolver sobre la naturaleza de la relación entre “Glover” y la empresa demandada por parte de la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia.

En este caso, precisamente, el TSJ asturiano, conocía del recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada frente a la sentencia parcialmente estimatoria, del Juzgado de lo Social nº1 de Gijón, que determinaba la naturaleza laboral de la relación que unía a las partes. En su recurso, la empresa recurrente, solicitaba la calificación de la relación entre las partes como de TRADE, consideración que el TSJ desestima.

Para comenzar con el análisis de la cuestión, el TSJ comienza reproduciendo aquellos hechos que se tienen por probados en la instancia, transcribiendo el literal de la sentencia recurrida. El contenido de los hechos probados que obran en la sentencia del JS de Gijón, es sustancialmente idéntico al que analizan muchas otras sentencias que conocen de los hechos, como sucede también, en la ya citada sentencia del JS nº33 de Madrid de 3 de abril de 2019.

Por resumir, los hechos probado de la sentencia del Juzgado que transcribe el TSJ, comienzan ofreciendo una explicación a cerca de la actividad de la empresa, el funcionamiento de la misma a través de acuerdos con establecimientos comerciales de cada localidad⁸⁰.

También expone el Tribunal el funcionamiento de la plataforma digital mediante la que la empresa consigue poner en contacto a estos establecimientos, clientes, y repartidores, así como el sistema de asignación de pedidos, en función de la distancia y la calificación de cada repartidor, en función del pedido concreto. También expone el funcionamiento de los sistemas de control del trabajador, y de calificación por parte de la aplicación de este.

En lo sucesivo, la Sala, transcribe el contenido del contrato mercantil que vincula a las partes, y por el que aparentemente, el repartidor ostenta la condición de trabajador por cuenta propia, si bien como TRADE, habida cuenta de que más del 75% de la retribución que el actor percibe por la realización de su actividad es abonada por la demandada.

El contenido del contrato es idéntico al analizado por otros Juzgados y Tribunales de otras provincias, pudiendo afirmarse que la empresa lleva a cabo la contractualización de estas relaciones a través de contratos tipo, lo que pone de manifiesto, como han considerado diversos Tribunales que el repartidor, no interviene en el proceso de contratación, limitándose a asentir las condiciones que le ofrece la empleadora⁸¹.

Independientemente de lo expuesto, también los Tribunales Superiores de Justicia ratificando el criterio de los Juzgados de instancias inferiores, vienen a corroborar la existencia de una verdadera relación de carácter laboral entre los repartidores que se han denominado

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 de julio de 2019. (AS 2019\1826). Antecedente de Hecho Segundo, punto 2º: “*GLOVO APP 23, S. L. gira en el mercado bajo el nombre comercial de "Glovo" desarrollando y gestionando una plataforma tecnológica mediante la que, a través de una aplicación para teléfono móvil o de una página web (en adelante "apps"), se permite a comercios locales ofertar sus productos y entregarlos al consumidor mediante un mensajero.*”

⁸¹ Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid de 4 de abril de 2019 (AS 2019\1186) (Sentencias nº128/2019, 130/2019 y 134/2019): “*Por tanto el repartidor no interviene en la conformación del contenido del contrato, limitándose a asentir las condiciones impuestas de contrario, lo que demuestra la inicial posición de desigualdad entre partes desde la que la relación ha quedado conformada.*”

“Glovers”, y la empresa “Glovo”, en base a la concurrencia de multitud de circunstancias que evidencian una verdadera situación de ajenidad, dependencia, y subordinación.

En el caso concreto, el TSJ comienza su fundamentación jurídica, recordando los criterios interpretativos que deben orientar la difusa distinción existente entre la relación puramente mercantil y la de trabajo por cuenta ajena, describiendo el significado de las notas de ajenidad y dependencia que se han mencionado a lo largo de toda la exposición⁸², y utilizando como base, la definición del trabajador por cuenta ajena que utiliza el TJUE en base a una sentencia de 3 de julio de 1986, en la que calificaba al trabajador por cuenta ajena como la persona física que durante un período de tiempo determinado realiza servicios para otra persona, y bajo su dirección, a cambio de remuneración.

Así, en el grueso de su argumentario, el TSJ de Asturias, resalta determinadas circunstancias que, hasta aquel momento, no había tenido ocasión ningún otro Tribunal de máxima instancia de orden social de ámbito provincial.

En primer lugar, afirma que, el contrato que vincula al actor con la demandada contiene una cláusula que impide la delegación del servicio a terceros. Es decir, que el trabajador, aparentemente autónomo, no puede designar un sustituto que preste el servicio contratado por la empresa demandada⁸³. Precisamente, el carácter personalísimo de la prestación del servicio, constituye un indicio esencial en la determinación del carácter dependiente de la prestación, y la naturaleza laboral del vínculo, tal como de forma unánime mantienen los Tribunales, señalándolo de forma rotunda en sus resoluciones⁸⁴.

Para concluir con su razonamiento, la Sala, utiliza como criterio comparativo, el contenido en la STJUE de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C 434-15)⁸⁵, en el caso de la empresa UBER. Precisamente, en aquel supuesto, se analizaba la naturaleza de los empleados de la empresa UBER, dedicada al transporte urbano, que se articulaba también a través de una plataforma de intermediación entre clientes y conductores. Haciendo eco de aquella resolución, determina el TSJ que en aquel caso también, la empresa a través de su herramienta informativa hacía accesible la oferta de servicios de transporte a los clientes, creando una sistema funcional y organizado de prestación de servicios, que se perfilaba como el punto clave para controlar el servicio.

⁸² <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/08/glovo-los-repartidores-son-trabajadores.html>

⁸³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 de julio de 2019. (AS 2019\1826). Fundamento de Derecho Cuarto: “[...] vinculaba a las partes y la naturaleza personal de la prestación, pues se incorpora una cláusula en el contrato que prohíbe la delegación de los servicios a terceros, habrá que convenir con el juzgador a quo que también concurren las notas características de la relación laboral de ajenidad y dependencia, ya que la prestación de servicios del demandante presenta rasgos que sólo son concebibles respecto de quien se halla dentro del ámbito de dirección y control de una empresa.”

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 20 de enero de 2017 (JUR 2017/60573). Fundamento de Derecho Tercero: “En el presente momento legal las notas que definen al contrato de trabajo son las derivadas del art. 1.1 del ET (STS/4ª de 17-6-2010, rec. 3847/2009), cuyas circunstancias con relación a este litigio son: a) Carácter personalísimo de la relación: requisito esencial que no concurre cuando el prestatario del servicio puede sustituir la persona que realice el servicio sin necesidad de consentimiento del principal, obedeciendo la forma de prestación de los servicios a la organización propia del prestatario (el contratado su padre no acude a desempeñar su trabajo, este es realizado por persona de su confianza, su hijo, elegida por él).”

⁸⁵ Curia: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2017 (Asunto C-434/15). Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, SL.

Así, en palabras del Tribunal, en aquel caso, la plataforma constituía un servicio imprescindible para conectar conductores y clientes, siendo proporcionada esta herramienta por la empresa demandada, herramienta sin la que los conductores no podrían prestar el servicio de transporte, ejerciendo además la plataforma una función de establecimiento de precios, y de control de la calidad del servicio y comportamiento de los conductores⁸⁶.

Para concluir, y fundamentar su decisión, la resolución afirma que, todas las circunstancias que en el caso UBER, del que conoció el TJUE, concurren también en la reclamación del repartidor de Glovo, por lo que la solución al asunto debe darse en el mismo sentido que en aquel supuesto.

En definitiva, considera la Sala que concurren las notas de ajenidad y dependencia en el trabajador, habida cuenta de que el elemento clave e imprescindible es, la plataforma virtual que facilita la empresa, sin la que la prestación del servicio sería inviable⁸⁷, siendo esta la que establece los criterios de asignación de cada repartidor, los precios en función del pedido y la distancia recorrida, y sirve a su vez de herramienta de control de la calidad del servicio y comportamiento del repartidor, siendo insignificante que la titularidad del medio de transporte con el que se presta el servicio, sea del propio trabajador, ya que estos, constituyen “medios accesorios”⁸⁸.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 de julio de 2019. (AS 2019\1826). Fundamento de Derecho Cuarto: *“Como elementos en los que se basa el control, la sentencia (apdo. 39) recoge los tres siguientes: 1. La plataforma es un servicio de intermediación imprescindible para conectar a conductores y clientes en el que hay una selección de los conductores. 2. Es la empresa la que proporciona a aquellos una aplicación sin la cual (...) estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte (...) y las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. 3. La plataforma ejerce una influencia decisiva sobre el servicio offline, sobre los factores de organización y ejecución del servicio. En este sentido el TJUE aprecia que, al menos, UBER i) establece "el precio máximo de la carrera... y recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor..."; y ii) "ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos".*

⁸⁷ <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/08/glovo-los-repartidores-son-trabajadores.html>: *“Ajenidad, sí, con especial mención por mi parte, a la tesis de la ajenidad en mercado, ya que es la plataforma “la que fija los precios y elige a los clientes”, es decir es “un intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final”, y añadido por mi parte que si no existiera dicha empresa, el repartidor no podría llevar a cabo ninguna actividad.”*

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 de julio de 2019. (AS 2019\1826). Fundamento de Derecho Cuarto: *“Por otra parte, como ya apuntó en su conclusiones el Abogado General en el asunto C-434/15 - UBER, el hecho de que (en el caso Glovo) no sea propietario de los vehículos ni de los móviles "carece de pertinencia, ya que un empresario puede perfectamente realizar las prestaciones de servicio de transporte mediante vehículos pertenecientes a terceros, sobre todo si, a efectos de esos servicios, recurre a dichos terceros, con independencia del carácter del vínculo jurídico que une a estas dos partes del contrato" (párrafo 55); se trata, en definitiva, de unos medios accesorios o complementarios, que carecen de tanta relevancia como la "aportación por la empresa de los medios más específicos de instalación técnica".*

2.5 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de septiembre de 2019⁸⁹.

Siguiendo la línea del estudio, también es cierto que determinados Tribunales Superiores de Justicia, han fallado a favor de la empresa en otros supuestos en los que un repartidor, en las circunstancias analizadas en otros supuestos, ha reclamado el reconocimiento de la relación laboral.

Precisamente, este es el caso de la STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019. Por resumir, la citada sentencia, sigue la línea interpretativa de la antes analizada sentencia del Juzgado de lo Social nº31 de Barcelona, para concluir que la verdadera naturaleza de la relación que vinculó al actor con la demandada era de naturaleza mercantil, siendo que el trabajador ostenta correctamente la condición de TRADE.

Así, el TSJ afirma el carácter autónomo del servicio prestado por el repartidor, en base a circunstancias probadas como que, el repartidor tenía libertad para escoger la franja horaria en la que trabajar, así como para aceptar o rechazar pedidos realizados por los clientes. Asimismo, el repartidor, disponía de libertad de elección de los itinerarios, percibiendo la contraprestación por sus servicios en base a cada viaje realizado y no en función de una unidad temporal como es característico en las relaciones laborales. Por otro lado, señala la Sala que, el profesional no tenía por qué justificar sus ausencias, siendo suficiente con comunicarlas a la empresa, asumiendo además la responsabilidad del buen fin de la prestación del servicio⁹⁰.

Es en base a todas estas circunstancias que, el Tribunal afirma que no es posible, en base a todas estas circunstancias, apreciar la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia que caracterizan la relación laboral, debiendo considerarse que el servicio prestado, lo es por cuenta propia⁹¹.

No obstante, lo realmente interesante de esta sentencia, más allá evidentemente, de los razonamientos contenidos en la fundamentación jurídica y el sentido del fallo es, la existencia de un voto particular, emitido por el Magistrado D. Enrique Juanes Fraga, discrepando del criterio de los otros dos Juzgadores que integraban el órgano decisorio, lo que pone de

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 19 de septiembre de 2019. (ROJ: STSJ M 6611/2019)

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 19 de septiembre de 2019. (ROJ: STSJ M 6611/2019). Fundamento de Derecho Tercero: “-La libertad de elección de la franja horaria en la que desea trabajar, con fijación de la hora de inicio y de finalización de su actividad, [...] -La libertad de aceptar aquellos pedidos (slots) que desea realizar, sin tener que ejecutar un mínimo de ellos, con posibilidad de su rechazo incluso una vez aceptada e incluso iniciada su ejecución (sin penalización alguna). -La libertad de elegir la ruta para llegar al destino fijado por el cliente, [...] -La retribución basada en el número de servicios prestados y no fijada por unidad de tiempo. [...] -No existencia de pacto de exclusividad, [...] -No necesidad de justificar las ausencias, bastando la mera comunicación, de ser posible con antelación, [...] -Asunción de la responsabilidad del buen fin del servicio [...]”

⁹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 19 de septiembre de 2019. (ROJ: STSJ M 6611/2019). Fundamento de Derecho Tercero: “No cuestionándose las notas de prestación personal de la actividad y su carácter retribuido, las características antes expuestas, excluyen la concurrencia de los otros dos elementos, y precisamente los más destacados, en una relación laboral que son los de dependencia y ajenidad, sin perjuicio de destacar la conveniencia de contar con un marco normativo específico para este tipo de prestaciones de servicio que comienzan a proliferar en la sociedad actual.”

manifiesto lo aparentemente costoso de mantener un criterio unánime para la resolución del litigio.

El señalado Magistrado, emite un voto particular en sentido contrario, afirmando que a su juicio, las circunstancias concurrentes que han sido consideradas probadas, evidencian la existencia de una verdadera relación de naturaleza laboral.

El razonamiento del Juzgador resulta especialmente interesante ya que, considerando las mismas circunstancias que sus homólogos, afirma que a su juicio, el afirmar que, los “glovers”, disponen de absoluta libertad de organización, para poder decidir horarios de trabajo, itinerarios, así como los pedidos a los que responder o no, resulta ciertamente engañoso⁹².

El razonamiento se basa en que precisamente, aquellas circunstancias en las que estos trabajadores prestan servicios son condiciones con cierto margen de flexibilidad, debido a las especiales características de la actividad. Sin embargo, también afirma que más allá de aquellas circunstancias que considera de mera flexibilidad, y que la Sala ha considerado como obstáculo para la calificación de la relación como de naturaleza laboral, existen muchas otras que evidencian el carácter dependiente de la prestación del servicio.

Para fundamentar su decisión, el Magistrado parte de la idea básica de que el repartidor, no estaba dedicado profesionalmente a la actividad de reparto, sino que la inicia, sólo a partir de entablar la prestación de servicios para la empresa demandada. Así, mantiene también que, los frutos obtenidos de la actividad benefician a Glovo, percibiendo el trabajador una cantidad concreta por cada pedido entregado, siempre de conformidad con el sistema retributivo establecido por la propia aplicación. Sobre los medios de la prestación del servicio, compartiendo el criterio que también han expuesto otros Juzgados y Tribunales, afirma que la bicicleta y teléfono propiedad del repartidor, son medios de reducido coste económico y que en realidad, constituyen medios de trabajo accesorios al principal, que es precisamente la plataforma digital creada por la empresa.

Sobre este último argumento, el Juzgador, llega a mencionar su total conformidad con el criterio de la antes analizada STSJ de Asturias de 25 de julio de 2019⁹³, cuando considera que el repartidor en ningún caso podría llegar a prestar el servicio de reparto sin la existencia de la herramienta informática, de ahí que esta sea considerada como el medio indispensable para hacer posible la prestación del servicio.

⁹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 19 de septiembre de 2019. (ROJ: STSJ M 6611/2019). Voto Particular: *“Ciertamente parecería, en principio, difícil, admitir que la relación es laboral si el repartidor puede elegir estar disponible o no, escoger la franja horaria, o rechazar pedidos, lo cual se presenta como serio obstáculo para la declaración de relación laboral. [...] Así, el dato de esa libertad de acción resulta engañoso, porque solo existe gracias a la organización del servicio que establece la demandada, quien además efectúa una evaluación del repartidor que tiene en cuenta su comportamiento en tales aspectos. GLOVO necesita un cierto tipo de repartidores que se ajusten a unas pautas de organización de la plataforma y al disponer de un gran número de ellos, puede permitirles gozar de un cierto margen o flexibilidad de actuación.”*

⁹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 19 de septiembre de 2019. (ROJ: STSJ M 6611/2019). Voto Particular: *“Comparto los razonamientos y solución de la Sala de Asturias en su sentencia de 25 de julio de 2019, en el único pronunciamiento hasta ahora de los Tribunales Superiores de Justicia, declarando la naturaleza laboral de la relación de un repartidor de GLOVO en un proceso por despido. Como señala dicha sentencia, es impensable que el actor pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los eventuales clientes, en calidad de trabajador autónomo, al margen de la plataforma y con sus solos medios (con su vehículo y con su móvil)”*

Por todo lo expuesto, el Magistrado concluye que, a pesar de las circunstancias que, a su juicio dotan a la prestación del servicio de cierto grado de flexibilidad, la ajenidad y dependencia consisten en la subsunción del trabajador en el ámbito de organización y dirección de una estructura empresarial. Así, en el supuesto analizado, el trabajador está localizado a través del GPS, prestando el servicio con el distintivo de la empresa, sometido a un sistema de calificación de la calidad de su trabajo, que incide en la asignación de trabajo que la herramienta informática lleva a cabo, todo ello, a cambio de una contraprestación.

2.6 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2019⁹⁴.

Por último, para finalizar con el análisis jurisprudencial hasta ahora realizado, y como resolución final a la antes expuesta discordancia entre los integrantes del TSJ de Madrid, la sentencia de este Tribunal de 27 de noviembre de 2019 viene a cambiar de criterio en relación con la anterior, para finalmente afirmar la naturaleza laboral entre repartidores y la empresa Glovo, rechazando la condición de TRADE de este colectivo, en una extensa resolución desarrollada en nada menos que 45 Fundamentos de Derecho.

Tras un exhaustivo desarrollo de la fundamentación, en que analiza una por una las notas que caracterizan la relación laboral dependiente, por un lado, y la prestación de servicios por cuenta propia por otro lado, el Tribunal concluye que puede apreciarse la concurrencia de todas aquellas notas que caracterizan la relación laboral, mientras que no quedan acreditadas, las condiciones que caracterizan al trabajador autónomo⁹⁵.

No obstante, el Tribunal también hace matizaciones de especial importancia, al afirmar que la libertad de elección del trabajo debe relativizarse en relación con las circunstancias reales. Por primera vez, el TSJ de Madrid, admite que, esa aparente libertad, se enmarca en un contexto de las posibilidades que la aplicación ofrece al trabajador, para prestar sus servicios, en función de la calificación que la herramienta le asigna Pero es que, además, añade el Tribunal que la presunta libertad para aceptar o rechazar encargos por parte del repartidor, queda posteriormente penalizada de forma indirecta por la plataforma, ya que ello incide posteriormente en su valoración impidiéndole el acceso a las franjas horarias y servicios más ventajosos⁹⁶.

Es decir, el TSJ de Madrid por primera vez, afirma que, existe un sistema sancionador encubierto bajo la aparente libertad de horario y/o, libertad de aceptación o rechazo de encargo,

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección), de 27 de noviembre de 2019. (JUR 2019\337332).

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección), de 27 de noviembre de 2019. (JUR 2019\337332). Fundamento Cuadragésimo primero: “*Cuanto antecede revela a las claras que no es posible encuadrar la prestación de servicios de quien hoy recurre en la figura del TRADE, desde el mismo momento que no acredita buena parte de las condiciones determinantes a que hace méritos el artículo 11.2 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo,*”

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección), de 27 de noviembre de 2019. (JUR 2019\337332). Fundamento Cuadragésimo primero: “*De igual modo, el rechazo de un servicio puede que no esté penalizado directamente, más sí de forma refleja, ya que ello supone que su valoración --excelencia-disminuya y, por tanto, la imposibilidad de acceder a las franjas horarias mejores y más ventajosas no sólo por razones de comodidad, sino, sobre todo, por la calidad y número de encargos a efectuar.*”

en la medida en que la libre adopción de decisiones por parte del trabajador le penaliza de forma directa sobre futuros encargos potenciales.

Además, el Tribunal incluye en su fundamentación, otros apuntes idénticos a los contenidos en la relevante sentencia del TSJ de Asturias de 25 de julio de 2019, y del Voto Particular emitido por la propia Sala del TSJ de Madrid, en sentencia de 19 de septiembre de 2019, el Tribunal afirma entre otras circunstancias, la insignificancia de los medios aportados por el repartidor en la prestación del servicio, en comparación con lo imprescindible de la plataforma digital, que constituye el medio clave en la prestación del servicio.

Asimismo, reitera una vez más el Tribunal el argumento de que, los medios materiales de los que el demandante era verdadero propietario, como el teléfono móvil, y la motocicleta en la que realizaba los desplazamientos para entregar los pedidos, constituían meros medios accesorios. Precisamente, y a los efectos de poder calificar la relación entre las partes de TRADE, sería necesario que el medio del que dispone el TRADE, fuera económicamente relevante en la actividad, siendo que en este caso, el medio relevante, como ya se ha expuesto, es la plataforma digital, propiedad de la empresa, y a través de la que se articulan los criterios organizativos, lo que evidencia asimismo la inexistencia de capacidad de auto-organización para el trabajador.

Tras toda la fundamentación, la Sala modifica su criterio, en relación con su anterior sentencia, alineándose con la de otras Salas de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, y con la mantenida con otras voces discrepantes del propio Tribunal, calificando la relación entre las partes como de naturaleza laboral, y considerando la extinción contractual acordada por la empresa como un despido improcedente⁹⁷.

Así, el TSJ de Madrid, zanja la cuestión en la Comunidad Autónoma, rectificando su criterio, mediante una consistente decisión adoptada por el Pleno, que constituye una guía clara de cara a marcar el camino que futuras decisiones de organismos judiciales homólogos y de instancias superiores pudieran adoptar.

3. Criterios de la Inspección de Trabajo.

En el ámbito de lo laboral, no han sido los órganos jurisdiccionales, los únicos que han conocido de la controversia que la aparición de estas empresas digitales ha generado en el marco de las relaciones profesionales.

También la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de distintos ámbitos territoriales, ha intervenido de oficio, manteniendo un criterio uniforme a la hora de afirmar la condición de trabajadores por cuenta ajena de los repartidores de empresas como Glovo, o Deliveroo.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección), de 27 de noviembre de 2019. (JUR 2019\337332). Punto segundo del fallo: “2º.- *Estimamos parcialmente la demanda rectora de autos y, tras declarar que el nexo contractual que vinculó a los litigantes tiene naturaleza jurídica laboral ordinaria o común, no siendo, por tanto, propio de TRADE, declaramos improcedente el despido del actor ocurrido el 14 de marzo de 2.018, condenando, en su consecuencia, a la citada empresa a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto y a su opción, readmita inmediatamente al demandante en su puesto de trabajo en las condiciones que regían antes del despido, más con sujeción a contrato de trabajo ordinario, o bien, le indemnice en la suma de 2.416,70 euros*”.

Así, las Inspecciones de Trabajo, de Barcelona, Valencia y Zaragoza, han llevado a cabo el alta de oficio de cientos de trabajadores de estas empresas considerando a los empleados como “falsos autónomos”.

Las ITSS de Barcelona y Valencia, iniciaron procesos de oficio que afectan a más de 4.000 empleados de la empresa Glovo, en los ámbitos territoriales en que estas disponen de competencias de actuación⁹⁸. En el concreto caso de la Inspección barcelonesa, el proceso de oficio finalizó con la Resolución que condenaba a la empresa Glovo, a dar de alta de oficio a 3.573 repartidores, y a abonar la cantidad de 3.842.602,35 euros por cuotas atrasadas, al haber empleado a todos estos repartidores como “falsos autónomos”⁹⁹. En el caso de la inspección de Valencia, las actuaciones culminaron con el alta de oficio de cerca de 200 empleados.

Por otro lado, la ITSS de Zaragoza, a mediados de 2018, actuó en idéntico sentido, concluyendo que 326 repartidores de la empresa Glovo, ostentaban la condición de verdaderos trabajadores por cuenta propia, habiendo sido dados de alta en el RETA, como “falsos autónomos”. Como consecuencia de la actuación inspectora, la citada mercantil tuvo que abonar a la Seguridad Social la cuantía de 379.963,09 euros, en concepto de cotizaciones más el recargo correspondiente¹⁰⁰.

También en otras provincias como Granada, se han llevado a cabo idénticas actuaciones, a consecuencia de la denuncia por parte del Sindicato Andaluz de Trabajadores, de las condiciones de trabajo en que se estaban prestando servicios para estas empresas, culminando con el alta de oficio en régimen general de un elevado número de trabajadores, y condenando a la empresa Glovo al abono de las cuotas de Seguridad Social pendientes de pago desde el año 2018¹⁰¹.

⁹⁸ <http://www.ugt.es/se-celebra-el-juicio-contradeliveroo-de-mas-de-500-trabajadores>

⁹⁹ <https://www.elperiodico.com/es/economia/20190923/inspeccion-de-trabajo-multa-a-glovo-38-millones-por-falsos-autonomos-barcelona-7648109>

¹⁰⁰ https://www.eldiario.es/economia/Trabajo-destapa-autonomos-Glovo-Zaragoza_0_793721366.html

¹⁰¹ <https://www.europapress.es/andalucia/noticia-inspeccion-trabajo-insta-empresa-reparto-bicicleta-incluir-trabajadores-granada-asalariados-20190828175651.html>

IV. CONCLUSIONES.

1. La evolución tecnológica como causa de la aparición de plataformas digitales y automatización de las tareas de organización.

En definitiva, tras la exposición del objeto del debate, es evidente que la aparición de nuevos servicios, han redundado en la aparición de relaciones profesionales hasta ahora inexistentes, siendo que la determinación de la verdadera naturaleza de estas está suponiendo todo un debate jurídico que desplegará efectos sobre multitud de afectados, y determinará la evolución de las relaciones laborales en el futuro.

De todo lo analizado, podemos concluir que, el desarrollo tecnológico, ha propiciado la aparición de servicios para el consumidor, que se canalizan a través de plataformas digitales en el ámbito de distintos sectores empresariales como el reparto de pedidos, o el transporte urbano de personas.

Estas plataformas digitales, constituyen por tanto piezas clave en el funcionamiento de estas nuevas actividades, constituyendo herramientas informáticas que permiten automatizar tareas de previsión, organización y control de la actividad de los trabajadores que prestan servicios para estas empresas.

Lo expuesto, tiene un efecto práctico claro, cual es la desaparición de las funciones del intermediario, funciones que ahora realiza un programa informático de forma autónoma. Sin embargo, la interposición de la herramienta como intermediaria entre el prestador del servicio (por ejemplo, el repartidor), y el cliente final que disfruta del servicio, también ocasiona la difuminación de la figura de la organización empresarial, que se desarrolla a través de la plataforma digital.

Todo ello supone, que la tradicional noción de la relación laboral sea más difícil de identificar al concentrarse todas las características de estas en la herramienta informática que desarrolla la empresa que verdaderamente gestiona el servicio, organizando el servicio de los trabajadores, y ejerciendo un auténtico control sobre el trabajo de estos, pero, de forma automatizada a través de la plataforma.

2. Alcance y trascendencia de la cuestión.

Aunque a priori pueda parecer que el objeto de estudio consista en el análisis de otro caso, en una incesante saga de diversas prácticas para la ocultación de verdaderas relaciones laborales tras la apariencia de servicios prestados por profesionales autónomos, la cuestión va mucho más allá.

Se trata de la aparición como se decía, de servicios hasta ahora inexistentes canalizados a través de novedosas plataformas virtuales que operan de intermediarios entre clientes y prestadores del servicio. No se trata por tanto de una empresa concreta, ni de un sector en concreto que está pudiendo propiciar un abuso de los derechos laborales de empleados a su servicio.

Se trata de un nuevo modelo de negocio, de organización empresarial, y de concebir las relaciones laborales, nacido como consecuencia del desarrollo de nuevas tecnologías, cuyo

reciente carácter hace necesario un análisis urgente para un correcto desarrollo a futuro que permita conciliar intereses sin que ello suponga la quiebra de las garantías del trabajador dependiente.

El alcance del problema puede atisbarse de forma muy clara en la expansión de este modelo de negocio a distintos sectores, y en la aparición incesante de empresas que basan su funcionamiento en el mismo.

Además, como ha podido observarse, se trata de una cuestión que no se circunscribe al ámbito estatal, habiéndose debatido esta misma cuestión en multitud de países de la UE, como Francia, Italia, o Inglaterra, en incluso, en estados de otros continentes, como Estados Unidos e incluso Tribunales Australianos, y en instancias supranacionales, como es el propio TJUE.

Por lo tanto, la cuestión no resulta baladí, en la medida en que cada resolución sobre la cuestión tratada despliega efectos, aunque sean meramente ilustrativos, en relación con la dirección a seguir en la gestión de las relaciones laborales y profesionales, en los próximos años por parte de las empresas que basan su actividad en este nuevo modelo, lo que de forma directa e indirecta, afecta y afectará a las condiciones laborales y de vida de miles de trabajadores en multitud de sectores y países.

3. Realidad subyacente.

De todo lo expuesto, puede concluirse que, lo que está sucediendo es, una profunda modificación de las relaciones profesionales, como tendencia que en el sector servicios puede ser generalizada con el paso de los años.

La modificación de estas relaciones profesionales se traduce en distintas circunstancias prácticas que ponen de manifiesto una tendencia por parte de las empresas a, no retribuir el tiempo de disponibilidad de los trabajadores, ahorrar costes de cotizaciones y seguros sociales, y de medios de trabajo, para así cargar a los empleados con estos gastos, lo que se traduce en el ofrecimiento de un servicio en el que el consumidor último paga exclusivamente por el tiempo de trabajo real del empleado, en el sentido más estricto.

De la casuística analizada, podemos afirmar que los prestadores de servicios a las órdenes de las empresas que adoptan estos nuevos modelos de negocio trabajan durante jornadas superiores a las legales, a cambio de salarios que pueden llegar a quedar por debajo del SMI, prestando el servicio con sus propios medios, asumiendo además el coste de adquisición y mantenimiento de estos, y debiendo, además, hacerse cargo de los costes de Seguridad Social en que incurren por desarrollar su actividad.

Por otro lado, la empresa, que resulta realmente beneficiaria de los frutos de la actividad se limita a facilitar una herramienta informática imprescindible en el funcionamiento del servicio, herramienta a través de la que canaliza de forma automatizada, todo el conjunto de funciones de organización, dirección y control que caracterizan al empresario, mediante un algoritmo integrado en la plataforma.

Todo ello, pone de manifiesto un modelo de negocio cuyo eje principal se asienta sobre el traslado al trabajador del coste del tiempo de trabajo. Además, se traslada al trabajador una parte importante de los costes del desarrollo de la actividad, lo que se traduce en una evidente precarización de las condiciones en la que estos prestan sus servicios, tanto en lo económico, como en las adecuadas condiciones de seguridad que deben garantizarse a los empleados, obteniendo la empresa a cambio un ingente beneficio económico, posible, gracias a ese ahorro de costes.

4. Necesidad de intervención por parte de los organismos competentes.

Lo complicado de la situación expuesta, y la notable afectación que la aparición de este nuevo modelo de negocio a supuesto en las condiciones en las que trabajan miles de empleados, ha puesto sobre la mesa un alarmante debate del que han tenido ocasión de conocer y resolver distintos organismos.

Se trataba, en la práctica de una intervención indispensable habida cuenta del manifiesto detrimento que estaban experimentando las condiciones en que prestaban servicios distintos colectivos de trabajadores, y que como era previsible, han contribuido a corregir, al menos en un principio la situación de estos.

Así, hemos podido observar, como los Tribunales supranacionales, como el TJUE en el caso de la Asociación Profesional del Taxi contra Uber, afirmó la verdadera naturaleza laboral de las relaciones entre la empresa y los conductores, que fueron considerados como “falsos autónomos”.

En el mismo sentido, se ha puesto de manifiesto como Tribunales de otros estados, tanto de la UE, como de otros continentes, han analizado cuestiones análogas, manteniendo un criterio favorable a los trabajadores que prestaban servicios para empresas que funcionaban con este nuevo sistema de organización.

También en el ámbito interno, las actuaciones para la resolución de la cuestión han sido múltiples.

Así, la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ha propiciado actuaciones inspectoras en distintas provincias (Barcelona, Madrid, Valencia y Zaragoza principalmente), que han terminado con el alta de oficio en el Régimen General de miles de “falsos autónomos”, así como con la recaudación de varios millones de euros en concepto de cuotas de Seguridad Social que estas empresas habían dejado de abonar a las arcas del estado.

De hecho, como ya se ha visto, aunque cuando frente a las primeras reclamaciones los Juzgados de lo Social comenzaron a resolver sobre los diversos litigios, podían existir resoluciones discordantes, posteriormente todos los Juzgados se han ido alineando y considerando que los empleados de las empresas a las que se ha referido el estudio son realmente trabajadores por cuenta ajena.

A mayor abundamiento, las Salas de lo Social de distintos Tribunales Superiores de Justicia, han resuelto en sentido uniforme en favor de los reclamantes, a la hora de considerar a repartidores y conductores verdaderos trabajadores en régimen de dependencia, y ratificando en su mayoría las decisiones adoptadas por los Juzgados de lo Social.

Incluso, como se ha analizado con mayor detenimiento, el TSJ de Madrid que en un primer momento avaló la legalidad del modelo de negocio basado en el repartidor autónomo de la empresa Glovo, aunque con la discrepancia de uno de sus magistrados que emitió voto particular, posteriormente ha modificado su criterio para converger con el de las demás Salas de los Tribunales Superiores de Justicia que habían fallado a favor de los empleados.

Es por todo lo expuesto, por lo que, tras el estudio de la cuestión, parece evidente que, a pesar de la aparición de modelo de negocio basado en la plataforma digital como intermediaria y cliente final, la realidad es que la normativa existente, permite identificar las situaciones de fraude y corregirlas, ajustándose las condiciones reales en las que prestan servicios los analizados colectivos, a la tradicional figura del trabajador por cuenta ajena.

Lo que ha sucedido es simplemente que el desconcierto que ha propiciado la aparición del nuevo modelo de trabajo ha exigido un novedoso análisis de las circunstancias concurrentes, para determinar la realidad subyacente en base a la que prestan servicios estos colectivos de empleados, que ha culminado con la decisión unánime por parte de organismos jurisdiccionales e inspectores en favor de los empleados, considerando a estos verdaderos trabajadores por cuenta ajena, habiendo sido más que suficiente para la resolución de la cuestión, el análisis de la normativa vigente, en relación con los tradicionales criterios interpretativos.

No obstante, debemos recordar que la cuestión no ha quedado completamente zanjada en la medida en que, existiendo pronunciamientos discordantes entre resoluciones de distintos Tribunales Superiores de Justicia, como el propio TSJ de Madrid, deberá ser el Tribunal Supremo quien en última instancia deberá ofrecer un criterio unificado para resolver de la cuestión de forma definitiva.

BIBLIOGRAFÍA

Manual de Derecho.

- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J. “*Derecho del Trabajo*”, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 54 y 55; 174 a 179; 181 y ss.

Monografía.

- PÉREZ CAPITÁN, L. Monografía “*La controvertida delimitación del trabajo autónomo y asalariado (El TRADE y el trabajo en las plataformas digitales)*” en. “*La naturaleza de la prestación de servicios en la plataforma digital*” Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2019.

Revistas Jurídicas.

- CÁMARA BOTÍA, A. “*La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?*”. Revista Española de Derecho del Trabajo num. 222/2019 parte Editorial. Páginas 3, 10 y 11.
- CASTIELLA SÁNCHEZ-OSTIZ, J. (2019) “*Repartidores de Comida a Domicilio ¿Los esclavos del Siglo XXI?*”, Actualidad Jurídica Aranzadi num. 949/2019 parte Comentario, Página 3.
- GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “*Economía colaborativa y dodecafonismo judicial: el caso Glovo*”, Derecho de las Relaciones Laborales , núm. 1 (2019), págs. 1 a 3 (versión electrónica).
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J. R. “*Trabajo en plataformas profesionales y ¿laboralidad?: los recientes pronunciamientos de los casos Deliveroo y Glovo*”. Revista de Información Laboral num. 10/2018 parte Editorial. Página 3.
- JOVER RAMÍREZ, C. “*El fenómeno de la «gig economy» y su incidencia en el derecho del trabajo: aplicabilidad del ordenamiento jurídico laboral británico y español*”. Revista Española de Derecho del Trabajo num. 209/2018 parte Estudios. Página 22.
- PINEDA GRAU, C. “*La economía digital o de plataformas («platform economy») como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?*” Revista Española de Derecho del Trabajo num. 213/2018 parte Estudios. Páginas 11 y 27.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “*Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo*”, La Ley Unión Europea, núm. 57 (2018), Pág. 2 (versión electrónica).

Recursos electrónicos: Enlaces de interés.

- <https://www.merca2.es/como-trabajar-glovo/>
- <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/08/glovo-los-repartidores-son-trabajadores.html>
- <http://www.ugt.es/se-celebra-el-juicio-contradeliveroo-de-mas-de-500-trabajadores>
- <https://www.elperiodico.com/es/economia/20190923/inspeccion-de-trabajo-multa-a-glovo-38-millones-por-falsos-autonomos-barcelona-7648109>
- https://www.eldiario.es/economia/Trabajo-destapa-autonomos-Glovo-Zaragoza_0_793721366.html
- <https://www.europapress.es/andalucia/noticia-inspeccion-trabajo-insta-empresa-reparto-bicicleta-incluir-trabajadores-granada-asalariados-20190828175651.html>

FUENTES JURÍDICAS CONSULTADAS**1. Legislación. Por cronología:**

- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885.
- Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo. BOE núm. 156, de 1 de julio de 1982, páginas 17896 a 17900.
- Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 186, de 4 de agosto de 1984, páginas 22731 a 22736.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995, páginas 9654 a 9688.
- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007.
- 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. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

2. Resoluciones judiciales. Por cronología.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000/1427), Fundamento Jurídico Segundo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª) de 16 de noviembre de 2005 (AS 2005/3472).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 16 de mayo de 2011 (JUR 2011/280826).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 8 de mayo de 2014 (AS 2014/1845).
- Sentencia del Juzgado de lo Social nº32 de Barcelona de 22 de noviembre de 2016 (JUR 2017/25649).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 20 de enero de 2017 (JUR 2017/60573).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2017 (Asunto C-434/15). Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, SL.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª) de 12 de enero de 2018 (JUR 2018/75348), Fundamento Jurídico Vigésimo.
- Sentencia del Juzgado de lo Social nº33 de Madrid de 11 de febrero de 2019.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 7 de mayo de 2019 (2019/1747). Fundamento Jurídico Cuarto.
- Sentencia del Juzgado de lo Social nº4 de Oviedo de 25 de febrero de 2019 (JUR 2019\203105). Fundamento Jurídico Segundo.
- Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid de 3 de abril de 2019 (AS 2019\1184). Hechos probados primero a sexto, y Fundamento Jurídico Quinto.
- Sentencia del Juzgado de lo Social nº24 de Barcelona de 21 de mayo de 2019. (ROJ SJSO 2931/2019). Fundamento Jurídico Quinto.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 de julio de 2019. (AS 2019\1826).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 19 de septiembre de 2019. (ROJ: STSJ M 6611/2019). Fundamento de Derecho Tercero y Voto Particular.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección), de 27 de noviembre de 2019. (JUR 2019\337332). Fundamento de Derecho Cuadragésimo primero.