



Roj: **SJSO 5096/2020** - ECLI: **ES:JSO:2020:5096**

Id Cendoj: **08019440212020100001**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **21**

Fecha: **07/09/2020**

Nº de Recurso: **723/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JESUS GOMEZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO SOCIAL

Nº 21 DE BARCELONA

Autos: 723/17

SENTENCIA

En Barcelona, a 7 de septiembre de 2020.

Vistos por mí Jesús Gómez Esteban, Magistrado en comisión de servicio de refuerzo del Juzgado de lo Social nº 21 de Barcelona los autos por despido y reclamación de cantidad 723/17 instados por Ramón , asistido por el letrado Sr Parra Arnaiz frente a la empresa ROOFOODS SPAIN S.L. (en adelante DELIVEROO según su nombre comercial), asistida por el letrado Sr Gil Alburquerque, no compareciendo el FOGASA ni el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 7 de septiembre de 2017 fue presentada por la parte actora ante el Juzgado Decano de esta ciudad demanda, repartida a este Juzgado, en la que después de alegar los hechos que creyó oportunos suplicó a este Juzgado dictase sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en la misma.

SEGUNDO. Celebrado acto inicial de juicio el 23 de mayo de 2018 fue acordada diligencia final, practicada el 28 de mayo de 2018.

Nombrado Magistrado en comisión de servicio de refuerzo, en fecha 1 de febrero de 2019 fueron las partes requeridas a los efectos de que manifestaran lo que a su derecho conviniera sobre la necesidad de celebración de nuevo acto de juicio o la aceptación del dictado de sentencia por el Magistrado de refuerzo sin necesidad de celebración de nuevo acto de juicio, valorando las alegaciones y prueba practicada en autos previamente.

Ambas partes manifestaron su voluntad de que fuera celebrado nuevo acto de juicio.

Nombrado nuevo Magistrado en comisión de servicio de refuerzo, fue señalado acto de juicio el 27 de marzo de 2020, suspendido como consecuencia de la pandemia COVID-19.

En fecha 31 de julio de 2020 fue señalado nuevo acto de juicio.

TERCERO.- Celebrado acto de juicio, ratificándose la empresa demandada en su escrito de 30 de julio de 2020 manifestando su voluntad de que fuera dictada sentencia por el Magistrado de refuerzo valorando las alegaciones y prueba practicada en los presentes autos en los previos actos de juicio y diligencia final, la parte actora mostró su conformidad con dicho extremo, quedando los autos conclusos para sentencia.

CUARTO. En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS



PRIMERO.- La mercantil demandada, que gira con el nombre comercial de DELIVEROO, tiene entre su objeto la comercialización y entrega de comida preparada por restaurantes y locales de hostelería a domicilio o en oficinas de trabajo de clientes finales.

Para el desarrollo de tal actividad, a través de una página web o aplicación propia de la mercantil demandada, el cliente solicita un pedido a uno de los establecimientos que ofrecen sus servicios a través de dicha plataforma DELIVEROO, establecimientos respecto de los que la mercantil demandada ha suscrito contrato. La empresa percibe una contraprestación económica tanto de restaurantes como de clientes.

SEGUNDO.- En fecha 31 de agosto de 2016 la parte actora y la mercantil demandada suscribieron un "contrato de prestación de servicios" obrante a doc. 2 de la parte actora, a cuyo contenido me remito y doy íntegramente por reproducido.

En dicho contrato, entre otros extremos, se acordó:

El proveedor, que sería el repartidor, podría subcontratar los servicios acordados con terceros, ello previa autorización de la empresa.

La empresa abonaría al repartidor 4 euros brutos por entrega realizada, en pagos quincenales.

Semanalmente cada repartidor realizará una "oferta de servicios" determinando los días y las franjas de tiempo en que la empresa podría solicitarle repartos, lo que tendría lugar mediante una aplicación de telefonía móvil. Dicha aplicación se denomina staffomatic.

Una vez atribuido a un repartidor un pedido, éste podría aceptarlo o rechazarlo, entendiendo la empresa que la no aceptación del encargo en un tiempo de 3 minutos implica el rechazo del mismo.

Su vigencia era de dos años.

El repartidor prestaría los servicios utilizando "*sus propias herramientas y materiales*" consistentes en bicicleta, teléfono móvil y conexión de datos

Si la empresa pusiera "a disposición del proveedor cualquier herramienta o material, el proveedor está obligado a cuidar de ellos con la máxima diligencia así como a conservar los mismos en buen estado"

Cualquiera de las partes podría extinguir el contrato "*en caso de incumplimiento sustancial de sus obligaciones por la otra parte*".

El demandante había comenzado a prestar sus servicios como proveedor-repartidor (en adelante rider) desde el 24 de julio de 2016.

TERCERO.- La parte demandante fue alta en el RETA a los efectos de prestar los servicios contratados por la empresa demandada.

La empresa demandada formalizaba quincenalmente facturas a nombre del demandante en las que relacionaba el importe de los servicios prestados, así como el importe de las propinas que los clientes finales abonaban a través de la aplicación o web de DELIVEROO, sin que el demandante tuviera conocimiento previo de dicho importe. Los riders podían igualmente recibir en mano propinas de los clientes finales al entregar el pedido.

En el supuesto de no alcanzar de promedio la suma de 8 euros por hora de prestación de servicios el rider, y hasta el verano del año 2017, la empresa demandada realizaba ajustes garantizando ese mínimo correspondiente a dos pedidos por hora.

En las facturas iniciales elaboradas por la empresa se incluía como concepto a retribuir al demandante un número de kilómetros junto a la anotación "gasolina", sin que se abonara importe por tal concepto. (doc. 3 de la parte actora).

El demandante en el periodo 24 de julio de 2016 a 8 de julio de 2017 percibió como total imponible, sin computar IVA, en dichas facturas formalizadas por la empresa demandada un total de 8.28754 euros, con media diaria de 2368 euros.

Doc. 3 de la parte actora.

CUARTO.- La prestación de servicios del demandante como rider exigía su conexión a través de un sistema de geolocalización contenido en la aplicación titularidad de la mercantil demandada.

El demandante en el periodo 24 de julio 2016 a 8 de julio de 2017 estuvo un total de 98223 horas conectado a través de dicha aplicación a disposición de la mercantil demandada a los efectos de prestar servicios como rider recibiendo encargos de reparto de pedidos.



Doc. 2 de la empresa demandada.

QUINTO.- La mercantil demandada disponía de un correo electrónico, ridersbarcelona@deliveroo.es o bikersbcn@deliveroo.es, mediante el que se comunicaba con los riders que prestaban servicios en la ciudad de Barcelona. Doc. 4 y ss de la parte actora y testifical de los Srs Cristina y Jose María .

En fecha 18 de octubre de 2016, doc. 4 de la parte actora a cuyo contenido me remito y doy íntegramente por reproducido, la empresa demandada a través de dicho correo electrónico remitió a los denominados "trainers" una guía para ayudar en el entrenamiento de los nuevos riders a contratar.

Dicha guía contenía unos conceptos a explicar y evaluar así como "palabras erróneas y (sic) ilegales", indicándose en el correo electrónico "fijaros en las palabras prohibidas porque en caso de un control externos nos pueden dar problemas legales".

La testigo Sra Cristina , que prestó servicios como rider para la empresa demandada, durante unos meses desempeñó en la empresa tareas de "trainer", percibiendo por ellas 5 euros si la persona a la que acompañaba finalmente era contratada por la empresa demandada como rider.

SEXTO.- Al inicio de su prestación de servicios la empresa puso a disposición de la parte actora un soporte para llevar el teléfono móvil en la bicicleta o motocicleta y una batería externa así como una caja de transporte o mochila en la que introducir los productos a transportar al cliente, esta última serigrafiada con el logotipo de DELIVEROO. La entrega de los expresados efectos tenía lugar previo abono por los riders de una fianza. (testifical de la parte actora y correos electrónicos girados por la empresa al actor). La empresa demandada, al finalizar la relación con los riders, indicaba el modo de devolución del material y la devolución de la fianza. (correos electrónicos a doc. 10 de la parte actora).

Los locales que habían concertado contratos con la empresa demandada a los efectos de que fueran transportada comida por los riders hasta el domicilio de los clientes disponían de unas bolsas serigrafiadas con la marca DELIVEROO en las que debían introducirse los productos a transportar. Los riders disponían de bolsas que eran entregadas por la empresa demandada en sus instalaciones con la finalidad de introducir en ellas los productos a transportar en el supuesto de que el restaurante no dispusiera de ellas. En ningún caso los productos podían ser entregados al cliente final en una bolsa que no fuera serigrafiada con el logotipo y marca DELIVEROO. (Testifical Sra Cristina).

SEPTIMO.- El demandante, desde la cuenta de correo electrónico de la empresa demandada ridersbarcelona@deliveroo.es así como desde la cuenta bikersbcn@deliveroo.es, recibió los correos electrónicos aportados a doc. 4-10 de la parte actora, a cuyo contenido me remito y doy íntegramente por reproducido.

En el periodo en el que la parte actora prestó servicios como rider para la empresa demandada ésta puso a disposición de los riders una herramienta de planificación disponible en internet denominada STAFFOMATIC para introducir en ella las franjas horarias durante las que estaba dispuesto a prestar servicios la semana siguiente en las distintas zonas en las que se dividía el reparto de comida en la ciudad de Barcelona. Dicha disponibilidad de franjas horarias y zonas en las que poder prestar servicios se comunicaba por los riders los viernes. (Documental aportada en reconocimiento judicial de 28 de mayo de 2018, interrogatorio de la empresa y testifical de ambas partes).

Dicha herramienta, a la que el rider accedía con una clave de usuario facilitada por DELIVEROO, permitía a la empresa conocer las franjas de personal disponible para prestar servicios en ellas.

La empresa asignaba a los repartidores durante la semana siguiente a la comunicación de su disponibilidad las franjas asignadas para poder prestar servicios.

En la asignación de franjas horarias la empresa demandada valoraba la previsión de demanda de servicios a prestar a los clientes finales y la disponibilidad comunicada por los riders pro franjas horarias y zonas.

Si en alguna de las franjas horarias existía un mayor número de riders que habían ofrecido sus servicios que necesidad de reparto, la empresa demandada elegía quiénes de ellos serían asignados a cada franja en función de una valoración de la calidad del servicio prestado por los repartidores con anterioridad.

Esa valoración de la calidad del servicio depende de lo que la mercantil denomina "métricas", cuyo resultado dependía al menos en cuatro parámetros obtenidos a través de los datos generados por los riders en su prestación de servicios: a) disponibilidad real del repartidor, que depende de que el repartidor haya estado, en el periodo anterior, disponible en las franjas para las que había aplicado en STAFFOMATIC, b) el número de pedidos rechazados en ese periodo anterior de referencia, c) "velocidad" o tiempo medio que tarda el repartidor desde que acepta el pedido hasta que lo entrega y d) que se haya mostrado disponible (haya "aplicado") para las

horas punta (viernes, sábado y domingo de 20 a 23 horas aproximadamente). (documental de la parte actora consistente en correos electrónicos girados por la empresa en especial doc. 5 y 7 y 8, mensajes remitidos por la empresa en el canal de telegram a doc. 11 y 13, interrogatorio de la empresa respecto del modo de asignar franjas horarias solicitadas por los riders, testifical propuesta por la parte actora y reconocimiento judicial de las aplicaciones).

OCTAVO.- En la citada aplicación STAFFOMATIC existía una pestaña en la que el rider podía marcar sus periodos de "ausencia", a comunicar a la empresa.

El demandante el 3 de octubre de 2016 remitió correo electrónico a la cuenta de correo electrónico de la empresa comunicando un periodo de vacaciones del 20 al 24 de octubre, señalando haber hecho la petición por staffomatic. Dicho correo fue confirmado en su recepción por la empresa. Doc. 5 de la parte actora.

La empresa confirmaba al actor todos los periodos de ausencia que comunicaba.

En el supuesto de que el demandante no pudiera prestar servicios en una franja horaria solicitada y adjudicada por la empresa, debía comunicar dicha circunstancia a la empresa. En dichos casos la empresa solicitaba que el rider marcara la opción en la aplicación staffomatic a los efectos de "pedir intercambio" con otro rider que pudiera cubrir su servicio. Doc. 6 y 7 de la parte actora.

NOVENO.- En la empresa demandada existía un canal en la app telegram donde los riders comunicaban las distintas incidencias que pudieran producirse durante la entrega de un pedido a la empresa (retraso del restaurante en su entrega, no localización del cliente, no contestación del cliente a la llamada, incidencia durante el reparto...). Doc. 11 de la parte actora.

Igualmente a través de dicho canal existía una comunicación denominada live ops deliveroo, doc. 13 de la parte actora, donde la empresa demandada conocía a través del sistema de geolocalización implantado en la app deliveroo la posición de los riders, así como cualquier incidencia que pudiera existir en la recogida y/o entrega del pedido o durante el recorrido hasta su entrega al cliente final, dando la empresa a través de dicho canal las instrucciones oportunas y controlando la correcta entrega del pedido.

DECIMO.- Una vez fijada por la empresa demandada las franjas horarias y zonas en las que el rider podía conectarse, éste al menos al comienzo de la prestación de servicios del actor para la empresa debía acudir a un punto denominado centro de zona o centroide a los efectos de activar la aplicación DELIVEROO y comenzar a recibir los pedidos que realizaban los clientes respecto de los restaurantes de la zona.

En la ciudad de Barcelona y Badalona los indicados puntos centroides constan a doc. 10 de la parte actora y a testifical de la Sra Cristina .

Una vez la aplicación, a través de su algoritmo, ofrecía al rider la posibilidad de aceptar un pedido, éste disponía de un breve lapso de tiempo a los efectos de aceptar el mismo. En caso contrario, la empresa conocía el porcentaje de pedidos no aceptados por el rider.

Aceptado el pedido, el rider acudía al restaurante donde el cliente había realizado el encargo de comida, quien entregaba el mismo en una de las bolsas serigrafiadas de DELIVEROO.

Una vez aceptada la recogida del pedido por el rider y marcado en la aplicación DELIVEROO, por ésta se abría un itinerario de google maps que indicaba el recorrido más rápido a realizar para trasladar el pedido al domicilio del cliente. Hasta la aceptación de la recepción del pedido por el rider, éste no conocía el domicilio del cliente al que trasladar el pedido.

Una vez entregado el pedido al cliente, el rider debía en la aplicación confirmar la aceptación, volviendo a estar activo para la recepción de nuevos repartos a través de la aplicación.

Interrogatorio de la empresa, doc. 12 de la parte actora, testifical de la parte actora y reconocimiento judicial.

DELIVEROO, a través del sistema de geolocalización de su aplicación, controlaba en todo momento la situación del rider, la aceptación o no del pedido, el tiempo transcurrido en su entrega y las incidencias que hubieran podido acaecer en la misma.

UNDÉCIMO.- La empresa demandada disponía de un servicio denominado live ops en el canal telegram donde los riders podían comunicar incidencias en el reparto de pedidos que eran solucionadas por DELIVEROO. A través de dicho servicio la empresa monitorizaba la actividad que se iba desarrollando, si se atendían los pedidos o se rechazaban, los tiempos de reparto y la localización de los repartidores conectados. Con base en tal información y mediante la aplicación TELEGRAM desde el expresado departamento se enviaban mensajes a los repartidores alusivos a la actividad que estaban desarrollando.



En ocasiones la empresa enviaba mensajes individuales reasignando el pedido indicando que habían encontrado otro repartidor más cerca.

Doc. 13 de la parte actora a cuyo contenido me remito y doy íntegramente por reproducido.

DUODÉCIMO.- En fecha 25 de abril de 2017, doc. 25 de la parte actora a cuyo contenido me remito y doy íntegramente por reproducido, los riders relacionados en dicho documento dirigieron a la empresa demandada una serie de reclamaciones alegando su condición de "trabajadores". Entre ellos figuraba el demandante.

En correo electrónico de 11 de mayo de 2017, doc. 29 de la parte actora a cuyo contenido me remito y doy íntegramente por reproducido, la empresa recordó las reuniones mantenidas "en las últimas semanas" con riders de Barcelona, indicando estar valorando las demandas planteadas.

Dichas reuniones tuvieron lugar el 4 de mayo de 2017 y 17 de mayo de 2017. Igualmente en fecha 15 de mayo de 2017 se remitió al actor una "encuesta Barcelona", convocando al mismo a una reunión con el director de operaciones de la empresa Sra Nicolasa y con el gerente de operaciones Sr Bernardo el 7 de junio de 2017

DECIMOTERCERO.- El demandante es afiliado desde el 5 de marzo de 2013 a INTERSINDICAL ALTERNATIVA DE CATALUNYA (IAC)-FEDERACIÓ DALTRES ACTIVITATS. Doc. 14 de la parte actora.

En fecha 25 de mayo de 2017, doc. 15 de la parte actora a cuyo contenido me remito y doy íntegramente por reproducido, IAC comunicó a la empresa demandada la constitución de la sección sindical de IAC en la misma, nombrando entre otros cargos al demandante Sr Ramón como secretario de la Sección Sindical.

En burofax de 1 de junio de 2017, doc. 16 de la parte actora, DELIVEROO comunicó a IAC no tener la empresa más de 250 trabajadores, no procediendo la designación de delegados sindicales.

En fecha 27 de junio de 2017, doc. 16 de la parte actora, IAC comunicó a la autoridad laboral el preaviso de huelga en la empresa demandada. En dicha comunicación el demandante figuraba como miembro del comité de huelga. Como peticiones se hicieron constar la garantía por la empresa del pago de 8 euros cada hora de disponibilidad en bicicleta y 850 euros en motocicleta y una jornada mínima de 20 horas semanales. En fecha 27 de junio de 2017, doc. 17 de la parte actora, dicho preaviso de huelga fue comunicado por IAC a la empresa demandada.

En fecha 29 de junio de 2017, doc. 18 de la parte actora, IAC comunicó a la autoridad laboral nuevo preaviso de huelga en la empresa demandada. En dicha comunicación el demandante figuraba como miembro del comité de huelga. En fecha 29 de junio de 2017, doc. 19 de la parte actora, dicho preaviso de huelga fue comunicado por IAC a la empresa demandada.

En fecha 3 de julio de 2017, doc. 20 de la parte actora, IAC comunicó a la autoridad laboral nuevo preaviso de huelga en la empresa demandada. En dicha comunicación el demandante figuraba como miembro del comité de huelga. En fecha 3 de julio de 2017, doc. 21 de la parte actora, dicho preaviso de huelga fue comunicado por IAC a la empresa demandada.

En fecha 30 de junio de 2017 y 7 de julio de 2017, doc. 22 y 23 de la parte actora, se intentó mediación de huelga. Al primero dichos actos acudió el demandante en representación del comité de huelga, no compareciendo la empresa demandada alegando, doc. 24 de la parte actora, no ser "las personas convocantes trabajadores por cuenta ajena de esta empresa".

DECIMOCUARTO.- Desde el 17 de junio de 2017, doc. 26 de la parte actora y doc. 4 de la empresa demandada, DELIVEROO comunicó al actor correo electrónico informando de "*unos cambios muy importantes, que llegarán pronto, sobre cómo trabajar con Deliveroo*", invitándoles a unas sesiones informativas que tendrían lugar el 19/06/2017. Este mismo 19/06/2017 le remitió un nuevo correo electrónico informando de que habían "actualizado el contrato", adjuntando dos tipos de contrato ya que "algunos de vosotros colaboráis con nosotros más que otros", tratándose uno de un "contrato de servicios TRADE" y el otro de un "contrato de servicios actualizado". En el correo se indicaba que debían ser devueltos firmados, si se aceptaban sus términos, antes del 9 de julio siguiente.

En el correo electrónico se indicaba que "el proceso de asignación por disponibilidad sigue igual" y que "para aumentar la probabilidad de que las franjas horarias sean las aprobadas" recomendaban indicar disponibilidad para horas punta como noches o fines de semana, trabajar durante las franjas horarias que se hayan asignado, completar las entregas en un plazo razonable de tiempo y "aceptar pedidos cuando estés conectado y figures como disponible en la app". Los días 21/06/2017, 27/06/2017 y 3/07/2017 se enviaron recordatorios de lo ya comunicado.



DECIMOQUINTO.- El 13 de junio de 2017 el demandante, como representante de la plataforma "riders x derechos" y "primer sindicato para trabajadores de apps", apareció en el programa els matins de TV3. Doc. 30 de la parte actora.

El 23 de junio de 2017 el demandante, como representante de la plataforma riders por derechos, apareció en el programa telenotícies de TV3 anunciando la convocatoria de huelga.

Doc. 30 de la parte actora.

El 8/06/2017, doc. 31 de la parte actora, se publicó en el diario El País una noticia en la que se daba cuenta de la creación, dentro de la INTERSINDICAL ALTERNATIVA DE CATALUNYA, de la plataforma "RIDERS X DERECHOS" formada por repartidores de DELIVEROO, GLOVO o STUART, consignando que los mismos denunciaban "una situación de precariedad laboral" y que "están en una situación de falsos autónomos", solicitando que se les garantizase "un volumen de trabajo mínimo" y que las empresas pagaran un seguro de accidentes. En el artículo aparecía una fotografía, entre otros representantes, del demandante.

En fecha 19 de junio de 2017 el diario El Mundo publicó la noticia "Deliveroo anuncia cambios en los contratos de sus repartidores". En dicho artículo bajo el titular "declaración de guerra" se publicaron unas declaraciones del demandante.

En fecha 23 de junio de 2017 el diario ara.cat recogió la concentración de un centenar de riders de DELIVEROO ante las oficinas de la empresa en protesta de sus condiciones de servicio. El demandante, como miembro de la plataforma riders x derechos BCN, realizó unas declaraciones al indicado diario.

En fecha 28 de junio de 2017 el diario.es publicó la noticia de la huelga de repartidores en DELIVEROO. La noticia recogía declaraciones del demandante.

Se dan por reproducidas el resto de noticias relacionadas a doc. 31 de la parte actora.

DECIMOSEXTO.- El 5 de julio de 2017 en nombre de la "SECCIÓN SINDICAL FEDERACIÓ D'ALTRES ACTIVITATS DE LA INTERSINDICAL ALTERNATIVA DE CATALUNYA se formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona, doc. 32 de la parte actora a cuyo contenido me remito y doy íntegramente por reproducido, manifestado en ella entre otras cuestiones que los riders "mantienen una vinculación mercantil fraudulenta con la empresa, para tratar de esconder una relación de naturaleza puramente laboral".

Dicha denuncia fue firmada por el demandante en su calidad de secretario de la sección sindical Deliveroo Barcelona y trabajador de la empresa.

DECIMOSEPTIMO.- En fecha 8 de agosto de 2017, "como continuación de nuestra comunicación de fecha 28/06/2017", la empresa demandada comunicó al demandante la extinción de su contrato, señalando que "si desea proceder a entregarnos su material en el almacén, le rogamos pida cita en el siguiente link:...".

En fecha 8 de agosto de 2017 la empresa demandada comunicó a un total de 207 repartidores que prestaban servicios en Madrid, Barcelona, Valencia y Zaragoza la extinción de su contrato con efectos del mismo día al no haber suscrito ninguno de los dos nuevos contratos ofrecidos. Doc. 6 de la empresa demandada.

DECIMOCTAVO.- En fecha 11 de junio de 2019 fue dictada por el Juzgado de lo Social 31 de Barcelona sentencia por la que, desestimando la excepción de incompetencia del orden social alegada por DELIVEROO, estimó parcialmente la demanda interpuesta por un grupo de trabajadores de la empresa, reconociendo la relación laboral por cuenta ajena y bajo la dependencia de DELIVEROO, declarando la nulidad de sus despidos de 28 de junio y 8 de agosto de 2017, condenando al abono del importe debido por vacaciones y a la indemnización de 6.251 euros por indemnización derivada de vulneración de derechos fundamentales.

Frente a dicha sentencia formularon recurso de suplicación la parte actora y la empresa demandada. Esta en suplicación instó únicamente la declaración de improcedencia de los despidos.

Dicha sentencia fue confirmada por la dictada en fecha 16 de junio de 2020 por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña.

DECIMONOVENO.- En el supuesto de estimación de la demanda, partiendo de un salario diario del actor de 2368 euros con prorrata de pagas extras, el importe por vacaciones no disfrutadas del demandante en el año 2017 ascendería a 41440 euros.

VIGESIMO.- Presentada papeleta de conciliación ante el CMAC el 6 de septiembre de 2017, fue celebrado el acto el 23 de octubre de 2017 con el resultado de "intentado sin efecto".

FUNDAMENTOS DE DERECHO.



PRIMERO.- El relato de hechos probados resulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, de la libre y conjunta valoración de la prueba y, en especial de la documentación aportada por la parte actora consistentes en correos electrónicos girados con la empresa demandada y comunicación a través de la aplicación telegram, testifical de la Sra Cristina, interrogatorio de la empresa y reconocimiento judicial de las distintas aplicaciones y herramientas digitales utilizadas por el demandante en su prestación de servicios con la empresa demandada.

SEGUNDO.- La parte demandante, prestando servicios para la empresa demandada como repartidor-rider formalmente en virtud de contrato de prestación de servicios con alta en el RETA, insta en demanda su consideración de trabajador por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección empresarial alegando cumplir todas las notas propias del ET al respecto, en especial la dependencia, encontrándose el actor en el ámbito de dirección empresarial siendo la demandada quien controlaba y dirigía plenamente la prestación del servicio y la ajenidad, tanto de medios, como de frutos como de mercado, al ser la empresa la que concertaba contratos tanto con establecimientos de hostelería y clientes finales, éstos a través de la app DELIVEROO, de forma ajena al demandante. Derivada de dicha prestación laboral por cuenta ajena, solicitó entenderse como propio despido la extinción del contrato comunicada en fecha de efectos 8 de agosto de 2017 por la empresa demandada. Respecto de la calificación del despido instó con carácter principal su nulidad por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical, huelga y tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad) al haber el actor formado parte de la sección sindical de la Federació d'Altres Activitats-Intersindical Alternativa de Catalunya (en adelante IAC) en la empresa, promoviendo actuaciones ante la empresa y la Inspección de Trabajo con la finalidad de mejorar las condiciones profesionales de los riders, con presencia en numerosos medios de comunicación del actor como imagen visible de la plataforma riders x derechos, promoviendo diversas huelgas en la empresa siendo el actor miembro del comité de huelga y siendo en definitiva la decisión empresarial una represalia por el ejercicio de dichos derechos fundamentales, acumulando reclamación de cantidad por daños morales por importe de 10.000 euros derivados de la vulneración de derechos fundamentales así como 1.000 euros por "molestias causadas"; subsidiariamente instó la nulidad del despido al superar las extinciones acordadas por la empresa los umbrales del art. 51 del ET; subsidiariamente instó la declaración de improcedencia del despido al no existir causa alguna en la comunicación extintiva ni respetar formalidad mediante la entrega de carta de despido. Acumulo reclamación por importe de 420 35 euros en concepto de finiquito por vacaciones no disfrutadas en el año 2017. Se postuló en demanda antigüedad de 24 de julio de 2016, categoría de mensajero-repartidor y salario mensual bruto con ppextras de 73066 euros (2402 euros diarios), con jornada media estimada de 30 horas semanales.

La empresa demanda se opuso a la demanda alegando en primer lugar la excepción de incompetencia del orden jurisdiccional social al ser la prestación de servicios del actor de naturaleza civil-mercantil, en virtud de contrato privado de prestación de servicios firmado entre las partes o, en su caso, de trabajador autónomo económicamente dependiente-TRADE atendiendo al volumen de su facturación con la empresa. Asumiendo la antigüedad de 24 de julio de 2016 y postulando salario mensual bruto con ppextras de 690 euros mensuales la empresa negó la existencia de las notas de dependencia y ajenidad alegadas en demanda en la prestación de servicios del actor, entendiendo a éste como un profesional que podía libremente elegir el tiempo y modo de prestar sus servicios con la empresa, a través de sus propios medios (bicicleta, móvil, datos), según un precio pactado y sin que existiera un sometimiento al control y dirección empresarial. Respecto de la calificación del despido en caso de entender la relación que vinculaba a las partes como laboral por cuenta ajena se opuso a la declaración de nulidad, habiendo la empresa procedido a comunicar a la totalidad de riders un cambio en el modelo de contratación, con posibilidad de prestar servicios como TRADE o bien cambiando las condiciones de los trabajadores RETA que carecieran de dicha condición, habiendo extinguido los contratos de 207 profesionales junto con el actor, siendo ajena a la decisión empresarial la alegada actividad sindical del demandante, que se desconocía, la convocatoria de huelgas o las posibles reclamaciones del actor. Se opuso al reconocimiento de suma por finiquito al no existir relación laboral.

La parte actora se opuso a la excepción alegada por la empresa, estando vinculada la misma al fondo de su pretensión entendiendo ser el demandante trabajador por cuenta ajena en el ámbito del ET y no un mero prestador de servicios privados.

El Ministerio Fiscal y el FOGASA, citados en forma, no comparecieron al acto de juicio.

TERCERO.- La primera cuestión a dilucidar en autos es determinar si el contenido de la prestación de servicios del actor como repartidor-rider para la empresa demandada, más allá de la denominación de la misma por las partes, se incardina como la propia de un trabajador por cuenta ajena en el ámbito de dirección y organización empresarial, con aplicación del ET y con las notas de ajenidad y dependencia que caracterizan la misma (pretensión actora), o bien siguiendo la formalización de contrato de prestación de servicios, en autos de 31 de agosto de 2016 si bien se admite en contestación a la demanda una vinculación con la empresa del actor



desde el 24 de julio de 2016, un contenido prestacional propio del ámbito privado que configuraría al actor como un prestador de servicios por cuenta propia, con alta en el RETA (pretensión empresarial).

Dicha controversia se enmarca en la conocida, y ya con diversos pronunciamientos judiciales como se verá, litigiosidad generada en torno a la calificación jurídica de la relación que vincula a quien presta servicios profesionales para empresas titulares de actividades económicas a través de plataformas digitales, en autos DELIVEROO como empresa que reparte esencialmente comida desde restaurantes, vinculados contractualmente con la empresa, a clientes finales que realizan su pedido a través de la plataforma, lucrándose la empresa con una comisión a percibir y empleando para el reparto a riders como el demandante.

Nos encontramos por tanto ante un nuevo modelo de consumo, inmediato por parte del cliente final a través de medios tecnológicos, que ha generado un nuevo modelo de mercado en la prestación de tales servicios en el que la intermediación se realiza a través de dispositivos digitales, aplicaciones móviles y páginas webs. Como se examinará, más allá de la novedad que supone la implementación tecnológica y su desarrollo en el supuesto objeto de autos, existen pronunciamientos tanto a nivel supranacional como en la doctrina judicial interna que permiten obtener pautas de aplicación y valoración de fenómenos que, por lo dicho y más allá de lo novedoso en cuanto a la tecnología, repiten esquemas ya conocidos de "huida del derecho laboral" pretendiendo un encaje en la prestación de servicios por parte del profesional por cuenta propia formalmente como un RETA contratado por la empresa.

Comenzando por el ámbito supranacional, desde la UE y sin perjuicio de no existir un concepto unívoco de "trabajador", existen intentos de otorgar una serie de notas y criterios que, en especial ante el desarrollo de los nuevos modelos de economía digital, puedan servir a la hora de fijar la real naturaleza jurídica del prestador de servicios para empresas en dicho entorno.

Así, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de junio de 2016, con su limitado alcance, ya trató de ofrecer luz en la materia; señala en su punto 2.4 al referirse a los "trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia en la economía colaborativa" que "la economía colaborativa crea nuevas oportunidades de empleo, genera ingresos más allá de las relaciones de empleo lineales tradicionales y hace posible que las personas trabajen con arreglo a modalidades flexibles. Esto les permite ser económicamente activas cuando las formas más tradicionales de empleo no son adecuadas para ellas o no están a su disposición. Al mismo tiempo, las modalidades de trabajo flexible pueden no ser tan regulares o estables como las relaciones de empleo tradicionales. Esto puede crear incertidumbre en cuanto a los derechos aplicables y el nivel de protección social. Las modalidades de trabajo en el contexto de la economía colaborativa se basan a menudo en tareas individuales realizadas de manera ad hoc, más que en tareas realizadas regularmente en un entorno y un marco temporal preestablecidos. De hecho, esto forma parte de un cambio más estructural. La frontera entre trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena es cada vez más difusa, y hay un aumento del trabajo temporal y a tiempo parcial, y del pluriempleo. En el marco del pilar europeo de derechos sociales, la Comisión ha lanzado una consulta pública sobre la mejor manera de abordar la necesidad de una mayor participación en el mercado de trabajo, garantizando condiciones laborales justas y una protección social adecuada y sostenible. Esta iniciativa es actualmente objeto de una consulta pública, con la que la Comisión intenta recabar las opiniones de las partes interesadas sobre el acervo social actual de la UE, el futuro del trabajo y la cobertura de los regímenes de protección social. Aunque la mayor parte de la legislación laboral es competencia nacional, la Unión Europea ha establecido determinadas normas mínimas en el ámbito de la política social. Para ofrecer cierta orientación sobre cómo se aplica la distinción tradicional entre trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena en el contexto de la economía colaborativa, la presente sección examina las condiciones con arreglo a las cuales existe una relación de empleo de conformidad con la legislación laboral y la jurisprudencia de la UE. Dado que, en general, la legislación laboral de la UE establece normas mínimas y no cubre todos los aspectos de la legislación social aplicable a las relaciones laborales, lo que implica que los Estados miembros pueden establecer en principio normas más elevadas en su legislación nacional, se aconseja a los agentes de la economía colaborativa que consulten la legislación laboral nacional aplicable al país en el que se presta el servicio".

Una vez destacada la dificultad dentro de los modelos de economía digital para encuadrar a un prestador de servicios en su ámbito como trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena, en cuanto a la definición de «trabajador» a nivel de la UE señala que "La legislación de la UE que garantiza los derechos de los trabajadores solo es aplicable a las personas que son parte de una relación laboral, es decir, que se consideran «trabajadores». Aunque los Estados miembros de la UE son responsables de decidir quién debe considerarse trabajador en su ordenamiento jurídico nacional, a nivel de la UE el Tribunal de Justicia (TJUE) ha definido el concepto de trabajador a efectos de la aplicación de la legislación de la UE. Esta definición se ha desarrollado principalmente en el marco de la libre circulación de los trabajadores. El TJUE señaló que «la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor



de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución». El TJUE confirmó en particular que esta definición se utilizará también para determinar quién debe ser considerado trabajador cuando se aplican determinadas Directivas de la UE en el ámbito social. La cuestión de si existe una relación de empleo o no debe determinarse en función de cada caso, considerando los hechos que caracterizan la relación entre la plataforma y el prestador del servicio subyacente, y la realización de las tareas en cuestión, basándose acumulativamente en particular en los tres criterios esenciales siguientes:

- la existencia de un vínculo de subordinación
- la naturaleza del trabajo
- la existencia de una remuneración.

Para que se cumpla el criterio de **subordinación**, el prestador del servicio debe actuar bajo la dirección de la plataforma colaborativa, que determina la elección de la actividad, la remuneración y las condiciones laborales. En otras palabras, **el prestador del servicio subyacente no es libre de elegir qué servicios prestará ni cómo los prestará**, p. ej., con arreglo a la relación contractual que estableció con la plataforma colaborativa. Cuando la plataforma colaborativa solo tramita el pago depositado por un usuario y lo pasa al prestador del servicio subyacente, esto no implica que la plataforma colaborativa está determinando la remuneración. La existencia de subordinación no depende necesariamente del ejercicio efectivo de la gestión o la supervisión de manera continua.

Para que se cumpla el criterio de **la naturaleza del trabajo, el prestador del servicio subyacente debe llevar a cabo una actividad de valor económico**, que sea real y efectiva, exceptuando las actividades que se lleven a cabo a una escala tan pequeña que puedan considerarse meramente marginales y accesorias. Los tribunales nacionales han adoptado enfoques diferentes para identificar lo que es marginal y accesorio, incluso en el contexto de las relaciones de empleo más tradicionales. Hay una combinación del uso de umbrales (basados en las horas o el salario) y evaluaciones ad hoc de las características de una determinada relación. En el contexto de la economía colaborativa, cuando las personas prestan efectivamente servicios meramente marginales y accesorios a través de plataformas colaborativas, esto es un indicio de que dichas personas no reúnen las condiciones para ser consideradas trabajadores, **aunque la breve duración, la escasez de horas de trabajo, el trabajo discontinuo o la baja productividad no pueden excluir por sí mismos una relación de empleo**. Al mismo tiempo, las personas que prestan servicios de una manera más que ocasional pueden ser trabajadores o autónomos, ya que la calificación efectiva de su condición resulta de un análisis exhaustivo de los tres criterios.

El criterio de la **remuneración** se usa principalmente para distinguir un voluntario de un trabajador. Por lo tanto, cuando el prestador no recibe una remuneración o recibe simplemente una compensación por los costes realizados para sus actividades, el criterio de la remuneración no se cumple. Aunque los criterios anteriores se mencionan cuando se aplica la definición de la UE de trabajador, los tribunales de los Estados miembros tienden a utilizar un conjunto similar de criterios cuando realizan su evaluación global de una determinada relación de empleo que es competencia nacional".

Valorando dichas notas, prescindiendo de la remuneración que aparece tanto en una prestación por cuenta propia como ajena en el caso de la prestación de servicios de los riders (sin perjuicio como se verá de valorar quién fija la misma y en qué forma), el "vínculo de subordinación" vendría relacionado con la nota de dependencia propia del trabajador en los términos del art. 1 del ET, por tanto quien presta servicios bajo el ámbito de organización y dirección empresarial (control del trabajo, horarios, vacaciones y descansos, poder disciplinario...). La "naturaleza del trabajo", vinculado al concepto de la libertad del prestador de servicios para decidir sobre el denominado "servicio subyacente", tendría que ver con el concepto de ajenidad, en especial de mercado, que se valora a la luz de nuevo de las notas de laboralidad propias del art. 1 del ET. Si el prestador de servicios ejerce un real control del "servicio subyacente" que asume para un tercero, en autos el reparto de comida a domicilio y aporta un verdadero valor económico al mismo, nos encontraríamos en un terreno favorable a su consideración de trabajador por cuenta propia. En cambio si bajo la apariencia formal de una contratación mercantil la empresa en este caso titular de la plataforma digital de reparto de comida a domicilio tiene un control real y material del "servicio subyacente", sin posibilidad alguna de decisión del aparente RETA contratado para llevar a cabo el servicio y sin aportar este valor económico real, su consideración como trabajador por cuenta propia se encontraría más cercana.

Si bien lógicamente por su fecha no resulta de aplicación al supuesto objeto de autos, conviene recordar el contenido de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 (relativa a unas condiciones laborales transparentes i previsibles en la Unión Europea), en especial sus artículos 9 y 10, siquiera a los meros efectos de examinar lo que el derecho comunitario, ante fenómenos novedosos que



afectan directamente a la consideración de un trabajador como subordinado de la empresa, ha entendido con posterioridad:

Artículo 9 Empleo paralelo

1. Los Estados miembros garantizarán que un empleador ni prohíba a un trabajador aceptar empleos con otros empleadores fuera del calendario de trabajo establecido con dicho empleador, ni lo someta a un trato desfavorable por ese motivo.

2. Los Estados miembros podrán fijar las condiciones para la utilización de restricciones por incompatibilidad por parte de los empleadores basadas en causas objetivas, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses.

Artículo 10 Previsibilidad mínima del trabajo

1. Si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes:

a) el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso ii), y

b) el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso iii).

2. Si no se cumple uno o ninguno de los requisitos establecidos en el apartado 1, el trabajador tendrá derecho a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables.

3. Si los Estados miembros permiten que el empleador cancele una tarea asignada sin indemnización, adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, para garantizar que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela, sin observar un plazo de preaviso razonable determinado, la tarea asignada acordada previamente con el trabajador.

4. Los Estados miembros podrán establecer las modalidades de aplicación del presente artículo, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales".

Dentro de la controversia surgida en torno al encaje de la prestación de servicios para titulares de plataformas digitales, debe mencionarse el reciente auto del TJUE de 22 de abril de 2020, asunto Yodel Delivery Network. La resolución parte de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal del Reino Unido que examina un supuesto de hecho en el que un repartidor de paquetería presta servicios en exclusiva para una empresa, que recibió formación para familiarizarse con el uso del dispositivo de entrega manual provisto por la empresa, que formaliza un contrato de servicios como "contratista independiente", usa su propio vehículo y móvil. De especial relevancia es que dichos repartidores según el acuerdo privado signado con la empresa "no están obligados a realizar la entrega personalmente, pero pueden designar un subcontratista o un sustituto para la totalidad o parte del servicio prestado, cuya sustitución Yodel puede vetar si la persona elegida no tiene un nivel de habilidades y calificación que sea al menos equivalente a la requerida por un servicio de mensajería contratado por Yodel. El acuerdo entre las partes establece "que el servicio de mensajería es libre de entregar paquetes en beneficio de terceros al mismo tiempo que presta servicios en nombre de Yodel".

Igualmente la cuestión prejudicial parte de que, en atención al contrato firmado, la empresa "Yodel no está obligado a utilizar los servicios de los repartidores con los que ha celebrado un acuerdo de servicios, al igual que esos repartidores no están obligados a aceptar ningún paquete para la entrega. Además, esos repartidores pueden fijar un número máximo de paquetes que están dispuestos a entregar".

Respecto del modo en el que el repartidor recibe los paquetes a entregar a los clientes "los repartidores con los que Yodel ha concluido un acuerdo de servicios reciben los paquetes que se entregarán en su domicilio entre el lunes y el sábado de cada semana. Los paquetes deben ser entregados entre las 7.30 y las 21.00 horas, sin embargo, esos repartidores tienen la libertad de decidir, a excepción de las entregas a tiempo fijo, el tiempo de entrega y el pedido y la ruta adecuados para su conveniencia personal".

En cuanto a la remuneración, "se establece una tarifa fija, que varía según el lugar de entrega, para cada paquete".



Partiendo de dicho escenario que caracteriza la relación empresa-repartidor de paquetería, el TJUE citando su previa jurisprudencia examina la consideración como trabajador del repartidor partiendo de que el prestador del servicio (23) "tiene discreción:

- **utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio que se ha comprometido a proporcionar;**
- **aceptar o no aceptar las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas;**
- **para proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del supuesto empleador, y**
- **fijar sus propias horas de "trabajo" dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo para adaptarlo a su conveniencia personal y no únicamente a los intereses del supuesto empleador".**

Respecto del concepto de "trabajador", que no se define en la Directiva 2003/88 objeto de examen, el TJUE señala que "ha sostenido, entre otras cosas, que ese concepto tiene un significado autónomo específico del derecho de la UE (sentencia de 20 de noviembre de 2018, Sindicatul Familia Constanta y otros , C - 147/17 , EU: C: 2018: 926 , párrafo 41) .

27. A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional aplicar ese concepto de «trabajador» a los efectos de la Directiva 2003/88, y el órgano jurisdiccional nacional debe, a fin de determinar en qué medida una persona lleva a cabo sus actividades en virtud del dirección de otro, base esa clasificación en criterios objetivos y haga una evaluación general de todas las circunstancias del caso que se le presente, teniendo en cuenta tanto la naturaleza de las actividades en cuestión como la relación de las partes involucradas (ver, a tal efecto, sentencias de 14 de octubre de 2010, Union syndicale Solidaires Isère , C - 428/09, EU: C: 2010: 612 , apartado 29, y de 26 de marzo de 2015, Fenoll , C - 316/13 , EU: C: 2015: 200 , párrafo 29).

28. Dado que una relación laboral implica la existencia de una relación jerárquica entre el trabajador y su empleador, la cuestión de si existe tal relación debe, en cada caso particular, evaluarse sobre la base de todos los factores y circunstancias que caracterizan la relación entre las partes (sentencias de 10 de septiembre de 2015, Holterman Ferho Exploitatie y otros , C - 47/14 , EU: C: 2015: 574 , apartado 46, y de 20 de noviembre de 2018, Sindicatul Familia Constan a y otros , C - 147/17 , EU: C: 2018: 926 , párrafo 42).

29. Por lo tanto, la característica esencial de una relación laboral es que durante un cierto período de tiempo una persona realiza servicios para y bajo la dirección de otra persona a cambio de lo cual recibe una remuneración (sentencias de 26 de marzo de 2015, Fenoll , C - 316 / 13, EU: C: 2015: 200 , apartado 27, y de 21 de febrero de 2018, Matzak , C - 518/15 , EU: C: 2018: 82 , apartado 28).

30. Más específicamente, el Tribunal ha sostenido que la clasificación de un 'contratista independiente' en virtud de la legislación nacional no impide que esa persona sea clasificada como empleado , en el sentido de la legislación de la UE, si su independencia es meramente teórica, ocultando así una relación laboral (sentencia de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media , C - 413/13 , EU: C: 2014: 2411 , apartado 35 y jurisprudencia citada).

31. **Es el caso de una persona que, aunque contratada como proveedor de servicios independiente de conformidad con la legislación nacional, por razones fiscales, administrativas u organizativas, actúa bajo la dirección de su empleador en lo que respecta, en particular, a su libertad de elegir el momento y el lugar y el contenido de su trabajo, no comparte los riesgos comerciales del empleador y, durante la duración de esa relación, forma parte integral de la empresa de ese empleador, por lo que forma una unidad económica con esa empresa (sentencia de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media , C - 413/13 , EU: C: 2014: 2411 , apartado 36 y jurisprudencia citada)...".**

El TJUE en el auto examinado, expuesto el contenido de la prestación de servicios del repartidor de paquetería objeto de la cuestión prejudicial y las notas del concepto de "trabajador" en la jurisprudencia del propio TJUE concluye que " una persona, como B, parece tener mucha libertad en relación con su supuesto empleador...

38. A ese respecto, en relación, en primer lugar, a la discreción de una persona, como B, para designar subcontratistas o sustitutos para llevar a cabo las tareas en cuestión, es común que el ejercicio de esa discreción esté sujeto únicamente a la condición de que el subcontratista o sustituto involucrado tiene habilidades y calificaciones básicas equivalentes a la persona con la que el empleador putativo ha celebrado un acuerdo de servicios, como la persona en cuestión en el procedimiento principal.

39. Por lo tanto, el supuesto empleador solo puede ejercer un control limitado sobre la elección del subcontratista o sustituto de esa persona, sobre la base de un criterio puramente objetivo, y no puede dar prioridad a ninguna elección y preferencia personal.



40. En segundo lugar, del expediente presentado ante el Tribunal de Justicia se desprende que, en virtud del acuerdo de servicios en litigio en el procedimiento principal, **B tiene el derecho absoluto de no aceptar las tareas que le fueron asignadas. Además, él mismo puede establecer un límite vinculante en el número de tareas que está preparado para realizar.**

41. En tercer lugar, **con respecto a la discreción de una persona, como B, para proporcionar servicios similares a terceros, parece que esa discreción puede ejercerse en beneficio de cualquier tercero, incluso en beneficio de competidores directos de su supuesto empleador, entendiéndose que esa discreción puede ejercerse en forma paralela y simultánea en beneficio de varios terceros.**

42. Cuarto, en lo que respecta al tiempo de "trabajo", si bien es cierto que un servicio, como el que está en litigio en el procedimiento principal, debe prestarse durante franjas horarias específicas, el hecho es que dicho requisito es inherente a la naturaleza misma de ese servicio, ya que el cumplimiento de esas franjas horarias parece esencial para garantizar el rendimiento adecuado de ese servicio...

45. De todas las consideraciones anteriores se deduce que la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que excluye a una persona contratada por su posible empleador en virtud de un acuerdo de servicios que estipula que es un contratista independiente por cuenta propia que no se clasifica como 'trabajador' para el propósito de esa directiva, donde esa persona tiene discreción:

- utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio que se ha comprometido a proporcionar;
- aceptar o no aceptar las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas;
- para proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del supuesto empleador, y
- para fijar sus propias horas de "trabajo" dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo a su conveniencia personal en lugar de únicamente los intereses del supuesto empleador, siempre que, en primer lugar, la independencia de esa persona no parezca ficticia y, en segundo lugar, no es posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador. Sin embargo, corresponde al tribunal remitente, teniendo en cuenta todos los factores relevantes relacionados con esa persona y con la actividad económica que realiza, clasificar la situación profesional de esa persona en virtud de la Directiva 2003/88".

CUARTO.- Pasando a la respuesta que los tribunales nacionales han dado a situaciones como ahora estudiada, existen diversos pronunciamientos que permiten extraer notas características de la relación laboral por cuenta ajena en supuestos en los que la contratación se ha formalizado como civil-mercantil con alta en el RETA del prestador de servicios, como acontece en autos. En algunos casos como se verá, la Sala IV del Tribunal Supremo ya ha valorado servicios que se prestan de forma puntual a través de un dispositivo tecnológico. Incluso, transcurrido desgraciadamente largo tiempo desde la fecha del despido del actor hasta el dictado de la presente resolución, existe ya un cuerpo de doctrina judicial que ha valorado expresamente el encaje laboral de los riders como prestadores de servicios de reparto para empresas como la ahora demandada DELIVEROO.

Dentro del indicado corpus jurisprudencial ya en fecha tan lejana como el 26 de febrero de 1985 la Sala IV del Tribunal Supremo dictó sentencia entendiéndolo como laboral por cuenta ajena la prestación de servicios de los tradicionales mensajeros; la misma parte de que "para la realización de este servicio los demandantes han firmado un contrato que se denominó de transporte, en el que se estableció, entre otras disposiciones, que el mensajero no queda comprometido con la empresa en exclusiva, no está sometido a horario ni dependencia y que puede realizar el servicio por sí mismo personalmente, o por medio de otras personas por él retribuidas, reconociéndose como trabajador autónomo con obligación de abonar los impuestos y seguros que le corresponden. No obstante lo consignado en tal contrato los actores han realizado su trabajo personalmente, y si no han trabajado todos los días laborales lo han hecho en un muy importante número de los mismos, aproximadamente el 75 por 100...

Segundo. Los antecedentes expuestos permiten concluir que concurren en la relación examinada todas las notas que según el art. 1.1 del ETT permiten identificarla como laboral, en cuanto los demandantes han prestado voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de la organización de otra persona, ya que: 1. El carácter voluntario y retribuido del servicio no ofrece duda. El que la retribución se mida, no por tiempo, sino por unidad de servicio, es algo normal en el contrato de trabajo; la circunstancia de que parte de la compensación que recibe el trabajador no constituya específica contra prestación del trabajo personal por destinarse a gastos de mantenimiento y amortización del vehículo, no tiene otra consecuencia que no se considere tal parte de la compensación como salario, sino como gasto de la empresa suplido por el trabajador, como previene el art. 26.2 del ETT".



2. La ajenidad es también patente, el trabajador no asume los riesgos ni los beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente, no interviene en la fijación del precio del mismo, ni su retribución depende de su resultado; se limita fundamentalmente a aportar su actividad y a percibir la retribución que por ella le corresponde, que devenga por el hecho de realizarla. El que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el art. 5, a), del ETT; deriva de las normas generales del derecho de obligaciones, art. 1101 del Código Civil.

3. La dependencia, aparte de su exteriorización en ese llevar en la ropa y en el vehículo el nombre de la empresa, se manifiesta también en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno; no tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso. La no asistencia de los actores al trabajo en todos los días laborables es un mero efecto de la configuración que la empresa pretende dar al contrato para eludir la calificación de laboral, y no constituye un dato esencial para determinar su verdadera naturaleza, pues ese comportamiento empresarial impide conocer las causas de la inasistencia, que en un contrato de trabajo debidamente regularizado se puede producir por motivos tan justificados como permisos, licencias, vacaciones, enfermedad o, incluso, períodos intermedios de inactividad laboral en contratos discontinuos o a tiempo parcial. Por otra parte la posibilidad de compatibilizar el trabajo en otras empresas es algo que, debidamente autorizado no desnaturaliza el contrato, según cabe deducir de los arts. 5, y 21.1 del ETT.

4. El carácter personal de la prestación concurre también en el supuesto debatido en cuanto a los demandantes. En este punto lo que reconoce la empresa al mensajero es una posibilidad de sustitución que no ha tenido virtualidad en la ejecución del contrato, pues el trabajo lo han realizado siempre los demandantes de modo directo y personal, por lo que tal posibilidad, la de realizar el servicio por medio de otras personas, más parece una cláusula destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato, que un pacto trascendente a la realidad del servicio..."

De especial relevancia por su relación con notas que caracterizan la prestación de servicios del rider demandante para DELIVEROO como plataforma digital de reparto de comida a domicilio es la STS de 16 de noviembre de 2017, alegada por la parte actora en su informe de conclusiones, que declara como laboral por cuenta ajena la prestación de servicios de intérpretes que prestan servicios en sedes policiales y judiciales. La Sala recuerda en primer lugar la doctrina jurisprudencial que ha venido fijando las notas indiciarias de la existencia de una propia relación laboral por cuenta ajena formalizada como relación de prestación de servicios por cuenta propia; con cita de la STS de 20 de julio de 2010, recurso 3344/2009 señala que: " 1.- Como se sistematiza y proclama, entre otras, en la STS/IV 23-noviembre-2009 (rcud 170/2009), las notas características de "ajenidad" y "dependencia" que determinan que una relación jurídica deba configurarse como laboral (art. 1 ET), han sido entendidas en sentido amplio en función del tipo de servicios prestados, al modo interpretado por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en la STS/Social 6-junio-1983 y 2-abril-1996 (rcud 2613/1995), afirmándose, en esta última, que "es que no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre, a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo"; o en la STS/IV 31-marzo-1997 (rcud 3555/1996), en la que se establece que "no nos encontramos en el caso ante un colaborador libre, que presta servicios esporádicamente o por actos o acontecimientos singulares, sino ante un reportero gráfico ... incorporado plenamente y con continuidad a la organización del trabajo de la empresa informativa, que programa diariamente el trabajo a realizar y que encarga incluso en ocasiones trabajos o reportajes imprevistos"; o en la STS/IV 10-julio-2000 (rcud 4121/1999) en la que se argumentaba que "no concurre ninguno de los más característicos indicadores inequívocos de que la prestación de los servicios profesionales se efectuara en régimen de autonomía, pues el perito tasador demandante no tenía la facultad de rechazar las peritaciones ofrecidas, no fijaba ni tenía participación trascendente en la determinación de sus honorarios, contaba con muy escaso margen en la realización de su actividad debiendo ceñirse esencialmente a las instrucciones recibidas, y realizaba directa y personalmente las peritaciones sin valerse de colaboradores a su servicio".

2.- "A sensu contrario", cuando esta Sala ha declarado que existía arrendamiento de servicios y no una relación laboral ha exigido que la prestación del demandante se limitara a la práctica de actos profesionales concretos "sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, practicando su trabajo con entera libertad" (STS/Social 12-julio-1988) o que realizara "su trabajo con independencia, salvo las limitaciones accesorias" (STS/Social 1-marzo-1990).



3.- La doctrina unificada, como sintetizan las SSTS/IV 11-mayo-2009 (rcud 3704/2007), 7-octubre-2009 (rcud 4169/2008) y 23-noviembre-2009 (rcud 170/2009) - con referencia, entre otras anteriores, a las SSTS/IV 9-diciembre-2004 (rcud 5319/2003), 19-junio-2007 (rcud 4883/2005), 7-noviembre-2007 (rcud 2224/2906), 12-febrero-2008 (rcud 5018/2005), 6-noviembre-2008 (rcud 3763/2007) -, sobre los criterios a seguir para determinar si existe o no relación laboral cabe resumirlos en los siguientes:

"a) La calificación de los contratos no depende de la denominación que les den las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto.

b) En el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios. El contrato de trabajo es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

c) Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de hechos indiciarios de una y otra.

d) Los indicios comunes de la nota de dependencia más habituales son: la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

e) Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario -y no del trabajador- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público, como fijación de precios o tarifas, y la selección de clientela, o personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y su cálculo con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

f) En el caso concreto de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes. En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del cliente, sino de la empresa contratante en función de una tarifa predeterminada por acto, o de un coeficiente por el número de clientes atendidos, 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.

g) En las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas...".

Fijadas dichas notas, el TS teniendo en cuenta la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, reconoce que la relación habida entre el intérprete y la empresa que contrata sus servicios es de naturaleza laboral ya que se dan las notas de ajenidad y dependencia: "1º.- El actor asumía la obligación de prestar personalmente los servicios de traducción e interpretación para Ofilingua SL. Cuando es llamado por esta empresa -en los supuestos en que la Policía, la Guardia Civil o un Juzgado se han puesto en contacto con la empresa por necesitar sus servicios- **se le indica lugar, día y hora a la que debe acudir, acudiendo con sus propios medios, comunicando su presencia y poniéndose a disposición del Juez o funcionario para realizar su actividad profesional. Terminada su intervención por el señor Secretario Judicial se le expide una certificación en la que consta la fecha de la intervención, hora de inicio y fin de la misma, idioma empleado, órgano que ha precisado los servicios y número del procedimiento en el que ha precisado la asistencia.**

Si bien no tiene un horario fijo, éste viene impuesto por las necesidades de los organismos que solicitan a la empresa servicios de traducción e intérprete, fijando el día, hora y lugar al que el mismo ha de acudir.

El actor decide si acude o no a desarrollar sus servicios y, caso de que no acuda, se llama a otro.



Aunque parece que el intérprete goza de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios, es lo cierto que, dada la relación establecida entre las partes, si no acude, corre el riesgo de que no se le vuelva a llamar.

2º.- Dicha actividad la desempeñaba a cambio de una retribución, percibiendo una cantidad fija y periódica (mensual) determinada por la demandada en proporción con la actividad prestada;

Debía justificar las horas que había trabajado, mediante la presentación mensual de facturas a la que se acompaña certificación del órgano judicial en el que han realizado su actividad, percibiendo una cantidad fija por hora trabajada -24 €/ hora-, habiendo percibido desde junio de 2011 a mayo de 2012 un promedio de 67,54 € diarios.

3º.- No consta que el actor tuviera algún tipo de estructura empresarial sino por el contrario se insertaba en la organización de trabajo de la entidad demandada.

4º.- No desvirtúa la laboralidad de la relación la no prestación de servicios a tiempo completo, ni que no conste régimen de exclusividad.

5º.- Tampoco impide la calificación de laboral de la relación el hecho de que la empresa no facilitase medios materiales al actor ya que, dadas las características del trabajo que realizaba -traducción e interpretación- descansa fundamentalmente en el elemento personal, careciendo de relevancia los medios materiales...".

En STS de 24 de enero de 2018, en la contratación de trabajadores de montaje de ascensores y su reparación, de nuevo el TS reconoció el carácter laboral por cuenta ajena de la prestación. En dicha sentencia, y al modo como se verá en cuanto a la imposición unilateral por DELIVEROO a partir del mes de junio de 2017 de una novación en el contrato de prestación de servicios donde como posibilidad se ofreció a los riders su consideración de TRADES, señala el TS que "tampoco resulta de aplicación el artículo 11 de la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo, que regula el concepto y ámbito subjetivo del trabajador autónomo económicamente dependiente. El actor no es un trabajador autónomo de este tipo, entre otras razones, porque no ha quedado acreditado que realice una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa; lo que constituye requisito imprescindible para que pueda darse la figura. La constatada existencia de dependencia en el caso examinado excluye que estemos en presencia de un trabajo autónomo. La regulación del trabajo autónomo no ha modificado en modo alguno la delimitación del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, y no ha asimilado los trabajadores "económicamente dependientes" a los trabajadores dependientes. El legislador ha despejado posibles dudas para evitar la asimilación al trabajo asalariado del trabajo autónomo económicamente dependiente, precisamente para evitar que a través de esta figura puedan simularse formas de trabajo auténticamente subordinado; y lo ha hecho determinando negativamente un espacio externo al trabajo no autónomo, de acuerdo con el artículo 1 de la LETA, que sigue muy directamente los rasgos delimitadores del campo de aplicación del RETA, al definir la figura de trabajador autónomo como "las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena", exigiendo en el caso de los autónomos económicamente dependientes, además, entre otras previsiones, la formalización escrita del contrato, la posibilidad de acuerdos de interés profesional, la regulación de la jornada, de las interrupciones justificadas de actividad profesional y de la extinción contractual".

Finalmente en STS de 10 de abril de 2018 se ha reconocido igualmente el carácter de laboral por cuenta ajena, apreciando las notas de ajenidad y dependencia respecto de los contratados como profesores en academias para la realización de cursos ocupacionales subvencionados por SPEE.

En STS de 18 de mayo de 2018, en el ámbito de la exclusión de la laboralidad fijada legalmente por el art. 1.3 b) del ET en el sector del transporte, el TS señala que "aquí está la clave en la que se sustenta la exclusión del ámbito laboral de una actividad que en definitiva se realiza dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario, con sometimiento a las órdenes e instrucciones impartidas por el mismo, y que reuniría en abstracto todos los elementos que caracterizarían el contrato de trabajo en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.1 ET.

Y esa clave no es otra que la importancia económica que en sí misma tiene la conjunta concurrencia de esos dos requisitos objetivos a los que se refiere el art. 1.3 g) ET, la titularidad de la autorización administrativa de transporte y la propiedad o poder de disposición sobre el vehículo, como elementos que en su conjunto configuran una unidad productiva con valor económico suficiente para ser considerada una infraestructura con relevancia bastante para atribuir a su titular la condición de empresario autónomo y trabajador por cuenta propia excluido del derecho laboral.

La mejor prueba de ello, es que debe seguir calificándose como laboral la prestación de servicios de esa misma actividad de transporte, que se realizan en idénticas condiciones de dependencia organizativa y titularidad del medio de transporte, pero con vehículos que no requieren por su tonelaje inferior a 2 TM la autorización administrativa o tarjeta de transporte, como pone de manifiesto esa misma STS 23/11/2011, citando las de



28/3/2011 23/11/98 -rcud 923/98 -; 19/12/05 -rec. 5381/04 -; 18/10/06 -rcud 3939/05 -; 22/01/08 -rcud 626/07 -; y 30/04/09 -rcud 1701/08 ...".

QUINTO.- Como se anticipó, si bien la concreta prestación de servicios por los repartidores-riders respecto de empresas que gestionan plataformas de servicio a domicilio de comida no ha sido objeto aún de examen en unificación de doctrina por la Sala IV del Tribunal Supremo, sí existe ya un cuerpo de doctrina judicial emanado de las diversas Salas de lo Social de TSJ que reconoce la relación laboral por cuenta ajena de los riders.

Sirva como reciente ejemplo respecto de la empresa de nuevo ahora demandada DELIVEROO la STSJ de Madrid de 17 de enero de 2020, confirmando en suplicación la sentencia del Juzgado Social 19 de Madrid de 22 de julio de 2019 en procedimiento de oficio donde se declaró como relación laboral la fijada en acta liquidación respecto de un numeroso grupo de riders en el lapso temporal comprendido entre los meses de octubre de 2015 y junio de 2017. Se anticipa que la argumentación de dicha sentencia será de aplicación al supuesto de autos, al ser los hechos declarados probados en la presente resolución los valorados, atendiendo a la vigencia de la relación del ahora actor con DELIVEROO, en la sentencia de la Sala de Madrid citada.

Indica la sentencia que *"en el tiempo a que se refiere el acta de liquidación de cuotas, se han utilizado tres modelos de "contratos de colaboración":*

-desde el inicio de las actividades de Roofoods Spain SL hasta agosto de 2016;

-desde septiembre de 2016 hasta julio de 2017;

-desde julio de 2017 en adelante".

En autos, si bien el actor prestó servicios desde el 24 de julio de 2016, su contrato se formalizó el 31 de agosto de 2016, siendo el propio del segundo de los modelos. Igualmente como consta no controvertido, en junio del año 2017 la empresa comunicó a los riders un cambio en el modelo de contratación, objeto de ulterior examen y que suponía bien continuar como prestador de servicios con una modificación en especial en el modo de abono de los mismos, bien como TRADE.

Continúa la sentencia indicando, en términos exactamente trasladables al supuesto de autos ante la declaración de hechos probados, que *"los repartidores venían obligados a darse de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos.*

Roofoods Spain SL proporcionaba a los repartidores medios materiales con publicidad de su marca, entre ellos la mochila que portaban.

Los repartidores venían obligados a disponer de un vehículo (bicicleta o motocicleta) así como de un teléfono móvil con conexión a Internet, una batería externa, una mochila o caja para transportar la comida, y un soporte o anclaje para sujetar dicha caja al vehículo.

No obstante, si los repartidores no disponían de tales medios, la empresa se los proporcionaba (salvo el teléfono móvil y la conexión a Internet), reteniendo en las facturas abonadas a los repartidores una cantidad en concepto de fianza por los materiales.

Coincidiendo con el inicio de la relación entre Roofoods Spain SL y los repartidores, la empresa les impartía una charla informativa, entregándoles asimismo un folleto o guía, y proyectándoles un vídeo explicativo.

En dicho material se proponía a los repartidores presentarse como parte de la empresa ("Soy Juan de Deliveroo"). Asimismo se detallaban aspectos de la realización del trabajo, y se recogían prohibiciones (de beber alcohol, de consumir estupefacientes, de insultar, de estar "tirado" en el suelo, de entrar en el restaurante o en el domicilio del consumidor con el casco puesto en la cabeza, etc).

También se indicaba a los repartidores que, en caso de rechazar pedidos de forma continuada, no se les garantizarían los pedidos mínimos, e incluso podría prescindirse de sus servicios.

Al menos hasta finales de 2016 el repartidor recién incorporado debía acompañar durante un día a otro repartidor más antiguo para aprender la mecánica del servicio.

A través de la plataforma o aplicación informática, Roofoods Spain SL realizaba un seguimiento de la actividad de los repartidores, conociendo la hora de inicio y terminación de su actividad, su localización mediante GPS, y los tiempos de reparto. Esta información era tratada por el personal de estructura de Roofoods Spain SL.

Por Roofoods Spain SL se fijaban unos parámetros de franjas horarias, zonas, y tipos de distribución.

Los repartidores podían solicitar con un determinado plazo las franjas horarias de distribución, si bien ello no significaba su asignación automática, sino que tal asignación era decidida por Roofoods Spain SL.



Los repartidores eran objeto de valoración sobre su grado de fiabilidad, lo que se hacía a partir de datos suministrados por la aplicación informática, que atendía a elementos como disponibilidad real en los turnos asignados, efectiva realización de los servicios, tiempo de respuesta en la entrega de los pedidos, y prestación de servicios en horas-punta.

Si la valoración del repartidor era deficiente, se le concedía un preaviso de 30 días durante el cual se observaba si modificaba su conducta.

En caso contrario, Roofoods Spain SL podía dar de baja al repartidor en la aplicación informática y finalizar su colaboración con él.

Todo el proceso de recogida de pedidos y entrega al consumidor por parte del repartidor era supervisado por Roofoods Spain SL mediante la aplicación informática.

Para el caso de que surgiesen incidencias en la recogida y reparto de pedidos, los repartidores podían contactar con personal de estructura de Roofoods Spain SL, para que les dieran indicaciones.

Otras veces era el propio personal de estructura de Roofoods Spain SL quien contactaba con los repartidores, por ejemplo si permanecían mucho tiempo sin moverse.

Estas comunicaciones entre el personal de estructura de Roofoods Spain SL y los repartidores se realizaban a través de una aplicación de mensajería móvil.

En cuanto a la forma de retribución de los repartidores, se realizaba mediante facturas formalmente presentadas por los repartidores a Roofoods Spain SL.

Tales facturas eran realmente elaboradas por Roofoods Spain SL.

En algunos casos en que los repartidores presentaron facturas en otro modelo realizado por ellos, Roofoods Spain SL no tomó en consideración tales facturas, sino las elaboradas por la propia empresa".

En el segundo de los modelos contractuales, por lo dicho igualmente aplicable al actor, la indicada STSJ caracteriza la prestación de servicio con notas idénticas a las declaradas probadas en autos: " Roofoods Spain SL garantizaba el pago a los repartidores de la diferencia entre la retribución de dos repartos por cada hora en que se hubiese acordado la prestación de servicios y la contraprestación por los repartos efectivamente realizados. Por tanto, se reconocía el derecho a percibir, al menos, el importe de dos servicios por hora.

Roofoods Spain SL asumía la responsabilidad frente al consumidor por las incidencias que pudieran surgir en la entrega del pedido. Concretamente, en caso de producirse alguna incidencia, Roofoods Spain SL decidía si enviaba nuevamente el pedido o bien compensaba al consumidor (así, con un cupón descuento para otra ocasión).

En cuanto a la relación con los restaurantes de donde se recogía el pedido, los repartidores no asumían responsabilidad alguna para con dicho restaurante, de modo que la responsabilidad era asumida por Roofoods Spain SL.

La actividad de recogida de pedidos en restaurantes y entrega a los consumidores en su domicilio (o lugar designado) era realizada personalmente por los repartidores, sin que se haya producido ninguna subcontratación de servicios por algún repartidor a otras personas.

Concretamente en el primero de los modelos de contrato suscritos entre Roofoods Spain SL y los repartidores, se prohibía expresamente la delegación en terceros, comprometiéndose el repartidor a prestar sus servicios personalmente, salvo autorización de la empresa por escrito. No consta que se haya producido ninguna autorización de esta índole.

En el segundo de los modelos de contrato suscritos entre Roofoods Spain SL y los repartidores (aplicable por lo expuesto al ahora actor) , sí se permitía formalmente la subcontratación, si bien se precisaba una previa autorización de la empresa por escrito. No consta que se haya producido ninguna autorización de este tipo.

Los repartidores no tenían deber de dedicación exclusiva hacia Roofoods Spain SL, habiendo varios repartidores que han prestado servicios para otra empresa dedicada a similar actividad...".

Fijado el contenido material del modo en el que los trabajadores objeto del procedimiento de oficio prestaban servicios para DELIVEROO, el TSJ valora su encaje jurídico como relación laboral por cuenta ajena, pese a su alta en el RETA y formalización como meros prestadores de servicios; así, en argumentación que igualmente se da íntegramente por reproducida en autos ante la identidad probada respecto de la valorada en la citada STSJ **"hemos de examinar en este punto si en la relación existente entre Roofoods Spain SL y los repartidores**

concurrían o no las notas o caracteres propios de la relación laboral por cuenta ajena, de conformidad con el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores . Así:

--CONCURRENCIA DE HABITUALIDAD:

El repartidor se inscribe como usuario de la plataforma. Esto significa que está dispuesto a hacer repartos dentro de una zona y de una franja horaria (que inicialmente él elige).

El repartidor no queda obligado estrictamente a hallarse siempre disponible en esa franja horaria.

Ahora bien, esta libertad del repartidor para no estar disponible no es tan amplia como se quiere aparentar, puesto que en caso de rechazar pedidos no se le garantizarán los pedidos mínimos, e incluso puede prescindirse de sus servicios.

La consecuencia es que, si el repartidor no atiende pedidos, recibe una penalización, traducida en que le entran menos pedidos (y por tanto los ingresos que puede obtener son inferiores).

Así pues, la conclusión es que sí existe deber de habitualidad, pues la ausencia de habitualidad se penaliza.

--CONCURRENCIA DE RETRIBUCIÓN PERIÓDICA:

El repartidor obtiene una cantidad por cada reparto efectuado, según precios y tarifas fijados en el contrato suscrito con Roofoods Spain SL.

Dichas cantidades son abonadas por Roofoods Spain SL. La forma de pago consiste en facturas formalmente presentadas por los repartidores a Roofoods Spain SL.

Tales facturas son realmente elaboradas por Roofoods Spain SL.

En algunos casos en que los repartidores presentaron facturas en otro modelo realizado por ellos, Roofoods Spain SL no tomó en consideración tales facturas, sino las elaboradas por la propia empresa.

En el segundo de los modelos contractuales, Roofoods Spain SL garantizaba el pago a los repartidores de la diferencia entre la retribución de dos repartos por cada hora en que se hubiese acordado la prestación de servicios y la contraprestación por los repartos efectivamente realizados. Por tanto, se reconocía el derecho a percibir, al menos, el importe de los servicios por hora.

La conclusión es que sí existe retribución periódica, que no es fija, sino variable -en función de los servicios realizados por el repartidor-. En realidad esto viene a ser un "salario por unidad de obra", que es admisible en el marco de la relación laboral por cuenta ajena.

--CONCURRENCIA DE DEPENDENCIA O SUJECIÓN A ÓRDENES E INSTRUCCIONES EMPRESARIALES:

En principio el horario no es impuesto por Roofoods Spain SL, sino que el propio repartidor elige inicialmente la franja horaria en que quiere realizar su actividad.

Ahora bien, una vez elegida por el repartidor una franja horaria, éste sí adquiere un deber de realizar su actividad en ese tiempo pues, si no se encuentra disponible o rechaza repartos, es penalizado (le entran menos pedidos).

La realización de la actividad por el repartidor cumpliendo las instrucciones generales impartidas por Roofoods Spain SL es procurada (y normalmente obtenida) por ésta mediante la práctica instituida por Roofoods Spain SL de que, en caso de rechazar pedidos el repartidor, no se le garantizarán los pedidos mínimos, e incluso podrá prescindirse de sus servicios.

La consecuencia es que, si el repartidor no atiende pedidos o no los realiza correctamente, recibe una penalización, traducida en que le entran menos pedidos (y por tanto los ingresos que puede obtener son inferiores).

Para controlar que el repartidor realiza correctamente su actividad, éste se halla localizado mientras hace los pedidos mediante GPS.

A través de la plataforma o aplicación telemática, Roofoods Spain SL realiza un seguimiento de la actividad de los repartidores, conociendo la hora de inicio y terminación de su prestación de servicio, su localización mediante GPS, y los tiempos de reparto. Esta información es tratada por el personal de estructura de Roofoods Spain SL.

Los repartidores son objeto de valoración sobre su grado de fiabilidad, lo que se hace a partir de datos suministrados por la aplicación, que atiende a elementos como disponibilidad real en los turnos asignados, efectiva realización de los servicios, tiempo de respuesta en la entrega de los pedidos, y prestación de servicios en horas-punta.

Si la valoración del repartidor es deficiente, se le concede un preaviso de 30 días durante el cual se observa si modifica su conducta.

En caso contrario, Roofoods Spain SL puede dar de baja al repartidor en la aplicación telemática y finalizar su colaboración con él.

La situación presenta en este punto gran similitud con la apreciada en sentencia del Tribunal Supremo de 16 noviembre 2017 (Recurso 2806/2015), relativa a unos servicios de traducción...

–INCARDINACIÓN DE LOS REPARTIDORES EN EL ÁMBITO RECTOR, ORGANIZATIVO Y DE DIRECCIÓN DE ROOFOODS SPAIN SL:

El grueso de la estructura necesaria para la actividad empresarial es titularidad de Roofoods Spain SL, aunque en buena parte sea inmaterial o "virtual". No obstante, sí existe también estructura material de Roofoods Spain SL, consistente en unas dependencias físicas (en Paseo de la Castellana nº 131 y en C/ Antonio González Echarte nº 1 de Madrid -véase folio 57 de las actuaciones-) donde Roofoods Spain SL posee en Madrid una plantilla de 65 trabajadores "de estructura", contratados laboralmente, que atienden los departamentos de Administración, Marketing, Operaciones, Servicio corporativo, y Ventas.

Los medios puestos por el repartidor (moto o bicicleta, y teléfono móvil) son muy poco significativos en comparación con la importante organización estructural necesaria para la actividad.

Para controlar que el repartidor realizaba correctamente su actividad, éste se hallaba localizado mediante GPS mientras hacía los pedidos.

A través de la plataforma o aplicación informática, Roofoods Spain SL realizaba un seguimiento de la actividad de los repartidores, conociendo la hora de inicio y terminación de su actividad, su localización mediante GPS, y los tiempos de reparto.

Esta información era tratada por personal de estructura de Roofoods Spain SL.

Los repartidores eran objeto de valoración sobre su grado de fiabilidad, lo que se hacía a partir de datos suministrados por la aplicación informática, que atendía a elementos como disponibilidad real en los turnos asignados, efectiva realización de los servicios, tiempo de respuesta en la entrega de los pedidos, y prestación de servicios en horas-punta.

Si la valoración del repartidor era deficiente, se le concedía un preaviso de 30 días durante el cual se observaba si modificaba su conducta. En caso contrario, Roofoods Spain SL podía dar de baja al repartidor en la aplicación informática y finalizar su colaboración con él.

Por otra parte, coincidiendo con el inicio de la relación entre Roofoods Spain SL y los repartidores, la empresa les impartía una charla informativa, entregándoles asimismo un folleto o guía, y proyectándoles un vídeo explicativo.

En dicho material se proponía a los repartidores presentarse como parte de la empresa, se detallaban aspectos de la realización del trabajo, y se recogían prohibiciones (de beber alcohol, de consumir estupefacientes, de insultar, de estar "tirado" en el suelo, de entrar en el restaurante o en el domicilio del consumidor con el casco puesto en la cabeza, etc).

A través de la plataforma o aplicación, Roofoods Spain SL realizaba un seguimiento de la actividad de los repartidores, conociendo la hora de inicio y terminación de su actividad, su localización mediante GPS, y los tiempos de reparto. Esta información era tratada por el personal de estructura de Roofoods Spain SL.

Todo el proceso de recogida de pedidos y entrega al consumidor por parte del repartidor era supervisado por Roofoods Spain SL mediante la aplicación telemática.

Para el caso de que surgiesen incidencias en la recogida y reparto de pedidos, los repartidores podían contactar con personal de estructura de Roofoods Spain SL, para que les dieran indicaciones.

Otras veces era el propio personal de estructura de Roofoods Spain SL quien contactaba con los repartidores, por ejemplo si permanecían mucho tiempo sin moverse.

La conclusión es que los repartidores estaban incardinados en el ámbito rector, organizativo y de dirección de Roofoods Spain SL.

–CONCURRENCIA DE AJENIDAD DE FRUTOS Y RIESGOS:

El repartidor lleva a cabo una actividad por la que recibe una cantidad que le es abonada (por cada reparto o pedido que realiza) por Roofoods Spain SL.

Roofoods Spain SL se lucra de las cantidades que le abonan los restaurantes cuyas elaboraciones culinarias son entregadas por repartidores de Roofoods Spain SL.

Es claro que la cantidad percibida por Roofoods Spain SL del restaurante cuyos platos de cocina reparte, siempre será mayor que la cantidad que Roofoods Spain SL abona al repartidor por realizar ese reparto. Por consiguiente, existe una "plusvalía" o ganancia que es obtenida por Roofoods Spain SL.

Para realizar su actividad empresarial, Roofoods Spain SL necesita personas que repartan pedidos. Si Roofoods Spain SL no actuase por medio de los llamados "riders", tendría que contratar laboralmente a repartidores; pues sin repartidores la actividad que ejerce Roofoods Spain SL no podría efectuarse.

Roofoods Spain SL posee una importante infraestructura que, aunque en gran medida es inmateral, resulta necesaria para el desempeño de la actividad. Dicha infraestructura es:

a) El conjunto de acuerdos a que Roofoods Spain SL llega con múltiples restaurantes para entregar sus elaboraciones culinarias a los consumidores (a cambio de un precio);

b) La plataforma telemática a que los repartidores se conectan, en la cual aparecen los pedidos que han de efectuarse (pedidos éstos que a continuación los repartidores aceptan realizar).

El repartidor aporta, para el desempeño de su actividad, un vehículo (generalmente moto o bicicleta) con el que sirve los pedidos, así como un teléfono móvil con el que se conecta a la plataforma telemática de Roofoods Spain SL.

La conclusión es que sí existe ajenidad de frutos y riesgos.

Ni los restaurantes, ni los consumidores a quienes se realiza el servicio de reparto, son clientes del repartidor, sino de Roofoods Spain SL.

Si el reparto se realiza defectuosamente, quien tendrá que responder ante el restaurante será Roofoods Spain SL; no el repartidor que materialmente sirvió el pedido.

Se argumenta que el repartidor sí asume los riesgos porque, en caso de no llevar a cabo el reparto, no percibiría la cantidad que le correspondería por ese servicio.

Pero el hecho de no percibir cantidad alguna por el servicio cuando éste no se realiza no es asunción del riesgo, sino que constituye una característica ordinaria del denominado "salario por obra".

En este caso el riesgo consiste en soportar las consecuencias que pudieran derivarse de un inadecuado servicio al cliente. Los verdaderos clientes son aquí los restaurantes que han llegado a un acuerdo con Roofoods Spain SL para la distribución a domicilio de sus productos. Si este servicio no se presta adecuadamente y como consecuencia de ello el cliente (o sea, el restaurante) sufre un perjuicio, la responsabilidad frente al restaurante tendría que ser asumida por Roofoods Spain SL, no por el repartidor (ajenidad de riesgos).

Por otro lado, quien hace suyos los importes abonados por los restaurantes para la prestación del servicio de distribución de sus productos es Roofoods Spain SL, no el repartidor (ajenidad de frutos).

-CONCURRENCIA DEL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO:

Los pedidos que el repartidor sirve han de ser realizados (entregados) por él mismo.

La actividad de recogida de pedidos en restaurantes y entrega a los consumidores en su domicilio (o lugar por ellos designado) es realizada personalmente por los repartidores, sin que se haya producido ninguna subcontratación de servicios por algún repartidor a otras personas.

Concretamente en el primero de los modelos de contrato suscritos entre Roofoods Spain SL y los repartidores, se prohibía expresamente la delegación en terceros, comprometiéndose el repartidor a prestar sus servicios personalmente, salvo autorización de la empresa por escrito. No consta que se haya producido ninguna autorización de esta índole.

En el segundo de los modelos de contrato suscritos entre Roofoods Spain SL y los repartidores, sí se permitía formalmente la subcontratación, si bien se precisaba una previa autorización de la empresa por escrito. No consta que se haya producido ninguna autorización de este tipo.

En este punto procede recordar, como hace la sentencia recurrida, lo señalado por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 febrero 1986 (CENDOJ Roj: STS 915/1986), pues la situación debe considerarse similar a la que se producía en el caso allí contemplado...

La conclusión es que sí existe carácter personalísimo o "intuitu personae" en la prestación de servicios por el repartidor para Roofoods Spain SL.



Finalmente, la ausencia de deber de exclusividad no descarta la relación laboral, pues en todo contrato de trabajo puede pactarse que no haya deber de exclusividad, sin que ello impida la relación laboral. En tal sentido procede recordar lo señalado por el Tribunal Supremo en dos sentencias de 26 febrero 1986 (CENDOJ ROJ: STS 10925/1986 y ROJ: STS 915/1986): "la posibilidad de compatibilizar el trabajo en otras empresas es algo que, debidamente autorizado, no desnaturaliza el contrato, según cabe deducir de los artículos 5.d) y 21.1 del Estatuto de los Trabajadores ".

En definitiva, ha de concluirse que en la relación jurídica existente entre Roofoods Spain SL y los repartidores concurrían todas las notas o caracteres de una relación laboral por cuenta ajena".

Negando igualmente la Sala del TSJ de Madrid el carácter de TRADE de los riders: "pues bien, en orden a la pretendida aplicabilidad a los repartidores de la figura del "trabajador autónomo económicamente dependiente" (TRADE), hemos de señalar ante todo que cuando dicha Ley 20/2007 califica al trabajador autónomo de "económicamente dependiente" se refiere sólo a una dependencia económica de un cliente, que viene dada por el hecho de percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos.

Ahora bien, en el ámbito jurídico laboral el concepto de "dependencia" tiene un significado propio, que no se refiere sólo a dependencia económica, sino que implica la sujeción o subordinación del trabajador a las órdenes e instrucciones del empresario, con incardinación en el ámbito rector, organizativo y de dirección de dicho empleador.

Por consiguiente, para que pueda predicarse la existencia de una relación jurídica de "trabajador autónomo económicamente dependiente" (TRADE), será preciso que entre el TRADE que presta el servicio y quien lo recibe no concurra una situación de dependencia laboral: esto es, que el TRADE no quede sujeto al ámbito rector, organizativo y de dirección del empresario; y ello porque el TRADE posea su propia organización.

De ahí que el artículo 1 de la tan citada Ley 20/2007 se refiera al TRADE como persona que realiza su actividad "fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona".

La realización por el TRADE de su actividad fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, comporta que el propio TRADE debe disponer de una organización propia y autónoma para el desempeño de su actividad.

Pero en el presente caso ya hemos señalado que los repartidores carecían de organización propia, y por el contrario estaban sujetos al ámbito rector, organizativo y de dirección de Roofoods Spain SL..."

El propio TSJ de Cataluña en sentencia de 21 de febrero de 2020, estimando suplicación respecto de sentencia del Juzgado Social 24 de Barcelona de 29 de mayo de 2019, si bien referido a la empresa GLOVO, competencia de la ahora demandada DELIVEROO en la prestación del servicio de reparto de, esencialmente, comida desde los restaurantes concertados con la plataforma a los clientes finales utilizando riders, contratados en ambas formalmente como meros prestadores de servicios profesionales de alta en el RETA, ha tenido ocasión de reconocer dicha relación como laboral por cuenta ajena en el ámbito del ET. En dicha sentencia cabe destacar su pronunciamiento en lo relativo a la aplicación del derecho de la Unión Europea y su interpretación por el TJUE: " En un àmbit distint però similar al present, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea s'ha pronunciat en la sentència dictada per la Gran Sala en l'assumpte C-434/15 (sentència de 20/12/2017) en el cas Asociación Profesional Élite Taxi / Uber Systems Spain, S.L., i ha tingut ocasió de declarar que (paràgraf 48) "[...] ha de considerarse que un servicio de intermediación, [...], que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», a efectos del artículo 58 TFUE, apartado 1. En consecuencia, un servicio de esta índole está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE, de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31.[...]".

La qual cosa significa que les activitats comercials d'aquesta mena que utilitzen plataformes digitals per a oferir serveis de transport, no s'han de qualificar com a serveis de la societat de la informació i el comerç electrònic, sinó com a veritables serveis de transport i en conseqüència, el que aquí s'analitza és l'activitat d'una empresa que ofereix un servei de transport i ho fa posant en joc el treball de repartidors (glovers o riders) que, com el demandant, posen la seva feina a disposició de l'empresa per a fer efectiu el transport. No es tracta, com pretén la demandada d'un servei de simple intermediació.

D'altra banda, com ja va apuntar en la seva conclusions l'Advocat General en l'assumpte UBER, és irrellevant el fet que l'empresa no sigui propietària dels vehicles ni dels mòbils, ja que un empresari pot perfectament realitzar les prestacions de servei de transport mitjançant vehicles pertanyents a tercers (paràgraf 55), per tan la motocicleta o el telèfon mòbil que aporta el raider en aquest cas, constitueixen mitjans materials accessoris

o complementaris, que no tenen rellevància en relació a l'aportació per l'empresa dels mitjans més específics d'organització i d'instal·lació tècnica.

Des d'una altra perspectiva i atenent a disposicions posteriors al comiat i per tan no directament aplicables al cas, cal recordar que la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlament Europeu i del Consell, de 20/06/2019 (relativa a unes condicions laborals transparents i previsibles a la Unió Europea) assenyaleta en la seva part introductòria que "El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, [...], es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación".

Finalmente consta el dictado por el Juzgado Social 31 de Barcelona en fecha 11 de junio de 2019, confirmada en suplicación por STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2020 (aportada por la parte actora en escrito de 30 de julio de 2020 oponiéndose a la petición de suspensión del acto de juicio fijado para el 31 de julio de 2020 y a los efectos, como finalmente aconteció, de que las partes asumieran en términos acordados al nombrarse comisión de servicio de refuerzo en este juzgado el dictado de sentencia valorando la alegaciones y prueba practicada en los actos de juicio celebrados en mayo de 2018), reconociendo la relación laboral por cuenta ajena de varios riders que prestaron servicios para DELIVEROO en fechas similares a las del ahora actor (varios de ellos con contrato extinguido igualmente el 8 de agosto de 2017), declarándose dicha extinción como despido nulo. Dicha sentencia, si bien no consta firmeza en cuanto a la declaración de nulidad de los despidos, sí resulta relevante en autos al constar que la empresa demandada, en su recurso de suplicación, no cuestionó el pronunciamiento judicial de laboralidad del vínculo que unió bajo idéntico contrato formal de prestación de servicios con alta en el RETA a los allí demandantes con DELIVEROO, habiendo por tanto dicho pronunciamiento ganado firmeza. En consecuencia, de apreciarse identidad en cuanto al modo en el que el ahora actor prestó sus servicios como rider para DELIVEROO y su contenido, la declaración de laboralidad del vínculo pese a lo mantenido en autos por la empresa aparecería como necesaria y asumida por la propia demandada en el previo procedimiento seguido ante el juzgado Social 31 de Barcelona.

SEXTO.- Aplicando la prolija doctrina anterior expuesta a la hora de valorar la existencia de una relación entre actor y empresa demandada como laboral incardinable en el ET acreditando prestación de servicios por cuenta ajena, caracterizada por las notas de dependencia y ajenidad, frente a la relación privada formalizada como contrato de prestación de servicios con alta en el RETA, debe reconocerse dicha naturaleza laboral por cuenta ajena en la actividad como rider del Sr. Ramón en su vinculación con DELIVEROO, como en supuesto similar conocido por el Juzgado Social 31 de Barcelona en la citada sentencia de 11 de junio de 2019, firme en cuanto a la declaración de laboralidad del vínculo tras STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2020 en la que DELIVEROO no cuestionó en suplicación dicha naturaleza laboral de la prestación de servicios de los riders allí demandantes.

Para ello, no reiterando lo ya expuesto y analizado, basta con reproducir como se anticipó en los presentes autos los argumentos que justifican el carácter de laboral por cuenta ajena de la prestación de servicios del actor para DELIVEROO contenidos en la citada STSJ de Madrid de 17 de enero de 2020. Partiendo de la declaración de hechos probados en los presentes autos, dando plena validez probatoria a los correos electrónicos aportados en su transcripción en papel por la parte actora, remitidos por la empresa a través de las cuentas riderbarcelona@deliveroo.es y bikersbcn@deliveroo.es, y especialmente de los mensajes girados por el actor y la empresa a través de la cuenta de telegram existente al efecto, reconocida por la empresa, las notas de ajenidad y dependencia aparecen sin género alguno de dudas.

La ajenidad de medios resulta notoria en autos. Más allá de que el rider aporte su bicicleta, su móvil y datos y más allá de que, como se acredita en los correos electrónicos aportados por el actor la empresa a cambio de una fianza ponía a disposición de los riders elementos materiales (soporte para móvil, batería externa, caja serigrafiada con la marca DELIVEROO para el transporte de pedidos e incluso en algún momento ropa con dicha marca como la testifical aportada por el demandante igualmente reconoció), el verdadero medio para la prestación del servicio que aporta valor al negocio es exclusivo de la empresa demandada, cual es la aplicación DELIVEROO a través de la que el cliente final se conecta y realiza el pedido al restaurante que previamente, y en exclusiva con la mercantil demandada, ha concertado un contrato a los efectos de que los riders puedan transportar el pedido de comida al domicilio del cliente final. En la prestación de servicios a través de plataformas digitales como resulta objeto de autos es dicha aplicación, su algoritmo y su gestión el verdadero medio material a valorar como "puesto en juego" para apreciar la existencia de ajenidad, medio que en autos resulta por lo expuesto absolutamente ajeno al rider. Igualmente el resto de medios digitales implementados para la prestación del servicio son de la empresa demandada: ésta facilita a los riders las



claves para el uso de la aplicación staffomatic, a través de la que la empresa fija las franjas y zonas de trabajo de los riders según sus necesidades, así como el canal telegram que será objeto de posterior análisis para comunicarse con los riders y controlar de forma exhaustiva su servicio de reparto.

La ajenidad de frutos de nuevo aparece como plena. Consta como relación principal en autos la que de forma exclusiva la empresa demandada concierta con los restaurantes que van a ofrecer sus productos a clientes finales a través de la plataforma, negociando el contrato con DELIVEROO y obteniendo ésta un lucro de dicha operación. El rider, como ocurre en varios de los supuestos examinados por la STS expuestas, es un mero prestador de servicios contratado por DELIVEROO, quien fija la tarifa a cobrar por servicio entregado a modo de "salario por unidad de obra" en términos fijados por la STSJ de Madrid de 17 de enero de 2020 (en autos 4 euros por reparto, si bien existía durante un periodo de la relación un mínimo garantizado de 2 pedidos por horas de conexión, por tanto 8 euros). Tanto es así que, como se verá, DELIVEROO a modo de modificación unilateral del contenido contractual que se arrogó modificó el citado sistema de remuneración a otro sistema en el que la retribución se modificó, lo que provocó la protesta de un grupo de riders, encabezados por el actor, en términos que se examinará. El propio trabajador es ajeno al riesgo de la actividad, que asume en exclusiva DELIVEROO respecto sus verdaderos clientes: los restaurantes adheridos a la plataforma para ofrecer sus servicios y los clientes que solicitan comida desde su domicilio. Una mera lectura de los mensajes remitidos al actor a través de la plataforma telegram, doc. 11 y 13, así lo evidencia.

La ajenidad de mercado resulta plena. Por lo expuesto en modo alguno el rider puede considerarse un "empresario" o prestador de servicios que ofrece los mismos en el mercado y es contratado por un tercero, no controlando el "negocio subyacente" en terminología de la UE objeto de su prestación. El actor carece de toda estructura empresarial, de cualquier medio organizado como empresa para ofrecer sus servicios, más allá de su bicicleta, móvil y fuerza física para transportar los pedidos, no existiendo valor económico alguno real más allá del que ofrece el único empresario que contrata, en este caso DELIVEROO.

Respecto de la dependencia la misma, precisamente al utilizar la empresa demandada un sistema propio de las nuevas tecnologías como la geolocalización y el tratamiento de datos a través de la algoritmos propios de la IA resulta si cabe mayor que los modelos tradicionales de prestación de servicios laborales. El control de la actividad del rider aparece como absoluto. Así desde el momento en el que a través de la plataforma staffomatic el repartidor solicitaba franjas horarias y zonas para activar su prestación de servicios la propia empresa reconoció aplicar "métricas" de control de calidad de sus servicios previos en las que favorecía a la hora de atribuir franjas de trabajo, esenciales para prestar servicios, a los riders mejor calificados. Sin embargo tanto del reconocimiento judicial de la aplicación manejada por los riders como de los mensajes enviados por la empresa a éstos y del control ejercido en la prestación del servicio concreto de reparto a través de las comunicaciones remitidas por telegram, doc. 11 y 13 del actor, se constata que el control de la actividad, en realidad laboral, del repartidor era absoluto. Así se valoraba el porcentaje de franjas horarias atribuidas que no hubieran sido finalmente realizadas; se valoraban los pedidos que el rider, una vez ofrecidos en su franja de trabajo, rechazaba para ser repartidos al cliente; se valoraba la velocidad de entrega y, finalmente como se evidencia en los mensajes obrantes en la documental de la parte actora, si el rider ofrecía sus servicios en las franjas horarias que la empresa entendía como prioritarias por ser las de mayor demanda de reparto (viernes, sábados y domingo por la noche). Dichos datos figuran en las distintas comunicaciones de la empresa, en las aplicaciones e incluso, doc. 8 del actor, fueron comunicados a éste por la empresa. El control por ello resulta absoluto, propia de una economía digital en la que la tecnología lo permite y en autos la empresa lo ejerce. Que la empresa "favorece" o "castiga", a modo de sanción propia de un poder de dirección empresarial a los riders con mejor "métrica" o calidad de servicio según sus parámetros fijados, atribuyendo las mejores franjas y zonas de trabajo, se reconoció por la propia empresa. Si dicho sistema, como puede presumirse, favorece igualmente a los riders que ofrecen sus servicios en la misma franja y zona a la hora de atribuir a los mismos los pedidos en mayor porcentaje que otros con menor valoración por la empresa solo podría, ex art. 217 LEC, ser acreditado por ésta aportando el modo en el que el algoritmo utilizado en su aplicación adjudica los pedidos realizados por los clientes a los riders, lo que no acontece en autos sin duda porque de hacerlo sería descubrir la esencia de un negocio basado en la mayor eficiencia en el tratamiento de datos para lograr un mejor servicio de reparto.

Si bien es cierto que no puede entenderse que exista un horario fijo de los riders ello, como la Sala IV en sentencias reiteradas citadas anteriormente ha resuelto, no significa que la relación laboral esté proscrita, siendo claro que durante el tiempo de conexión del rider a los efectos de que DELIVEROO pueda adjudicar a través de su plataforma pedidos para transportar realiza una prestación de servicios por cuenta ajena. En cualquier caso el control empresarial propio de la dependencia de la relación laboral se acredita de nuevo en los correos electrónicos aportados por el actor donde comunica periodos de vacaciones a la empresa. El hecho, constatado en el reconocimiento judicial, de que la propia plataforma utilizada por los riders para ofrecer su disponibilidad prevea sus "ausencias" ya es indicio de que durante las mismas el rider realizaba un



descanso que, por lo antedicho, era controlado por la empresa y tenía un reflejo como perjuicio en su prestación laboral frente a otros repartidores mejor calificados por la empresa, entre otras circunstancias por ofrecer sus servicios de reparto en las franjas más favorables a ella.

Finalmente el hecho de que el rider pueda prestar servicios para otras empresas, si bien en el actor no consta, no privaría a su relación de las notas de laboralidad al permitirse en nuestro derecho la pluractividad salvo pacto en contrario entre las partes.

Respecto de la posible subcontratación del rider a terceros, que formalmente figura en el contrato formalizado el 31 de agosto de 2016, como señala la STS de 26 de febrero de 1985 en el supuesto de los tradicionales mensajeros en realidad no es más que un intento de dotar al contrato formal de prestación de servicios de una mera apariencia que el contenido material de la prestación del repartidor evidencia como una mera ficción, por ser el mismo propio de la laboral. Dicha subcontratación está condicionada a la autorización por DELIVEROO por escrito, lo que no consta se haya producido nunca. Es más, de los correos electrónicos se evidencia que la empresa instaba a los repartidores, en caso de no poder asumir franjas de reparto previamente adjudicadas, a que ellos buscaran un sustituto entre los propios riders de DELIVEROO, encomendando la empresa al rider tareas que corresponderían en exclusiva a sus funciones de dirección empresarial.

La existencia, doc. 4 y testifical de la Sra Cristina, de una formación o training inicial de los repartidores y el hecho de que las facturas, si bien en apariencia libradas por el rider a DELIVEROO, fueran en realidad confeccionadas por ésta (conteniendo conceptos como las propinas abonadas por el cliente al rider a través de la aplicación, ignoradas por este hasta su reflejo en la factura por la propia empresa), coadyuvan en el carácter ajeno y dependiente de la prestación del repartidor.

Finalmente y por su novedad, resulta notorio que el supuesto enjuiciado por el TJUE en el auto de 22 de abril de 2020 anteriormente examinado resulta totalmente ajeno al contenido prestacional del Sr Ramón para DELIVEROO. La subcontratación formalizada en el contrato signado es una mera ficción, condicionada a la autorización escrita de la empresa y sin que conste se haya producido nunca; la posibilidad de aceptar o no pedidos y el número de ellos igualmente es meramente formal ya que el rider que no lo hacía conocía que ello le perjudicaría en la adjudicación futura de trabajo, de ahí su control por la empresa de forma exhaustiva a través de los datos obtenidos de la propia plataforma. La posibilidad de prestar servicios a terceros, no acreditada en el actor, por lo expuesto no privaría per se a la relación de su naturaleza laboral (en cualquier caso, como resulta notorio y pese a que la empresa lo puso en duda, el rider al que DELIVEROO encargaba un reparto de comida de uno de los restaurantes adheridos a su plataforma y solicitada por un cliente a través de su web lo hacía siempre con bolsas serigrafiadas de DELIVEROO de las que el establecimiento disponía o que eran facilitadas en su caso por el propio trabajador como la testigo Sra Cristina ratificó). Finalmente las horas de trabajo a fijar por el repartidor, a través de la plataforma staffomatic de nuevo resulta una libertad supuesta al estar totalmente condicionadas por el hecho de que, de no activarse en franjas adjudicadas o bien de no activarse en las franjas prioritarias fijadas por la empresa, el rider sería "castigado" a modo de reproche disciplinario con la no atribución de franjas y zonas de reparto, se ignora por ser posible su acreditación únicamente por la empresa explicando su algoritmo si también con la no adjudicación de repartos una vez activado el trabajador.

Por lo anterior, como igualmente la propia DELIVEROO asumió en el supuesto enjuiciado por el Juzgado Social 31 de Barcelona en sentencia de 22 de julio de 2019, no cuestionando la laboralidad de la relación en repartidores con idénticas circunstancias a las del ahora demandante en suplicación, firme por tanto dicho pronunciamiento en STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2020, debe declararse la prestación de servicios del Sr Ramón como laboral por cuenta ajena, desestimando la excepción de falta de competencia del orden social para el conocimiento de su demanda.

SEPTIMO.- Reconocido el carácter laboral por cuenta ajena de la prestación de servicios del actor para la empresa, la extinción de la misma con efectos 8 de agosto de 2017, doc. 1 del actor, debe reputarse como propio despido y no extinción de un vínculo contractual privado como manifestó unilateralmente DELIVEROO en su comunicación a doc. 1.

Respecto de la calificación de dicho despido, que por ausencia de toda formalidad supondría sin más su improcedencia, se insta con carácter principal en demanda su declaración de nulidad entendiendo que el mismo vulnera los derechos fundamentales del actor a la libertad sindical, huelga y tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, al ser una mera represalia empresarial por la actuación del demandante en defensa de los derechos de los riders en Barcelona como representante de la plataforma riders x derechos dentro del sindicato IAC, habiendo comunicado la constitución de sección sindical en la empresa, interpuesto denuncia ante la Inspección de Trabajo y convocados diversas huelgas en las que el actor formaba parte de su comité de huelga, con presencia mediática en defensa de sus derechos.



Respecto de la pretensión vulneradora de derechos fundamentales con carácter general debe indicarse que el art. 181.2 de la LRJS dispone que "en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad."

Dicho precepto siguiendo entre muchas la STSJ de Cataluña de 20 de diciembre de 2004, se ha venido interpretando en el sentido de que "el Tribunal Constitucional ha venido señalando que ante una decisión empresarial en la que se invoque por el trabajador accionante su carácter discriminatorio por vulneración de derechos fundamentales, siempre que aquella genera una razonable sospecha o presunción a favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario la obligación de probar la existencia de un motivo razonable y ajeno a tal vulneración.

Que ello es un verdadero "onus probandi" y no un mero intento probatorio, debiendo realizarlo de tal manera que lleve al convencimiento del Juzgador la certeza de que su decisión fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio, ad exemplum la sentencia del TC de 23-11-81 , 22-6-89 y 31-1-00 .

Tales sentencias igualmente señalan la importancia de las reglas de distribución de la carga probatoria para alcanzar la efectividad de la tutela de los citados derechos fundamentales, por ello se han señalado ad litteram que cuando se alegue que una determinada medida se encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al autor de la medida la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental.

Que la correcta aplicación de esa doctrina exige que el trabajador aporte un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la empresa ha actuado guiada por intereses ilícitos, contra derechos fundamentales, para lo cual se ha de calibrar adecuadamente todas las circunstancias puntuales que concurren en cada supuesto concreto, valorando en sus justos términos las incidencias surgidas en la relación laboral en el momento de otorgar a las mismas la virtualidad necesarias para ser tenidas como suficiente indicio de la violación de derechos fundamentales que provoquen la inversión de la carga de la prueba que obliga al empresario a acreditar la bondad de su decisión y despejar cualquier duda sobre el móvil último de la misma.

En este mismo sentido se ha venido pronunciando el Tribunal Supremo en sentencias de 9-2-96 y 15-4-96 , significando que para que haya lugar a esta inversión probatoria, no basta la mera alegación y es preciso acreditar indicios de violación del derecho fundamental, y ad litteram señalaban dichas sentencias y los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca, algo oculto; lo que es muy distinto de sospechar, que es imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias.

Que esas sentencias distinguen la aportación de elementos probatorios suficientes para ser tenidos como prueba del indicio exigido para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, y las que suponen simplemente meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como es el de invertir el "onus probandi".

Tal criterio es igualmente el sustentado por la antes mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de 31-1-2000 que ad pedem litterae señala: para imponer la carga probatoria expresada, el actor ha de aportar indicios razonables de que el acto impugnado lesiona sus derechos fundamentales, a lo que añade que no es suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que al demandante le corresponde aportar un indicio razonable de que la alegada lesión se ha producido, esto es, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto para una vez alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, hacer recaer sobre la parte demandada la carga de probar la existencia de causas suficientes reales y serias, para calificar de razonable su decisión (s. T.C de 14-2-1992).

Así pues, sólo una vez constatada la existencia de tales indicios, es cuando se debe producir la inversión de la carga probatoria que obliga a la empresa a acreditar que su conducta ajena a cualquier intención de atentar contra derechos fundamentales del trabajador accionante, sin que ello se trate de colocar al demandado ante la denominada prueba diabólica de un hecho negativo, como en la inexistencia del móvil lesivo de los derechos fundamentales.

Que el Tribunal Constitucional ha establecido en sus sentencias de 6-5-1997 y 31-1-2000 que incumbe al empleador también en los supuestos de decisiones discrecionales o no causales y que no precisan por tanto ser motivadas la carga probatoria, pues ello no excluye que pueda ser igualmente ilícita una decisión de tal índole".

Aplicando la doctrina indicada al supuesto de autos el actor aporta no solo indicios sino plena prueba de la vulneración de los derechos fundamentales alegados en su demanda a través de la extinción de su relación, declarada como laboral, por DELIVEROO.



Así consta en autos una actividad del actor de naturaleza sindical, encabezando reclamaciones frente a la empresa precisamente instando la mejora de sus condiciones profesionales y su reconocimiento como trabajador por cuenta ajena al menos desde al mes de abril de 2017. Así en fecha 25 de abril de 2017, doc. 25 de la parte actora, una serie de riders de DELIVEROO dirigieron a la empresa demandada reclamaciones alegando su condición de "trabajadores", figurando entre ellos el demandante, constanding a doc. 29 del actor haber sido celebradas en mayo de 2017 reuniones con la empresa.

Respecto del DF a la liberta sindical consta, doc. 14 de la parte actora, la afiliación del actor al sindicato IAC y, lo relevante a doc. 15, como en fecha 25 de mayo de 2017 IAC comunicó a la empresa demandada la constitución de la sección sindical de IAC en la misma, nombrando entre otros cargos al demandante Sr Ramón como secretario de la Sección Sindical. La empresa en burofax de 1 de junio de 2017, doc. 16 de la parte actora, contestó no tener la empresa más de 250 trabajadores, no procediendo la designación de delegados sindicales.

Consta comunicaciones de IAC tanto a la autoridad laboral como a la empresa de convocatorias de huelga, figurando el actor como miembro del comité de huelga, así el 27 y 29 de junio de 2017 y 3 de julio de 2017. Doc. 16-21 de la parte actora, no compareciendo la empresa a los intentos de conciliación a doc. 22- 23.

Si bien en el documento signado el 31 de agosto de 2016 por el actor con la empresa como prestador de servicios, en realidad por lo ya examinado trabajador por cuenta ajena, se hizo constar como causa de extinción el "incumplimiento sustancial de sus obligaciones por la otra parte" si comunicado el incumplimiento en 30 días la otra parte no lo hubiera subsanado, la empresa en un momento temporal inmediatamente posterior a las reclamaciones de riders, comunicación de la sección sindical citadas y de huelgas, con una participación activa y de encabezamiento por el actor, comunicó por primera vez el 17 de junio de 2017, doc. 26 de la parte actora y doc. 4 de la empresa demandada, por correo electrónico "*unos cambios muy importantes, que llegarán pronto, sobre cómo trabajar con Deliveroo*", invitándoles a unas sesiones informativas que tendrían lugar el 19/06/2017. Este mismo 19/06/2017 le remitió un nuevo correo electrónico informando de que habían "actualizado el contrato", adjuntando dos tipos de contrato ya que "algunos de vosotros colaboráis con nosotros más que otros", tratándose uno de un "contrato de servicios TRADE" y el otro de un "contrato de servicios actualizado". En el correo se indicaba que debían ser devueltos firmados, si se aceptaban sus términos, antes del 9 de julio siguiente.

En el correo electrónico se indicaba que "el proceso de asignación por disponibilidad sigue igual" y que "para aumentar la probabilidad de que las franjas horarias sean las aprobadas" recomendaban indicar disponibilidad para horas punta como noches o fines de semana, trabajar durante las franjas horarias que se hayan asignado, completar las entregas en un plazo razonable de tiempo y "aceptar pedidos cuando estés conectado y figures como disponible en la app". Los días 21/06/2017, 27/06/2017 y 3/07/2017 se enviaron recordatorios de lo ya comunicado.

Resulta de relevancia en autos que en dichas comunicaciones, no existiendo un incumplimiento por parte de los riders sino una voluntad unilateral de la empresa de modificar y novar el contenido contractual (lo que resulta llamativo al ser lo propio de un ius variandi, si así lo entendía la demandada, de un empresario), en modo alguno se indicó a los trabajadores que no aceptaran la novación contractual, entre ellos el actor, que tal negativa supondría la extinción del contrato.

Que la empresa a fecha 17 de junio de 2017, primera comunicación de su voluntad de modificar las condiciones contractuales, era perfecta conocedora de la situación de conflictividad que encabezaba el actor en representación de los riders de Barcelona resulta notoria en autos. Junto con las comunicaciones ya mencionadas y recibidas por la empresa, ya el 13 de junio de 2017 el demandante, como representante de la plataforma "riders x derechos" y "primer sindicato para trabajadores de apps", apareció en el programa els matins de TV3, doc. 30 de la parte actora. El 23 de junio de 2017 el demandante, como representante de la plataforma riders por derechos, apareció en el programa telenotícies de TV3 anunciando la convocatoria de huelga (doc. 30 de la parte actora).

Junto con su aparición en medios de comunicación de máxima audiencia consta como incluso con anterioridad el 8 de junio de 2017, doc. 31 de la parte actora, se publicó en el diario EIPaís una noticia en la que se daba cuenta de la creación, dentro de la INTERSIDICAL ALTERNATIVA DE CATALUNYA, de la plataforma "RIDERS X DERECHOS" formada por repartidores de DELIVEROO, GLOVO o STUART, consignando que los mismos denunciaban "una situación de precariedad laboral" y que "están en una situación de falsos autónomos", solicitando que se les garantizase "un volumen de trabajo mínimo" y que las empresas pagaran un seguro de accidentados. En el artículo aparecía una fotografía, entre otros representantes, del demandante; el 19 de junio de 2017 el diario El Mundo publicó la noticia "Deliveroo anuncia cambios en los contratos de sus repartidores". En dicho artículo bajo el titular "declaración de guerra" se publicaron unas declaraciones del demandante o el 23 de junio de 2017 el diario Ara.cat recogió la concentración de un centenar de riders



de DELIVEROO ante las oficinas de la empresa en protesta de sus condiciones de servicio. El demandante, como miembro de la plataforma riders x derechos BCN, realizó unas declaraciones al indicado diario. Incluso relacionado con la convocatoria de huelga en fecha 28 de junio de 2017 el diario.es publicó la noticia de la huelga de repartidores en DELIVEROO. La noticia recogía declaraciones del demandante. Doc. 31 de la parte actora.

Respecto de la vulneración de la garantía de indemnidad consta como el 5 de julio de 2017 en nombre de la "SECCIÓN SINDICAL FEDERACIÓ D'ALTRES ACTIVITATS DE LA INTERSINDICAL ALTERNATIVA DE CATALUNYA se formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona, doc. 32 de la parte actora, manifestado en ella entre otras cuestiones que los riders "mantienen una vinculación mercantil fraudulenta con la empresa, para tratar de esconder una relación de naturaleza puramente laboral". Dicha denuncia fue firmada por el demandante en su calidad de secretario de la sección sindical Deliveroo Barcelona y trabajador de la empresa.

Por tanto la existencia de plena prueba del ejercicio por el actor de sus derechos fundamentales a la libertad sindical, huelga y tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad son notorios en autos. Partiendo de lo anterior, la inmediata decisión de la empresa de modificar unilateralmente el contenido contractual, sin justificación alguna en cuanto a una novación tan relevante como la comunicada a los riders de entender a éstos como propios prestadores de servicios por cuenta propia, y la posterior extinción de los contratos de trabajo, no amparada ni en el formal contrato de prestación de servicios signado ni siquiera anunciada en caso de no aceptación de la novación contractual comunicada por primera vez el 17 de junio de 2017, obliga a entender que dicha extinción, propio despido como se dijo, no fue más que una represalia injustificada frente al actor consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales, en su caso como imagen incluso en medios de comunicación y representante de las reivindicaciones tanto sindicales como miembro de la sección sindical comunicada, en el ejercicio del derecho de huelga como miembro de su comité y presentando denuncia ante la Inspección de Trabajo.

Ello, como ya aconteció ante el Juzgado Social 31 de Barcelona en su sentencia de 22 de julio de 2019, confirmada en suplicación por el TSJ de Cataluña en sentencia de 17 de enero de 2020, conlleva en mayor medida en el caso del demandante la declaración de nulidad de su despido.

Dicha declaración de nulidad, como ya aconteció en la previa sentencia del Juzgado Social 31 de Barcelona, hace innecesaria la valoración del segundo motivo de nulidad alegado a hecho sexto de la demanda, entendiéndose haber superado la empresa los umbrales del art. 51 ET debiendo proceder a un despido colectivo. En cualquier caso y como la empresa manifestó, ni en demanda ni en escrito posterior se ha acreditado ni el total número de trabajadores que han visto reconocido, con carácter firme, su relación con DELIVEROO como laboral por cuenta ajena; ni el número de trabajadores que han sido objeto en su caso de extinción del contrato que haya sido entendida como despido computable a los efectos del art. 51 ET ni siquiera el número total de la plantilla de la empresa, o del centro de trabajo de Barcelona, con el que realizar la comparación entre el número de trabajadores en su caso afectados por el despido y el volumen de la plantilla.

OCTAVO.- Respecto de las consecuencias de la declaración de nulidad del despido, la misma supone la obligación empresarial de readmisión del trabajador demandante, con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde el despido, con efectos 8 de agosto de 2017 y la efectiva readmisión, sin perjuicio de los descuentos legales sobre dicha suma a efectuar en ejecución de la presente sentencia.

Respecto de las condiciones laborales del demandante, la antigüedad de 24 de julio de 2016 como fecha efectiva de inicio de la prestación de servicios, sin perjuicio de la firma posterior del contrato, no fue controvertida.

Respecto del salario consta en las facturas que formalizaban el abono de la prestación de servicios del actor, que considerada por cuenta ajena ha de entenderse como propio salario, un importe total en el periodo aportado del 24 de julio de 2016 al 8 de julio de 2017 de 8.28754 euros alegado a hecho primero de la demanda. Dicho importe debe dividirse por los 350 días de prestación de servicios computado, por importe de 2368 euros diarios, ignorándose el origen de la suma inferior postulada por la empresa en su contestación a la demanda.

Respecto de la jornada, si bien las partes no realizaron actividad probatoria al respecto relevante (en demanda se alega jornada media de 30 horas semanales, sin que en contestación se alegara nada al respecto), ha de estarse al control de las horas en las que el actor permaneció conectado ofreciendo sus servicios de reparto a la empresa, que debe computarse como tiempo de trabajo, por un total de 98223 horas a doc. 2 de la empresa, no controvertido, y en el periodo de nuevo 24 de julio 2016 a 8 de julio 2017.



NOVENO.- Declarada la nulidad del despido reclama la parte actora en demanda la suma de 10.000 euros en concepto de daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales y 1.000 euros por honorarios profesionales, si bien se reclaman como "molestias causadas".

Respecto de esta última cantidad no procede su reconocimiento, no vinculada a incumplimiento contractual alguno de la empresa más allá de lo que se indicará sobre la vulneración de derechos fundamentales probada.

Respecto de la indemnización por daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales debe estarse a lo previsto en el artículo 183 de la LRJS que dispone para el caso de que la sentencia declare la existencia de vulneración que el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, **en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados**. Y en el apartado segundo señala: " *El Tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño*".

Este último aspecto de la finalidad de la indemnización resarcitoria en supuestos de vulneración de derechos fundamentales resulta de especial relevancia en autos. Como se ha indicado al reconocer la nulidad del despido, el actor asumió el papel preponderante de representante de las reclamaciones de los riders en la ciudad de Barcelona, con continua presencia en los medios de comunicación, representación sindical, reclamando ante diversas instancias los derechos profesionales del colectivo y convocando diversas huelgas. Y ello en un sector como el de la prestación de servicios para plataformas digitales extraordinariamente difuso en su calificación jurídica, como los continuos pronunciamientos judiciales evidencia, donde la decisión empresarial de prescindir de un trabajador como el actor que encabezaba legítimas reclamaciones, como el resultado probatorio en autos evidencia, aparecería como de especial importancia en su estrategia de dejar sin un líder de las reivindicaciones al grupo de riders que estaban siendo movilizados. Por ello en autos, a diferencia a título de ejemplo de lo acontecido con el grupo de trabajadores respecto de los que el Juzgado Social 31 de Barcelona reconoció la nulidad de sus despidos, fijando indemnización de 6.251 euros para cada uno de ellos en aplicación orientativa de la LISOS, dicha indemnización no solo debe resarcir los diversos derechos fundamentales vulnerados el demandante, hasta 3 (libertad sindical, huelga y tutela judicial-garantía de indemnidad), sino que debe comprender la "prevención del daño" al aparecer la decisión empresarial como de mayor gravedad por la asunción de funciones de representante de las reivindicaciones del colectivo que de forma notoria el Sr Ramón ostentaba.

La doctrina jurisprudencial viene considerando que procede la indemnización del daño moral cuando de los propios elementos tenidos en consideración para determinar la existencia de la vulneración del derecho fundamental se puedan extraer datos para ponderar las circunstancias existentes y fijar una indemnización por el daño moral causado. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013 (rec. 89/2012), a la que también se refiere la STS de 08/07/2014, señala que: "**TERCERO.-** La jurisprudencia a la que se ha hecho mención puede resumirse con esta cita de la STS de 12/12/2007 (Rec. Cas. 25/2007): *"La lesión de un derecho fundamental determina normalmente la producción de un daño en la medida en que esa lesión se proyecta lógicamente sobre un bien ajeno. De ahí que el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral , al regular el contenido en la sentencia estimatoria de la demanda de tutela de un derecho fundamental, establezca que, previa declaración de nulidad radical de la conducta lesiva, se ordenará el cese inmediato de comportamiento antisindical, la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión y "la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera". (...)* Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad (STS, Sala I, 25-6-1984); daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas (STS, Sala I, 20-2-2002), habiéndose referido ya a las lesiones al prestigio mercantil de una persona jurídica la sentencia de dicha Sala de 31 de marzo de 1930).- Pero el daño moral debe ser alegado por el demandante, precisado su alcance y, en su caso, acreditado en el proceso. Así se desprende de la doctrina de esta Sala, que, rectificando el criterio anterior sobre el denominado carácter automático de la indemnización (STS 9.6.1993, recurso 5539/1993), estableció que "no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización.... para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden



acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase". - Esta doctrina fue establecida por la Sentencia del Pleno de la Sala de 22 de julio de 1.996 (recurso 7880/1995), que ha sido seguida por las sentencias de 9 de noviembre de 1998 recurso 1594/1998, 28 de febrero de 2000, recurso 2346/99, siendo el actor una persona física; 23 de marzo de 2000, recurso 362/99; siendo el accionante una persona física; 11 de abril de 2003, recurso 1160/01, siendo el accionante persona jurídica; 21 de julio de 2003, recurso 4409/02, siendo el accionante persona física. Es importante precisar que esta doctrina no ha sido afectada por la STC 247/2006, que anuló la sentencia de esta Sala de 21 de julio de 2.003, pues la decisión del Tribunal Constitucional deja a salvo la exigencia jurisprudencial de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria". La estimación del amparo se produce porque en ese caso el Tribunal Constitucional considera debía entenderse cumplida, a través de la alegación de unos hechos que, por "su intensidad y duración" constataban la existente de "un maltrato o daño psicológico". No se pone, por tanto, en cuestión en la STC 247/2006 la doctrina de esta Sala sobre el carácter no automático de la indemnización, sino su aplicación en un caso concreto."

CUARTO.- Así pues, la STC 247/2006, de 24 de julio, otorga plena validez a la matizada doctrina de esta Sala sobre el tema que nos ocupa. Pero resulta conveniente que analicemos algunas precisiones que hace esa importante sentencia constitucional. Se trataba de un caso muy similar al nuestro, en el que, una vez apreciada la violación del derecho fundamental, el consagrado en el artículo 24 CE, el juez de instancia había condenado a la entidad demandada a pagar una indemnización de cinco millones de pesetas, que fue confirmada en suplicación, con el argumento, recogido en el Antecedente 2,e) de la STC 247/2006, de que "no era necesario probar que se hubiera producido un perjuicio para que naciera el derecho al resarcimiento sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho se presumía la existencia del daño y debía decretarse la indemnización correspondiente, citando al efecto la doctrina unificada establecida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de junio de 1993". Pero el TS, estimando el recurso de casación unificadora interpuesto por la entidad condenada, anuló dicha indemnización, haciendo valer la doctrina de la sentencia de contraste, la STS de 28/2/2000, coincidente con el giro doctrinal establecido a partir de la STS de 22/7/1996 (Rec. 3780/1995). El TC, como ya hemos dicho, señala que dicha nueva doctrina debe respetarse puesto que, según afirma en su FJ nº 7: "Debe advertirse que, desde la perspectiva constitucional, resulta irreprochable el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al que se refiere la Sentencia recurrida en amparo, en cuanto a que la antigua doctrina de dicha Sala sentada en la Sentencia de 9 de junio de 1993 -que aplica en el presente caso la Sentencia recaída en suplicación-, según la cual apreciada la lesión del derecho de libertad sindical se presume la existencia del daño sin necesidad de prueba alguna al respecto y surge automáticamente el derecho a la indemnización, fue modificada por la posterior doctrina de la Sala, a cuyo tenor, como ya quedó señalado, no basta con apreciar la vulneración de la libertad sindical del demandante para que el órgano judicial pueda condenar al autor de la vulneración del derecho fundamental al pago de una indemnización, sino que además es necesario para ello que el demandante alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, y asimismo que queden acreditados en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena".

En resumen: lo que el TC afirma es que la cuantificación del daño o perjuicio derivado de la conducta infractora del derecho fundamental en cuestión se puede y debe basar en las propias características (gravedad, reiteración y otras circunstancias concurrentes) de dicha conducta infractora, que ha sido objeto de prueba en el proceso. Y, a partir de ahí, el propio FJ 7 añade que esos daños pueden ser tanto "económicos perfectamente cuantificables como daños morales...", de más difícil cuantificación pero cuya realidad (en el caso) no puede negarse, concretando que, entre esos daños morales, la demandante de amparo "sufre un daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole".

A continuación, en el mismo FJ 7, el TC hace otra afirmación de gran importancia: que es válido y razonable tomar como referencia para cuantificar la indemnización debida el montante de la sanción establecida para la infracción del derecho fundamental en cuestión por la LISOS (Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), revalidando así la doctrina del TS también en este punto (un ejemplo reciente de aplicación de ese instrumento referencial de la LISOS en STS de 15/2/2012, Rec. Cas. 67/2011)".

Con base en dicha doctrina y a las circunstancias antedichas del trabajador demandante, en su condición de titular de los tres derechos fundamentales vulnerados por la empresa con su despido y, a la vez, representante del colectivo de riders en sus reivindicaciones atendidos los hechos declarados probados y atendiendo a la entidad y gravedad de la conducta empresarial, que ha privado al actor con su despido no solo de ejercer sus derechos individuales sino también los colectivos en los términos que venía realizando, tomando de modo



orientativo lo previsto en el artículo 40 de la LISOS procede reconocer al actor la suma de 10.000 euros instada en demanda por indemnización de daños y perjuicios.

DECIMO.- La declaración de laboralidad de la relación que vinculó a las partes obliga a reconocer al trabajador demandante suma por vacaciones no disfrutadas en el año 2017 hasta su despido reclamada en demanda. Partiendo del salario de 2368 euros probado, su importe asciende a un total de 41440 euros, más el interés moratorio del 10% previsto en el art. 29.3 ET.

Respecto del FOGASA procede la desestimación de la demanda sin perjuicio de las responsabilidades legales que, en su caso, pudieran corresponderle.

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

FALLO

Que desestimando la excepción de falta de competencia del orden jurisdiccional social alegada por la empresa demandada y estimando en su pretensión principal la demanda por despido interpuesta por Ramón frente a la empresa ROOFOODS SPAIN S.L., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro la nulidad del despido acordado por la empresa demandada citada respecto de la parte demandante por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical, huelga y tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad) con efectos 8 de agosto de 2017, condenando a la empresa demandada a la inmediata readmisión del trabajador demandante con abono de los salarios dejados de percibir por importe de 2368 euros diarios desde el día 8 de agosto de 2017 hasta la fecha de efectiva readmisión, sin perjuicio de los descuentos legales a practicar sobre el importe de dichos salarios, en su caso, en ejecución de la presente sentencia.

Debo condenar y condeno a la empresa demandada al pago a la parte demandante de la suma de 10.000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios derivada de la vulneración de los indicados derechos fundamentales.

Que estimando parcialmente la demanda por reclamación de cantidad acumulada por la parte actora frente a la citada empresa demandada, debo condenar y condeno a la empresa demandada al pago de la suma de 41440 euros por vacaciones no disfrutadas, más el interés legal del 10%.

Respecto del FOGASA procede la desestimación de la demanda sin perjuicio de las responsabilidades legales que, en su caso, pudieran corresponderle.

Notifíquese la anterior sentencia a las partes interesadas, advirtiéndoles que contra la misma, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social cabe RECURSO DE SUPPLICACION ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que deberá anunciarse dentro de los CINCO días siguientes a la notificación de la presente resolución, haciendo al propio tiempo nombramiento de Letrado. Se advierte al recurrente que no fuera trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, ni gozase del beneficio de justicia gratuita en los términos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, que deberá acreditar en el momento de interponerlo el ingreso del correspondiente depósito aportando el resguardo acreditativo, así como en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por dicha cantidad.

Así lo manda y firma Jesús Gómez Esteban, Magistrado en comisión de servicio de refuerzo del Juzgado Social 21 de Barcelona.