

El procedimiento de oficio laboral frente a las plataformas de reparto.

JOSÉ SÁNCHEZ ROBLES

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Una nueva sentencia, esta vez del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona, ha dictaminado que los repartidores de Deliveroo son falsos autónomos confirmando, así, las posiciones de la Tesorería General de la Seguridad Social arropada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y continuando la estela decisiva fijada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de septiembre de 2020 (rec. 4746/2019) que, aunque referida a la compañía Glovo, describe en esencia una operativa y organización del negocio muy similar a las otras empresas dedicadas a la realización de reparto a través de plataformas.

No está de más recordar la necesaria proyección futura que cumple esa sentencia del Tribunal Supremo dada la función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina, llamado a procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. Y no menor importancia tiene la propia referencia que contiene en sus fundamentos a la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-435/15, que zanjó que el aparente servicio de intermediación de Uber, que utiliza una plataforma para poner en contacto a conductores no profesionales con clientes, no es tal. Uber, dice el Tribunal europeo, realiza una actividad subyacente que organiza y dirige en su propio beneficio.

El procedimiento de oficio seguido por la Seguridad Social.

Si bien son muy valiosas las sentencias con pronunciamientos particulares favorables a los trabajadores – y en este punto la sentencia del Tribunal Supremo citada es referencia obligada – no es menos cierto que los procedimientos seguidos por Instituciones públicas del Estado persiguiendo el irregular encuadramiento de los empleados como trabajadores autónomos con la finalidad fundamental de ahorro en los costes laborales y restricción de derechos laborales individuales, les otorga una distinción especial.

La controversia jurídica de este conflicto presenta tres elementos que le dotan de singularidad:

De una parte, la "*visibilidad urbana*" del colectivo de trabajadores propicia una carga simbólica muy fuerte, exteriorizando las condiciones laborales de los nuevos modelos de negocio. La consecuencia de esto es que los medios de comunicación le están prestando atención.

De otra parte, la masificación de los procedimientos de oficio laborales, fruto de que el reparto a gran escala precisa del reclutamiento de un gran número de repartidores, evidencia que la Administración de la Seguridad Social cuestiona el marco general de relaciones laborales que han organizado estas empresas. No se trata de corregir puntuales errores o fraudes en la contratación dispersa de trabajadores, se trata de discutirle globalmente a la empresa su modo de funcionamiento. En este punto, la norma procesal ha demostrado su eficacia para garantizar una respuesta judicial sobre el fondo de tan controvertida cuestión.

Finalmente, al compás de la revolución tecnológica moderna, la piedra angular de la relación es la plataforma o APP, que se erige en el "medio de producción" esencial que está en manos de la empresa, razón esta, que por sí sola, abona el régimen de ajenidad a que están sometidos los trabajadores. Con la aplicación no sólo se dirige a los empleados, sino también se organiza a los restaurantes y comercios colaboradores y constituye el canal exclusivo de comunicación de los clientes, que realizan sus peticiones y pagos a través de la misma.

Indicios de dependencia y ajenidad en la relación.

La evolución, con el correr de los tiempos, del requisito de dependencia-subordinación característico del contrato de trabajo permitió recordar al Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de mayo de 1979 que "*la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa*". Esa continua adaptación de las notas dependencia y ajenidad prosigue con intensidad hoy día donde la innovación tecnológica y la existencia de una nueva realidad productiva obliga a "*adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 del Código Civil)*" STS 25.9.2020.

Con esta premisa, las diversas sentencias ya pronunciadas han ido desgranando los principales indicios que evidencian que la relación laboral es por cuenta ajena. Así, son

indicios de que repartidor opera dentro del círculo rector y organizativo del empresario y por tanto en régimen de dependencia los siguientes:

- La existencia de un *ránking* o escalafón entre los repartidores. Su elaboración es obra exclusiva de las compañías que se sirven de diversos parámetros para su determinación: la opinión de los clientes, la disponibilidad para prestar el servicio en días y horas de más pedidos (horas pico), la eficiencia demostrada en los repartos, la ausencia de rechazo de pedidos...etc. La posición en el *ránking* tiene consecuencias pues los mejor valorados acceden prioritariamente a las franjas horarias de su elección. El repartidor tiene, aparentemente, libertad para elegir cuando y cuanto quiere trabajar, pero en la práctica la selección de su jornada y su franja horaria está mediatizada por su posición en el *ránking*. En una palabra, la teórica libertad de elección está condicionada.

"Glovo tiene establecido un sistema de puntuación de los repartidores clasificándolos en tres categorías: principiante, junior y senior. Si un repartidor lleva más de tres meses sin aceptar ningún servicio, la empresa puede decidir bajarle de categoría. La puntuación del repartidor se nutre de tres factores: la valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la Empresa «horas diamante». Existe una penalización de 0,3 puntos cada vez que un repartidor no está operativo en la franja horaria previamente reservada por él. Si la no disponibilidad obedece a una causa justificada, existe un procedimiento para comunicarlo y justificar dicha causa, evitando el efecto penalizador. Los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando. "(STS 25.9.2020).

- Geolocalización por GPS del repartidor mientras realiza su cometido, que pone de manifiesto el control empresarial del desempeño de la prestación.
- La circunstancia de que las compañías precisan cómo debe prestarse el servicio, controlando el cumplimiento de indicaciones a través de la aplicación; se trata de reglas impuestas por la empresa.
- El repartidor no puede auto organizarse en cuanto al tiempo de realización del servicio, que está fijado por las plataformas. Aquí incluimos, y es especialmente importante para los que están en aparente régimen TRADE, que no pueden desarrollar su actividad con criterios organizativos propios.
- Son las compañías las que fijan unilateralmente el pago por reparto realizado en función de las horas pico, noche y horas no pico.

- Son estas mismas plataformas o compañías las que fijan o reclutan el número de repartidores. Estos no tiene posibilidad de asumir a través de su estructura organizativa la realización de pedidos voluminosos.

Para evaluar los indicios de ajenidad podemos acudir a la didáctica triple distinción de ajenidad en los frutos, ajenidad en los riesgos y ajenidad en los medios:

- Existe ajenidad en los frutos porque lo que paga el cliente final ingresa directamente en el patrimonio de compañía, dado que los repartidores reciben su retribución por servicio realizado (*por "unidad de obra"*), modalidad retributiva que no es contraria al trabajo por cuenta ajena, dado que el concepto de salario (art 26 ET) no excluye esa forma de retribución. La plataforma predetermina el precio que remunera por reparto, cuantía que está proporcionada con la actividad por lo que no se aprecia el lucro especial del ejercicio libre de las profesiones.
- Hay ajenidad en el riesgo, en tanto que el repartidor no asume la responsabilidad del buen fin de las operaciones, lo cual no es incompatible con el hecho de que el repartidor no cobre por el servicio si éste no llega a realizarse, que es una característica obligada de la retribución por unidad de obra.
- Hay ajenidad en los medios y para su constatación resulta elocuente la diferencia entre la escasísima inversión que el trabajador ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (teléfono móvil, pequeño vehículo etc.) frente a la mayor inversión que realiza la compañía. La APP es, como apuntábamos al principio, el medio de producción esencial que está en manos de la compañía, un ingenio tecnológico a través de la cual se gobierna la empresa, se coordina la red de negocios asociados y la comunicación con los clientes.

Hay, en fin, ajenidad desde el mismo momento que las decisiones comerciales las lleva a cabo exclusivamente la compañía. La política de descuentos y promociones pertenece exclusivamente a la plataforma, sin participación alguna de los repartidores, que carecen de iniciativa empresarial al respecto.

Algunos obstáculos para evitar o demorar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto por parte de los tribunales.

El número de trabajadores afectados por las actuaciones inspectoras trastoca la política global de las plataformas para ahorrar costes laborales y vaticinaba problemas en la interposición y defensa de las acciones judiciales:

Las demandas – se acusa – son defectuosas porque no ofrecen circunstancias concretas de cada uno de los profesionales afectados en los que TGSS basa su pretensión, que se limita a un planteamiento global, sin recoger, persona por persona, las circunstancias en que cada afectado desarrolla su prestación de servicios. Rechazan, en suma, que se haga igual afectación de un colectivo de trabajadores cuando en realidad es heterogéneo.

Si lo que se está planteando es un defecto grave en el modo de proponer la demanda, hay que afirmar con apoyo en el art. 424 LEC que las pretensiones deducidas o la determinación de las partes, se fijan con claridad en las mismas luego no es acusable tal vicio. Cuestión distinta es que se invocase falta de prueba suficiente, pero eso no es propiamente un vicio procesal y se ventila en el desarrollo del plenario. No hay, por otra parte, tal heterogeneidad dada la idéntica actividad de los empleados autónomos y atendido que los pretendidos TRADE, ni presentan una estructura empresarial propia ni disponen de la capacidad de auto organizarse.

La cuestión prejudicial ante el TJUE-

A raíz de un Auto del TJUE del 22 de abril de 2020, asunto C—692/19, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Watford relativa a la calificación jurídica de la relación de un transportista con una empresa de transporte de paquetería, las plataformas vienen solicitando ante las instancias judiciales nacionales que se plantee una cuestión prejudicial sobre la prestación de servicios de los repartidores y su encaje con la Directiva comunitaria 2003/88/CE, referida a determinados aspectos de organización del tiempo de trabajo. El Auto citado manifiesta que se *"excluye la condición de trabajador a los efectos de dicha Directiva, a una persona contratada por su empleador en virtud de un acuerdo de servicios que estipula que es un empresario independiente, si esa persona dispone de facultades: — de 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;
- proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del empleador;
- 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.

El TJUE establece dos salvedades:

- 1) Que la independencia de esa persona no parezca ficticia.
- 2) Que no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador. Corresponde al tribunal nacional o remitente, teniendo en cuenta todos los factores relevantes relacionados con esa persona y con la actividad económica que realiza, calificar la situación profesional de esa persona en virtud de la Directiva 2003/88. (Sic, ST TS 25.9.2020).

Esas dos objeciones resultan suficientes al Tribunal Supremo para excluir el planteamiento de prejudicialidad. Si se llega a la conclusión de que la independencia del actor era meramente aparente y realmente existía una subordinación del empleado a la plataforma, el citado auto del TJUE no impedirá la calificación de la relación laboral a dichos efectos: la valoración de las circunstancias concretas permiten resolver si existe subordinación, sin que existan dudas razonables en relación con la interpretación del Derecho de la Unión Europea.

¿Es necesaria una regulación expresa de esta actividad laboral?

Desde la óptica de la Administración pública que ha visto reforzada sus posiciones con sentencias decisivas de los tribunales no haría falta retocar nada, en tanto que el Estatuto de Trabajadores y el desarrollo de la jurisprudencia facilitan elementos suficientes – a través de la técnica indiciaria – para discernir si estamos ante una cosa u otra. Aceptando, de forma inevitable, que como la materia se rige por el más puro casuismo no cesarán los conflictos en los tribunales. Esa misma casuística posiblemente conduzca a una limitada regulación de concretas actividades. Lo que no se entendería, a estas alturas, es un “golpe de timón” normativo que dejase en pa-

pel mojado el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Sólo nos parecen imaginables retoques parciales que en ningún caso desmientan la laboralidad por cuenta ajena de los repartidores de plataformas.

Señala el profesor Todolí (1) que la sentencia de Tribunal Supremo sobre el trabajador de Glovo "resucita" la presunción de laboralidad del art. 8 del ET que no pasaba por sus mejores momentos. En esa línea de consolidación de la presunción es en lo que estamos.

(1) Adrián Todolí: "*Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre los falsos autónomos en Glovo*", publicado en su blog el 30 septiembre de 2020,