



Universidad
Zaragoza



Trabajo Fin de Máster

DICTAMEN SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR PARTE DE LOS DENOMINADOS “FALSOS AUTÓNOMOS” Y SUS CONSECUENCIAS CON OCASIÓN DEL DESPIDO.

Autor/es

LUIS NOVEL ATARÉS

Director/es

RAFAEL ÁLVAREZ GIMENO

Universidad de Zaragoza/2019.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Juan Marqués Rojo, nacido en Zaragoza en el año 1996, Emilio Delafuente Calcedo, nacido en Albarracín en 1992 y Adrián Parrilla Gerona natural de Zaragoza, nacido en 1990, son trabajadores de la marca comercial Deliveroo, explotada por FASTFOOD SAPIN S.L. Dicho trabajo, consiste en ser repartidor de comida preparada a domicilio por medio de un vehículo de su propiedad.

SEGUNDO.- FASTFOOD SPAIN S.L. es una mercantil que se dedica a la actividad de comercialización, venta y entrega de comida preparada a domicilio. Por ello, actúa como agente con el restaurante y concluye la venta en su nombre, y por otro lado, presta servicios de recogida y entrega al domicilio del consumidor.

TERCERO.- Para la realización de los servicios referidos en el hecho anterior, dicha mercantil utiliza una aplicación informática denominada Deliveroo, registrada como marca comercial, a la que acceden: dicha sociedad, los restaurantes con los que contrata, los consumidores y los repartidores, cada uno de ellos con un distinto perfil de acceso y gestionándose todo ello por un mismo sistema, propiedad de FASTFOOD SPAIN S.L.

CUARTO.- El “modus operandi” que mantiene dicha mercantil en la realización de los servicios que presta es el siguiente:

En primer lugar, suscribe contrato con el restaurante al que va a publicitar y vender los productos (a su nombre) a través de la referida aplicación (Deliveroo); una vez hecho el encargo, realizará su entrega al domicilio del consumidor. Por otro lado, el consumidor es el que elige el producto que desea de uno de los restaurantes que mantienen contrato con la mercantil a través de la misma aplicación, en ese momento se consigna el encargo, dándose orden de retención del importe correspon-

diente. La operación se realiza a través de una cadena de pagos y el importe tenía como destino final una cuenta de FASTFOOD SPAIN S.L.

A través de la aplicación Deliveroo se notifica el encargo al restaurante, que mediante una "tablet" facilitada por la referida sociedad, confirma o no la aceptación del pedido.

Confirmada la aceptación por el restaurante del pedido y notificada a través de la "tablet" a la aplicación Deliveroo, se selecciona al repartidor considerado como mejor candidato para atenderlo. Esta selección se realiza por la aplicación Deliveroo a través de un algoritmo, esto es, a través de una fórmula matemática que realiza un conjunto de operaciones sobre los datos que nutren la aplicación, y en base a los criterios que se han establecido por la sociedad demandada (proximidad al punto de recogida, determinación de la condición de óptimo de un repartidor, etc.).

Seleccionado el repartidor, la aplicación Deliveroo manda un aviso y el repartidor acepta o no el pedido. Si se rechaza el pedido, se vuelve a elegir otro repartidor en base a la misma fórmula. En caso de aceptar el pedido, el repartidor se debe dirigir al restaurante, recogerlo y llevarlo al lugar designado por el consumidor. Tanto la dirección de recogida del pedido como de entrega eran notificadas al repartidor a través de la aplicación informática "Deliveroo ". No obstante, hasta que el repartidor no se encontraba en el restaurante y había recogido el pedido no conocía la dirección en la que tenía que efectuar su entrega al destinatario final.

Una vez entregado el pedido se realiza el importe del ingreso en una cuenta de FASTFOOD SPAIN S.L. Dicha sociedad paga al restaurante la cantidad que le corresponda, previo descuento de la comisión pactada y con la periodicidad acordada entre ambos. Cada 15 días los repartidores giraban facturas a FASTFOOD SPAIN S.L. por su actividad desempeñada.

QUINTO.- Los contratos fueron suscritos por los trabajadores referidos en el hecho primero en las siguientes fechas:

- Juan, tiene contrato con la mercantil FASTFOOD SPAIN desde febrero de 2017,
- Por su parte, Emilio lleva prestando sus servicios a la referida mercantil desde enero de 2017.
- Adrián, sin embargo, empezó a prestar sus servicios el 1 de junio de 2016.

SEXTO.- En la fecha de suscripción de los citados contratos, los trabajadores se encontraban dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, siendo ese el único criterio objetivo que se requería por parte de la mercantil para su suscripción, además, se obligaba a los repartidores a disponer de un vehículo (ya sea bicicleta o motocicleta) de su propiedad, un teléfono móvil con conexión a internet y una mochila para transportar la comida.

SÉPTIMO.- Que como contraprestación por los trabajos prestados, los trabajadores facturaron a la empresa los siguientes importes sin IVA:

-Juan: 10.523,20€

-Emilio: 13.516,34€

-Adrián: 15.876,00€

OCTAVO.- Los trabajadores se mantuvieron conectados a la aplicación para recibir encargos y a su vez ejecutarlos durante los siguientes periodos de tiempo:

Juan- 1.315,40 horas

Emilio- 1.624,30 horas

Adrián- 1.984,50 horas

NOVENO.- La referida sociedad facilitaba a sus repartidores medios materiales con la publicidad de la marca para desarrollar la actividad, entre los que se encontraban la mochila que portan durante sus entregas.

DÉCIMO.- A los tres trabajadores se les abonan 4 euros por pedido, quincenalmente, si bien en caso de no alcanzar de promedio la suma de 8 euros por hora de trabajo se realizan ajustes garantizando la mercantil un mínimo correspondiente a dos pedidos por hora.

UNDÉCIMO.- La sociedad FASTFOOD SPAIN S.L supervisa, a través de la información suministrada por su aplicación “Deliveroo” todo el proceso de asignación del pedido al repartidor, la aceptación por su parte, su desplazamiento al restaurante y, finalmente, la entrega al consumidor.

DUODÉCIMO.- En julio de 2017, se produce un cambio en el modelo contractual suscrito con los riders, en el cual, una de las principales modificaciones consistió en eliminar los ajustes que garantizaban al repartidor el cobro mínimo correspondiente a dos pedidos por hora, por contra, pasaban a cobrar 0,25 euros más por reparto los que utilizaran moto para ejecutar el mismo.

DECIMOTERCERO.- Que el día 20 de agosto de 2017, los riders a través del correo con el cual mantienen comunicación con la empresa, reciben los siguientes avisos: “hasta el último minuto de vuestro reparto se aceptan los pedidos” y que "empezaremos a ser más duros y a revisar que a última hora no se rechacen pedidos". También se señalaba que "es vuestra responsabilidad revisar que estén todos los artículos" y que dadas las quejas de clientes los repartidores podrían pedirle a los camareros que envolvieran productos en celofán para que nada se derramase”.

DECIMOCUARTO.- Consecuencia del cambio en el modelo contractual, unido a las presiones por parte de la empresa para implementar la eficacia de los repartos, los referidos trabajadores se niegan a firmar el nuevo modelo de contrato, manteniéndose vigente el que habían suscrito en la fecha referida en el hecho Quinto. Como represalia contra dicha negativa, la mercantil decide rescindir el contrato con los tres trabajadores.

II. CUESTIONES PLANTEADAS

En relación con los anteriores antecedentes de hecho, mis clientes acuden a mi despacho y me plantean las siguientes cuestiones jurídicas a fin de determinar si sería viable interponer una demanda por la que se declare con los efectos legales correspondientes, que los trabajadores estaban sujetos a una relación laboral con la sociedad para la que trabajaban en el tiempo que prestaron respectivamente sus servicios y paralelamente, si se podría calificar su despido como improcedente:

1. ¿Existe efectivamente una relación laboral entre los riders y la mercantil FASTFOOD SPAIN S.L.?
2. En caso de considerarse que existía una relación laboral entre los riders y la empresa, ¿deberá calificarse la extinción como despido improcedente?
3. ¿Cuál sería la vía procesal para ejercitar los derechos de estos trabajadores?

III. NORMATIVA APLICABLE Y JURISPRUDENCIA.

1. Cuerpo legal:

- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo: Arts:1, 11.1, 15.
- Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Art: 2.3
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: Arts: 1.1, 26.3, 49, 51, 54, 55, 56.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Arts: 3.1, 6.

- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Art: 7.2.
- Ley 36/2011 de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social: Arts: 1, 2, 6 y 10.1, 63, 64,103, 104, 105.1, 108, 110.
- Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación asume parte de las funciones que tiene encomendadas. Art: 5.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: Art: 217.
- Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Art: 23.

2. Jurisprudencia aplicada:

- Sentencia Tribunal Supremo 127/2018 de 8 de febrero de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1986, (EDJ 1986/1571).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2005, Sección 1ª, (EDJ 2005/250681).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018, (EDJ 2018/586693).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000, (EDJ 2000/1621).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Social), sec. 1ª, de 16 de noviembre de 2017, (EDJ 2017/262773).
- Sentencia del Juzgado de lo Social nº31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019, (EDJ 2019/610702).

-Sentencia del Juzgado de lo Social nº33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019, (EDJ 2019/514262).

-Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Gijón, de 20 de febrero de 2019, (EDJ 2019/514667).

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Social) de 25 julio de 2019, (EDJ 2019/658130).

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. PRIMERO: EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL.

Una vez examinados los hechos, el primer problema jurídico que se nos plantea es el estudio y análisis de la relación contractual existente entre los trabajadores y la empresa en aras a determinar si efectivamente se encuentran ante una auténtica relación laboral, y pueden proceder así mismo, al reconocimiento de la misma por el Juzgado de lo Social, o si por el contrario es correcta su condición de trabajadores autónomos, debiendo permanecer incluidos en el Régimen especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA).

1.1 Conceptos generales a tener en cuenta.

La controversia ante la que nos encontramos en este punto, ha sido muy discutida durante los últimos años, y esto es así, porque la existencia de este tipo de trabajadores, los denominados “*riders*” es relativamente nueva, y todo lo novedoso, al principio, genera incertidumbre jurídica y en consecuencia, discrepancias.

La cuestión que aquí se debate está clara: si es correcto que los denominados “riders” sean considerados trabajadores por cuenta propia, -también denominados autónomos- o si por el contrario existe una relación laboral entre ellos y la empresa contratante (Fastfood Spain S.L.), con todas las consecuencias que ello supondría.

Formalmente, están considerados como autónomos, y es en este régimen en el que se encuentran realizando sus funciones, sin embargo, y como a continuación expondré, bajo mi punto de vista,

existe entre ambos una evidente relación laboral, debiendo procederse al cambio de régimen de los mismos, con el consecuente beneficio que reportaría a los trabajadores.

Esta compleja situación que se nos plantea surge como consecuencia de los profundos cambios que se están produciendo en el mundo del trabajo, lo cual comporta el nacimiento de nuevas formas de relación laboral que no siempre se ajustan a los parámetros que marcan una relación de trabajo. Si bien esas nuevas formas han aumentado la flexibilidad del mercado de trabajo, también han contribuido a que no esté clara la situación laboral de un creciente número de trabajadores, y que, consecuentemente, queden excluidos del ámbito de la protección normalmente asociada con una relación de trabajo, como a mi parecer es lo que ha sucedido con los comúnmente denominados “riders”¹.

En consecuencia, es necesario definir ambos conceptos para después proceder a desmembrar los argumentos que rodean a cada uno de ellos.

En el **artículo 1 de la Ley 20/2007** (modificado por la disp. Final 27/2011), se define trabajador autónomo como la persona física que realice de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Cuando en dicha definición se refiere a “actividad económica o profesional” debe entenderse extensible a cualquier trabajo de producción de bienes y servicios.

Lo principal por tanto, es analizar como se desarrolla la actividad y no tanto el trabajo en sí mismo, para lo cual la norma establece una serie de requisitos:

- 1) Que la actividad en cuestión se realice a **título lucrativo**, excluyendo de esta manera todas las actividades que se realicen gratuitamente.
- 2) Que exista una **continuidad** a la hora de realizar el trabajo, es decir que se desarrolle de forma habitual. Por tanto, cuando no exista este requisito, haciendo la actividad no perdurable en el tiempo, se excluiría del campo de aplicación del RETA.

¹ OIT: “*La relación de trabajo*”. Informe V (1). Conferencia internacional del trabajo, 95.ª reunión, 2006. Página 3 (en adelante Pág).

- 3) Es necesario que el trabajador participe de la actividad de **forma personal y directa**, alejándose de la tradicional figura del titular de un negocio que no participa en el trabajo, aunque siempre se presume que existe trabajo autónomo salvo prueba en contrario (Art 2.3 D. RETA).
- 4) Que la actividad se desarrolle **sin estar sometido a un contrato de trabajo**, suponiendo la ausencia de ajenidad y subordinación. Por tanto el trabajador ha de asumir los riesgos que se deriven del trabajo, apropiándose de los beneficios que este le reporte².

En el otro extremo, encontramos a los trabajadores sujetos a una relación laboral y por tanto a los que se les aplica el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). El concepto general establecido en el **artículo 1.1 ET**, los define como trabajadores que «voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro de un ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

Este concepto debe definirse según criterios objetivos que caractericen la relación laboral, teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas. La característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración.

Es necesario reseñar que viene siendo unánime la doctrina científica que reconoce, -como se evidencia en algunas sentencias³-, que el Tribunal Supremo ha ido ampliando progresivamente el ámbito de la relación laboral, dando flexibilidad a algunos de los términos que la caracterizan:

Es unificación de doctrina el considerar que la calificación que se dé a los contratos no depende de la denominación que las partes contratantes decidan darle, sino de la efectiva configuración de las obligaciones contractuales que se definan en el propio contrato y de las prestaciones que consti-

² VÍLCHEZ PORRAS, MAXIMILIANO y GUTIÉRREZ PÉREZ, MIGUEL: *“Lecciones de Seguridad Social”*, Madrid, 2017, Pág 426, 7ª edición, editorial tecnos.

³SSTS/IV 11-mayo-2009 (rcud 3704/2007),7-octubre-2009 (rcud 4169/2008) y23-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)

tuyan su objeto⁴. Siguiendo dicha doctrina, se entiende que nos encontramos efectivamente ante un contrato de trabajo sometido a la legislación laboral, cuando junto a las notas de **trabajo y remuneración**, se encuentran las de **ajenidad y dependencia** en el régimen de ejecución del trabajo en cuestión. Aunque bien es cierto que los criterios de ajenidad y dependencia son considerados como conceptos de gran abstracción que necesitan ser estudiados a fondo en cada caso concreto, como procederemos a analizar en el presente dictamen.

Como adelanto, resulta preciso indicar los indicios comunes que rodean al parámetro intrínseco de la dependencia: la asistencia al centro de trabajo designado por el empresario, el desempeño del trabajo de forma personal, el sometimiento del trabajador dentro de la organización de trabajo elaborada por el empresario, además del sometimiento a un horario concreto⁵.

Por su parte, las principales notas comunes que rodean la ajenidad son: la elección unilateral de la clientela por parte del empresario, y todo lo concerniente con las relaciones laborales, la continua puesta a disposición del empresario de los servicios realizados por parte del trabajador. Y por último la poca flexibilidad salarial existente, puesto que son salarios fijos.

Sin embargo, como luego ampliaremos, lo determinante en este supuesto es la ajenidad en los frutos y en los riesgos, por cuanto el beneficio de la actividad se traslada al empresario y los principales medios de producción son también empresariales, de manera que únicamente es el empleador quien arriesga su patrimonio.

Además, resulta destacable el hecho de que el prestador de servicios realice el trabajo en nombre de la plataforma, -Deliveroo- dado que es evidente que el cliente cuando se dirige a este tipo de plataformas virtuales, quiere ver satisfecha su necesidad con independencia de quien sea la persona concreta que preste el servicio⁶.

⁴ Las sentencias más relevantes que unifican la doctrina vienen a ser: Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1993, Recurso (en adelante Rec.) 2003/1992. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018, Rec 3394/2018, en la que se establece que la realidad fáctica debe prevalecer sobre el “nomen iuris” que interesadamente puedan darle las partes.

⁵ Como veremos este punto hay que profundizarlo ya que interpretado a “sensu” contrario no siempre significa que exista una autonomía en el trabajo.

A continuación, hacemos hincapié en el complejo concepto de falso autónomo sobre el que parecen deslizar los “riders”.

1.2 Falsos autónomos, definición y notas características.

En primer lugar es necesario señalar que la figura de falso autónomo no se encuentra regulada por ley ni Real Decreto. A partir de aquí, han sido numerosas las definiciones que se le han dado, sin embargo, apenas existen diferencias entre unas y otras, en consecuencia procedemos a definirlos como:

«Los falsos autónomos en España son trabajadores que, estando inscritos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA) y manteniendo una relación formalmente mercantil con la empresa, desarrollan en la práctica un trabajo asalariado para un único empleador, es decir, con obligaciones de jornada, horario, vacaciones y bajo una dependencia y una retribución fija⁷».

De manera simplificada, se trata del encubrimiento de un trabajo asalariado que constituye un **fraude de ley** por parte de la empresa que lo realiza, obligando de esta manera al trabajador a convertirse en autónomo para proceder así a ahorrarse costes de la seguridad social y de posibles indemnizaciones, colocando al trabajador en una clara situación de inferioridad, y ello por cuanto posee las mismas obligaciones que un trabajador dependiente, pero sin contar con los mismos derechos. El referido fraude de ley, se encuentra regulado en el artículo 6 del Código Civil (en adelante Cc.), y constituye una infracción grave según lo estipulado en el art. 7.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Les diferencia principalmente de los TRADE (trabajadores autónomos económicamente dependientes) es que estos últimos, además de estar regulados por ley, dependen económicamente de un único cliente en al menos el 75% del salario total que perciben por sus rendimientos de trabajo, siendo requisito indispensable la comunicación al empresario de la situación de dependencia económica, de tal manera que sea consciente de la naturaleza contractual que está concertando, pero

⁷ Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO, “El Trabajo Autónomo, un análisis comparado entre Italia y España”, Página 13.

son trabajadores realmente autónomos que prestan servicios por cuenta propia, sin que concurren las notas características del art. 1.1 ET⁸. Evidentemente, ello no obsta a que a menudo trabajadores que están formalmente considerados como TRADE no sean también falsos autónomos, al concurrir las notas de ajenidad y dependencia.

La complejidad del concepto de falso autónomo radica en que no está regulado y en que a diferencia de los autónomos, éstos acatan una serie de órdenes empresariales y organizativas actuando como un auténtico trabajador asalariado pero bajo la apariencia de la autonomía, de tal manera que cuantos menos indicios existan, más difícil será demostrar que se encuentran bajo una auténtica relación laboral.

En definitiva podemos hablar de falso autónomo cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- Tiene trato diario con el cliente del que depende económicamente.
- Percibe de forma unilateral una retribución económica.
- Recibe el encargo de un servicio que no pueda rechazar.
- Exista dependencia tanto económica como decisional.
- Se enmascara bajo la figura de autónomo o TRADE cuando en realidad se trata de una relación laboral.
- Exista subordinación de tipo organizativo, económico y técnico por parte del trabajador a la empresa.
- Los medios más significativos para desarrollar la actividad pertenecen a la empresa.

⁸ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA): Art 11.1; “Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.º 2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”.

1.3 Tipos de falsos autónomos y consecuencias de la declaración de laboralidad.

Llegado este punto, es necesario señalar que el falso autónomo no siempre se identifica con el trabajador subordinado a una estructura organizativa, que realiza su actividad siempre en un mismo centro de trabajo y bajo los mismos horarios y condiciones, permaneciendo oculto bajo la identidad de autónomo. En este caso el trabajo realizado por mis clientes consiste en el reparto de comida preparada a domicilio, un trabajo algo inusual, por la novedad del mismo, a la vez que informal puesto que como decimos no se ajusta a unos horarios fijos ni se realiza en un determinado centro de trabajo. Este es el tipo de falso autónomo ante el que nos encontramos, un trabajo que podría asimilarse al de un comercial.

Lo cierto es que cada vez son más las denuncias que existen por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social y de ciertos sindicatos hacia este tipo de prácticas, y cada vez son más las sentencias que avalan a los trabajadores que injustamente se encuentran en esta situación⁹.

Resulta evidente, llegados a este punto, especificar brevemente cuales son las consecuencias que acarrearía una declaración de laboralidad para las partes:

Por un lado, para el empresario se generarían unas consecuencias negativas claras:

-En caso de que exista reclamación por despido, como es el caso, el empresario deberá abonar la indemnización legal por despido improcedente o, en su caso, readmitir al trabajador con el pago de los salarios de tramitación¹⁰.

-Reclamación de las cotizaciones de los últimos 4 años, con los correspondientes recargos, además de una más que posible sanción derivada de dichas cotizaciones que ha dejado de ingresar.

-Para el caso de que intervenga la Inspección de Trabajo, se le generaría una sanción económica por no haber dado de alta a los trabajadores en el Régimen de la Seguridad Social.

-Como son 3 los trabajadores afectados por la situación, el empresario afrontara la mismas sanciones por cada uno de ellos.

⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón nº 61/201, Sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, nº nº 53/2019, rec. 1214/2018. Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid de 22 de julio de 2019, nº 188/2019, todas ellas declaran la laboralidad de este tipo de trabajadores que se encuentran actualmente trabajando como autónomos.

¹⁰ Dicha indemnización no podrá ser superior a 33 días por año con el máximo de 24 mensualidades.

Por otro lado, para el trabajador las consecuencias le derivarían a una situación favorable, puesto que en primer lugar, pasarían a estar regulados por el Estatuto de los Trabajadores, y se les aplicarían las condiciones laborales establecidas en Convenio Colectivo, en este sentido, empezarán a tener vacaciones pagadas, un salario mínimo, una jornada máxima, descansos semanales o permisos retribuidos. Además de todo ello, pasarán a tener derecho a la prestación por desempleo y dejarán de tener que presentar las declaraciones de IVA, pudiendo cesar el pago de la cuota de autónomos a la que están obligados, dejando así de cotizar en el régimen especial de trabajadores autónomos, siendo incluidos normalmente en el Régimen General de la Seguridad Social, que resulta más protector.

1.4 Determinación de la relación laboral existente conforme a los hechos probados.

Según MARÍA BELÉN CARDONA, «los presupuestos de la relación laboral no siempre se manifiestan con claridad y nitidez. No todas sus notas típicas se presentan con igual intensidad ya que son susceptibles de presentarse con mayor o menor intensidad o bajo una u otra modalidad, generando dudas sobre su efectiva concurrencia¹¹.»

De esta situación parecen aprovecharse en ocasiones los empresarios para eludir así la aplicación de normas que integran el ordenamiento laboral y que les resultan perjudiciales, como es el caso que nos ocupa.

Para evitar que ello ocurra, la doctrina del Tribunal Supremo (en adelante TS) trata de establecer los criterios a seguir para determinar la existencia o no de una relación laboral:

«Los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo¹²»

¹¹ CARDONA RUBERT, M^a Belén. “*Derecho del trabajo*”, manual de Tirant lo blanch. Valencia, 2004. Pág 105.

¹² Sentencia Tribunal Supremo 127/2018 de 8 de febrero de 2018, rec. 3389/2015.

A continuación vamos a desmembrar cada parámetro para llegar a una conclusión definitiva que permita establecer los criterios en los que se ha de basar una posible demanda.

En primer lugar, resulta evidente que el **carácter personal y voluntario en la prestación de servicios** que llevan a cabo mis mandantes, no ofrece duda alguna. Basándonos en los contratos suscritos entre ambas partes, cabe concluir que los repartidores han realizado sus trabajos de forma voluntaria y personal, sin constancia de una efectiva delegación o subcontratación en un tercero, ya que el propio contrato lo prohibía expresamente, salvo autorización por escrito de la empresa, la cual no se ha producido en ningún caso. Este hecho es por tanto compatible con la referida laboralidad, sin que por existir la posibilidad de subcontratación de un tercero, pueda derivarse una conclusión contraria. En este sentido se mueve la jurisprudencia al considerar que: «...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, sin duda por no obedecer, por razones obvias, al interés de los trabajadores, ni al de la empresa que demanda también una cierta regularidad en la ejecución del servicio¹³»

Esto puede ser perfectamente trasladable al caso, ya que además de no existir prueba alguna de subcontratación de un tercero, existía para los trabajadores en periodo de iniciación una obligada formación mediante la cual se les inculcaban los mecanismos de trabajo a través de los cuales Deliveroo deseaba que se realizaran los trabajos, hecho que parece totalmente incompatible con la posibilidad de subcontratación.

A ello hay que añadir que la carga de probar la posibilidad de delegación en terceros corresponde a la empresa. Y ello por cuanto nos encontramos ante lo que se denomina comúnmente “prueba diabólica”, esto es, existe imposibilidad de probar por parte de los trabajadores tal extremo, puesto que no ha existido subcontratación alguna, mientras que la empresa sí que tiene la posibilidad de acreditar el extremo contrario.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1986, (EDJ 1986/1571).

Por su parte, la **existencia de retribución tampoco ofrece duda alguna**. Los trabajadores son retribuidos con 4 euros por cada pedido realizado, si bien, en caso de no alcanzar un mínimo de dos pedidos por hora, se realizan ajustes para tratar de garantizar ese mínimo correspondiente a 8 euros por hora trabajada.

Es evidente que la retribución no se mide por tiempo, sino por unidad de servicio. Sin embargo, este tipo de retribución, también denominado “por unidad de obra” es perfectamente compatible con la laboralidad atendiendo a lo establecido en el artículo 26.3 del ET¹⁴.

Por el contrario, los indicios que evidencian la existencia de una profesión puramente liberal, son la percepción de honorarios por actuaciones o servicios previamente convenidos, la percepción de iguales o de cantidades fijas pagadas por los clientes directamente. La realización de esta actividad no está directamente retribuida por el cliente sino por la empresa contratante en función de una tarifa predeterminada por cada servicio de reparto, manifestándose de esta manera, la existencia de trabajo por cuenta ajena.

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS define **ajenidad** como «la apropiación por parte del empleador del resultado de la actividad personalmente desarrollada por el trabajador¹⁵», que a su vez, también puede ser referida a la no asunción por parte del trabajador de los riesgos de la explotación del negocio. A este respecto, cabe señalar que es un concepto más complejo que los anteriores, y ello porque se puede analizar desde distintos puntos de vista; ajenidad en los medios materiales, en el mercado, en el riesgo o en los frutos.

La **ajenidad en los medios materiales** es en este supuesto uno de los que más discrepancia genera. Una de las condiciones que se les imponían a los repartidores para poder trabajar en la empresa FASTFOOD SPAIN, S.L, era la aportación de un vehículo propio, -que debía ser una bicicleta o en su defecto una motocicleta- para realizar sus labores de reparto, además de un teléfono móvil con conexión a internet. Estos factores tienden a generar dudas, puesto que se evidencia que dichos me-

¹⁴ Artículo 26.3 ET: «Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten...».

¹⁵ SÁNCHEZ-RODAS, NAVARRO, C. “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Pág 40.

dios materiales, que a priori son necesarios para realizar tal actividad, son aportados por los trabajadores.

Sin embargo, ello no debería bastar para descartar la ajenidad, ya que los medios de mayor importancia para el desarrollo de la actividad no son esos, sino que son los medios tecnológicos -la aplicación Deliveroo, controlada y proporcionada por la empresa para su uso por los repartidores- y la correspondiente marca, que naturalmente no es controlada por los repartidores sino por la empresa, como así se desprende de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid de 22 de julio de 2019, nº 188/2019 que resuelve en favor de la existencia de relación laboral de este tipo de trabajadores.

Téngase en cuenta, además, que los medios aportados por los riders (una mochila, una bicicleta o un móvil) son de escaso valor económico y su uso resulta inespecífico, en tanto la mayor parte de la población dispone de ellos y los emplea en su actividad cotidiana. Así pues, «el coste de la creación, diseño y mantenimiento de la plataforma es mucho más trascendente que el que puedan afrontar los trabajadores aportando algunas herramientas de trabajo (vehículos, ordenadores) cuando así se les exige, que no es siempre¹⁶».

A ello hay que añadir que, en el contrato suscrito por las partes se estipula que para el caso de que un trabajador no pueda aportar alguno de los medios exigidos, podrían ser proporcionados por la empresa mediante la salvaguarda de una fianza, hecho que acrecienta la laboralidad, puesto que queda patente que la aportación clave y principal de los “riders” consistía en su trabajo personal. Esta apreciación ha sido también llevada a cabo en otras sentencias de notable importancia y surge como consecuencia de la flexibilización del concepto¹⁷. Cabe resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1986, en la cual se califica como relación laboral el reparto de periódicos y publicaciones a través de vehículo propio: «De suyo, la puesta a disposición del vehículo, con ser un dato de interés, no puede convertirse sin más en determinante de la inexistencia de una relación laboral... sino que será o no autónomo el trabajador que realice su actividad con o sin vehículo pro-

¹⁶ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, RUBEN; “*Contrato de trabajo y nuevas plataformas digitales*”, Revista de Jurisprudencia ELDerecho, nº2 de 30 de mayo de 2019.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (SSTS) 26 de febrero 1986 y 19 de diciembre 2005, Rec 5381/2004: aportación de vehículos propio, 19 de junio 2002, Rec 2869/2001: de cámara fotográfica.

pio, atendidas las circunstancias que caractericen la prestación objeto de la relación obligatoria y según se den o no en el caso concreto las notas definitorias del contrato de trabajo...»

Así pues, se acredita que la aportación de dichos medios materiales por mis clientes no constituye un elemento con suficiente peso como para negar la existencia de una relación laboral, quedando configurado el vehículo propio como una mera herramienta de trabajo, sin que tal aportación tenga la relevancia económica suficiente como para convertirse en la finalidad principal del contrato, siendo el trabajo personal de los “riders” el elemento fundamental de dicha relación¹⁸. Para mayor abundamiento, la empresa ha proporcionado a los trabajadores medios materiales (como mochilas, chaquetas, dos camisas, pantalones anti lluvia...) con la publicidad de su marca, hecho que acrecienta más si cabe, la existencia de la pretendida relación laboral. Así, el repartidor sería capaz de transportar la comida andando, sin embargo, sin el uso de la aplicación al trabajador le resultaría imposible ejercer su trabajo, poniendo de manifiesto la importancia que tiene la marca.

La ajenidad también tiene su reflejo en la continua externalización de la marca, puesto que los repartidores portan ininterrumpidamente elementos con la publicidad de la empresa, identificándose como parte de la misma. De hecho la jurisprudencia ya ha considerado la prestación de servicios utilizando la marca de la empresa principal como un indicio de laboralidad¹⁹.

Por lo que respecta a la **ajenidad en los frutos, el riesgo y en el mercado**, cabe destacar la sentencia del Juzgado de Barcelona nº31 de 11 de junio de 2019, que declara laboral la relación que aquí se discute y delimita a la perfección ambos conceptos; «los frutos del servicio prestado son el precio del pedido que paga el cliente y el importe que pagan los restaurantes a la empresa demandada. La actividad que desarrollan los actores entregando comida tiene como resultado que FAST-FOOD SPAIN SL obtenga sus ingresos. En cuanto a la ajenidad en los riesgos deriva de que es totalmente ajeno a los repartidores el buen fin de las operaciones que realizan: perciben los 4 ó 4,25 euros por pedido siempre que hagan la entrega, con independencia de que, por las razones que sea, finalmente el cliente no pagase, no lo hiciera el restaurante, o el pedido quedase frustrado por ejemplo por un defecto en la calidad de la comida que hiciera que finalmente el cliente no quedara satis-

¹⁸ En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1969 (RJ 1969\631), 22 de octubre de 1983 (RJ 1983\5136), 20 de septiembre de 1984 (RJ 1984\4437), 29 de octubre de 1985 (RJ 1985\5236), y 27 de enero de 1986 (RJ 1986\282)

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2005, Sección 1ª, rec. 5381/2004 (EDJ 2005/250681).

fecho. Todas esas incidencias no afectan a los repartidores, que simplemente cobran por transportar la comida de un punto a otro²⁰».

Con base en ello, cabe señalar, en primer lugar, que los repartidores permanecían completamente ajenos a las relaciones contractuales existentes entre la empresa (FASTFOOD SPAIN, S.L.), los restaurantes y los clientes finales, máxime cuando los “riders” desconocían el destino final del producto, y no era sino al llegar al restaurante elegido por el consumidor final, cuando eran conocedores del mismo.

Resulta tal la ajenidad existente que los repartidores eran perfectamente intercambiables entre sí, de manera que si uno rechazaba un pedido, pasaba automáticamente a otro, hasta que finalmente lo aceptara, sin la asunción de riesgos patente en cualquier trabajo autónomo, permaneciendo retribuidos únicamente por su trabajo personal, como en cualquier relación por cuenta ajena. Ello se desprende también en el hecho de que el repartidor no asume el precio de la comida ni tampoco responde ante el restaurante o el cliente, sino que responde en todo caso la empresa.

Hacemos eco en la flexibilidad del concepto -ajenidad-, la cual sin lugar a dudas, se intensifica cuando existen plataformas digitales de por medio, como es el caso de Deliveroo -una compleja aplicación informática que pone en contacto al restaurante con los clientes-, donde pese a existir medios físicos de producción aportados por los trabajadores, la empresa FASTFOOD SPAIN S.L. hace suyos los frutos de la actividad del trabajador, pues es ella quien factura al cliente, a pesar de que luego debe pagarle al trabajador el porcentaje acordado. Existe así pues una ajenidad en los frutos y en el mercado, puesto que la empresa es intermediaria necesaria entre el trabajador y el cliente, como señala correctamente la Sentencia del Juzgado de lo Social nº33 de Madrid de 11 de febrero de 2019, Proc 1214/2018.

Resulta significativo que la empresa sea la única conocedora de la información que se antoja necesaria para el desarrollo del sistema de negocio, sólo ella conoce los restaurantes adheridos, selecciona la clientela, coordina el manejo de la plataforma digital y fija los precios o tarifas, sin posibilidad alguna de que los trabajadores accedan a esas relaciones de mercado. Todos estos caracteres

²⁰ Sentencia del Juzgado de lo Social nº31, de 11 de junio de 2019, nº 193/2019, rec. 662/2017, (EDJ 2019/610702).

controlados unilateralmente por FASTFOOD SPAIN, S.L. resultan ser elementos comunes a la nota de ajenidad²¹.

La dependencia en el trabajo -última de las notas esenciales para determinar la laboralidad-, debe entenderse «como la situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa²²».

Ya hemos enunciado previamente las principales notas comunes que rodean el principio de la dependencia. Sin embargo al igual que sucede con la ajenidad, es importante analizar cada una de ellas dada la flexibilidad de la que adolece dicho principio.

En primer lugar, es necesario poner en relación dicho principio con el que establece el artículo 3.1 C.c; «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Esto parece obvio, pero en este supuesto adquiere más relevancia todavía, y ello por cuanto el trabajo al que nos venimos refiriendo se caracteriza por estar situado en una nueva realidad social -como es pedir comida a domicilio mediante aplicaciones informáticas- y por la utilización de medios tecnológicos para la realización del servicio.

Lo cierto es que la existencia de instrucciones continuas a los “riders” en aras a establecer las condiciones en las que estos debían realizar su trabajo, los folletos informativos que la empresa entregaba a los repartidores, estableciendo reglas de comportamiento con expresas prohibiciones, unido a las numerosas acciones ejercitadas por la empresa para extender entre los trabajadores la conciencia de pertenencia a FASTFOOD SPAIN, S.L, evidencia que la empresa no se limita a contratar un servicio de transporte de comida independiente, sino que establece con precisión la forma en la que los repartidores han de realizar su trabajo, con invitación a presentarse como parte de la empresa. Este hecho deja patente que aunque exista cierta flexibilidad a la hora de realizar el reparto, los trabajadores siguen unas directrices muy claras por parte de la empresa, sometiéndose los “riders” a la esfera organizativa de la misma.

²¹ Así lo dictan las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1990 y 29 de diciembre de 1999 (EDJ 1999/53932).

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018, nº 782/2018, rec. 2228/2015, (EDJ 2018/586693).

El margen de autonomía otorgado a los trabajadores en la realización del servicio se limita a aspectos irrelevantes a la hora de enjuiciar la laboralidad de la relación. Únicamente tienen la libertad para elegir el medio de transporte en el que realizar el pedido (bicicleta o motocicleta), la elección de la ruta y para rechazar el pedido, que, como hemos dicho, pasa automáticamente a otro “rider”, hecho que alimenta más si cabe nuestra postura, puesto que demuestra que este intercambio indiscriminado de trabajadores significa que existe una homogeneidad en la realización del trabajo, al servicio de la empresa, de tal manera que no existe ningún tipo de especialidad o diferencia entre unos trabajadores y otros.

La flexibilidad en el horario y en la elección de los pedidos a realizar parece un simple espejismo a través del cual la empresa pretende dar apariencia de autonomía en sus trabajadores, en este sentido se pronuncia el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón; «Llamativo resulta la pretendida libertad en la elección de horas o franjas horarias, que depende de un sistema de puntuación que hace que el trabajador tiene que plegarse a las exigencias empresariales si quiere configurar un horario que resulte rentable. Ello hace que la flexibilidad laboral que pretende hacer ver la empresa se convierta en una manera de hacer competir a los recaderos para lograr las mejores horas que ya no son las más compatibles con su vida personal, sino las que la empresa considera más rentables o de alta demanda»²³.

El hecho de no existir un horario fijo es una consecuencia directa de la novedad que introduce esta nueva forma de trabajo, puesto que éste viene impuesto por las necesidades de los consumidores finales que requieren comida a domicilio. A nuestro parecer, y siguiendo un pronunciamiento del TS, cabe señalar que «la libertad de horario no significa ausencia de sometimiento en la ejecución del trabajo a la voluntad del empresario²⁴». Por tanto, estas posibilidades de elección de las que se pretende aprovechar la empresa para justificar la autonomía de sus trabajadores únicamente son posibles en el contexto de una red organizada y gestionada por la mercantil, la cual se aprovecha del gran número de trabajadores que tiene a su disposición, para otorgarles cierto margen de libertad, de manera que la empresa siempre va a poder contar con la prestación de otro “rider”.

²³ Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Gijón, de 20 de febrero de 2019, nº 61/2019, rec. 724/2018, (EDJ 2019/514667).

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000, rec 582/1999, (EDJ 2000/1621).

Otra realidad fáctica que avala nuestra teoría es la imposibilidad de rechazar la mayoría de los pedidos solicitados mediante la aplicación digital, consecuencia de la “pena de desactivación²⁵” a la que se encuentran sometidos los trabajadores.

Por último, y en referencia al contrato suscrito entre ambos, cabe señalar que el trabajador no interviene en la conformación del contenido del mismo, sino que simplemente se adhiere a las condiciones ya impuestas por la empresa, -que son iguales para todos los trabajadores- demostrando la desigualdad inicial con la que parten las partes²⁶.

Lo cierto es que no existe todavía un criterio jurisprudencial único que avale nuestra defensa, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia de 25 de julio de 2019, ha optado por desestimar el recurso a “Glovo” -una plataforma digital con características prácticamente idénticas a las de “Deliveroo”- confirmando que los repartidores son falsos autónomos de manera categórica: «Es impensable que el actor pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los clientes, en calidad de trabajo autónomo, al margen de la plataforma y por sus propios medios²⁷». Aunque existen algunos pronunciamientos en sentido contrario como es el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018.

Por su parte, el Tribunal Supremo, todavía no se ha pronunciado al respecto, por lo que habrá que esperar para unificar la doctrina respecto de este tipo de empleos que resultan cuanto menos novedosos. Sin embargo, la Sentencia de la Sección 1ª del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2017, que resuelve sobre un caso similar -traductores que prestan sus servicios a través de una aplicación similar a la que hacemos referencia- ha concluido la existencia de relación laboral entre las partes, y está sirviendo de referencia para el resto de sentencias que continúan dictándose por los Juzgados de lo Social²⁸.

²⁵ La aplicación utiliza algoritmos en la elección de los riders, lo que ocurre es que cuantos más pedidos se rechazan, menores oportunidades tienen de ser seleccionados. Hasta el punto de poder ser desactivado por la aplicación.

²⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social nº33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019, nº53/2019, rec. 1214/2018, (EDJ 2019/514262).

²⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Social) de 25 julio de 2019, (EDJ 2019/658130).

²⁸ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Social), sec. 1ª, de 16 de noviembre de 2017, nº 902/2017, rec. 2806/2015. (EDJ 2017/262773).

SEGUNDO: CALIFICACIÓN DE LA EXTINCIÓN.

En este punto vamos a proceder a analizar y calificar la extinción del contrato que tenían suscrito mis mandantes con la empresa FASTFOOD SPAIN, S.L.

A los meros efectos de ponernos en contexto, podemos concluir que el punto de partida se encuentra en la negativa de mis clientes a suscribir un nuevo contrato con la citada mercantil en el que se estipulaban ciertos cambios contractuales con respecto al que continuaba vigente.

El cambio más significativo consistía en eliminar los 8 euros garantizados por hora trabajada y en su virtud, cada pedido realizado sería remunerado con 0,25 euros más. Mis mandantes suscribieron sus respectivos contratos entre 2016 y 2017, continuando por tanto los mismos en vigor en el momento de la extinción, sin haberse estipulado previamente ninguna cláusula que obligara a la suscripción de uno nuevo.

Adquiere suma relevancia el hecho de que los contratos sean indefinidos, puesto que al no haberse fijado una duración concreta, ha de presumirse desde su formalización, contrato indefinido y por tanto no se produce su extinción por cumplimiento de plazos de tiempo.

2.1 Análisis de la situación.

De entrada hay que tener claro que resulta muy significativa la calificación que se le otorgue al contrato, puesto que si las relaciones son consideradas como laborales, -como es el caso- la extinción del contrato ha de reputarse como despido.

Por el contrario, si se considera que nos encontramos ante trabajadores autónomos que dependen económicamente de la empresa, -considerada como cliente- en principio, no tendría efecto alguno la extinción, puesto que concurriendo causas justificadas y mediando el preaviso oportuno, la empresa podría extinguir el contrato por voluntad unilateral²⁹. En este supuesto habría que entrar a valorar si

²⁹ Artículo 15.1.f) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo: 1. La relación contractual entre las partes se extinguirá por alguna de las siguientes circunstancias: f) Voluntad del cliente por causa justificada, debiendo mediar el preaviso estipulado o conforme a los usos y costumbres.

las causas que establece la empresa para extinguir el contrato son justificadas³⁰, sin embargo, como hemos considerado que nos encontramos ante una relación estrictamente laboral -y por tanto debe regirse por el ET- no procede entrar a valorar esta hipotética situación.

El artículo 49 del ET establece claramente las causas en las que se puede basar la extinción de un contrato laboral. Entre las numerosas causas que en el mismo se estipulan, sólo cabe apreciar la dispuesta en la letra **K) «Por despido del trabajador»**, y ello por cuanto el resto no se ajustan al presente supuesto. Todas las que versan sobre muerte o incapacidad del trabajador quedan excluidas, lo mismo ocurre con las que se refieren a una extinción del contrato por voluntad del trabajador, y por último también cabe descartar las que admiten la extinción del contrato por concurrir fuerza mayor o por causas objetivas legalmente establecidas. Está claro que tampoco cabe apreciar la posibilidad de considerarlo como despido colectivo puesto que no se cumplen las premisas establecidas en el artículo 51 ET. Desconocemos el número de trabajadores que mantienen contrato vigente con la mercantil, pero al tener constancia de que la extinción afecta únicamente a 3 trabajadores, es evidente que no cumplen los mínimos establecidos en dicho artículo³¹. Además, es evidente que no se han llevado a cabo los trámites y garantías propios del despido colectivo.

De lo expuesto anteriormente, queda acreditado que, puesto que nos encontramos ante una relación estrictamente laboral y únicamente cabe justificar la extinción del contrato en un despido del trabajador, surge la imperiosa necesidad de calificar el despido.

³⁰ Artículo 15.3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo: Cuando la resolución del contrato se produzca por voluntad del cliente sin causa justificada, el trabajador autónomo económicamente dependiente tendrá derecho a percibir la indemnización prevista en el apartado anterior.

³¹ Artículo 51.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores:

1. “A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”.

2.2 Calificación del despido.

El despido disciplinario ha de estar basado en algún incumplimiento grave o culposo del trabajador, esta es la primera premisa que estipula el **art. 54 ET**. Consecutivamente establece lo que se considera por incumplimiento grave:

- «a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.*
- b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.*
- c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.*
- d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.*
- e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.*
- f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.*
- g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa».*

En el presente supuesto, la extinción del contrato es consecuencia directa de la negativa de mis clientes a suscribir un nuevo contrato con condiciones más beneficiosas para la empresa. Dicho motivo no está encuadrado en ninguno de los supuestos en los que ha de basarse el despido, haciéndose patente la importancia que adquiere en este caso la calificación de la relación. Es evidente que la empresa, de haber reconocido la laboralidad de la relación, no hubiera optado por la extinción del contrato puesto que como veremos deriva en un despido improcedente.

Lo que ocurre es que, ante las recientes sentencias que están suscitando dudas más que razonadas sobre la autonomía de la que disponen los trabajadores, la empresa FASTFOOD SPAIN S.L. pretende a través de nuevos contratos cambiar las condiciones que conducen a los tribunales a fundamentos contrarios a sus pretensiones. Sin embargo, no existe ninguna cláusula contractual ni legal que obligue a mis clientes a suscribir el nuevo contrato. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona de 11 de junio de 2019 al considerar que la empresa «extinguió los contratos cuando ya se había producido todo el conflicto, y en modo alguno esas ex-

tinciones eran una consecuencia inevitable (como parece pretender) de su decisión de "rediseñar" su relación con los repartidores³²».

El despido puede ser calificado como procedente, improcedente o nulo en virtud del art 55.3 ET, considerándose procedente cuando el empresario consiga acreditar el efectivo incumplimiento en el que se basa el despido y cumpla con las formalidades previstas en la legislación laboral e improcedente cuando no se logre demostrar la causa alegada o no se hayan producido defectos de forma. Será nulo cuando concurren las causas que establece el artículo 55.5 ET, aunque en el presente supuesto no concurren ninguno de los motivos previstos legalmente para ello³³.

El supuesto planteado no deja lugar a la duda, es decir, la procedencia de la extinción del contrato pasa obligatoriamente porque el tribunal aprecie la autonomía de los trabajadores. En caso contrario, de ninguna manera podría concluirse la procedencia del despido puesto que no concurre ninguna causa que así lo justifique, y, de concurrir, no se habría acreditado formalmente en la carta de despido. A "sensu contrario" una vez que el tribunal haya considerado la existencia de la pretendida relación laboral, no debe existir problema alguno para declarar improcedente el despido.

En este sentido nos remitimos al contrato suscrito entre ambas partes, donde se establece que tendrá lugar la extinción del contrato "*en caso de incumplimiento sustancial de sus obligaciones por la otra parte*", sin embargo entre las obligaciones de mis clientes no constaba la de aceptar un nuevo contrato, máxime cuando la empresa alega que existe "libertad de actuación" por parte de los "riders". En base a esa libertad alegada por la empresa, tampoco cabría tildar de incumplimiento contractual el rechazo de ciertos pedidos.

³² Sentencia del Juzgado de lo Social nº31de Barcelona, de 11 de junio de 2019, nº 193/2019, rec. 662/2017, (EDJ 2019/610702).

³³ El artículo 55.5 ET indica claramente las causas de nulidad del despido:

-Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

-Será nulo también el despido cuando se trate de personas trabajadoras durante periodo de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, guarda, adopción, acogimiento o riesgo durante el embarazo. Cuando el despido afecte a trabajadoras embarazadas, víctimas de violencia de género o personas que disfruten del permiso que establece el art 37 de esta misma ley. Y por último cuando se trate de personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

Esta dirección parece seguir el juzgado de lo Social nº31 de Barcelona, al considerar que «es muy relevante destacar que el contrato de apariencia mercantil que habían firmado los actores con la empresa sólo contemplaba la posibilidad de extinguirse "en caso de incumplimiento sustancial de sus obligaciones por la otra parte". En modo alguno en esa comunicación empresarial de extinción se aduce -porque sería absurdo- que la negativa a dar por extinguido el contrato en vigor y firmar uno nuevo supusiera un "incumplimiento sustancial de sus obligaciones" por parte del repartidor, pues es claro que no se encontraba entre sus obligaciones aceptar nuevas condiciones de contratación impuestas de forma unilateral por la empresa. Así que no concurrió ninguna causa contractual de extinción. La decisión empresarial, pues, vino a ser un despido sin causa: se extinguió exclusivamente porque, en contra de las condiciones de extinción pactadas, ella decidió que debía extinguirse, casualmente justo después de que los repartidores reclamaran mejoras en el trabajo³⁴».

El hilo argumental que seguimos en el presente dictamen ha sido el elegido por la mayoría de las sentencias que ya se han pronunciado en supuestos similares, mereciendo especial atención la reciente sentencia dictada por el TSJ de Madrid -concretamente por los 17 magistrados de la Sección Social- la cual anula parcialmente una sentencia previa del juzgado de lo social nº 17 de Madrid³⁵. La misma parece aliviar el convulso conflicto entre repartidores y empresa decantando la balanza hacia el lado de los trabajadores.

A continuación, pasamos a definir las consecuencias legalmente establecidas -artículos 110.1 LRJS y en el 56 ET- para el caso de que el tribunal declare la existencia de relación laboral y subsidiariamente califique el despido de improcedente -a tenor de lo dispuesto en el art. 108 LRJS-.

«1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

³⁴ Sentencia del Juzgado de lo Social nº31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019, nº 193/2019, rec. 662/2017, (EDJ 2019/610702).

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Social) de 25 julio de 2019, nº 1818/2019 (EDJ 2019/658130), Sentencia del Juzgado de lo Social nº31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019, nº 193/2019, rec. 662/2017, (EDJ 2019/610702), Sentencia del Juzgado de lo Social nº6 de Valencia, nº 244/2018, nº autos 633/2017, (EDJ 2018/83634), Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Gijón de 20 de febrero de 2019, nº 61/2019, rec. 724/2018, (EDJ 2019/514667).

La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación³⁶».

Así pues, el empresario puede optar entre readmitir al trabajador o el pago de una indemnización, pudiendo anticipar ésta decisión en el propio acto del juicio.

Procedemos a determinar la cuantía indemnizatoria que debería percibir cada trabajador para el caso de que el empresario optara por esta opción:

-Juan Marqués Rojo: Ha estado prestando sus servicios desde febrero de 2017 hasta agosto de ese mismo año, por lo que prorrateando la cuantía indemnizatoria por meses, le corresponderían 33 días de salario dividido entre 12 meses -que tiene un año- y multiplicado por los 7 meses que ha permanecido trabajando: $2,75 \times 7 = 19,25$ días de salario. No podemos saber el salario diario concreto, pero sabiendo que ha trabajado un total de 1.315 horas y ha trabajado 7 meses, a razón de un mínimo de 8 euros/hora, hace un total de 50,09€ al día. $19,25 \times 50,09 = 964,23€$.

-Emilio Delafuente Calcedo: Lleva prestando sus servicios desde enero de 2017 (total de 8 meses), aplicando la misma fórmula de prorrateo le corresponderían: $2,75 \times 8$ meses= **22 días de salario**. Sabiendo que ha trabajado un total de 1.624 horas y ha trabajado 8 meses, a razón de un mínimo de 8 euros/hora, podemos determinar una indemnización estimada de: $22 \times 54,13 = 1.190,90€$.

-Adrián Parrilla Gerona: En este caso al haber prestado sus servicios durante un año y 3 meses, le corresponderían los 33 días por año de servicio, más el prorrateo de esos 3 meses añadidos, esto es, $33 + (2,75 \times 3) = 41,25$ días de salario. Habiendo trabajado un total de 1.984 horas en 15 meses, a

³⁶ Artículo 56.1 y 2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, «BOE» núm. 255, de 24/10/2015.

razón de 8 euros/hora, concluimos que la indemnización deberá ser de al menos: $41,25 \times 35,28 = 1.455,30\text{€}$.

Por todo ello, el juzgado de lo social de Zaragoza que conocerá del presente supuesto deberá dictar en su día sentencia en la que se estime la existencia de relación laboral y, consecuentemente, califique el despido como improcedente.

TERCERO: CAUCES PROCESALES OPORTUNOS.

En este punto vamos a estudiar cuales son las opciones legales de las que disponen nuestros clientes para alcanzar el reconocimiento definitivo de su relación laboral y consiguientemente la calificación de despido improcedente. Además, estudiaremos cuál es la mejor opción, la viabilidad de cada una de ellas, el procedimiento a seguir, y cual será el tribunal encargado de enjuiciarlo.

Pues bien, en caso de que mis clientes hubieran continuado prestando sus servicios en la empresa, cabría haber **denunciado esta situación ante la Inspección de Trabajo**, para que sea ésta la que inicie un procedimiento de inspección, dada la irregularidad de la situación en la que se encontraban.

Esta denuncia previa puede ser muy útil, y ello por cuanto la Inspección de trabajo, previas la investigaciones y comprobaciones oportunas, elaborará un acta de infracción -o acta de liquidación- que tiene **presunción de veracidad** ante los tribunales en virtud del **artículo 23 de la Ley 23/2015 de 21 de julio**: *«Los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación, observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados...³⁷»*. Es decir, todos los hechos constatados que se encuentren recogidos en el acta de liquidación, adolecen de presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que pueda aportar la parte contraria.

Además de por lo expuesto, la previa denuncia ante la Inspección de Trabajo, puede abrir la vía judicial a nuestro favor. Ante la más que posible situación irregular con la que se van a encontrar al

³⁷ Artículo 23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. También se encuentra regulado en el artículo 15 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

iniciar la inspección, además de la sanción correspondiente, la Autoridad Laboral podrá interponer un procedimiento de oficio en los términos del art. 148 LRJS³⁸.

Esta opción tiene su sustento en la legitimación activa que tiene la TGSS, en tanto es la administración titular de la potestad sancionadora con respecto a las actas de infracción y liquidación de cuotas de la seguridad social³⁹. En este sentido, el artículo 6 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social estipula lo siguiente: «De conformidad con lo establecido en la Ley ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social podrán proponer al Jefe de la Inspección Provincial o al Jefe de la respectiva Unidad especializada la formulación de demandas de oficio ante los Juzgados de lo Social en la forma prevista por el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril».

Esta primera opción sería viable para los repartidores que todavía ostentan contratos en vigor con la mercantil, -o si mis clientes todavía siguieran prestando sus servicios a la empresa- atendiendo a la veracidad con la que parte la prueba y a que la denuncia se inicia de oficio por una autoridad laboral, sin embargo, dada la situación actual y lo perentorio del plazo, -la acción de despido tiene un plazo de caducidad de 20 días- resulta muy complicado que llegue a tener viabilidad para mis clientes.

³⁸ Artículo 148 LRJS: El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia:

- a) De las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados.
- b) De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad...
- c) De las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente...
- d) De las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora.

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social de 1 de marzo de 2017, Sección I, nº 176/2017, Rec 3519/2015. (EDJ 2017/27136).

Como los trabajadores ya no prestan servicios y los plazos de caducidad para el despido son perentorios la opción más viable resultaría ser el ejercicio de una acción **por despido improcedente, alegando la existencia de relación laboral**, es decir, juntando ambas pretensiones dado que una deriva de la otra. La presentación de la demanda por despido se encuentra regulada en el **art. 103 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social** (en adelante LRJS). Especial atención merecen los plazos, puesto que para ejercitar esta acción disponemos únicamente de veinte días hábiles desde que se produjo el despido⁴⁰.

La demanda en cuestión -a efectos de que me faciliten los datos oportunos- necesitará contener una serie de requisitos generales, a saber:

«-Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; categoría profesional; características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido.

-Fecha de efectividad del despido, forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario, acompañando la comunicación recibida, en su caso, o haciendo mención suficiente de su contenido.

-Si el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso.

-Si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato, en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera⁴¹».

Dicha demanda deberá ser interpuesta ante el juzgado de lo social de la ciudad de Zaragoza, puesto que es donde prestaban sus servicios, previa obligación de presentar una papeleta de conciliación laboral, y ello en virtud de los artículos 1, 2, 6 y 10.1 de la LRJS⁴².

⁴⁰ Artículo 103 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, «BOE» núm. 245, de 11/10/2011.

⁴¹ Artículo 104 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, «BOE» núm. 245, de 11/10/2011.

⁴² Artículo 10.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: «*Con carácter general será juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante*».

Adquiere importancia notoria en los procedimientos laborales la necesidad previa de conciliación -con anterioridad a la interposición de la demanda- que viene impuesta en el artículo 63 de la referida Ley, mientras que para el caso de los procesos iniciados de oficio, -como la primera de las opciones- no viene impuesta dicha obligación⁴³.

En caso de llegarse a una avenencia por las partes en el acto de conciliación, éste tendría una eficacia ejecutiva equivalente a una sentencia, sin embargo, tenemos serias dudas de la posibilidad de llegar a un acuerdo con la empresa.

En cualquier caso, a los meros efectos de informar a los clientes, y dado que resulta preceptivo para el caso en el que nos encontramos, procedemos a establecer los datos que deben acompañar a la **papeleta de conciliación** que deberá ser presentada ante el Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje para dar inicio al acto de conciliación:

-Los datos personales del que la presente y de los demás interesados y sus domicilios respectivos.

-Lugar y clase de trabajo, categoría profesional u oficio, antigüedad, salario y demás remuneraciones, con especial referencia a la que, en su caso, sea objeto de reclamación.

-Enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse su pretensión y cuantía económica, si fuere de esta naturaleza.

-Si se trata de reclamación por despido, se hará constar la fecha de éste y los motivos alegados por la empresa.

-Fecha y firma⁴⁴.

Para el más que probable caso de no existir avenencia entre las partes, procederíamos a interponer la referida demanda basándonos en los argumentos esgrimidos a lo largo del presente dictamen.

Especialmente necesario nos resulta hacer hincapié en los medios de prueba de los que intentaremos valernos para hacer efectivas nuestras pretensiones. Máxime cuando la dificultad de este pro-

⁴³ El artículo 64 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, exceptúa a los procedimientos iniciados de oficio del requisito previo del intento de conciliación.

⁴⁴ Artículo 5 del Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación asume parte de las funciones que tiene encomendadas.

cedimiento precisamente radica en probar que efectivamente se cumplen todas las notas que evidencian la existencia de una relación laboral. Hay que tener cuenta que en virtud del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (en adelante LEC) corresponde a esta parte -la actora- la obligación de probar la existencia de la relación laboral y la producción del despido⁴⁵.

La prueba documental en el presente procedimiento va a ser clave a la par que extensa. En primer término, será necesario aportar los contratos suscritos entre ambas partes en aras a ratificar que efectivamente mis mandantes han sido trabajadores de la referida mercantil, de manera que se demuestre la voluntariedad y quede patente el trabajo personal que prestaban mis clientes.

Junto a ello, será necesario exhibir los perfiles de acceso a la aplicación “Deliveroo” que denotan las restricciones de mis mandantes al tener acceso sólo a parte de la misma, debiendo obedecer las órdenes que en ella se establecían, evidenciando la existencia de una clara organización empresarial a la que permanecían subordinados.

A los oportunos efectos acompañaremos con la demanda las facturas giradas por los 3 trabajadores cada 15 días junto con los abonos a cuenta durante el periodo en el que estuvieron prestando sus servicios. Esta relación de abonos a cuenta unidos a las facturas giradas por mis clientes con indicación de todos los servicios realizados, dejan claro que el trabajo es personal -no se subcontrata con terceros- y que sus ingresos dependen únicamente de la empresa a la que demandamos. Así mismo, solicitaremos al juzgado que se oficie a la TGSS a fin de que remita los informes de vida laboral de mis mandantes con el mismo fin.

Obviamente será necesaria la aportación de todos los documentos complementarios que resulten de utilidad para demostrar la ajenidad y dependencia que justificarán la pretendida relación laboral.

⁴⁵ Artículo 217.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, «BOE» núm. 7, de 08/01/2000: “Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción”.

Artículo 105.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, «BOE» núm. 245, de 11/10/2011: “...Asimismo, le corresponderá la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo”.

Resulta de suma importancia anunciar los numerosos correos que evidenciaban la dependencia de mis clientes con respecto a la empresa. En este sentido cobra relevancia la aportación de los boletines informativos y videos adjuntos a dichos correos, a través de los cuales se les inculcaba a los trabajadores la conciencia de pertenencia a la empresa.

En concordancia con ello, procederemos a exhibir fotografías de los medios materiales con publicidad de la empresa que eran cedidos a los trabajadores para la prestación del servicio.

Y por último acompañaremos a la demanda sendas conversaciones llevadas a cabo a través del grupo de “telegram” -plataforma similar a whatsapp- integrado por la flota de “riders” de Zaragoza y el responsable de los mismos. Dichos mensajes de texto constatan la limitación de libertad para seleccionar los pedidos, ya que incluso se les llegaba a cesar o sancionar por rechazar un pedido.

La **prueba testifical** es más difícil de concretar. En primer lugar, está claro que será esencial la testifical de los 3 demandantes, puesto que son los que mejor conocen la situación. Además sería importante tratar de interrogar a algún trabajador de la empresa que haya sufrido perjuicios por rechazar el encargo de algún pedido y pueda acreditar la existencia de las ya mencionadas “sesiones informativas iniciales” en las cuales los trabajadores eran adoctrinados para realizar la prestación del servicio del modo pretendido por la empresa.

Tendríamos que tratar de solicitar el interrogatorio del responsable de “Deliveroo” para preguntarle quién era el encargado de fijar los precios, quién seleccionaba a los clientes y a dónde iba a parar el dinero que pagaba el consumidor final, todo ello en aras a desvirtuar cualquier presupuesto que pretenda cuestionar la relación laboral existente.

Por último sería conveniente solicitar la testifical del responsable de alguno de los múltiples restaurantes que mantienen contrato con la empresa, para tratar de esclarecer la cadena de cobros que demuestran la ajenidad en los frutos patente en la prestación del servicio.

V. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La convulsa situación laboral que atraviesan los “riders” es consecuencia de la aparición de nuevos modelos laborales, quedando acreditado en el presente dictamen, que entre los “riders” y la empresa existe una relación estrictamente laboral, dado que se cumplen todos los requisitos estipulados legalmente.

El trabajo personal y voluntario tiene su reflejo en la ausencia de subcontratación con terceros, máxime cuando la jurisprudencia concluye que la existencia de dicha posibilidad no puede anular “per se” la presunción de laboralidad.

Las notas de ajenidad y dependencia son conceptos de gran abstracción que necesitan ser estudiados a fondo para su determinación en cada caso concreto. A lo largo del presente dictamen hemos desmembrado cada uno de ellos incidiendo principalmente en las siguientes ideas:

-Existe subordinación del trabajador al ámbito organizativo de la empresa, que es la única que se lucra de los beneficios obtenidos, manteniendo al trabajador ajeno a cualquier riesgo.

-La flexibilidad de la que gozan los repartidores no es más que un mero espejismo para enmascarar la verdadera situación laboral en la que se encuentran, y viene impuesta por las necesidades de los consumidores en cada momento.

SEGUNDA.- Probada la existencia de relación laboral, la calificación del despido como improcedente es obligada:

Atendiendo al art. 49 ET, sólo cabría fundamentar la extinción del contrato en el despido del trabajador, máxime cuando no estaban obligados a aceptar un nuevo contrato.

Como no se a llevado a cabo un despido formalmente regular ni causalmente justificado, cabe concluir que nos encontramos ante un despido improcedente.

TERCERA.- Procesalmente, propongo la interposición de una demanda por despido improcedente alegando la existencia de relación laboral. Dicha demanda deberá ser presentada ante los juzgados de lo social de Zaragoza en el plazo máximo de 20 días desde que se produjo el despido.

Este es mi parecer, que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho, firmándolo en Zaragoza a 12 de diciembre de 2019.

Fdo: Luis Novel Atarés.