EL CONTRATO DE TRABAJO

ASPECTOS GENERALES

CONTENIDO Y FORMALIDADES

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

INDICE

EL CONTRATO DE TRABAJO
ASPECTOS GENERALES
CONTENIDO Y FORMALIDADES

I. INTRODUCCIÓN.

II. ESQUEMA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

1. **CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO.**
2. **FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.**
3. **PERIODO DE PRUEBA.**
4. **DURACIÓN.**
5. **DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.**

III. DEFINICIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL.

IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO.

V. OTRAS ACTIVIDADES LABORALES.

VI. CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA.

VII. CONTRATO DE MANDATO.

VIII. CONTRATO DE DEPÓSITO MERCANTIL.

IX. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS.

X. LAS RELACIONES LABORALES EXCLUIDAS.

1. **INTRODUCCIÓN.**
2. **LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y CONTRATADOS ADMINISTRATIVOS.**
3. **LAS PRESTACIONES PERSONALES OBLIGATORIAS.**
4. **LOS CONSEJEROS DE EMPRESAS SOCIETARIAS.**
5. **LOS TRABAJOS AMISTOSOS, BENÉVOLOS O DE BUENA VECINDAD.**
6. **LOS TRABAJOS FAMILIARES.**
7. **LOS AGENTES COMERCIALES.**
8. **LOS TRANSPORTISTAS.**
9. **LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS.**

XI. LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.

XII. EL CONTRATO LABORAL INDEFINIDO.

1. **CONCEPTO.**
2. **FORMALIZACIÓN.**

XIII. CONTRATO INDEFINIDO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

XIV. CONTRATO INDEFINIDO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO.

1. **INTRODUCCIÓN.**
2. **CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO.**

XV. CONTRATO INDEFINIDO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD PROCEDENTES DE ENCLAVES LABORALES.

XVI. CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES.

XVII. CONTRATO INDEFINIDO DE UN JOVEN POR MICROEMPRESAS Y EMPRESARIOS AUTÓNOMOS.

XVIII. CONTRATO INDEFINIDO PARA NUEVOS PROYECTOS DE EMPRENDIMIENTO JOVEN.

XIX. CONTRATO INDEFINIDO A TIEMPO PARCIAL CON VINCULACIÓN FORMATIVA.

XX. CONTRATO INDEFINIDO PARA TRABAJADORES EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN SOCIAL.

XXI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

1. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2O DE JULIO DE 1990.**
2. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JULIO DE 1992.**
3. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 1992.**
4. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 1994.**
5. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ENERO DE 1994.**
6. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE MARZO DE 1994.**
7. **SENTENCIA DEL TRIBUNA SUPREMO DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1994.**
8. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE JUNIO DE 1995.**
9. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE MARZO DE 1996.**
10. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE ABRIL DE 1996.**
11. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JUNIO DE 1996.**
12. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE JULIO DE 1996.**
13. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ENERO DE 1997.**

14. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ENERO DE 1997.**
15. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 1997.**
16. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 1998.**
17. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 1998.**
18. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JUNIO DE 1998.**
19. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE JUNIO DE 1998.**
20. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 1998.**

XXII. BIBLIOGRAFIA.

RESUMEN

El contrato de trabajo es el instrumento jurídico mediante el cual el trabajador se compromete a llevar a cabo una prestación laboral bajo el poder de dirección y organización de un empresario a cambio de percibir una retribución. Puede ser verbal o escrito, expreso o tácito, indefinido o temporal. Lo determinante es que se presten servicios voluntarios, retribuidos, dependientes y por cuenta ajena o, lo que es igual, de forma subordinada. Además de la función constitutiva de la relación laboral, a la que se acaba de hacer referencia, el contrato de trabajo también cumple otras funciones: la de regular las condiciones de trabajo y la de aplicar o concretar las normas que van a regir en la relación jurídica en cuestión. El contrato indefinido, es aquel que se concierta sin establecer límites de tiempo en la prestación de los servicios, en cuanto a la duración del contrato, podrá ser verbal o escrito. Deberán constar por escrito: las acogidas al programa de fomento del empleo, cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los contratos a tiempo parcial, fijos discontinuos y de relevo, los de los trabajadores que trabajen a distancia y los contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero.

De no observarse la formalización por escrito cuando sea exigible, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios, tal y como establece el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores. En todo caso, cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito incluso durante el transcurso de la relación laboral.

El contrato de trabajo indefinido podrá celebrarse a jornada completa, parcial o para la prestación de servicios fijos discontinuos.

Adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los

servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho.

El contenido del contrato se comunicará al Servicio Público de Empleo Estatal en el plazo de los 10 días siguientes a su concertación

PALABRAS CLAVES

Contrato, clausulas, relación laboral, prestación de servicios, servicios por cuenta ajena, actividad laboral, jornada, formalización, modelo de contrato, trabajador, empresario, estabilidad laboral,.

EL CONTRATO DE TRABAJO
ASPECTOS GENERALES
CONTENIDO Y FORMALIDADES

I. INTRODUCCIÓN

El contrato de trabajo es el instrumento jurídico mediante el cual el trabajador se compromete a llevar a cabo una prestación laboral bajo el poder de dirección y organización de un empresario a cambio de percibir una retribución.

Puede ser verbal o escrito, expreso o tácito, indefinido o temporal. Lo importante es que se presten servicios voluntarios, retribuidos, dependientes y por cuenta ajena o, lo que es igual, de forma subordinada.

Además de la función constitutiva de la relación laboral, a la que se acaba de hacer referencia, el contrato de trabajo también cumple otras funciones: la de regular las condiciones de trabajo y la de aplicar o concretar las normas que van a regir en la relación jurídica en cuestión.

Cuando el empresario establece o pacta con sus trabajadores unas condiciones de trabajo que mejoran las determinadas en las leyes y convenios colectivos, el contrato de trabajo está cumpliendo con su función reguladora. Las condiciones que así se fijen, pasan a convertirse en un derecho para los trabajadores, constituyendo lo que se denominan condiciones más beneficiosas. Esas condiciones más beneficiosas no podrán

ser suprimidas unilateralmente por el empresario; en todo caso, si el empresario demostrase causas objetivas que hacen inviable mantener esas condiciones, podrá acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 E.T.), y someterse a cuanto se establece.

Para que exista condición más beneficiosa es preciso que la conducta del empresario no se deba a un error o a una mera tolerancia (por ejemplo no sancionar por llegar tarde al trabajo), sino a un pacto o a un acto del empresario que pretendió mejorar las condiciones establecidas en las normas, lo que es claro en los casos de ofertas, circulares del empresario y similares, aunque pueden concederse de forma tácita.

Las condiciones más beneficiosas, cuando lo son realmente, no pueden ser objeto de supresión (más allá de la posibilidad de una modificación sustancial si concurre causa organizativa) pero sí de compensación y absorción, salvo que se haya pactado lo contrario. Compensación y absorción que supone que cuando se produce un mejora en la ley o el convenio, si ésta se aplica en general y sin distinciones (como es habitual), el trabajador que venía siendo privilegiado por estar mejor que los demás puede ver su situación equiparada al resto, hasta que la ley o el convenio pasan a contener ya una mejor regulación en cuyo caso habrá que aplicarla para todos, superando" esa anterior mejora que alguno pueda tener a título individual.

Así se recoge en la STS de 31/05/1995. . El Juzgado de lo Social dictó sentencia desestimatoria por entender que el beneficio concedido por la empresa a sus trabajadores mediante la cesta de Navidad era una liberalidad de aquélla fundada en los usos sociales en las fiestas navideñas, pero no una condición más beneficiosa. La Sala de lo Social estimó en parte el recurso de suplicación formulado y con estimación parcial de la demanda declaró el derecho de los trabajadores de INFITEX, S.A., a que les sea entregada anualmente una cesta de Navidad de igual contenido que la del año

1991, por entender dicha Sala que existe en el caso una condición más beneficiosa que se ha mantenido pacíficamente durante muchos años. El proceso de conflicto colectivo que se ha tramitado a instancia del comité de empresa ha sido consecuencia de la confusión sufrida por dicho órgano de representación entre un determinado beneficio y una condición más beneficiosa adquirida y disfrutada en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencias de esta Sala de 16 de septiembre de 1992 y 20 de diciembre de 1993, citadas por la de 21 de febrero de 1994).

Como dijo la sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1993 y recuerda la de 21 de febrero de 1994 "no basta la repetición o la persistencia en el tiempo, sino que es preciso que la actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o en el convenio... Ni es suficiente que el beneficio tenga duración en el tiempo, ni es tampoco precisa esa nota de la duración o persistencia". Lo fundamental es que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" (sentencia de 21 de febrero de 1994). Que cualquiera que sea el título originario de la concesión, constituya un derecho adquirido y no un mero uso de empresa.

Habrá un derecho adquirido o condición más beneficiosa cuando se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (sentencia de 25 de enero de 1995). En el presente caso lo que ha habido es una repetida actuación de liberalidad de la empresa; que desde 1978 se vienen produciendo discusiones entre las partes sobre la calidad y el contenido de la cesta de Navidad, que fue variando en los sucesivos años, con un máximo en 1989 y un mínimo en 1992. Esta disminución de la cesta de Navidad es lo que ha provocado el planteamiento del conflicto. Declarar el derecho de los trabajadores a recibir una cesta de Navidad de contenido igual a la cesta de 1991 es, de un lado, convertir en condición más beneficiosa una pura liberalidad del empresario, que tiene incluso anunciado la desaparición del obsequio navideño para el futuro. Ni los hechos

probados de la sentencia, ni su abundante argumentación determinan ni en el tiempo ni en su contenido y circunstancias que se haya consolidado e integrado en el contrato el tal beneficio. Hay, eso sí, reuniones entre las partes demostrativas de "pacíficas variaciones anuales en el contenido de dicha 'cesta' hasta el año 1992"; pero nada que añadir a la circunstancia de la repetición del obsequio navideño todos los años.

Para la sentencia de TS de 27/01/2004. El artículo 26.5 ET, permite la absorción y compensación de conceptos retributivos homogéneos, como viene diciendo, por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala en sentencias como la de 26 de diciembre de 1.998, con arreglo a la que "la absorción y compensación de salarios juegan, en principio, siempre que se establece un nuevo cuadro de retribuciones, en virtud de un acto normativo o convencional, pues para poder operar necesita, en cualquier caso la existencia de dos situaciones que permitan la comparación y, en su caso, la compensación o absorción de los incrementos, cual se desprende de la propia literalidad del apartado 5 del artículo 26 de referencia". Partiendo de ello, no cabe afirmar como causa de nulidad -como hace la sentencia recurrida- que del texto se desprende la posibilidad de que algunos trabajadores sufran perjuicios en su aplicación. Si eso ocurre y se aplica indebidamente la transitoria, como antes se dijo, existirá el cauce correspondiente para impugnar el acto empresarial individual o colectivamente. Por el contrario, la creación de un nuevo complemento funcional de 25.000 ptas. por desarrollo del trabajo en turnos en los que se incluyen domingos a que se refiere el artículo 32.13 del Convenio, permite con carácter general absorber o compensar esa percepción con lo que se cobrase con anterioridad por el mismo concepto, excluido el colectivo.

Se recoge en la sentencia del TS de 24/09/2004. Se refiere a la existencia de una condición más beneficiosa incorporada a los contratos de los trabajadores de AENA, que ha sido unilateralmente eliminada por la empresa en su circular de 6 de septiembre de 2.002. Como antes se ha visto, en ésta instrucción, la empresa recuerda que las

ausencias al trabajo que no determinen la expedición del parte oficial de baja, como son las consultas médicas, análisis clínicos etc., además de tener que justificarse a efectos de que no sean consideradas disciplinariamente como ausencias inmotivadas al trabajo, en ningún caso serán abonadas como tiempo efectivo de trabajo. Sobre ello, debe decirse en primer lugar que en la regulación anterior, la circular de 2 de enero de 1.995, no se contenía expresamente en absoluto tal derecho. Por otra parte, el Convenio Colectivo tampoco contiene regulación alguna de estas ausencias y el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 37.3, que se refiere a los supuestos en que el trabajador tiene derecho a ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, no contempla esta situación como determinante del derecho a que se consideren estas ausencias como tiempo efectivo de trabajo. Por esa razón, los demandantes en su día y hoy recurrentes, no basan la existencia del derecho en las referidas normas, sino en la concurrencia de una condición más beneficiosa prevista en el artículo 3.1 c) ET.

No siempre es tarea sencilla determinar si esa situación jurídica se produce, pues es necesario analizar todos los factores y elementos para saber, en primer lugar, si existe la sucesión de actos o situaciones en la que se quiere basar el derecho, y en segundo lugar, si realmente es la voluntad de las partes, en este caso de la empresa, el origen de tales situaciones. Esta Sala ha dicho a propósito de ello en la sentencia de 20 de mayo de 2002 (recurso 1235/2001), con cita de la sentencia de 11 de Marzo de 1998 (recurso 2616/97) que "la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencia de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" (sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) y se pruebe, en fin, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las

fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo" (sentencia de 25 de enero, 31 de mayo y 8 de julio de 1996). Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario; manteniéndose en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas (sentencia de 11 de septiembre de 1992), añadiendo también la referida doctrina que la condición más beneficiosa así configurada, tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior -legal o pactada colectivamente- más favorable que modifique el "status" anterior en materia homogénea."

Aplicando la anterior doctrina al presente se puede observar que en ningún momento aparece acreditada la existencia de esa voluntad empresarial de constituir, de configurar un derecho. En primer lugar, porque la sentencia recurrida no recoge tal situación como hecho probado, ni se ha pedido tampoco en el recurso de casación la incorporación del mismo al relato histórico, probablemente porque no existe base documental para afirmar que con carácter general la empresa venía retribuyendo tales ausencias en todos o algunos de los numerosos centros de trabajo, más de 50, en los que prestan servicios los aproximadamente 9.500 trabajadores.

En segundo lugar porque, como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, no hay evidencia alguna de que ese pretendido derecho a que se consideren las discutidas ausencias como tiempo de trabajo y por ello retribuidas, haya existido como derecho reconocible nacido de la voluntad empresarial manifestada a través de la sucesión o reiteración de situaciones de concesión o abono del tiempo empleado en las repetidas ausencias al trabajo. En suma, la sentencia recurrida al negar la existencia de tal derecho adquirido no infringió el artículo 3.1 c) ET, en relación con el artículo 1089 del Código Civil, por lo que el motivo del recurso tampoco puede prosperar, lo que debe conducir, por todas las anteriores razones, a la íntegra desestimación de los tres

recursos de casación interpuestos, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento alguno sobre las costas.

En la sentencia del TS de 13/ 03/2006 se establece. El complemento personal que se cuestiona, según consta en los cuatro primeros ordinales del relato fáctico, es el resultado de unos pactos colectivos habidos entre determinadas empresas -luego subrogadas por la empresa demandada- y sus respectivos trabajadores en la provincia de Barcelona. En cuanto a su contenido se dice que el complemento se revalorizará de acuerdo con los incrementos porcentuales del Convenio de transporte en ambulancia, formará parte de las pagas extraordinarias (expresamente, pactos de Sant Celoni y Granollers) y no es compensable ni absorbible (expresamente, pactos de Cerdanyola y Granollers). Según consta en el ordinal primero la subrogación se produjo en el mes de septiembre de 2000, y desde entonces la empresa demandada "reconoció todas las condiciones laborales, tanto individuales como colectivas, de que venían disfrutando los trabajadores y en la anterior empresa.

Se trata, según queda indicado, de pactos colectivos (acuerdos de empresa, en este caso), que afectan a todos los trabajadores. Tal carácter colectivo, extensivo a todo el personal, fundamenta la apreciación de que se está ante una norma paccionada reguladora de los derechos económicos del personal -efectuada para la regularización de la nómina y regulación del excedente respecto de las previsiones del convenio entonces aplicable, según expresa la sentencia de instancia-, sin que, alcance propiamente el carácter de una condición más beneficiosa que llegara a incorporarse a los contratos individualizados en virtud de una indubitada voluntad empresarial.

Se explica la vigencia de los mencionados acuerdos, incluso una vez producida la subrogación, en tanto no se produjese la entrada en vigor de un nuevo Convenio. Así resulta del propio texto del art. 44.4, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores

(ET), en relación con la subrogación y sucesión empresarial. En este sentido cabe citar, entre otras, las sentencias de 15 de diciembre de 1998 (rec. 4424/1997), 20 de marzo de 2002 (rec. 1170/2001) y 10 de abril de 2002 (rec. número 987/2001); la primera de las citadas, en doctrina aplicable al presente caso, en cuanto en éste se da el pacto colectivo de empresa seguido, tiempo después, del fenómeno de la subrogación empresarial, dice lo siguiente: "El art. 44 ET no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador".

Ello explica la aplicación del nuevo convenio, una vez vigente éste, en el que hay una regulación del complemento de Convenio de Cataluña, y en cuyo art. 16 se dice que para su cálculo "se tendrá en cuenta la suma de todos los conceptos retributivos que percibe cada trabajador del transporte sanitario, con la excepción del Salario base, el Plus ambulanciero, la antigüedad y la nocturnidad, en su caso", conceptos retributivos entre los que explícitamente menciona al "complemento personal".

Las afirmaciones contenidas en algunos de dichos Acuerdos, relativas a que el meritado complemento no es compensable ni absorbible y que su modificación o supresión requiere el acuerdo de las partes, no afecta a los anteriores razonamientos, ya que han de entenderse vigentes durante el período normativo en que tales Acuerdos se producen, mas sin vincular el contenido del nuevo Convenio Colectivo, de acuerdo con las previsiones del art. 86.4 ET.

Por todo lo expuesto se concluye que la sentencia recurrida no ha infringido, por indebida aplicación, los arts. 8 y 16 del Convenio Colectivo.

En relación con la condición más beneficiosa dijimos en la sentencia de 11 de marzo de 1998 (rec. número 2616/1997). a su vez citada por las sentencias de 20 de mayo de 2002 (rec. número 1235/2001) y 28 de abril de 2005 (rec. número 72/2004) que "la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencias de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual <en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho> (sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), y se pruebe, en fin, <la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo> (sentencias de 25 de enero, 31 de mayo y 8 de julio de 1996). Pues bien, tales circunstancias no concurren en el presente caso. Ya queda indicado que el complemento personal responde a Acuerdos, propiamente normas paccionadas, que regulan el régimen económico de todo el personal de las respectivas empresas, sin que conste dato alguno del que quepa inferir la existencia de una inequívoca voluntad empresarial de conceder de forma permanente a los trabajadores el complemento personal, de modo que se entienda incorporado a los contratos individualizados de cada trabajador.

El sistema de remuneración se halla entre las condiciones de trabajo a que se refiere el art. 41.1 ET. Más en el presente caso no nos hallamos ante una actuación unilateral de la empresa que desconozca los derechos de los trabajadores, sino que nos hallamos ante una aplicación del sistema remuneratorio pactado en el Convenio Colectivo vigente, aplicación que es conforme a Derecho según se ha razonado anteriormente.

El art. 86.4 ET es aplicable en la medida en que con el Convenio Colectivo de referencia, vigente en los años 2002 a 2005, ambos inclusive, se abre un nuevo período normativo, con regulación del sistema remuneratorio, sin que haya mención expresa alguna en cuya virtud pueda entenderse que subsiste la vigencia del complemento personal en los términos anteriormente pactados.

En la sentencia del TS de 05/07/2007. Se establece que la resolución del asunto exige determinar si la conducta o práctica de empresa a que se refiere el trabajador constituye o no «condición más beneficiosa». Al efecto, de dicha condición más beneficiosa, es de señalar, lo que se pasa a exponer:

1) La STS de 24 de septiembre de 2005, recaída en Recurso de Casación número 119/03 afirma que: «No siempre es tarea sencilla determinar si esa situación jurídica se produce, pues es necesario analizar todos los factores y elementos para saber, en primer lugar, si existe la sucesión de actos o situaciones en la que se quiere basar el derecho; y en segundo lugar; si realmente es la voluntad de las partes en este caso de la empresa, el origen de tales situaciones."

Esta Sala ha afirmado al respecto, (STS 20 de mayo de 2002, recurso 1235/2001, con cita de la sentencia de 11 de marzo de 1998 (recurso 2616/97) que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama; por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (STS 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de modo que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" (STS 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 julio de 1996) y se pruebe, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo" (sentencia de 25 de enero de 1995, 31 de mayo y 8 de julio de 1996).

Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio lo que impide su disposición por decisión unilateral del empresario y produce la consecuencia de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas.

2) En el supuesto litigioso, como se constata en la sentencia impugnada, la empresa venía concediendo un nuevo período de vacaciones por los días que no pudieron ser disfrutados por los trabajadores que se encontraban en situación de incapacidad temporal, siempre que dicha contingencia se produjera con anterioridad a la fecha de inicio del disfrute de las vacaciones. En el vigente Convenio Colectivo de empresa, cuyo ámbito temporal de aplicación es de 1 de enero de 2001 a 31 de diciembre de 2004, la regulación de las vacaciones se hace en el artículo 32 , a cuyo tenor: «La duración del período de vacaciones será de 30 días naturales seguidos, salvo pacto en contrario, o de la parte proporcional correspondiente en el supuesto de ser inferior al año, la antigüedad del trabajador. El período oficial de vacaciones, será elaborado de común acuerdo, conforme a lo descrito en el artículo sobre el calendario laboral. Por necesidades de la empresa y previa información al Comité, las vacaciones pactadas en el Calendario laboral, podrán adelantarse o retrasarse, siempre que todo el período quede comprendido entre el 1 de julio y el 31 de agosto, y con la siguiente operativa: antes de finalizar el mes de febrero, se fijarán las secciones y turnos afectados por el cambio de vacaciones. Los turnos de las secciones afectadas tendrán carácter rotativo».

Vigente ya el nuevo convenio, la empresa ha continuado concediendo las vacaciones a los trabajadores que se encontraban en incapacidad temporal en el momento de inicio de las mismas, en la forma antedicha que venía siendo práctica habitual.

3) Siendo ello así es obvio que por la habitualidad, regularidad y persistencia en su disfrute en el tiempo, esta condición se ha incorporado al vínculo contractual de forma que no puede ser suprimida, ni reducida unilateralmente por el empresario, a no ser que las partes hayan alcanzado un nuevo acuerdo o se haya producido su neutralización en virtud de una norma posterior, legal o paccionada, que altere la situación anterior con algún beneficio o utilidad de análogo significado. En consecuencia la antedicha forma de disfrute de las vacaciones de los trabajadores en situación de incapacidad temporal constituye una condición más beneficiosa, incorporada al nexo contractual del actor, hoy recurrido, y al haberlo entendido así el juzgador de instancia, procede la desestimación del recurso formulado.

Para la sentencia del TS de 04/04/2007. Con respecto al principio de condición más beneficiosa, fundado en el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la Sentencia más reciente de esta Sala de fecha 21 de noviembre de 1006 (Rec. 3936/2005), recuerda la doctrina recogida en la Sentencia de 29 de marzo de 2.002 (Rec. 3590/1999), que se expresó así: "para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencia de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" (sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) y se pruebe, en fin, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo" (sentencia de 25 de enero, 31 de mayo y 8 de julio de 1996). Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario; manteniéndose en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas (sentencia de 11 de septiembre de 1992). Añadiendo también la doctrina de

esta Sala que la condición más beneficiosa así configurada, tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior -legal o pactada colectivamente-, más favorable que modifique el "status" anterior en materia homogénea."

En el presente caso, está expresamente reconocida la condición más beneficiosa de que gozaba - a lo largo de 14 años- el personal de enfermería de la demandada, que presta servicios en la UVI, consistente en el disfrute de un día libre por mes -denominado "libre de UVI"- más que el resto de personal. Lo controvertido es, únicamente, si esta condición más beneficiosa puede ser compensada o neutralizada con una reducción de jornada laboral semanal -de 40 a 35 horas- aplicada a todos los trabajadores de la empresa. Y a esta cuestión la Sala ha de dar respuesta negativa, en base a lo siguiente: a) aun cuando el disfrute de un día libre más al mes supone, en definitiva, trabajar menos, en puridad no es lo mismo que la reducción de la jornada de trabajo; b) instaurada sin duda la señalada condición por las especiales circunstancias de la UVI y los requerimientos -también sin duda distintos- que en cuanto a tareas se exigen de los enfermeros integrantes de dicha UNIDAD, este "status" no puede modificarse de forma unilateral por la empresa sobre la base de una reducción de jornada que se aplica a toda la plantilla; y, c) dada la singularidad en el presente caso de la "condición", ésta persiste y es intangible por la sola voluntad empresarial, por lo que en definitiva, no acordada la compensación con los titulares de la condición, su supresión deviene ilícita.

II. ESQUEMA DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. CARACTERÍSTICAS DE UN CONTRATO DE TRABAJO

Un contrato de trabajo es un acuerdo entre empresario y trabajador por el que éste se obliga a prestar determinados servicios por cuenta del empresario y bajo su dirección, a cambio de una retribución.

Pueden firmarlo:

- Los mayores de edad.
- Los menores de 18 años legalmente emancipados.
- Mayores de 16 y menores de 18 si tienen autorización de los padres o de quien los tenga a su cargo. Si viven de forma independiente, con el consentimiento expreso o tácito de sus padres o tutores.
- Los extranjeros de acuerdo con la legislación que les sea aplicable.

2. FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo puede formalizarse por escrito o de palabra. Es obligatorio por escrito cuando así lo exija una disposición legal, y siempre en los contratos que se relacionan:

- Prácticas.
- Formación.
- Para la realización de una obra o servicio determinado.
- A tiempo parcial, fijo discontinuo y de relevo.
- A domicilio.

- Trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero.

- Los contratos por tiempo determinado, cuya duración sea superior a cuatro semanas.

Cada una de las partes podrá exigir que el contrato se celebre por escrito, en cualquier momento del transcurso de la relación laboral.

3. PERIODO DE PRUEBA

Su establecimiento es optativo y de acordarlo, se deberá reflejar por escrito en el contrato.

Su duración máxima se establecerá en los Convenios Colectivos, y en su defecto la duración no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, o de dos meses para el resto de los trabajadores.

Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los mismos derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe, como si fuera de plantilla.

Durante este período se podrá rescindir la relación laboral por voluntad de cualquiera de las partes, sin alegar causa alguna y sin preaviso, salvo pacto en contrario.

El período de prueba se computa a efectos de antigüedad.

La situación de incapacidad temporal que afecte al trabajador durante el período de prueba interrumpirá el cómputo del mismo, siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.

4. DURACIÓN

Un contrato de trabajo puede ser indefinido (fijo), o bien tener una duración determinada (temporal).

En principio todo contrato de trabajo es indefinido y a jornada completa, salvo que en el contrato de trabajo se establezca lo contrario.

Las normas que regulan cada tipo de contrato temporal, establecen cuál es la duración mínima y máxima del contrato.

5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Un contrato de trabajo supone unos derechos para el trabajador, que se convierten en obligaciones para el empresario. Al mismo tiempo, las obligaciones que contrae el trabajador se convierten en derechos de su empresario.

El empresario contrae obligaciones con:

El trabajador: cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato y principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.

Los representantes legales de los trabajadores: también deberá entregar a los representantes legales de los trabajadores, una copia básica de los contratos formalizados por escrito (con excepción de los contratos de relaciones especiales de alta dirección, para los que es suficiente la notificación), así como las prórrogas de dichos contratos y las denuncias de los mismos, teniendo para ello el mismo plazo de 10 días. La copia básica contendrá todos los datos del contrato a excepción del número del D.N.I., domicilio, estado civil y cualquier otro dato que pueda afectar a la identidad personal del interesado. Posteriormente, dicha copia básica se enviará al Servicio Público de Empleo.

Cuando no exista representación legal de los trabajadores también deberá formalizarse copia básica y remitirse al Servicio Público de Empleo.

Derechos del trabajador:

Cumplir las obligaciones concretas del puesto de trabajo conforme a los principios de la buena fe y diligencia.

Cumplir las medidas de seguridad e higiene que se adopten.

Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio de su función directiva.

No realizar la misma actividad que la empresa en competencia con ella.

Contribuir a mejorar la productividad.

Los demás que se establezcan en el contrato de trabajo.

III. LA DEFINICIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

Contrato de trabajo es aquel por el que una persona (el trabajador) se compromete a prestar sus servicios por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica (el empresario) a cambio de una retribución (arts. 1.1 y 8.1 E.T.).

Para que haya contrato de trabajo ha de intercambiarse, entre el trabajador y el empresario, un trabajo dependiente y un salario garantizado ajeno a los riesgos de la empresa. Dependencia y ajenidad serán, así, los elementos esenciales de necesaria presencia en el contrato de trabajo.

Se recoge en la sentencia del TS, de 09/12/2004. Rec. 5319/2003. La primera premisa doctrinal de nuestro razonamiento es la constantemente repetida en éste y en otros órdenes jurisdiccionales de que la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración

efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto. Exponentes de esta consolidada doctrina jurisprudencial a lo largo de los años son, entre otras muchas, nuestras sentencias de 11 de diciembre de 1989 y de 29 de diciembre de 1999; esta última cita numerosos precedentes. El segundo paso de la argumentación a tener en cuenta se ha de referir, en supuestos como el presente en que está en juego una calificación alternativa de contrato de trabajo o contrato de arrendamiento de servicios, a la historia de la normativa legal en la materia. Como apunta la sentencia de contraste (STS de 7 de junio de 1986), la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato del arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho, "al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente". En efecto, en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios. En el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Así, pues, cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral. Tanto la dependencia como la ajenidad - es la tercera premisa del razonamiento - son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales. Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de

trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario. También se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo (STS de 23 de octubre de 1989), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS de 20 de septiembre de 1995); la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad (STS de 8 de octubre de 1992, STS de 22 de abril de 1996); y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados (STS de 31 de marzo de 1997); la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (STS de 15 de abril de 1990, STS de 29 de diciembre de 1999); el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS de 20 de septiembre de 1995); y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS de 23 de octubre de 1989). El siguiente paso de nuestro razonamiento consiste en la proyección del anterior sistema de indicios sobre la relación de servicios médicos controvertida y en la aplicación al supuesto litigioso, en su caso, de los hechos indiciarios específicos utilizados por la jurisprudencia para la actividad profesional concreta del ejercicio de la medicina. El resultado de esta labor conduce de manera inequívoca a la calificación de dicha relación de servicios como contrato de trabajo. En efecto, todos los datos y circunstancias de la relación de servicios en litigio apuntan en tal dirección. Es la entidad SMBO y no el médico quien dispone de organización sanitaria propia para la prestación de los servicios. El actor está integrado en el cuadro médico de SMBO. El lugar, el horario, los medios e incluso, si bien indicativa y no imperativamente, el modo de trabajo han sido programados o predispuestos por SMBO. La clientela es de SMBO y no del facultativo. Existe retribución garantizada a cargo de

SMBO, que se calcula a razón de una cantidad fija por asegurado. Y el médico está obligado a la prestación personal de los servicios. En suma, todos los indicios habituales de dependencia y de ajenidad acreditan la calificación de laboralidad en el caso enjuiciado. La conclusión anterior no queda desvirtuada por las previsiones expresadas en el contrato de sustituciones o suplencias del médico en las licencias y otros supuestos singulares. Como sucede también en el caso de la sentencia de contraste, e incluso con una formulación más rotunda y rigurosa que en esta última, las sustituciones o suplencias son la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada entre el médico demandante y la entidad de asistencia sanitaria demandada, al limitarse aquéllas a los supuestos de imposibilidad o incapacidad de trabajo, con exigencia expresa de permiso de dicha entidad. Es claro que tal previsión contractual no puede impedir la calificación de laboralidad.

En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas (STS de 15 de abril de 1990 y STS de 3 de abril de 1992) o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes (STS de 22 de enero de 2001). En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados (STS de 7 de junio de 1986, sentencia de contraste) o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles (caso de la sentencia recurrida), constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena (STS de 20 de septiembre de 1995). No está de más señalar, por último, que tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas (STS de 11 de diciembre de 1989). Téngase en cuenta, por último, que el pronunciamiento que adoptamos en esta sentencia sobre la cuestión de la

calificación de la relación de servicios médicos es distinto del adoptado en la sentencia de esta Sala de 22 de enero de 2001, pero no incurre en contradicción con ella.

En esta última se ha llegado a una conclusión contraria a la calificación de la relación de servicios médicos enjuiciada como contrato de trabajo, en atención a hechos y circunstancias diferentes a los del litigio que resolvemos ahora. En dicha sentencia de 22 de enero de 2001:

a) se reconocía al médico una facultad de decidir su sustitución en los servicios médicos por otro facultativo, y no una mera previsión excepcional de suplencia.

b) el régimen horario de prestación de los servicios lo fijaba el médico y no la empresa, que se limitaba a excluir una determinada franja de horas.

c) la forma de retribución concertada era, según se dice, la iguala, ésto es, de acuerdo con el diccionario de la RAE, "el convenio entre médico y cliente por el que aquél presta a éste sus servicios mediante una cantidad fija anual en metálico o en especie".

Sí guarda una evidente similitud con el caso aquí enjuiciado, en lo concerniente a forma de retribución y suplencias, el supuesto litigioso de nuestra sentencia de 20 de septiembre de 1995. En ella la Sala se inclinó también por la calificación de laboralidad de la relación de servicios de la directora de en un centro sanitario, justificando la designación del suplente por la propia directora durante los períodos de vacaciones con base precisamente en la alta cualificación técnica de la misma.

En la sentencia de 11 de marzo de 2005, Rec. 2109/2004. El artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores aunque, como es sabido, no contiene una definición del contrato de trabajo, sí establece las notas generales características que ha de reunir para poder ser acreedor de tal denominación y distanciarse de otras instituciones o figuras jurídicas próximas y así se dice que el Estatuto de los Trabajadores resulta aplicable a

los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. Las notas de ajenidad, dependencia, actividad remunerada de carácter personal y voluntario se configuran así como integrantes de la relación de trabajo. Tales notas se completarían -como viene diciendo reiteradamente la jurisprudencia- con las consecuencias de esa ajenidad y dependencia, como es la expresión de realización de una actividad dentro del ámbito de organización y dirección del empresario (STS 16.12.90) y el que exista una transmisión a un tercero de los frutos o el resultado del trabajo, percibiendo el empresario directamente los beneficios (SSTS de 29.10.90 y 16.3.92).

Por otra parte, el número 3 del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores contiene una serie de exclusiones de la aplicación de sus previsiones normativas, entre las que se encuentra la que fue aplicada por las sentencias recurrida y de contraste, la letra e), punto en el que se dice que estarán excluidos de esa normativa "Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.".

La disputa jurídica que se suscitó en el recurso de suplicación y que resolvió la sentencia recurrida en primer término se situaba en torno a la determinación de si la mera unión de hecho -- que nadie discute que existía entre demandante y demandado en el proceso por despido-- con vida, domicilio e incluso una hija común, constituye un trabajo familiar excluido, salvo prueba en contrario, del concepto de laboralidad, llegándose a la conclusión de que desde un punto de vista civilístico y de seguridad social, no cabe extender esa mera unión de hecho hasta el concepto de matrimonio, figura que es la expresamente incluida en el precepto. Doctrina que cabe aquí compartir,

tal y como ha dicho esta Sala a propósito del percibo de prestaciones por desempleo en la sentencia de 24 de febrero de 2000 (recurso 2117/1999), al excluir la unión more uxorio de los supuestos que contempla el artículo 1.3 e) del Estatuto de los Trabajadores, pues no cabe aplicar en este caso la analogía con el matrimonio. Así, se afirma en esta sentencia que "La convivencia de hecho o more uxorio no encaja dentro del tipo legal contemplado en el art. 1-3 e) del E.T. Es cierto que en el caso de autos hay convivencia entre la actora y el empresario, sin embargo está ausente la condición de familiar. La norma se está refiriendo cuando habla de familia a la nacida del matrimonio; no prevé la convivencia more uxorio. Esta Sala en sus sentencias de 14 de abril y 17 de junio de 1.994 y el Tribunal Constitucional en la de 25 de abril de 1.994, en relación al alcance del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social y orden de 13 de febrero de 1.967, en supuestos en que se planteaba la extinción de una pensión de viudedad de beneficiaria por la mera convivencia marital con otra persona ya precisó lo antes dicho, al decir que no surgiendo de las uniones de hecho el derecho a una pensión de supervivencia, al ser necesario en todo caso el requisito del matrimonio, tampoco puede provocar la extinción del derecho legítimamente alcanzando dicha convivencia, pues se podría llegar a la absurda situación de que una persona se viese privada de su pensión de viudedad sin poder llegar a obtener otra a la muerte de aquella con la que hubiese convivido". Por esa razón, aplicando esta doctrina al caso aquí enjuiciado, es claro que la sentencia recurrida en ningún caso infringió el referido precepto, que fue justamente interpretado. La sentencia recurrida llega a la conclusión, como antes se dijo en el primero de los fundamentos de esta sentencia, de que entre la demandante y demandado, con independencia de los personales vínculos antes descritos, se dan las notas características de la relación laboral por cuanto que concurren las que se desprende del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que también se denuncia por el recurrente como infringido, pues entiende el recurrente que no existieron nunca tales notas de ajenidad y dependencia, lo que nos ha de conducir en este momento al análisis de la posible laboralidad de la relación concreta que en este supuesto se nos ofrece, examen jurídico que no se agota con, en este supuesto, la lectura de la letra e) del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, sino que en todo caso, ha de

partirse siempre de la concurrencia de las notas generales que han de confluir en todo contrato de trabajo, teniendo en cuenta siempre que las exclusiones del número 3 del art. 1 ET no son numerus clausus, como se evidencia de la propia letra g) del precepto, con arreglo al que se excluye también "en general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo". Por eso resultaría incompleto en el supuesto hoy analizado detenerse exclusivamente en el análisis de la existencia de un vínculo familiar equivalente al matrimonio como excluyente de la existencia de la relación laboral que la demanda por despido necesita como soporte, sino que han de analizarse el resto de elementos de hecho configuradores de la relación existente entre las partes para llegar justamente a la solución contraria a la que llegó la sentencia recurrida. Tal y como consta en hechos probados y en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia con valor de tal, la demandante, además de convivir con el demandado en las condiciones ya dichas, figuraba como autorizada en una cuenta corriente de la que era titular el demandado, sobre la que disponía de tarjetas de crédito vinculadas a la misma con las que hizo gastos de distinta naturaleza (hecho séptimo de la sentencia de instancia) y no consta que percibiese remuneración por la actividad desarrollada. Por el contrario, del relato de hechos probados se desprende que esa comunidad de vida, extendida también a la actividad común de hostelería que llevaban a cabo juntos, en modo alguno suponía la existencia de una ajenidad en la posición de la demandante ni una dependencia o incorporación al ámbito organizativo o directivo del demandado.

Como factores que confluyen en la inexistencia de ajenidad y dependencia, cabría decir que si la demandante estaba sujeta a vínculo laboral con el demandado, no se explica que cuando cesó la primera empresa explotada en la actividad el 28 de febrero, no hubiese algún tipo de reclamación por despido o por salarios por parte de la actora o, al menos, que se inscribiese como demandante de empleo. Este hecho, además, es valorado jurídicamente por la sentencia de instancia cuando da por terminada lo que allí se entiende como una primera relación de trabajo precisamente en esa fecha, y acoge como fecha inicial del nuevo contrato el inicio de la actividad en el nuevo local arrendado el 1 de mayo siguiente. Del mismo modo, se compadece mal con la nota de

dependencia y subordinación -que comprende facultades disciplinarias propias del ámbito rector y organizativo del empresario- el hecho de que la demandante en el mes anterior -septiembre de 2.003- a la ruptura de la convivencia se marchase durante nueve días de la localidad en la que se encontraba la cafetería en la que pretendidamente trabajaba para el demandado y éste no adoptase ningún tipo de medida, ni siquiera interesándose por los motivos de la ausencia o de advertencia ante el supuesto incumplimiento. No había por tanto incorporación al círculo organizativo y rector del empresario.

Por último, la nota de ajenidad ha de ser puesta en relación con todas las circunstancias anteriores para llegar a la conclusión contraria a la que se obtuvo en la sentencia recurrida, pues no cabe entender que los frutos del trabajo de la actora ingresaran en el patrimonio exclusivo del demandado, sino que existía al menos una cuenta de la que disponía la demandante para atender diversas atenciones de la unión y de la hija común, repartiéndose así de hecho los beneficios a favor de los elementos de esa vida común, y no del demandado como empresario.

Razones todas ellas que conducen, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, a entender que la sentencia recurrida infringió el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores calificando la relación existente entre las partes de laboral, lo que ha de conducir ahora, a la necesidad de casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en su día estimando el de tal clase interpuesto por el demandado y desestimar finalmente la demanda, por cuanto que al no haber relación de trabajo entre las partes, no existió despido de clase alguna, lo que determina a su vez la absolución del demandado de las pretensiones que se deducían en su contra, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre costas.

Para la sentencia del TS de 18 de marzo de 2009, Rec. 1709/2007. Se califican las relaciones de servicios litigiosas como contratos de trabajo, razonando al efecto que la entidad demandada dispone de organización sanitaria propia para la prestación de los

servicios; que el lugar, el horario, los medios materiales y personales han sido predispuestos por la entidad mercantil demandada; que la retribución es percibida a través de la empresa, la cual gestiona su cobro; y que el odontólogo está obligado a la prestación personal de los servicios, sin perjuicio del régimen de sustituciones que la empresa dispone. Ha de partirse de la base de que la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad del contenido que manifiesta su ejecución, que debe prevalecer sobre el nomen iuris que errónea o interesadamente puedan darle las partes, porque «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 cabo» (así, últimamente, SSTS de 20/03/07 -rcud 747/06-; 07/11/07 -rcud 2224/06-; 27/11/07 -rcud 2211/06-; 12/12/07 -rcud 2673/06-; 12/02/08 -rcud 5018/05-; y 22/07/08 -rcud 3334/07 -). Asimismo, aparte de la presunción «iuris tantum» de laboralidad que el art. 8.1 ET atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe, el propio Estatuto, en su art. 1.1 , delimita, desde el punto de vista positivo, la relación laboral, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurran, además de dicha voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, cuales son, «la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios» (SSTS 19/07/02 -rcud 2869/01-; y 03/05/05 -rec. 2606/04 -). Profundizando en estar razones, la doctrina de la Sala ha sentado una serie de criterios que resume la STS 09/12/04 [- rcud 5319/03-] y que reproducen con posterioridad, entre otras, las sentencias de 19/06/07 [-rcud 4883/05-]. Doctrina que acto continuo pasamos a exponer, con algunas adiciones.

La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato del arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho, «al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente».

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

Porque ciertamente la dependencia -entendida como situación del trabajador sujeto, aún en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa-, y la ajeneidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato (prescindiendo de muchas otras anteriores, son de citar las SSTS de 19/07/02 -rcud 2869/01.

Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario. También se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo [STS 23/10/89], compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones [STS 20/09/95 -rcud 1463/94 -]; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su

actividad [SSTS 08/10/92 -rcud 2754/91-; y 22/04/96 -rcud 2613/95 -]; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador». Por su parte, los indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados [STS 31/03/97 -rcud 3555/96 -]; la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender [SSTS 11/04/90; 29/12/99 -rcud 1093/99-]; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo [STS 20/09/95 -rcud 1463/94 -]; y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones [STS 23/10/89].

Más específicamente, tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas [STS 11/12/89].

Cuando se trata de que sea un profesional liberal quien presta tales servicios, la nota de ajenidad viene también íntimamente ligada a la forma de retribución, constituyendo un claro indicio que inclina a pensar en el arrendamiento de servicios el hecho de que la retribución se perciba en función de los asuntos en los que el profesional ha intervenido, mientras que juega a favor de la relación laboral el hecho de que la retribución obedezca a un parámetro fijo [SSTS 09/02/90; y 24/02/90] (SSTS 03/05/05 -rcud 2606/04-; y 07/11/07 -rcud 2224/06 -). Y la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados [STS 07/06/86] o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores

estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena [STS 20/09/95 -rcud 1463/94 -].

Pero el hecho de que «la remuneración consista en una cantidad fija mensual, no convierte obligatoriamente en laboral al nexo contractual de autos, pues ese sistema de "iguala" puede aplicarse perfectamente también en el arrendamiento de servicios de carácter civil» (STS 19/11/07 -rcud 5580/05 -).

Muy diversamente -en el caso de las profesiones liberales- son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas [SSTS 11/04/90; 03/04/92 -rcud 931/91-] o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes [STS 22/01/01 -rcud 1860/00-].

- La «dependencia» en el trabajo.- La dependencia o subordinación del trabajo significa que su trabajo se encuentra en una situación de «sometimiento a la esfera organicista, rectora o disciplinaria del empresario», esto es, que quien organiza el trabajo, da las órdenes y sanciona en caso de incumplimiento de sus obligaciones es el empresario y no el trabajador.

En la sentencia del T.S. de 2 de julio de 1996. La delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1 f) del Estatuto de los Trabajadores, desarrollada por el Real Decreto 1438/1985, y sus fronteras con la que se genera por el contrato de agencia, regulado por Ley 12/1.992, ha de efectuarse actualmente teniendo presente lo que, transponiendo a nuestro ordenamiento interno la Directiva 86/653 CEE, de 18 de diciembre de 1.986, determina en términos imperativos esta última Ley, por la que por vía refleja se deja precisado el ámbito de la exclusión de laboralidad que consagra el artículo 1.3 f) del Estatuto de los Trabajadores y el de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1 f) del mismo cuerpo legal. La nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial antes citada, de quien

asume el papel de agente como consecuencia de la valida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare.

Siendo ello así deviene evidente que la relación traída al proceso no es incardinable en la laboral especial antes citada, dado que, como figura en la ya inalterable versión judicial de los hechos, la parte recurrida, al desarrollar el contrato de agencia que concertó, actuó con plena independencia funcional, rigiendo por sus propios criterios su actividad y el tiempo dedicado a la misma, limitándose las instrucciones recibidas a materias imprescindibles para el correcto desenvolvimiento de su actividad, cual era la fijación del precio de los productos correspondientes a la intermediación que hacía. Tal relación no sólo fue concertada con exclusión de dependencia, sino que en su desenvolvimiento real se produjo con ausencia de tal nota, lo cual lleva a la conclusión indicada y fuerza a entender que dicha relación revistió naturaleza mercantil, por lo cual el Orden Jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones surgidas de dicha relación no es el Social, ya que así resulta de lo establecido por el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Al no haberlo entendido así la sentencia impugnada incurrió en las infracciones denunciadas y, por apartase de la doctrina ajustada sentada por las sentencias que han sido utilizadas para el debate sobre la contradicción, produjo quebranto en la unificación

de la interpretación del derecho y formación de la jurisprudencia. Procede, por tanto, casar y anular la sentencia recurrida.

Ante ello se ha de resolver el debate planteado en suplicación con pronunciamiento ajustado a dicha unidad de doctrina, lo que en el caso ha de hacerse, con estimación del recurso que en tal grado de jurisdicción interpuso la parte también hoy recurrente, declarando la falta de jurisdicción del Orden Social para conocer de la pretensión deducida, dejando a salvo el derecho de la demandante de ejercitar su pretensión ante el órgano competente del Orden Civil. Todo ello sin imposición de costas en este recurso y en el de suplicación, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir y de la consignación efectuada.

- Los distintos grados de dependencia en el trabajo.- Naturalmente, en cada contrato de trabajo la dependencia posee una mayor o menor gradación, según las características de la actividad que se realice y el puesto de trabajo que se ocupe. Así, existirá mayor dependencia en el contrato de embarco en la marina mercante o en el contrato de un peón de la construcción que en el contrato para trabajos a domicilio o en el contrato de un trabajador altamente cualificado o directivo o de un representante de comercio.

Se establece en la sentencia del TS de 20 de noviembre de 2007. Los hechos probados de la sentencia recurrida, transcritos en su integridad en los antecedentes de esta resolución, dan cuenta de que el actor suscribió formalmente en la misma fecha (22-11-2000) dos contratos distintos: uno "de trabajo a tiempo parcial indefinido para prestar sus servicios como Inspector y Organizador comercial" (hecho probado 1º) y otro "de agencia con las mismas compañías integrantes del grupo...que forman una misma unidad empresarial..[que] se denominó como mercantil". Consta igualmente que el demandante "no realizaba para la empresa la actividad de producción de seguros, ni tenía cartera de clientes" y que "sus funciones consistían en las de captar nuevos agentes, formación de los mismos, control de la producción de los nuevos agentes, y

asesoramiento a los nuevos agentes tanto en sistemas de venta, como en los productos de la compañía. La empresa era quien marcaba los criterios de captación de nuevos agentes, así como todo tipo de directriz en cuanto a los productos, zonas de venta, etc. Para desarrollar su actividad en alguna ocasión tenía que desplazarse con los nuevos agentes para formarlos..., pero sin realizar venta directa" ni cobrar por ello comisión alguna ya que las que percibió "lo fue por la de los agentes a su cargo a los que había captado, formado y orientado" (hecho probado 3º).

En la sentencia de contraste que recayó en proceso de despido, en donde la parte demandada es la misma que en el presente recurso, son hechos probados, que el actor concertó contrato de trabajo, haciendo constar que prestaba servicios como inspector y organizador comercial y, que "En su cláusula adicional 1ª se establece lo siguiente `El trabajador prestará sus servicios para la Compañía en el Departamento Comercial, siendo sus funciones las de captar nuevos agentes, llevar el control de la producción de los agentes de seguros de su equipo, así como del estado de sus cuentas y liquidaciones, deberá instruir a los agentes en los sistemas y normas de producción de la compañía, con asesoramiento continuo a los mismos y cualquiera otros servicios análogos referidos a la producción, así como nuevas formas de venta, estudios de mercado y demas?. Y en su cláusula adicional 2ª : `El trabajador podrá producir seguros a favor de la compañía de acuerdo con lo establecido en el punto 5º del art. 3 de la ley 9/92, de 30 de abril , de mediación en seguros privados. Esta actividad y su remuneración tiene exclusivo carácter mercantil, no laboral y no altera la relación existente por razón de contrato de trabajo. En la cláusula cuarta del contrato se hace constar que el contrato por tiempo indefinido `no se realiza para la ejecución de trabajos fijos y periódicos consistentes en la misma que la empresa, venta de seguros de vida?. Obra en autos tal contrato, así como contratos sucesivos firmados por el hoy actor, que se dan por reproducidos ... Las partes formalizaron también contrato de agencia de seguros, manifestándose que suponen una relación estrictamente mercantil, haciéndose constar que: `El agente no tendrá ninguna relación de dependencia y desarrollará su actividad, dedicando el tiempo que estime oportuno, siguiendo sus propios criterios de organización, de acuerdo con lo estipulado en el contrato y supletoriamente en la Ley

9/92, desarrollando el agente la actividad mercantil de promoción, mediación y asesoramiento. Se hace constar que el agente tendrá derecho a percibir, sobre las pólizas de seguros que se contraten por su mediación y que administre, los porcentajes de comisiones que se establezcan en la `Tabla de Comisiones? anexo a este contrato, aplicados sobre las primas efectivamente cobradas por las Compañías ... El hoy actor percibe una retribución fija por la que la empresa cotiza, fruto del contrato laboral y unas comisiones por la producción del equipo de agentes que formaba y contrataba, no constando que produjera directamente seguros, siendo éstas las cantidades especificadas en el hecho quinto de la demanda".

Como quiera que en ambos supuestos, al margen de lo que formalmente pudieran contemplar cada contrato, aparece acreditado que los respectivos actores no desempeñaron actividad de seguros de manera personal y directa, sino a través de los agentes de su equipo, percibiendo las comisiones correspondientes y, dado además que las empresas demandadas son las mismas, que las cláusulas contractuales son análogas y que en ambos supuestos los actores ostentaban idéntica categoría profesional de inspector y organización comercial, se ha de concluir que concurren los requisitos de identidad exigidos por el artículo 217 de la LPL. Y como las sentencias comparadas resuelven con signo contrario, computando la recurrida la totalidad de los ingresos pero excluyendo la de contraste los derivados del supuesto vínculo mercantil, se da el presupuesto procesal de la contradicción, por lo que procede resolver la cuestión planteada en el recurso, al haberse cumplido también en este caso de manera suficiente, pese a las observaciones que al respecto efectúa el trabajador recurrido en su escrito de impugnación, los requisitos exigidos en el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral . Es la misma conclusión a la que llegamos en nuestra sentencia de 9 de octubre de 2006 (R. 2377/05), en la que se analizaba como sentencia recurrida otra resolución coincidente de la Sala de Cataluña (sentencia de 16 de marzo de 2005) y como sentencia referencial la misma que ahora se invoca (Andalucía-Sevilla 11-7-2002), por lo que damos aquí por reproducido cuanto de más allí se decía en relación con la propia contradicción, en particular lo referente a las diferencias que igualmente se aprecian

respecto a nuestra sentencia del 30 de abril de 2004 (R. 898/03), que entonces determinaron que no admitiéramos el recurso por falta de contradicción.

Y como resulta que la cuestión de fondo que ahora se plantea es exactamente la misma que ya resolvió la precitada sentencia de 9 de octubre de 2006 , de conformidad con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, ha de adoptarse idéntica solución porque, partiendo del contenido del indiscutido ordinal tercero de la declaración de hechos probados, también aquí debe concluirse, como se hizo en la referida sentencia, "que la única actividad llevada a cabo por el trabajador era la inherente a su vínculo laboral y no al mercantil, aún cuando formalmente había una doble contratación laboral y mercantil y, que todas las retribuciones percibidas -incluidas las comisiones-, correspondían a tal actividad laboral, aún cuando la empresa abonara separadamente la nómina fija y las comisiones correspondientes a las devengadas por los agentes a su cargo, pues el simple hecho de este abono de comisiones no basta para desvirtuar la íntegra laboralidad de la actividad prestada, cuando además, el artículo 29.2 del Estatuto de los Trabajadores recoge "el derecho a salario a comisión".

Y aunque no exista ninguna regla que imponga una incompatibilidad entre esas dos relaciones con una misma empresa, la propiamente laboral y la mercantil como agente mediador, tal como se deduce de la doctrina expresada, entre otras, en la sentencias de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 18 de abril de 1985 y 23 de marzo de 2004 (R. 389/02), lo cierto es que, en este concreto supuesto, igual que en el precedente de la tan repetida sentencia de 9 de octubre de 2006 , el actor no realizaba actividad alguna de producción de seguros ni tenía cartera de clientes. De los hechos probados no se desprende que una de sus actividades fuese la de allegar seguros a favor de la empresa, sino que, por el contrario, como se asegura en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, "trabajó a jornada completa realizando funciones propias del contrato de trabajo, como inspector y organizador comercial, bajo la organización y dirección de la empresa".

A tenor de lo razonado, se ha de concluir que es doctrina correcta la de la sentencia de suplicación combatida, por lo que procede la desestimación del recurso,

con imposición de costas, pérdida del depósito constituido, dándose en su caso, a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que legalmente corresponda.

- La «ajenidad» en la retribución.- La ajenidad del trabajador significa que su retribución se encuentra garantizada, con independencia de los beneficios o pérdidas del empresario, esto es, con independencia de los riesgos empresariales. El trabajador, por su prestación laboral dependiente, percibirá del empresario, en cualquier caso, una compensación económica garantizada, sin quedar afectada por el riesgo de pérdida o mayor onerosidad en la ejecución de aquella (deterioro o destrucción del trabajo realizado o defectos en la comercialización del producto, por ejemplo). El trabajador cumple así con la mera puesta a disposición del empresario y no porque se haya producido el resultado pretendido por éste, ya que se trata de una obligación de medio y no de resultado.

Para la sentencia de 22 de abril de 1996, Rec. 2613/1995. En el presente recurso de casación para unificación de doctrina, concurre el presupuesto básico de la contradicción respecto de la sentencia elegida como término comparativo, de fecha 5 de Marzo de 1990, procedente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la que aparece referida a la misma empresa, ahora recurrente, y en la que se aborda una cuestión, prácticamente, idéntica a la que es objeto de valoración en los presentes autos.

El problema que se somete a debate es el de la existencia, o no, de relación laboral entre las partes contendientes en el proceso y la consecuente competencia o incompetencia de este orden jurisdiccional social para conocer del mismo.

La cuestión no resulta nada fácil de dilucidar, como así lo pone de relieve, ya, la sentencia impugnada, por cuanto el contrato que vincula a las partes litigantes se sitúa, ciertamente, en esa frontera imprecisa entre la propia y verdadera relación jurídica de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios.

Es evidente que frente a las notas típicas de una relación arrendaticia de servicios -alta en licencia fiscal -hoy I.A.E.- y en el régimen especial de Seguridad Social de trabajadores autónomos, cobro de honorarios por cada trabajo realizado con aplicación de IVA y deducción del IRPF, realización del trabajo profesional en la oficina del prestador de los servicios con sus medios y organización propios, no sometimiento a un determinado horario laboral, ausencia de período vacacional pagado por la empresa, no abono de gastos de material o de dietas, etc....- concurren en la relación jurídica de autos elementos configuradores de la dependencia característica del contrato de trabajo. En este sentido, la sentencia recurrida menciona, y ello apoya fundamentalmente el fallo estimatorio de la demanda que recoge, la concurrencia de una estricta dirección de los trabajos informativos a realizar que vinieron verificándose a través de un programa infórmatico confeccionado por la empresa la que, a su vez, controlaba dichos trabajos mediante comunicación directa con las personas respecto de las que se solicitaba información, penalizando, por otra parte, el retraso o el incumplimiento del trabajo encomendado a los demandantes recurridos y asignando a éstos determinadas zonas de actuación. En otro aspecto el trabajo de información realizado por los demandantes, que hubo de realizarse, en todo caso, personalmente, quedaba en propiedad de la empresa Iberinform Internacional, S.A., sin que aquéllos pudieran disponer del mismo en favor de otras empresas, comercializarlos o utlilizarlos de cualquier otra forma si no era a través de la indicada empresa recurrente. No consta, en otro aspecto, que dichos demandantes trabajasen, simultáneamente, para otras empresas, aunque, ciertamente, tampoco, se advierte la concurrencia de prohibición alguna al respecto que diese al trabajo realizado una característica de exclusividad.

Con tales elementos de enjuiciamiento, sin dificultad, se advierte que toda la esencia del proceso discursivo se contrae a determinar si el trabajo desarrollado por los demandantes de autos se vino desarrollando en una situación de propia dependencia de la empresa demandada recurrente y dentro del ámbito organizativo de esta última.

Es cierto que dicha dependencia no exige ya la presencia física del trabajador en las instalaciones empresariales con sujeción a un horario determinado ni siquiera, tampoco, la exclusividad en la prestación del trabajo contratado.

Desde esta perspectiva enjuiciadora y con base en la presunción legal del artículo 8-1 del Estatuto de los Trabajadores puede, sin gran esfuerzo, afirmarse que nos encontramos ante una relación laboral de específicas características pero no desnaturalizada en su esencia de prestación de trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena mediante el abono de una retribución.

Es de significar que el arrendamiento de servicios, de naturaleza civil, comporta, en sí mismo, una libertad de actuación profesional por parte del arrendatario que, claramente, no se da en el caso contemplado en el presente recurso. Y es que no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre, a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo.

Por todo lo que se deja razonado y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal el recurso debe ser desestimado, imponiéndose a la parte recurrente la pérdida del depósito constituido, al que habrá de dar el destino legal e imponiéndole las costas causadas que comprenderán los honorarios del Letrado de la parte recurrida que impugnó el recurso, dentro de los límites, legalmente, previstos al efecto.

Se recoge en la sentencia del TS de 31 de marzo de 1997, Rec. 3555/1996). La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre si debe o no ser calificada como laboral una determinada relación de servicios existente entre un fotógrafo profesional y una empresa editora de un periódico diario. En esta relación de servicios, cuyo cese ha dado origen al presente litigio, concurrían las siguientes circunstancias: a) el trabajo prestado por el actor a la empresa titular del periódico consistía en la realización de fotos y reportajes gráficos (hecho probado primero) en una circunscripción territorial o provincial determinada (hecho probado

segundo); b) el reportero o colaborador gráfico era dueño de la máquina de fotos y del coche que utilizaba en los desplazamientos de trabajo (hecho probado cuarto), si bien la empresa le suministraba el resto del material fotográfico (hecho probado quinto), y le facilitaba además una zona de trabajo (mesa de luz, archivo, laboratorio de revelado) en los locales de la delegación territorial a la que estaba adscrito (hecho probado segundo); c) las fotografías de los reportajes gráficos podían ser seleccionadas por la empresa para su reproducción, y las seleccionadas por la empresa pasaban a la propiedad de ésta (hecho probado séptimo), si bien en las publicadas constaba la firma del fotógrafo (fundamento jurídico segundo), y éste, según se afirma con valor fáctico en la motivación de la sentencia, se reservaba la propiedad de los negativos (fundamento jurídico segundo); d) los servicios del colaborador o reportero gráfico demandante se han prestado de manera continuada durante más de tres años y medio (desde 1 de abril de 1992 hasta el 13 de octubre de 1995) (hecho probado primero y hecho probado décimo tercero); e) el actor acudía diariamente a la delegación territorial del periódico, bien por la mañana o bien por tarde, para reunirse con los redactores del mismo, con objeto de determinar los actos o acontecimientos a atender, el tipo de fotografía a realizar en los reportajes o colaboraciones, y la selección de las fotos a publicar (hecho probado tercero), disponiendo de llaves de acceso al local de la delegación (hecho probado sexto) ; e) el demandante, que era designado como reportero gráfico en las páginas del periódico (hecho probado décimo), fue llamado en ocasiones por la empresa editora en horas en que no estaba en la delegación para trabajos o reportajes imprevistos (hecho probado noveno), habiendo sido acreditado a veces como enviado especial para determinados acontecimientos o puntos noticiosos (hecho probado octavo); f) la remuneración del trabajo se efectuaba en la modalidad a la pieza, es decir, la empresa pagaba por foto realizada y adquirida (hechos probados primero y séptimo); y g) el fotógrafo de prensa demandante podía prestar servicios por cuenta de otra empresa (aunque no consta que lo hiciera) (fundamento jurídico segundo). La Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha resuelto en el caso incompetencia de jurisdicción, al descartar que el actor, hoy recurrente en unificación de doctrina, hubiera estado ligado con la empresa por una relación contractual de trabajo en la que

concurrieran las notas de ajenidad, dependencia y retribución salarial. De las dos resoluciones aportadas y analizadas en el recurso para el juicio de contradicción, las más moderna es la dictada por la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) en fecha 10 de mayo de 1993. Las similitudes entre los supuestos litigiosos de la sentencia impugnada y de la citada sentencia de contraste son evidentes. En esta última se trata también de la prestación continuada de servicios al mismo periódico por parte de un colaborador o reportero gráfico, que aporta la cámara fotográfica y el vehículo para desplazamientos de trabajo, pero que recibe de la empresa los restantes materiales y medios de trabajo. La actividad desarrollada da lugar, al igual que en la sentencia recurrida, a que acuda diariamente a la redacción (salvo cuando se encuentra desplazado por motivos profesionales), a recibir instrucciones sobre "los acaeceres gráficos a cubrir", habiendo sido acreditado por el periódico para "acontecimientos culturales, festivos y judiciales", y habiendo sido llamado a veces en horas no laborales para trabajos no previstos. Las semejanzas del supuesto de la sentencia de contraste con la impugnada alcanzan también a los intercambios patrimoniales a que da lugar la relación de trabajo : el colaborador o reportero gráfico percibe retribución a la pieza, adquiriendo la empresa fotografías para su reproducción, y haciéndose constar el nombre del autor en caso de publicación.

La Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía apreció en el caso de la sentencia de contraste existencia de relación laboral, calificando por tanto como despido el acto de cese. Constatada la contradicción de sentencias, y comprobado que el escrito de formalización del recurso ha efectuado un análisis suficiente de la misma, debemos pronunciarnos sobre la cuestión planteada, en la que se denuncia infracción por inaplicación del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Ello implica analizar si concurren o no las notas de ajenidad, dependencia y retribución salarial que caracterizan conjuntamente a la relación contractual de trabajo que es objeto del ordenamiento laboral. Pero antes es preciso despejar una cuestión previa que propone el escrito de la parte recurrida. Afirma la representación letrada de la entidad editora del periódico que la sentencia de suplicación ha anulado los hechos probados de la sentencia de instancia, y que ello obliga en este recurso a partir únicamente de los

hechos reflejados en los fundamentos de derecho de la resolución del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que son los únicos que han quedado en pie. Esta Sala del Tribunal Supremo no comparte esta apreciación. La versión judicial de los hechos en el asunto que debemos decidir ahora ha sido completada con determinados datos fácticos adicionados a los de la sentencia de instancia por la sentencia de suplicación, pero el propósito de ésta no ha sido evidentemente eliminar la muy cuidada narración de hechos de la sentencia del Juzgado de lo social, en la que se apoyan de manera explícita o implícita gran parte de sus consideraciones. No existe, por otro lado, contradicción alguna entre los hechos de la sentencia de instancia y los añadidos en la de suplicación, que son los consignados en los puntos c) y g) de nuestro fundamento o considerando primero. La publicación de la foto con firma del colaborador o reportero, y la reserva de la propiedad de los negativos son, como se verá a continuación, manifestaciones del derecho de propiedad intelectual del reportero o colaborador compatibles con la cesión a la empresa de la titularidad de los derechos de explotación periodística de las fotografías o reportajes adquiridos y pagados a la pieza. Es más, las afirmaciones de la sentencia de suplicación en esta parte de su fundamentación, en que, habida cuenta de la involucración de una cuestión de competencia material, invoca su facultad libre de apreciación de los hechos, discurren sobre los hechos probados de la sentencia de instancia, sin pretensión alguna de reconstrucción completa de los mismos, limitándose principalmente a matizaciones o comentarios de calificación jurídica, como que la acreditación como enviado especial no genera dependencia, o que la retribución a la pieza no es una retribución por actividad sino por resultado.

La comprobación de si concurre o no la nota de la ajenidad o cesión anticipada del resultado del trabajo requiere en casos como el presente en que la materia del contrato es una obra fotográfica de las que son objeto del derecho de propiedad intelectual (art. 10.1.h. de la Ley 22/1987, de propiedad intelectual) algunas puntualizaciones sobre las particularidades del régimen jurídico del derecho de autor y sobre las posibles incidencias del mismo en la calificación de las relaciones de servicios entre los autores de las obras y las empresas que las encargan. La primera puntualización que conviene hacer es que dicha relación de servicios puede ser

configurada como relación laboral. Tal supuesto está expresamente previsto y regulado en el art. 51 de la Ley de propiedad intelectual, que habla de transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral. Por su parte, el Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual aprobado por Decreto legislativo 1/1996 de 12 de abril, que ha conservado con las debidas regularizaciones y armonizaciones la dicción y numeración de los artículos de la Ley refundida, incluye en la nueva rúbrica del art. 51 (Transmisión de los derechos del autor asalariado) una indicación inequívoca de que la creación y cesión de una obra de autor se puede llevar a cabo por medio del contrato de trabajo, y con sujeción a la legislación laboral. Una segunda puntualización que interesa hacer sobre la modalización de la ajenidad cuando el resultado del trabajo es una obra de autor es que la cesión de dicho resultado no tiene por qué abarcar a la integridad de los derechos de propiedad intelectual, sino sólo a los principales o más relevantes, que son, respecto de las obras de fotografía periodística, los de explotación de las mismas en atención a su actualidad. Es característica general del derecho de propiedad intelectual la pluralidad y complejidad de facultades de carácter personal y patrimonial que atribuye al autor (artículos 2 y 3 de la Ley de propiedad intelectual). Es más, determinadas facultades que componen el derecho de autor de contenido complejo son inalienables o no susceptibles de cesión a terceros. Tal es el caso de las facultades que integran el llamado derecho moral, dentro de las que se cuenta la exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra (art. 14. 3º de la Ley de propiedad intelectual). A lo anterior debe añadirse que, dentro de las facultades de carácter patrimonial de la propiedad intelectual, los llamados derechos de explotación regulados en los artículos 17 y siguientes de la Ley presentan también una gran elasticidad en cuanto a las modalidades de ejercicio (reproducción, distribución, comunicación pública, transformación), y en cuanto a los contenidos y alcance de los actos de transmisión (duración en el tiempo, ámbito territorial, exclusividad o no de la cesión, etc.). Esta diversidad y elasticidad de contenido del derecho de propiedad intelectual lleva consigo que la verificación de si existe o no ajenidad en una relación de servicios de autor haya de depender de que los derechos cedidos incluyan los principales derechos de explotación dentro del giro o tráfico económico de la profesión

y sector de actividad, o por el contrario tengan una importancia económica accesoria dentro de ellas.

En fin, interesa puntualizar, a propósito de la ajenidad en las relaciones de servicios de creación de obras de autor, que el derecho de autor es independiente, compatible y acumulable con el derecho de propiedad sobre la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual (art. 3 de la Ley). Específicamente para ciertos soportes materiales de obras de autor, el art. 56 de la Ley establece que la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no comporta por este solo título ningún derecho de explotación sobre esta última, y que el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada.

A la vista de las consideraciones anteriores, y tal como está configurada por las partes la relación contractual cuya calificación es objeto de controversia, hay que llegar a la conclusión de que concurre en el caso enjuiciado la nota de ajenidad que caracteriza a la prestación de servicios de régimen laboral. El colaborador o reportero gráfico demandante no hace los trabajos fotográficos por propia iniciativa y para sí mismo, con propósito de ofrecerlos luego en el mercado de la información, sino que los realiza atendiendo a precisas indicaciones temáticas o de objeto de una empresa periodística, que tiene la facultad de seleccionar a precio preestablecido las fotografías que más le interesan de los reportajes realizados, y que adquiere así el principal resultado del trabajo, que son los derechos de explotación y publicación en prensa de las fotografías seleccionadas. La reserva de facultades al colaborador o reportero es secundaria en el caso, y tiene su razón de ser, en lo que respecta a la consignación de su nombre en el pie de foto, en el derecho moral de los autores de obras intelectuales o artísticas.

Tampoco es decisivo para desvirtuar la calificación de laboralidad el que el trabajador, siguiendo lo que la sentencia de contraste califica de costumbre o uso profesional, aportara su propia cámara fotográfica y utilizara su propio vehículo para los desplazamientos de trabajo. Estas aportaciones, contempladas en el conjunto de la relación contractual, no tienen con toda evidencia entidad económica suficiente para

convertir al colaborador o reportero gráfico en titular de una explotación o empresa, posición esta última en la que el objetivo de lucrar un rendimiento por el capital invertido prevalece sobre la obtención de una renta por el trabajo realizado. Es cierto que el trabajo de un colaborador gráfico de un medio de comunicación puede realizarse también por cuenta propia, con elección de reportajes o trabajos por parte del colaborador y posterior ofrecimiento de los mismos a las empresas informativas. Pero tal configuración de la actividad profesional no se produce en casos como el enjuiciado en que el intercambio del trabajo fotográfico realizado por un retribución está determinado de antemano en sus elementos principales mediante encargo o intervención de la empresa periodística. Además de trabajo por cuenta ajena, el demandante en el presente litigio, a diferencia de lo que ocurre en el asunto resuelto en sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 1987, presta sus servicios en régimen de dependencia o subordinación, régimen compatible con el reconocimiento al profesional de los márgenes lógicos de decisión sobre el modo de ejecución del trabajo, el cual, además, por hipótesis, ha de realizarse principalmente fuera de los locales o dependencias de la empresa. No nos encontramos en el caso ante un colaborador libre, que presta servicios esporádicamente o por actos o acontecimientos singulares, sino ante un reportero gráfico -con esta denominación expresa figura el actor en el medio de comunicación- incorporado plenamente y con continuidad a la organización del trabajo de la empresa informativa, que programa diariamente el trabajo a realizar y que encarga incluso en ocasiones trabajos o reportajes imprevistos. El modo de retribución del trabajo elegido por las partes de la relación de servicios objeto de este litigio es el llamado de retribución a la pieza, en el que se abona una cantidad predeterminada por fotografía adquirida. Este sistema singular de destajo o remuneración por resultado no se encuentra ciertamente entre los más típicos del contrato de trabajo, que suelen ser la remuneración por tiempo o por rendimiento, pero no es incompatible con el mismo, teniendo en cuenta que el art. 26 del Estatuto de los Trabajadores, cuando concurren las notas de ajenidad y dependencia, considera "salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie,..., cualquiera que sea la forma de remuneración". La conclusión del razonamiento anterior es que nos encontramos

ante un litigio cuyo origen es una relación contractual de trabajo de régimen laboral, y cuyo conocimiento corresponde en consecuencia al orden social de la jurisdicción. El recurso debe, por tanto, ser estimado. Teniendo en cuenta el signo de la sentencia de instancia, la resolución del debate de suplicación con arreglo a doctrina unificada -último tramo de la sentencia estimatoria de unificación de doctrina- supone la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la empresa, y la confirmación de la sentencia de instancia.

- La participación del trabajador en los beneficios y en las pérdidas de la empresa.- Hay, ciertamente, contratos de trabajo en los que los trabajadores participan en mayor o menor medida de los beneficios empresariales. Tal sucede cuando se establecen modalidades de retribución con cargo a los beneficios (participación en los beneficios) o a los resultados (comisiones o primas de rendimiento). Sin embargo, en todos estos casos resulta garantizado para el trabajador un salario mínimo, haya o no haya beneficios, se consigan o no los resultados pretendidos (art. 27 E.T.).

En sentido contrario, hay también ocasiones en que la ajenidad en la retribución se pierde excepcionalmente con carácter temporal en el contrato de trabajo. Tal sucede cuando se suspende el contrato --y con él el trabajo y la retribución pactadas-- por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o fuerza mayor (art. 45.1.i) y j) E.T.).

IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

Las dificultades para la calificación jurídica

- Dificultades para calificar jurídicamente un contrato de trabajo.- La calificación de un supuesto de hecho, de una relación laboral, entre dos personas, se hace difícil en ocasiones debido a dos razones distintas y conectadas entre sí: a) La existencia de contratos afines al contrato de trabajo con perfiles igualmente difusos. b) La presencia frecuente de una interesada voluntad simuladora en las partes contratantes.

- Los contratos afines.- La coexistencia jurídica del contrato de trabajo con una serie de contratos vecinos o afines, de perfiles difusos y ambiguos, origina en la realidad una serie de «zonas grises» de calificación jurídica dudosa.

Por un lado, en el contrato de trabajo, la dependencia es graduable e indeterminada y la ajenidad en los riesgos desaparece en ocasiones y, en otras, sin desaparecer, se hace difícil distinguirla cuando existen pactos de participación en beneficios o pago con cargo a comisiones.

De otro lado, existen dificultades para delimitar el contrato de trabajo de otros contratos cambiarios civiles o mercantiles (tales como el contrato de arrendamiento de servicios, el contrato de ejecución de obra, el contrato de transporte, el contrato de comisión, el contrato de mandato, etc.), donde también se intercambian trabajo y retribución, aunque no trabajo dependiente y retribución garantizada sino trabajo independiente o autónomo por un precio, no marcando límites claros con el contrato de trabajo (S.T.S. de 27 de enero de 1994, Ar/104, respecto de profesionales liberales; S.T.S. de 15 de febrero de 1991, Rec. 2926/1992, respecto de colaboradores periodísticos y de medios de comunicación y S.T.C.T. de 21 de diciembre de 1987, Ar/28938, respecto de los modelos de bellas artes).

Para la sentencia del T.S. de 27 de enero de 1994. Hay que partir de la consolidada doctrina de esta Sala dictada en recursos por infracción de ley para casos

análogos de repartidores de mercancías con vehículo propio, de la que son expresión, entre otras, las pronunciadas el 26-2-86, 18-10-88, 8-3-90, 3-12-90, 29-1-91 y 22-2-91. Y más recientemente las dictadas por el cauce procesal de recurso para la unificación de doctrina en fechas: 17-5-91, 16-3-92, 22-7-92 y 25-5-93; en esta última es parte precisamente la misma empresa hoy recurrida. Todas estas sentencias llegan a la conclusión de la existencia de relación laboral y consiguiente competencia de esta jurisdicción para conocer del asunto.

Y es que, en efecto, en el presente caso, como se desprende de lo recogido en el relato fáctico -al igual que en las sentencias citadas- concurren las notas recogidas en el art. 1-1 del Estatuto de los Trabajadores: prestación voluntaria y personal de servicios, retribución de los mismos, dependencia, considerada, nó como una subordinación rigurosa, sino como inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario y ajeneidad con la consiguiente asunción del riesgo por la empresa; gozando dicha prestación de servicios, además, de la presunción de laboralidad establecida en el art. 8,1 del mismo texto legal. Por otra parte, dicha doctrina, delimitando el contrato de trabajo frente al contrato mercantil de transporte declara que no se desvirtúa el carácter personal de la prestación y la ajeneidad, por el hecho de que se aporte un vehículo propio cuando tal aportación no tiene la relevancia económica necesaria para convertir su explotación en elemento definidor y en la finalidad fundamental del contrato, sino que es simplemente una herramienta del trabajo que se revela como elemento predominante del mismo, habiéndose incluso admitido siguiendo también criterios jurisprudenciales que el carácter personal de la prestación no puede cuestionarse por el hecho de que ocasionalmente el repartidor pueda designar un sustituto, añadiendo que carece de transcendencia para definir la naturaleza laboral o no del vínculo que el trabajador se halle inscrito en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos y pague el I.V.A. Por todo lo expuesto se debe desestimar el recurso, ya que la sentencia impugnada contiene la doctrina correcta ajustada a Derecho; todo ello con las consecuencias previstas en los artículos 225,3 y 232,1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por último, en este mismo sentido, existen igualmente dificultades en la práctica para distinguir el contrato de trabajo del contrato de sociedad. Tal sucede con la figura del «socio industrial» cuya aportación social puede, de hecho, consistir en una prestación laboral subordinada y cuya participación en los riesgos sociales no es fácil distinguirla de una participación en beneficios de carácter salarial.

En la sentencia del T.S. de 20 de julio de 1990, Ar/6443. En efecto el art. 5 d) del Estatuto de los Trabajadores señala como 1 de los deberes básicos del trabajador «no concurrir en la actividad de la empresa en los términos fijados por esta Ley», determinación que hace el art. 21.1 al establecer que «no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando estime concurrencia desleal»: entendiéndose por tal -según reiterada doctrina de la Sala (Sentencias de 26 de enero de 1988. 29 de marzo de 1990, entre otras), que toma como base lo prevenido en el art. 73 de la antigua Ley de Contrato de Trabajo , precepto vigente conforme a lo dispuesto en la disposición final 4.a del Estatuto de los Trabajadores - la dedicación del trabajador a actividades laborales, por cuenta propia o ajena, de la misma o similar naturaleza o rama sectorial de las que está ejerciendo en virtud del contrato de trabajo, siempre que la misma no haya sido consentida por su empresario y cause a éste un perjuicio real o potencial, generándose con tal actuación unos intereses contrapuestos entre las partes.por tanto, cuando no existe concurrencia desleal o no medie pacto expreso de plena dedicación (art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores) como ocurre en el presente caso, renace la libertad del trabajador para pluriemplearse en la actividad que estime conveniente -obviamente fuera de su jornada laboral - con forme al principio de libertad de trabajo y a derecho de libre elección de profesión u oficio consagrado en el art. 35.1 de la Constitución y en el 4.1 del Estatuto de los Trabajadores. en segundo lugar el hecho de que los actores hayan utilizado en parte el Censo de expendedores de tabacos de la empresa para dirigir a éstos sus circulares no tiene la entidad suficiente, por sí sólo, para sutasumir esta conducta en la transgresión de la buena fe contractual prevista en el invocado art. 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores , ya que se trata de un libro que por su propia naturaleza no tiene el carácter de reservado, pues en definitiva se

reproduce en el publicado por la Cámara de Comercio e Industria e incluso en la guía tele fónica bajo el epígrafe «estancos». Por todo lo cual debe estimarse el recurso formulado por los actores y declarar la improcedencia de los despidos con las consecuencias previstas en el art 56 del Estatuto de los Trabajadores. En cuanto al recurso de casación por infracción de ley formulado por la codemandada «Tabacalera, S. A», denuncia en su único motivo con el debido amparo procesal la infracción del art. 1.3 del Estatuto de los Trabajadores relación con el art. 1.° de la Reglamentación de Trabajo de «Tabacalera, S. A.», aprobado por Orden de 23 de junio de 1946 ; reiterando en definitiva, en contra del criterio mantenido por el Juzgador de instancia, que existe falta de legitimación pasiva de la recurrente para soportar las consecuencias de este proceso: remitiéndose también a diversas Sentencias de la Sala declarativas de que no existe relación laboral entre «Tabacalera, S. A.», y los titulares de las Representaciones garantizadas y Administraciones subalternas; por lo que concluye que, si esto es así, tampoco puede existir relación laboral entre le personal que presta sus servicios en esas Representaciones y Administraciones y la recurrente.

Tesis que debe acogerse, pues también no desprende del relato fáctico de la Sentencia de instancia que la relación existente entre ambos codemandados es típicamente mercantil; en cambio los actores estaban ligados exclusivamente con el titular de la Representación garantizada mediante sendos contratos de trabajo; siendo intrascendente al efecto de desvirtuar la exclusiva dependencia respecto a este titular que en el contrato mercantil entre ambas codemandadas se estableciese que el nombramiento o remoción de los trabajadores de tales representaciones garantizadas exija la conformidad previa de «Tabacalera», pues es evidente que tal requisito formal -que, por otra parte, se ignora si concurrió en el presente caso- no puede tener el alcance de dotar a la recurrente de una cotitularidad en la posición empresarial respecto de los actores.

- La simulación contractual.- Es frecuente, por otra parte, la presencia de una voluntad maliciosa en las partes contratantes, especialmente en el empresario, disimulando el contrato de trabajo mediante la simulación de uno de los contratos afines señalados (cambiarios o asociativos) (S.S.T.S. de 18 de abril de 1990, Ar/3475 o de 17 de enero de 2000, Rec. 3973/1998), para evitarse así la aplicación del régimen jurídico de los contratos laborales, más costoso para el empresario. En ocasiones, sin embargo, el interés en el fraude es del trabajador que pretende la contratación laboral simulada, con objeto de beneficiarse de la Seguridad Social.

En la sentencia del TS de 17 de enero de 2000, Rec. 3973/1998). En efecto "se demanda a los accionistas, administradores únicos y miembros del consejo de administración de las tres empresas por si pudieran haber incurrido en algún tipo de responsabilidas personal y solidaria, ya que simultaneaban los cargos en las distintas empresas" y, la sentencia combatida declara que la jurisdicción laboral "es la competente para conocer de la responsabilidad que con carácter solidario se reclama en esta litis a todos los demandados, personas físicas y jurídicas, y ello por cuanto demandándose precisamente a todos ellos en base a la solidaridad que se pretende, esta determina que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1137 y siguientes del Código Civil, responden plenamente de una sóla obligación diversos deudores, siendo la naturaleza de esa obligación la que determina cual sea el orden jurisdiccional que de la misma haya de conocer ... con independencia de que unas, las de los que tengan la consideración de empresarios, nazcan directamente de la relación jurídico-material que configura el contrato de trabajo y otras respecto de las personas que no sean empleadores, de la relación juridico-material que surge entre los administradores de las sociedades mercantiles y los acreedores de estas por disposición de las leyes que la rige, o por determinadas relaciones jurídicas que constituyan un fraude de ley... [en] ... los supuestos de responsabilidad que dimanan ex artículos 133.1 y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo establecido en el articulo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, conforme a los cuales los administradores responden frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos

contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, y también responden solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial, de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, supuestos a los que ha de asimilarse el prevenido en la disposición transitoria de la Ley de Sociedades Anónimas de responsabilidad de los Administradores por la falta de aumento en el capital social o de conversión en Sociedad Limitada, antes del 30 de junio de 1992.".

En cambio, en la sentencia seleccionada como de contraste, señala que "Aún cuando esta Sala ha mantenido el criterio de que las posibles responsabilidades solidarias que pudieran recaer sobre los administradores societarios por deudas contraídas por la sociedad, fuera esta del tipo mercantil que fuere, en función de las relaciones laborales habidas entre ésta y sus empleados correspondían ser conocidas y decididas por el Orden Social de la Jurisdicción, lo cierto es que tal criterio no ha sido conformado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que, en su sentencia de 28 de febrero de 1997, ha estimado que tales posibles responsabilidades, aún solidarias en su caso, son posteriores en su declaración y constatación a lo que conforma el contenido típico del litigio laboral entre empleador societario y empleado del mismo, debiendo ser decididas ante el orden civil de la jurisdicción". Evidenciado que la doctrina que se contiene en la sentencia recurrida supone una clara contradicción con la recogida en la sentencia de contraste, se han de acoger las denuncias formuladas en el recurso, al ser la doctrina correcta la recogida en la sentencia de contraste, ya que de forma reiterada y constante, esta Sala viene declarando la incompetencia del orden jurisdiccional social cuando se trata de la responsabilidad de los administradores fundada en la omisión de los deberes societarios impuestos en los artículos 133.1 y 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobada por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, que es el supuesto contemplado en el presente litigio (sentencias de 28 de febrero, 28 de octubre y 31 de diciembre de 1997, 13 de abril y 21 de julio de 1998 y

9 de noviembre de 1999 entre otras). Doctrina también aplicable, a la responsabilidad de las los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada por imperativo del artículo 69.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo. El único supuesto en que se ha declarado la competencia de la Jurisdicción Social es el de la Disposición Transitoria Tercera del Texto Refundido Ley de Sociedades Anónimas de 1989. En todos los demás casos se ha denegado la competencia y en el supuesto de autos en ningún momento se dice ni se alega que se encuentre en aquél supuesto, por lo que en base a la razones expuestas procede la declaración de incompetencia.

De acuerdo con lo razonado y con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso y la revocación revocación parcial de la sentencia en cuanto declara la competencia del orden jurisdiccional laboral para conocer de la responsabilidad de las personas físicas demandadas, manteniendo la declaración de nulidad de la sentencia de instancia por insuficiencia de hechos probados, que se efectúa en la sentencia de suplicación al no haber sido impugnada en este recurso, con devolución del depósito constituido.

Los factores a tener en cuenta en la calificación jurídica

- La presunción de laboralidad.- Debe quedar clara la irrelevancia de la calificación jurídica que las partes hagan de una determinada relación.

En este sentido, el art. 8.1 del E.T. establece que «se presumirá existente (el contrato de trabajo) entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel».

Por su parte, la jurisprudencia se expresa en parecido sentido al señalar que «la naturaleza de los contratos es la que resulte de su contenido, abstracción hecha de la denominación dada por las partes».

Para la sentencia del S.T.S. en unificación de doctrina, de 27 de abril de 1998. La sentencia de suplicación, anuló de oficio la de instancia, en el sentido de considerar competente la jurisdicción laboral para conocer de la demanda formulada sobre declaración de improcedencia de despido. La entidad recurrente cita como contradictoria la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de Mayo de 1995 y, denuncia que infringe lo dispuesto en los RR DD 1465/85, de 17 de Julio y 2387/85, de 20 de Noviembre, en relación con el también infringido artículo 1.3, apartado a) del Estatuto de los Trabajadores, con lo que entiende, que existe un quebranto manifiesto en la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia, pues es doctrina pacífica muy reiterada por el Tribunal Supremo, que lo determinante para la calificación como administrativa de la relación es la existencia de una norma con rango de ley que así lo autorice y el voluntario sometimiento a ella de las partes, por lo que la contratación tiene claro carácter administrativo, pues los contratos se han suscrito con sujeción a reglamentos administrativos, aún cuando en los mismos se hubieran cometido irregularidades o infringido los preceptos en que se ampara y, su conocimiento no corresponde a la jurisdicción del orden social, cuando ademas, procede añadir: 1º) que el artículo 12 del Real Decreto 1468/85, declara la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de las cuestiones litigiosas que surgan sobre interpretación, modificación, resolución y efectos de estos contratos, de conformidad con el artículo 19 de la Ley de Contratación del Estado; 2º) que el artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores excluye su ámbito de aplicación la relación de servicios del personal laboral al servicio del Estado, corporaciones locales, y las entidades Publicas Autónomas, cuando al amparo de una ley dicha relación se regule por normas administrativas; y 3º) que se ha seguido puntualmente el procedimiento exigido por los citados por los citados Reales Decretos para contratar al actor, por lo que no se puede sino concluir, en que la relación no es laboral sino administrativa.

En la impugnación del recurso, se niega que existan las identidades que exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, así como la contradicción propiamente dicha, porque las sentencias tienen fundamentaciones distintas al tratar supuestos de

hecho diferentes, no susceptibles de comparación, resolviendo en el caso de autos como cuestión de orden publico procesal, mientras, que el precedente se basa en la resolución del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1996 y, por otra parte "el objeto de los contratos en el caso de autos, es una prestación de servicios desde el año 1991 como educador, y no un trabajo especifico, está ausente de temporalidad, no habitualidad y carácter excepcional".

Sin embargo, es claro, como sostiene el Fiscal en su dictamen, que concurren los requisitos legales basados en la triple identidad que alude el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, con fallos contradictorios, según se comprueba al verificar el análisis comparativo de la sentencia impugnada y la aportada para contraste, aunque si bien en esta, los actores comenzaron a prestar servicios para el Ayuntamiento de Madrid, con la categoría profesional de profesores de E.G.B. en el centro de educación permanente de adultos de este organismo, mediante contratos laborales y, a partir del curso 1988/89 pasaron a prestar sus funciones en régimen de servicios de adjudicación directa con el fin de impartir los cursos de educación permanente de adultos al amparo del Real Decreto 1465/85 de 17 de Julio, mientras que en la sentencia impugnada, el demandante inició su relación con el Ayuntamiento de Madrid para prestar servicios como educador en el Internado-Residencia AAAAAAAA, suscribiendo todos los contratos al amparo del Real Decreto 2357/1985, de 20 de Noviembre, en relación con el Real Decreto 1465/85.

Pues se produce la contradicción -salvo matices intrascendentes como anteriores contrataciones laborales-, ante una situación de hecho idéntica, cual es, que las relaciones existentes entre las partes cuando se produce la extinción de los contratos, habian surgido en virtud de contratos suscritos al amparo del Real Decreto 1465/85 y, en ambos supuestos, las funciones que se desarrollan, responden a un trabajo de carácter habitual y permanente en una institución publica, vinculada a la educación, aunque, en el supuesto de contraste se trate de profesores y en el de autos de un educador.

Como es hecho probado, que "el actor se ocupaba de los niños acogidos en el internado de San Ildefonso dependiente del Organismo demandado una vez que

aquellos concluían sus horas lectivas. La presencia del actor en el centro, estaba directamente relacionada con la permanencia de los niños internos". De tal declaración fáctica resulta, que las funciones que se vienen realizando, son permanentes y habituales en el centro de trabajo y, que no se trata de "la prestación de un servicio no habitual en la administración, de un contenido concreto y especifico, y con carácter excepcional". Por ello se ha de seguir, el criterio unificado en sentencia de 2 de Febrero de 1988, dictada en Sala General precisamente para superar discrepancias anteriores y, -reiterado por otra de este Tribunal de 10 de Febrero de 1998-, en donde se recoge. De conformidad con el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso formulado, al ser ajustada a la doctrina antes expuesta, la sentencia de suplicación.

En la sentencia del TS de 29 de diciembre de 1999. Denuncia la parte actora ahora recurrente en casación unificadora que la sentencia impugnada infringe los arts. 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, lo que obliga a determinar sí en la relación jurídica objeto de enjuiciamiento concurren las notas configuradoras del contrato de trabajo para derivadamente establecer el orden jurisdiccional competente para conocer del litigio planteado. De los hechos declarados probados contenidos en la sentencia recurrida, en relación con los documentos a los que aquéllos se remiten, resulta, en esencia, que: a) el demandante inicia su relación jurídica tras suscribir un denominado contrato mercantil de arrendamiento de servicios, posteriormente renovado, en el que una de las partes aparecía como empresa dedicada "a montajes, desmontajes, conservación, mantenimiento y limpieza de instalaciones cerveceras de barril, máquinas automáticas, botelleros, etc. que se encuentran distribuidas en bares, restaurantes, cafeterías, hoteles, estaciones de servicio, etc." , necesitadas de "mantenimiento periódico, además de la instalación inicial o el desmontaje en su caso, y las reparaciones necesarias cuando aparece algún fallo en su funcionamiento", y la otra parte contratante figura con la "condición de profesional-autónomo con licencia fiscal para la actividad de instalación, reparación y mantenimiento de maquinaria diversa, y dado de alta en la Seguridad Social en el RETA"; b) la empresa contrató con el demandante la reparación de la maquinaria y el mantenimiento de la misma, concretándose la prestación servicio

cada día al fijar la empresa la maquinaria que había de reparar, lo que efectuaba telefónicamente o mediante una hoja de encargo donde constaban los establecimientos y los trabajos a realizar; c) esta nota de planificación del servicio debía ser cumplida y no podía el demandante variarla injustificadamente, debiendo, en caso de incidencias que pudieran retrasar la reparación, avisar a la empresa para que se garantizara la reparación por otra vía; d) el actor iniciaba la realización de las reparaciones a las ocho de la mañana, y finalizaba la misma en torno a las cinco de la tarde, debiendo llamar a la empresa a las cinco de la tarde a fin de conocer si había alguna reparación urgente a realizar, también debía efectuar reparaciones en fines de semana alternos y atender las urgencias que se produjeran; e) la remuneración se establecía en función de las reparaciones realizadas, emitiendo facturas por los trabajos realizados incluyendo el IVA; f) la empresa facilitaba al actor una pegatina con el logotipo de la empresa e instrucciones sobre la colocación de las mismas, también le suministraba algunas herramientas básicas y mono de trabajo si lo pedía; g) cuando causa baja médica la empresa le abonaba una cantidad similar a la que venía percibiendo por la facturación mensual; h) la empresa dispone de un servicio de inspección que revisa el trabajo realizado por el actor y recibe las quejas que puedan tener los clientes sobre su actividad; y f) por último, la empresa procedía a la resolución del contrato existente entre las partes imputándole, entre otros hechos, "su falta de colaboración en los mecanismos de control determinados por esta empresa para un adecuado servicio al cliente" y las "quejas reiteradas de los clientes de su zona por sus servicios en los últimos tiempos".

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que declara la irrelevancia de la calificación que las partes otorguen a un contrato, señalando que la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinado por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan (entre otras muchas, SSTS/IV 20-IX-1995 --recurso 1463/1994, 15-VI-1998 --recurso 2220/1997, 20-VII-1999 --recurso 4040/1998) y que la dependencia - entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa -, y la ajeneidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que

diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato (entre otras,SSTS/IV 14-II-1994 --recurso 123/1992, 27-V-1992 --recurso 1421/1991, 10-IV-1995 --recurso 2060/1994, 20-IX-1995 --recurso 1463/1994, 22-IV-1996 --recurso 2613/1995, 28-X-1998 --recurso 4062/1997, Sala General); si bien el requisito de dependencia no concurre cuando el contratado actúa con plena autonomía (entre otras, STS/IV 7-III-1994 --recurso 615/1993), aunque "mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma" y "también es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial" (entre otras, SSTS/IV 17-VII-1993 --recurso 1712/1992, 18-III-1994 --recurso 558/1993).

En el caso enjuiciado las partes en los contratos suscritos califican de arrendamiento de servicios mercantil la relación que constituyen, pero tal calificación - sin duda impuesta por una de las partes - carece de trascendencia. La sentencia recurrida excluye el carácter laboral del contrato como consecuencia de la inexistencia del requisito de la dependencia, argumentando sobre la no sujeción a horario, el no establecimiento de retribución o salario fijo y la no sumisión a las órdenes directas de la empresa. No se cuestiona que hubo una voluntaria prestación de servicios retribuidos y según instrucciones impartidas por la empresa, siquiera como mera función de control, que acababa asumiendo los resultados de la prestación. Se impone por ello analizar los elementos discutidos.

Ciertamente en el contrato se establece que la prestación del servicio contratado no está sujeto a horario fijo, pero en la realidad se exigía al actor realizar el servicio con una dedicación diaria mínima desde las ocho de la mañana a las cinco de la tarde, con posibilidad de extensión si tras efectuar la preceptiva llamada a la empresa al finalizar la jornada había alguna reparación urgente a realizar, debiendo incluirse en un turno para efectuar reparaciones en fines de semana alternos y atender las urgencias que se produjeran, y precisamente en la carta de extinción, entre otros hechos, se le imputa al demandante la "imposibilidad de contactar con Ud. para cubrir los servicios urgentes de punto de venta con una mínima garantía por la tarde". Esta exigencia de amplia

disponibilidad horaria del actor con respecto a la empresa contratante, que obligaba de hecho a éste a la prestación de servicios con carácter habitual y permanente durante un horario determinado, comporta entender que esa afirmada libertad de horario era un tanto relativa y más teórica que práctica no pudiendo destruir el elemento de dependencia del demandante con la empresa, tanto mas cuanto esta Sala ha declarado la existencia de relación laboral en supuestos de amplia libertad de horario que no desvirtúa la existencia del requisito de dependencia, para la que no es necesaria la concurrencia de una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en el ámbito organicista y rector (entre otras, SSTS/IV 14-II-1994 --recurso 123/1992, 27-V-1992 --recurso 1421/1991).

El no establecimiento de retribución o salario fijo, a pesar de lo afirmado en la sentencia recurrida, no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras, dado el concepto de salario contenido en el art. 26.1 ET comprensivo de "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo". Pero además, y de hecho, aunque la remuneración percibida por el trabajador se estableciera en función de las reparaciones efectuadas, de la propia documentación de la parte demandada relativa a las cantidades abonadas al demandante en el período 1993 a 1997 se deduce la escasa variación anual de las mismas (documento obrante a folio 832), debiendo tenerse también en cuenta el dato esencial de que tal retribución se abonaba en cuantía similar incluso aunque no se realizara trabajo efectivo durante los periodos de baja médica del actor y sin que, como se ha declarado por esta Sala, tenga virtualidad para desvirtuar el posible carácter laboral de una relación jurídica el hecho de poder estar afiliado el demandante al RETA o el que perciba la retribución por tarifas fijadas por la empresa con inclusión del IVA "al tratarse de datos que no se corresponden con la naturaleza del vínculo ni difieren su carácter" (entre otras, STS/IV 10-IV-1995 --recurso 2060/1994).

Existía también de hecho una sumisión a las órdenes directas de la empresa, pues ésta diariamente encargaba al actor los concretos trabajos a realizar, debiendo

cumplir estrictamente la nota de planificación del servicio sin poder variarla injustificadamente y debiendo, en caso de incidencias que pudieran retrasar la reparación, avisar a la empresa para que se garantizara la reparación por otra vía, estando obligado a colocar en las máquinas reparadas una pegatina con el logotipo de la empresa conforme a las instrucciones recibidas sobre la colocación de las mismas, teniendo la empresa un servicio de inspección que revisaba, entre otros, el trabajo realizado por el actor y recibe las quejas que pudieran tener los clientes sobre su actividad, precisamente cuando la empresa procede a la resolución del contrato existente entre las partes imputa al actor, entre otros hechos, "su falta de colaboración en los mecanismos de control determinados por esta empresa para un adecuado servicio al cliente" y las "quejas reiteradas de los clientes de su zona por sus servicios en los últimos tiempos".

Lo anterior evidencia que los clientes no eran del actor sino de la empresa, que la actividad permanente del demandante era la propia de la empresa y no la de él mismo, sin que en momento alguno percibiera un lucro como beneficio propio (en esta línea interpretativa, entre otras, STS/IV 10-IV-1995 --recurso 2060/1994), y sin que la inclusión de determinadas cláusulas contractuales que no consta hayan tenido efectividad real, por lo que es dable considerarlas como usadas para "disfrazar" el sentido efectivo de la relación, puedan desvirtuar la realidad de que la actividad se realizaba bajo el control y dependencia de la empresa (en este sentido, entre otras, STS/IV 15-VI-1998 --recurso 2220/1997), habiendo establecido la jurisprudencia unificadora que "no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre, a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo." (STS/IV 22-IV-1996 --recurso 2613/1995).

Por lo que, en suma, concurrían los elementos de dependencia, entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa, y la ajeneidad, respecto al régimen de retribución, que constituyen los elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato.

En consecuencia, existiendo una relación laboral procede declarar la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las cuestiones planteadas (arts. 1 y 2 LPL), por lo que estimándose el recurso de casación unificadora formulado por el demandante, debe casarse y anularse la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimarse el de esta clase interpuesto por el propio demandante contra la sentencia del Juzgado de lo Social, declarando la competencia de este orden jurisdiccional, debiendo el Juzgado de instancia dictar nueva sentencia que resuelva el resto de las cuestiones planteadas frente a las diversas partes demandadas; sin imposición de costas (art. 233.1 LPL).

Así pues, lo importante, a efectos de la calificación jurídica contractual, «no es lo que las partes dicen sino lo que las partes hacen».

- El recurso al sistema de indicios.- Al analizar el supuesto de hecho, habrá que constatar la existencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo (dependencia y ajenidad) o de sus contrarios (independencia y asunción de riesgos) y para ello se recurrirá a los indicios o signos de exteriorización de los mismos, derivables de aquellos hechos. En el bien entendido de que no se exigirá la presencia de todos los indicios, bastando con la presencia razonable de algunos de ellos, lo que no proporciona, ciertamente, una gran seguridad jurídica sino todo lo contrario.

- Indicios de la dependencia.- Son indicios de dependencia, según la jurisprudencia

Así, en la sentencia del T.S. de 10 de julio de 2000. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la calificación que haya de darse a la relación de servicios existente entre la entidad recurrente, compañía de seguros que opera en el ramo de vehículos automóviles, y el recurrido, perito tasador de seguros encargado por aquélla durante años de la valoración de daños en vehículos producidos en accidentes de tráfico en que se han visto involucrados sus asegurados, con la derivada consecuencia de declarar el orden jurisdiccional competente para conocer de la cuestión planteada en la demanda objeto del presente procedimiento. La sentencia recurrida (STSJ/Madrid 30-IX-1999 -rollo 2763/99), sobre la base de unos minuciosos y precisos hechos declarados probados contenidos en la de instancia y que quedaron inalterados en suplicación, confirmando íntegramente aquélla, ha llegado a la conclusión de que el contrato que vinculaba a las partes era de carácter laboral. Esta resolución ha sido impugnada por la entidad aseguradora mediante dos clases de alegaciones; la primera referente a la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la que aporta como de contraste (STSJ/Madrid 7-V-1993 -rollo 4967/92); y la segunda relativa a la infracción del ordenamiento jurídico, por interpretación errónea del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en su interpretación jurisprudencial aplicada a los peritos tasadores de seguros. Concurre el requisito o presupuesto de contradicción entre sentencias exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora. En efecto, como destaca también el Ministerio Fiscal en su detallado informe, aún cuando las situaciones recogidas en ambas sentencias no son absolutamente idénticas, coinciden en sus datos fácticos esenciales a los fines de perfilar la naturaleza de la relación jurídica que unía a las partes litigantes (objeto y forma de desarrollo de la actividad a realizar por el perito, interrelaciones con la entidad aseguradora, utilización de medios para comprobar la realización de la obra o servicio encomendado, honorarios y su fijación), y sin que las restantes diferencias, que es dable calificar de accidentales (visita diaria a talleres concertados o concreción de honorarios que no está detallada en los dos supuestos con igual precisión), sean relevantes para entender no superado el juicio de contradicción

entre sentencias con fallos divergentes. Entrando a conocer de la infracción legal denunciada por la entidad recurrente, debe destacarse con carácter previo, al igual que se efectuaba en la STS/IV 8-X-1992 (recurso 2754/1991), que el trabajo de valoración de daños de los peritos tasadores de seguros puede realizarse tanto en régimen laboral (contrato de trabajo) como en régimen de ejercicio libre de la profesión (arrendamiento de servicios) o, desde la perspectiva de las compañías aseguradoras, la tasación pericial de daños puede llevarse a cabo como recursos personales propios, o mediante encargo a peritos colaboradores externos o a sociedades de peritación. La elección entre una y otra posibilidad corresponde, como es obvio, a las compañías y a los peritos tasadores (en uso de la libertad de empresa y de la libertad profesional, respectivamente), los cuales, de común acuerdo, pueden dar a la relación de servicios la configuración que tengan por conveniente. La línea divisoria entre una y otra opción está en lo que la jurisprudencia llamó integración en el círculo rector y disciplinario del empresario, concepto que en la legislación vigente se formula como servicios ... dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica (art. 1.1 ET), y que la doctrina científica denomina nota o criterio de dependencia. Sí los servicios del perito tasador de seguros se prestan en régimen de dependencia nos encontraremos, al margen del nomen iuris elegido por las partes, ante un contrato de trabajo; si se realiza en régimen de autonomía, fuera del círculo rector o ámbito de dirección de la compañía aseguradora, nos encontraremos, al margen también de la calificación asignada por los contratantes, ante un contrato de arrendamiento de servicios. En la sentencia recurrida, como se deduce de sus hechos declarados probados y del análisis pormenorizado que de los mismos se efectúa tanto en ella como en la coincidente resolución de instancia, la prestación de servicios del perito tasador de seguros demandante presenta rasgos que sólo son concebibles en el trabajo dependiente, dado que:

Es la compañía aseguradora, y no el perito, la que programa el trabajo de éste, mediante la asignación y rotación de zonas, y la exigencia de recogida y entrega diaria de partes de inspección y tasación de vehículos en la sede de la entidad aseguradora (entrega peritaciones, recogida de facturas, atención quejas clientes, consulta expedientes o esporádicamente con el servicio técnico de la demandada), realizando

visita diaria a los talleres concertados con la entidad aseguradora en la zona o zonas asignadas por ésta, que variaban en función de la decisión de la entidad así como el número de talleres concertados asignados e incluso con independencia de que hubiera o no peritaciones a realizar el concreto día en el taller asignado (hecho probado 14º, 2ª y 1ª);

La prestación de servicios por parte del demandante no se efectuaba esporádicamente o por actos o peritaciones singulares, sino que de hecho se realizaba con permanencia, habitualidad y práctica exclusividad, adscrito a la organización de la demandada, como evidencia, además, su elevado número de peritaciones, pues en el período trabajado en el año 1998, y a pesar de habérsele asignado menos peritaciones que en los años anteriores, el demandante realizó 2.683, lo que excluyendo un mes de vacaciones y los sábados y domingos en los que no se efectuaban, arrojaba un promedio diario de 14‘5 peritaciones, lo que corrobora con el hecho de que la demandada utiliza 135 peritos en la Comunidad de Madrid y que por éstos en el año 1998 se realizaron un total de 594.649 peritaciones para dicha entidad (hechos probados 2º, 5º y 14º).

La ordenación del trabajo se lleva a cabo mediante directrices (manual de usuario para la aplicación del programa de peritación) y comunicaciones o circulares de régimen interior detalladas y minuciosas, que exceden claramente lo que sería la mera concreción del objeto del contrato (hecho probado 18º);

La aceptación o rechazo de las peritaciones encargadas no depende de la voluntad del profesional tasador, que tampoco participa en la fijación del baremo de sus llamados honorarios, sino que se adhiere al determinado por la empresa (hecho probado 6º);

El trabajo del perito es coordinado por un jefe de inspección de la compañía, que supervisa y controla su actuación técnica, con tal fin el servicio técnico de la recurrente visita dos o tres veces al año los talleres concertados para comprobar la calidad del servicio, las posibles quejas de los clientes y la actuación del perito (hecho probado 16º) y la recurrente controla informáticamente el resultado de las peritaciones realizadas en conjunto por cada perito, comprobando posibles desviaciones y asignando mayor

número de talleres y peritaciones a los que realizan el trabajo a su mayor satisfacción (hecho probado 20º).

El actor realizaba personalmente las peritaciones sin ayuda de tercero, sin contar con una organización empresarial propia y sin que conste que aportase mas medio que su trabajo o que tuviera la facultad de rechazar las peritaciones ofrecidas, siendo muy escaso su margen de decisión sobre el concreto modo de ejecución de su actividad.

Por último, como observa también el Ministerio Fiscal, la constitución de una sociedad mercantil por el perito tasador no supuso incidencia alguna en su relación jurídica con la entidad aseguradora que continuó en los mismos términos expuestos sin modificación alguna de la actividad pericial desarrollada.

Por lo expuesto, la relación de servicios que unía a las partes debe configurarse como laboral (art. 1 ET), en términos análogos a lo que se efectuó, entre otras, en la STS/Social 6-VI-1983, pues:

Concurren las esenciales notas de ajenidad y dependencia, entendida en sentido amplio en función del tipo de servicios prestados, y al modo interpretado por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en la STS/Social 2-IV-1996 (recurso 2613/1995), en la que se afirma que es que no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre, a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo o en la STS/IV 31-III-1997 (recurso 3555/1996), en la que se establece que no nos encontramos en el caso ante un colaborador libre, que presta servicios esporádicamente o por actos o acontecimientos singulares, sino ante un reportero gráfico ... incorporado plenamente y con continuidad a la organización del trabajo de la empresa informativa, que programa diariamente el trabajo a realizar y que encarga incluso en ocasiones trabajos o reportajes imprevistos.

No concurre ninguno de los más característicos indicadores inequívocos de que la prestación de los servicios profesionales se efectuara en régimen de autonomía, pues el perito tasador demandante no tenía la facultad de rechazar las peritaciones ofrecidas, no fijaba ni tenía participación trascendente en la determinación de sus honorarios, contaba con muy escaso margen en la realización de su actividad debiendo ceñirse esencialmente a las instrucciones recibidas, y realizaba directa y personalmente las peritaciones sin valerse de colaboradores a su servicio. No cabe, por tanto, entender que la prestación del demandante se limitaba a la práctica de tasaciones sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, practicando su trabajo con entera libertad (STS/Social 12-VII-1988) o que realizaba su trabajo con independencia, salvo las limitaciones accesorias (STS/Social 1-III-1990), como esta Sala ha exigido cuando ha declarado que existía arrendamiento de servicios y no una relación laboral. El carácter laboral de la relación existente entre las partes comporta la desestimación del recurso, pues la sentencia recurrida contiene la doctrina jurídicamente correcta al haber declarado la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión plantada (arts. 1 y 2 LPL); con imposición de costas a la parte recurrente (art. 233.1 LPL), pérdida de los depósitos constituidos y mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización de los mismos (art. 226.3 LPL).

En la sentencia del TS de 15 de octubre de 2001. Analiza el recurso el contenido de la sentencia recurrida y de contraste (también la compara con otra sentencia que invocó y que quedó descartada por ser más antigua y no haber ejercitado la opción que le fue concedida). Cierto es que el recurso está defectuosamente formalizado en la medida en que no se realiza una censura jurídica de manera explícita. Pero sin extremar los formalismos debe ser admitido a trámite ya que de los términos en que aparece redactado resulta patente que se denuncia la infracción del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto éste precepto define las características de la relación laboral. Y esta censura, de conformidad con el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal debe ser estimada. Ha de tenerse en cuenta que la trabajadora fue contratada como subagente de seguros, al servicio de una empresa que actuaba como agente. En el artículo 7.3 de la

Ley 9/1992, se establece la posibilidad de que los agentes de seguros utilicen servicios de subagentes, que colaborarán con ellos en la formación y mediación de seguros en los términos que se acuerde en el contrato. Pero de éste precepto no puede deducirse que el Legislador haya atribuido al contrato entre agente y subagente naturaleza mercantil, con carácter general. Como puso de relieve la sentencia de ésta Sala de 16 de febrero de 1.998 en éstos contratos de los subagentes, habrá de estarse a los datos fácticos concurrentes en cada caso para determinar la naturaleza mercantil o laboral de la relación. En el caso que nos ocupa la actora prestaba sus servicios acudiendo todas las mañanas a los locales de la empleadora en los que realizaba funciones también de formación de otros subagentes. Por la tarde debía visitar a los clientes de la zona que le había sido asignada. Hay un punto de aparente divergencia entre las dos sentencias enfrentadas relativa a si la trabajadora respondía del buen fin de las operaciones que realizaba. La sentencia dictada en la causa por despido decía que no respondía del buen fin. En la recurrida, en el hecho probado segundo, se decía "la cláusula novena del contrato comienza diciendo: Siendo principio básico de la relación que se origina por este contrato que el subagente quede personalmente obligada a responder del buen fin de la operación asumiendo riesgo y ventura de la misma..... obra en fotocopia un ejemplar del contrato en el ramo de prueba de la parte demandante dandose por reproducido a fines probatorios". Como puede comprobarse de la simple lectura no afirma el Magistrado de instancia que respondiera del buen fin de la operación sino que había una cláusula en el contrato que así parecía indicarlo. Pero es lo cierto que leyendo la tal cláusula novena, que el Sr. Juez daba por reproducida, se observa que lo que allí se establece no es una responsabilidad del buen fin de las operaciones sino el no percibo de las correspondientes comisiones cuando la operación no tenía éxito o de alguna forma quedaba anulada. La retribución de la demandante consistía en una cantidad fija a cuenta de comisiones, postergándose a momento ulterior efectuar una liquidación, cuya realidad no consta.

De lo antes expuesto se deduce que no puede calificarse de mercantil esta relación, que ni es encuadrable en el concepto de agencia de seguros, la actora no lo era, ni en la de representante que responda del buen fin de las operaciones. Había una

prestación voluntaria de servicios, sometida al control y dirección del empleador y esta relación reúne las características propias de la relación laboral de conformidad con lo establecido en el artículo 1.1 del ET. Siendo ello así el alta en el Régimen General de la Seguridad Social que acordó la Tesorería General de la Seguridad Social era procedente.

Se impone en consecuencia la estimación del recurso, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación estimar el de dicha clase interpuesto por Dª. N.H.O. y desestimar la demanda.

El desempeño personal de la prestación de servicios, constatándose, no obstante, jurisprudencia que admite la existencia de contrato de trabajo aun permitiendo la sustitución del trabajador [por todas, S.T.S. de 26 de febrero de 1986. Ar/736, para limpiadoras; S.S.T.S. de 22 de diciembre de 1992 (Tol 232469) o de 25 de enero de 2000 (Tol 147042), sobre repartidores de prensa; S.T.S. de 27 de noviembre de 2007 (Rec. 221/2007) sobre personal médico].

Para la sentencia del TS de 25 de enero de 2000. Como se ha avanzado la cuestión de fondo planteada por el recurso es la calificación de la relación existente entre la Comunidad de vecinos y la actora. Es doctrina tópica que la naturaleza de los contratos no se determina por la denominación que le otorgan las partes sino por la realidad de las funciones que en su virtud tengan lugar, por ello si estas funciones entran dentro de lo previsto en el articulo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores el contrato tendrá índole laboral cualquiera que sea el nombre que los contratos le dieran. Las funciones o requisitos del contrato son la prestación voluntaria de servicios por cuenta ajena mediante una retribución y dentro de la organización y dirección del empresario. La ajeneidad del Trabajo, es decir la atribución de los frutos del mismo a un tercero es indiscutida, como también es clara la retribución en especie del mismo, autorizada por el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores aunque no se haya espetado la proporción en el mismo establecida. Y a pesar de que la sujeción a la dirección de la empresa y el

carácter personal de la prestación aparezcan disimulados por la libertad de horario y la sustitución esporádica en la prestación de los servicios por familiares, estos caracteres tampoco están ausentes en la relación enjuiciada, pues las instrucciones y dirección de la empresa aparecen en los propios términos del contrato que previene la limpieza en circunstancias especiales que naturalmente ha de determinar en cada caso el empresario y dada la naturaleza de los servicios prestados y del empresario, la libertad de horario no significa ausencia de sometimiento en la ejecución del trabajo a la voluntad del empresario, como la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario como lo muestra que es carácter ordinario que acompaña a los trabajos de empleados de fincas urbanas en los que la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo.

Lo expuesto en el precedente fundamento evidencia que la sentencia recurrida quebranto la unidad en la aplicación e interpretación del derecho y en su consecuencia de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal el recurso debe gozar de favorable acogida y en su consecuencia ha de ser casada y anulada la sentencia recurrida y resolviendo el recurso de suplicación de que conoce con arreglo a la doctrina unificada debe estimarse y declarando la competencia del orden jurisdiccional Social para conocer de la demanda, procede anular la sentencia de instancia para que se dicte otra nueva resolviendo con libertad de criterio la cuestión planteada.

En la sentencia del T.S. de 22 de diciembre de 1992. Objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, es la sentencia de 7 de octubre de 1991, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que confirma la de instancia que por su parte, declaró la incompetencia del Orden Social de la Jurisdicción para conocer de la demanda por despido de los recurrentes, frente a la Federación Farmacéutica S.C.L..Son citadas y aportadas por el recurso, las sentencias de 12, 18 y 19 de febrero de 1990 y 1991, todas ellas procedentes de la misma Sala que ha dictado la impugnada. Para establecer la contradicción exigida en el art. 216 de la

Ley de Procedimiento Laboral, basta centrar la atención en la sentencia de 18 de febrero, pues se trata en ella de un despido frente a la misma empresa, de dos conductores que, mediante la suscripción del correspondiente contrato de transporte y dados de alta en el régimen especial de Trabajadores Autónomos y con licencia fiscal, realizaban servicios como repartidores con vehículo propio, acudiendo diariamente, a los locales de la empresa siguiendo la ruta de reparto marcada por ésta. Esta sentencia confirma la de instancia que dio lugar a la demanda de despido. Los hechos de ambas sentencias, son sustancialmente iguales, pues responden al mismo tipo de trabajo y contrato, si bien difieren en el distinto valor que conceden al extremo de la prestación personal de los servicios, pero esta diferencia, responde a la divergencia en la calificación jurídica de ambas sentencias, como ya se hizo notar en sentencias de esta Sala de 22, 24 y 31 de julio y 19 de noviembre de 1992 que resuelven recursos totalmente semejantes al presente y que apreciaron la contradicción como procede hacerlo en éste.

La denuncia legal se centra en la infracción del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la doctrina de esta Sala, manifestada en las sentencias que cita, y debe gozar favorable acogida sin más que remitirse a las sentencias ya citadas, de 22, 24 y 31 de julio y 19 de noviembre de 1992, que en supuestos iguales al enjuiciado califican de laborables los servicios prestados a la empresa demandada por conductores que realizan transportes para ella en condiciones iguales a los actores. En estas sentencias se apela a la doctrina que confiere carácter laboral a la relación en que concurren las notas de voluntariedad, ajeneidad e independencia, en la prestación del servicio, sin que la aportación por el trabajador de un vehículo propio, cuyos gastos asume, altere la naturaleza del vínculo, cuando resulta del conjunto de circunstancias concurrentes que es la prestación del trabajo el elemento dominante en la relación. Ciertamente que la propia sentencia impugnada en el recurso, hace mención a esta doctrina, y excluye su aplicación por entender que en el supuesto debatido, la prestación de trabajo carecía de carácter personal al poder ser sustituido el conductor, corriendo de su cuenta la contratación y retribución del sustituto, pero esta conclusión no puede aceptarse, pues como se razona en la sentencia de 31 de julio de 1992, aquellos

elementos que son introducidos en una relación esencialmente laboral para desfigurarla, no la desnaturalizan cuando carecen de efectiva relevancia en la ejecución del contrato. Y así los contratos a que se remiten los hechos probados primero y segundo preveen en su pacto primero "que el servicio será prestado personalmente", por los actores como conductores habituales del correspondiente vehículo.

La sentencia impugnada, incurre en la infracción legal que el recurso denuncia como se ha razonado y con ello quebranta la unidad en la interpretación del derecho, lo que obliga, a tenor del art. 225 de la Ley de Procedimiento Laboral a casarla y anularla y a resolver el debate planteado en el recurso de suplicación que decide, debiéndose por las mismas razones ya expuestas, estimarlo, declarando el carácter laboral de la relación que vinculaba a las partes y, en su consecuencia, remitir, como se solicitaba en dicho recurso, los autos al Juzgado de Instancia para que conociendo del fondo de la cuestión planteada, resuelva sobre la misma con libertad de criterio.

b) El sometimiento a jornada y a un horario de trabajo [S.S.T.S. de 10 de julio de 2000 (Tol 46365) o de 15 de octubre de 2001 (Tol 129087)], si bien la ausencia de este indicio no impide calificar el contrato como laboral [por todas, S.T.S. de 14 de mayo de 1990. Ar/14314, sobre redactores de prensa y fotógrafos; S.T.C.T. de 12 de mayo de 1987. Ar/9809, sobre colaboradores literarios; S.T.C.T. de 7 de julio de 1987. Ar/15345, sobre limpiadoras de escaleras; S.T.S. de 26 de enero de 1994 (Tol 233335), sobre encuestadores].

Se recoge en la sentencia del T.S. de 26 de enero de 1994. Conforme es deducible de lo hasta ahora expuesto, la Sala, respecto de la cuestión planteada, ya ha atendido la finalidad unificadora a que responde la instauración de este excepcional

recurso, pues con su sentencia de 27 de mayo de 1.992 marca línea jurisprudencial, con proyección unificadora, que ahora procede seguir, reiterando la doctrina que sienta.

Debe operar la presunción de laboralidad que consagra el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, condicionada por tal precepto a que la prestación de servicios fuera realizaba bajo las notas de voluntariedad, ajenidad, dependencia, de manera personal y mediante la retribución correspondiente, pues todos los indicados caracteres indudablemente concurren en las relaciones materiales traídas al proceso. En efecto, las entrevistas encomendadas por la demandada a los hoy recurrentes fueron realizadas por estos poniendo solo su trabajo, de la manera personal que era exigida y previa su libre aceptación; la remuneración recibida dependía únicamente de que el servicio fuera cumplido, siendo ajenos los accionantes al riesgo del negocio, que únicamente era asumido por la demandada; aún sin tener que cumplir jornada ni horario prefijado, lo cual no es esencial para la laboralidad, tenían que atender el servicio encomendado dentro del plazo que se les fijaba y siguiendo las instrucciones concretas que al efecto se les impartían, lo cual denota sometimiento al ámbito organicista y rector de la empresa. Es claro, por todo ello, que la relación que medio entre las partes cumplía las exigencias que caracteriza el artículo 1.1 del mencionado Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia de esta Sala cuya doctrina ahora se reitera hace mención al acuerdo colectivo que ordena publicar en el Boletín Oficial del Estado la resolución de 23 de mayo de 1.988, relativo a las empresas dedicadas a estudios de mercados y opinión pública, actividad esta que es la que desarrolla la demandada. El objeto de tal acuerdo es regular las condiciones de trabajo de los encuestadores a los que dan ocupación tal clase de empresas. Señala dicha sentencia que no es posible desconocer la transcendencia de tal acuerdo para resolver la cuestión debatida, pues es "revelador de una clara realidad social enderazada a otorgar carácter laboral a este tipo de relaciones jurídicas y esta realidad social no puede ser desconocida por los Tribunales en su función interpretadora del derecho. Tanto más cuanto que, en la determinación del salario, se prevé ya expresamente su pago por entrevista realizada y su devengo únicamente cuando la entrevista este terminada y bien hecha, una vez controlada y supervisada;

contemplándose no sólo la existencia de encuestadores fijos, sino también la de fijos discontinuos y la de obra contratada, para el caso de los contratos por obra o servicio".

El carácter laboral que corresponde a las relaciones materiales traídas al proceso determina que las controversias surgidas como consecuencia de estas y consiguientemente las derivadas de un supuesto despido, quedan comprendidas en el ámbito de conocimiento de este Orden Social de la Jurisdicción, pues así lo establecen tanto el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 1 y 2 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento laboral.

Al no entenderlo así la sentencia recurrida incurrió en las infracciones denunciada y, al apartarse de la jurisprudencia de esta Sala, produjo quebranto en la unidad de la interpretación del derecho y formación de aquella. Procede, en su consecuencia y como informa el Ministerio Fiscal, casarla y anularla. Ante ello se ha de resolver el debate planteado en suplicación con pronunciamiento ajustado a dicha unidad de doctrina, pues así lo ordena el artículo 225 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento laboral, lo que en el caso ha de hacerse, sin necesidad de razonamientos distintos a los ya hechos, con estimación del recurso que en tal grado jurisdiccional interpusieron los demandantes, declarando la competencia por razón de la materia de este Orden Social para conocer de la pretensión interpuesta y anulando la sentencia de instancia, con reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al en que recayó aquella, para que por el Juzgado de lo Social dicte otra nueva, con plena libertad de criterio, salvo en lo relativo al tema competencial, mediante la que resuelva sobre las peticiones deducidas y las defensas opuesta, entre ellos la caducidad de la acción. Todo ello sin imposición de costas en suplicación ni en casación, pues así procede de acuerdo con lo que establece el artículo 232 de la ley procesal ya citada.

c) La asiduidad en el trabajo, esto es, la reiteración del trabajo todos los días laborables (por todas, S.T.S. de 13 de abril de 1987. Ar/2407, sobre repartidores de pan) frente a la libertad de asistencia al trabajo, indicio de independencia laboral (por todas,

S.T.S.J. de Madrid, de 24 de abril de 1989, sobre actividades de alterne; S.T.C.T. de 9 de junio de 1986. Ar/28455, sobre modelos de Bellas Artes).

d) La exclusividad en el trabajo (por todas, S.T.S. de 29 de enero de 1991 Ar/190), si bien la jurisprudencia admite la presencia de un contrato de trabajo en casos de pluriempleo (por todas, S.T.C.T. de 11 de diciembre de 1984, sobre limpiadoras o S.T.C.T. de 31 de marzo de 1987, sobre corresponsales periodísticos).

e) La inserción en la organización empresarial y la ausencia de una organización empresarial autónoma por parte del trabajador (por todas, S.T.S. de 19 de marzo de 1988. Ar/2403), el cumplimiento de órdenes e instrucciones del empresario [por todas, S.T.S. de 26 de enero de 1994 (Tol 233335), sobre encuestadores] o la necesidad de dar cuenta al empresario del trabajo realizado, controlando éste el resultado de la actividad [por todas, S.S.T.S. de 13 de abril de 1989. Ar/2967 o de 26 de enero de 1994 (Tol 233335)], si bien la mayor o menor autonomía funcional a la hora de realizar el trabajo no siempre es jurisprudencialmente relevante (por todas, S.T.S. de 19 de mayo de 1986).

f) La aplicación de sanciones al trabajador por el empresario (por todas, S.T.C.T. de 9 de abril de 1981), si bien tal indicio tampoco sea jurisprudencialmente definitivo (por todas, S.T.S. de 6 julio de 1987).

g) El cumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización al Régimen General de la Seguridad Social [por todas, S.T.S. de 6 de junio de 1995 (Ar/4639)], aunque la jurisprudencia haya declarado frecuentemente que este indicio por si solo no es suficiente para calificar de laboral una relación (por todas, S.T.S. de 3 de octubre de 1988).

h) Otros indicios serían la asistencia a un centro de trabajo (por todas, S.T.C.T. de 6 de febrero de 1986, sobre médicos; o S.T.C.T. de 23 de diciembre de 1986, sobre abogados); el hacer publicidad de la empresa en el vehículo de transporte o en las ropas (por todas, S.T.S. de 26 de febrero de 1986. Ar/834, o de 12 de septiembre de 1988. Ar/6872); en sentido contrario, el pago de impuestos típicamente empresariales (I.V.A., I.A.E.) (por todas, S.T.S. de 25 de julio de 1989. Ar/5916; en contra, S.T.S. de 27 de junio de 1988, Ar/5470) o el carácter personal del trabajo realizado.

- Indicios de la ajenidad.- Son indicios de ajenidad según la jurisprudencia:

a) La no aportación de los medios o instrumentos de trabajo (materias primas, herramientas, maquinaria, vehículo de transporte, instalaciones, etc.) (Por todas, S.T.S. de 13 de junio o de 15 de septiembre de 1988), aunque tal indicio no sea ni mucho menos definitivo jurisprudencialmente (por todas, S.T.S. de 26 de febrero de 1986. Ar/834 o de 26 de junio de 1986. Ar/3741).

b) La apropiación empresarial del producto elaborado por el trabajador (por todas, S.T.S. de 31 de marzo de 1997, Rec. 3555/1996), indicio que, desde luego, no resulta útil cuando se trate de una actividad de servicios.

c) La existencia de una contraprestación económica al trabajo cuya cuantía, comparada con la de los salarios de los trabajadores de la misma localidad y actividad, no envuelve un lucro o beneficio especial, sino que resulta equivalente a la de aquellos (por todas, S.S.T.S. de 25 de febrero o de 29 de marzo de 1990, Ar/1099 y 4517).

d) La ausencia de remuneración o la no percepción del salario mínimo interprofesional (por todas, S.T.C.T. de 19 de octubre de 1988 o S.T.S de 14 de septiembre de 1988, respectivamente). Si bien existe jurisprudencia que, con toda

lógica, señala que la inexistencia de un salario garantizado no inferior al salario mínimo interprofesional «no puede considerarse mecánicamente como un signo de extralaboralidad», puesto que esa situación bien puede responder a una práctica ilegal del empresario (por todas, S.T.C.T. de 2 de diciembre de 1987).

e) El carácter fijo y periódico de la remuneración percibida (por todas, S.T.C.T. de 23 de diciembre de 1986), aunque tampoco este indicio sea absolutamente concluyente ya que esta nota puede concurrir también en un contrato de arrendamiento de servicios (por todas, S.T.C.T. de 16 de junio de 1986).

- Búsqueda de indicios y ángulo de la duda.- La búsqueda de indicios variará según cuál sea el ángulo de la duda, esto es, según cuál sea el contrato afín al de trabajo cuyo enmarque se discuta.

Así, si la duda se refiere a un contrato asociativo, el elemento diferenciador será la ajenidad en la remuneración ya que el trabajo será dependiente al igual que en el contrato de trabajo.

Al contrario, si la duda se refiere a un contrato cambiario (de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra, por ejemplo), será la dependencia en el trabajo el elemento diferenciador de un contrato de trabajo.

- Presunción de existencia de contrato de trabajo.- Aunque es dudoso que el art. 8.1 del ET establezca una verdadera y propia presunción jurídica, en ocasiones la jurisprudencia ha aplicado tal «presunción» en caso de duda interpretativa (S.T.S. de 19 de mayo de 1994, Ar/4463), trasladando la carga de la prueba procesal al empresario demandado (S.T.S. de 26 de febrero de 1990, Ar/1228, de 19 de mayo de 1994, Ar/4463 o de 10 de abril de 1995, Rec. 2060/1994).

- Otros factores no jurídicos que juegan en la calificación de un contrato.- Ante las dificultades que plantea la calificación de un contrato, derivadas de la falta de claridad de los criterios diferenciadores y el necesario recurso al sistema de indicios, en la práctica juegan, a la hora de calificar jurídicamente un determinado supuesto de hecho, una serie de factores sociales de naturaleza no jurídica tales como la costumbre, la presión de la opinión pública, la dependencia económica del trabajador de su trabajo y, especialmente, la influencia que el grupo profesional de trabajadores de que se trate pueda ejercer a través de los medios de presión colectiva.

La inclusión legal en el derecho laboral de los artistas, de los toreros, de los deportistas profesionales o de los representantes del comercio o la inclusión jurisprudencial de los mensajeros constituyen un ejemplo significativo de un movimiento social de opinión en tal sentido más que de un análisis detallado de los elementos de su relación laboral.

Aunque existen otros casos en los que la ley o la jurisprudencia ha evolucionado en sentido contrario, esto es, sacando del Derecho del Trabajo a determinados trabajadores (Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia, respecto de los representantes de comercio; o Ley 14/1994, modificativa del E.T., respecto de los transportistas).

. Diferencias entre el contrato de trabajo y los contratos cambiarios

3.1.1. Contrato de trabajo y contrato de arrendamiento de servicios.

- Abogados.- Es difícil determinar una tendencia en materia de calificación jurídica del trabajo prestado por un abogado para un despacho de abogados, cuando se alega la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios, ya que indicios muy similares dan lugar a calificaciones diferentes en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso.

El análisis de la forma en que se produce la remuneración (control de la ajenidad) es un indicio considerado como relevante por la jurisprudencia. Así, suele analizarse si la cantidad percibida con periodicidad es a cuenta de aquellos asuntos en que se ha intervenido, en cuyo caso la figura contractual es el arrendamiento de servicios (S.T.S. de 9 de febrero de 1990. Ar/887); o si la remuneración se hace en atención a un parámetro fijo y a otro variable, en cuyo caso nos encontramos ante un contrato de trabajo (S.S.T.S. de 24 de febrero de 1990. Ar/1911 y de 3 de mayo de 2005, Rec. 2606/2004). La nota de la dependencia es de más difícil constatación, puesto que en este tipo de actividades resulta complejo determinar cuándo las órdenes recibidas constituyen verdadera subordinación laboral o simple sometimiento a las instrucciones del cliente. Por ello esta vertiente de la relación laboral es utilizada con carácter meramente complementario cuando se plantea un problema de calificación jurídica.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha admitido que cuando un abogado contratado laboralmente para una empresa realiza adicionalmente funciones (defensa en juicio), recibiendo honorarios específicos y sin concurrir la sumisión existente en la vertiente estrictamente laboral de la prestación, debe entenderse que estas actividades adicionales están desprovistas de naturaleza laboral (S.T.S. de 21 de septiembre de 1990. Ar/7926), cabiendo así la concurrencia de dos relaciones contractuales distintas (S.T.S. de 8 de octubre de 1992, Rec. 2754/1991).

- Médicos.- La transformación de las funciones de un médico de empresa (inspección de bajas) en otro tipo de tareas que, con carácter esporádico y aislado pudieran encomendársele, no cambian la naturaleza laboral de la relación cuando se percibe una media mensual retributiva similar a la existente con anterioridad, y a pesar de que el requisito de la dependencia se encuentre más suavizado. Pese a todo ello, se entiende que concurren dependencia y ajenidad (S.T.S. de 6 de junio de 1990. Ar/5027). Con todo, la repetición del servicio al cliente constituye el indicio de laboralidad más seguro (S.T.S. de 21 de mayo de 1990, Ar/4993).

Si concurren las notas características de la relación laboral, la posibilidad de nombrar sustituto no enerva el carácter laboral de la relación existente entre un médico

y una entidad de asistencia médica. El Tribunal Supremo así lo ha entendido, por ejemplo, refiriéndose a médicos de entidades sanitarias (STS de 9 de diciembre de 2004, Rec. 5319/2003) y odontólogos que prestaban sus servicios en clínicas privadas y cuya retribución estaba en función de un porcentaje pactado sobre la facturación efectivamente cobrada por la clínica a los clientes atendidos, deduciendo de la misma, en su caso, el importe de los materiales, en sistema retributivo similar al salario a comisión (SSTS de 19 de junio de 2007, Rec. 4883/2005; 7 de noviembre de 2007, Rec. 2224/2006, 27 de noviembre de 2007, Rec. 2211/2006, 12 de diciembre de 2007, Rec. 2673/2006, y 7 de octubre de 2009, Rec. 4169/2008).

- Aparejadores.- El rasgo determinante de la calificación laboral suele ser la concurrencia de ajenidad, constatada a través del análisis de la forma de retribución. Cuando se perciben honorarios por cada uno de los clientes en atención a las tarifas del colegio de aparejadores [S.T.S. de 3 de abril de 1992 (Tol 232101)] o cuando las cantidades percibidas mensualmente son anticipos de los honorarios que le corresponderían por los trabajos en los que ha intervenido (S.T.S. de 11 de abril de 1990. Ar/3460), la inexistencia de laboralidad queda constatada, pese a que concurran instrucciones u órdenes de los titulares del estudio. Nuevamente el requisito de la dependencia es complementario y no determinante. Otro indicio menor de inexistencia de relación laboral es la participación del sujeto en los gastos del estudio.

- Encuestadores.- La jurisprudencia del T.S. ha calificado de laboral la relación que une a los encuestadores con las empresas, pese a que la retribución percibida se concreta en atención al número de encuestas realizadas, cuando puede el trabajador rechazar las encuestas que no le interesan y no existe sujeción a horario [S.T.S. de 26 de enero de 1994. El dato relevante en este caso es el sometimiento a la esfera de dirección empresarial, lo cual es indicio de dependencia laboral, aún suavizada.

Así para la sentencia de 26 de junio de 1995. Del relato fáctico de la sentencia de instancia, completado con lo declarado con valor de hecho por la de suplicación se

desprende que la empresa demandada se dedica a la explotación de un complejo hotelero en Benalmádena Costa en régimen de multipropiedad; y con la finalidad de captar clientes y para realizar la promoción de ventas, aquella contrató los servicios de los actores a fin de que realizasen encuestas entre posibles compradores de apartamentos bajo dicho régimen; realizando dicha actividad según las instrucciones de la empresa, con libertad de horario y de jornada y pudiendo compatibilizarla con cualquier otra, fijándose un precio de 3.000 pesetas por 30 encuestas diarias, una vez aprobadas por la empresa.

La sentencia de instancia, estimando la demanda deducida por las actoras, entendió que existía relación laboral entre las partes y en consecuencia, previa declaración de la nulidad de sus despidos, condenó a la demandada a las consecuencias inherentes a tal declaración.

Recurrida en suplicación por la empresa, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, dictó sentencia el 19 de Abril de 1.994, que estimó el recurso y declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión controvertida. Todo ello por entender que no existía relación laboral entre las partes al no concurrir los elementos contemplados en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores y sí un arrendamiento de servicios regulado en el artículo 1544 del Código Civil.

Contra la referida sentencia interponen las actoras el presente recurso de casación para la unificación de doctrina e invocan como contradictorias las sentencias de esta Sala de 27 de mayo de 1.992, de 26 de enero de 1.994 y de 14 de febrero de 1.994, constando en las actuaciones las certificaciones correspondientes.

Prescindiendo de la segunda por no haber sido citada en el escrito de preparación, hay que resaltar que las otras dos no presentan con la impugnada las identidades previstas en el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral necesarias para viabilizar el presente recurso como pone de relieve la recurrida en su escrito de impugnación.

En efecto, dichas sentencias de contraste, de contenido coincidente, entienden que existe relación laboral y por tanto aceptan la competencia de este orden jurisdiccional en supuestos de encuestadores contratados por empresas dedicadas precísamente a la realización de estudios de mercado y de opinión pública; citando expresamente en apoyo de su tesis el Acuerdo Colectivo que ordenó publicar en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de 23 de Mayo de 1.988 relativo a las empresas dedicadas a la citada actividad, que regula las condiciones de trabajo de los encuestadores a los que dan ocupación tal clase de empresas.

Y en el presente caso ocurre -como se desprende de lo expuesto-que la empresa demandada no se dedica a la realización de estudios de mercado y de opinión pública, sino a la explotación de un complejo hotelero en régimen de multipropiedad, aunque como promoción de ventas utilice el sistema de encuestas, por lo que no le es aplicable el Acuerdo Colectivo mencionado. Lo expuesto determina que se debe inadmitir el presente recurso, que en este trámite se transforma en su desestimación.

- Colaborador de medios de comunicación.- La autonomía que caracteriza a este tipo de relaciones, manifestada en la inexistencia de horarios, jornadas y órdenes estrictas es la causa de que este tipo de trabajos no se hayan incluido mayoritariamente en el ámbito laboral por la jurisprudencia.

En ocasiones se alega, además, como elemento determinante, la forma de retribución por trabajo realizado, sin que tenga relevancia alguna la utilización por parte del sujeto de los servicios comunes de la empresa (S.T.S. de 14 de mayo de 1990. Ar/4314).También se considera relevante para la calificación de no laboral el hecho de que el autor de la obra literaria conserve la titularidad de sus trabajos, que sólo hace suyos la empresa cuando le son expresamente transferidos por él (S.T.S. de 15 de febrero de 1991. Ar/839). Ahora bien, tratándose de autores asalariados no es en absoluto exigible la cesión de todos los derechos que integran la propiedad intelectual para estimar que concurre la nota de amenidad. Los derechos de propiedad intelectual no se encuentran de modo necesario en el paquete de las obligaciones básicas del

contrato de trabajo, pudiendo incluirse entre las respectivas contraprestaciones de las partes o quedar al margen de éstas. Así resulta de modo indubitado de lo que establece el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: «1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral». En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en relación con los actores de doblaje (SS.T.S de 16 de julio de 2010, Rec. 3391/2009; de 19 de julio de 2010, Rec. 2830/2009, y de 5 de octubre de 2010, Rec. 1766/2009). En sentido similar se manifestó respecto a los fotógrafos en la sentencia de 31 de marzo de 1997.

V. OTRAS ACTIVIDADES LABORALES

La actividad de promoción y publicidad llevada a cabo configura un contrato de arrendamiento de servicios, por cuanto contrata por su cuenta trabajadores, tiene libertad decisoria y no se encuentra sujeto a horario. Y ello pese a que el sujeto percibiera una cantidad mensual fija.

La actividad de asistencia técnica a un Ayuntamiento prestada por varios sujetos encargados de monitorizar actividades de ocio (gimnasia, fotografía, etc...) no constituye una prestación laboral sino un arrendamiento de servicios. Se señala que las actividades realizadas destinadas a la ocupación del tiempo libre son propias de empresas, puesto que el Ayuntamiento pretendía dar cumplimiento a programas

concretos. En tal sentido, resulta irrelevante la conclusión a la que llegara la previa Inspección de Trabajo.

Los/as limpiadores/as contratados al servicio de empresas o comunidades de vecinos plantean problemas de calificación cuando se presenta la posibilidad de sustitución. Parece ser, sin embargo, que cuando es el contratado para prestar los servicios el que dispone de libertad para enviar a un sustituto, sin que tenga que concurrir ninguna especial eventualidad, estaríamos ante un contrato de arrendamiento de servicios, mientras que cuando la sustitución queda condicionada a determinados eventos y a la aprobación del empresario se trataría de una relación laboral. El carácter personal de la relación es el que termina por configurar su laboralidad.

La actividad de peritaje para una agencia de seguros no es laboral porque no existe exclusividad, se está en posesión de licencia fiscal y afiliado a la Mutualidad de Autónomos, paga I.V.A. y percibe remuneración conforme a las peritaciones realizadas. Adicionalmente, el Tribunal considera que no existe subordinación sino acatamiento de simples instrucciones [S.S.T.S. de 1 de marzo de 1990. Ar/1743, de 8 de octubre de 1992 (Tol 231971) o de 10 de julio de 2000 (Tol 46365)]. Ello no obstante, el hecho de acudir diariamente al centro de trabajo, donde se reciben instrucciones de trabajo concretas, es indicio de laboralidad en la actividad de peritaje para oposición de seguros.

(S.T.S. de 6 de octubre de 2005, Rec. 2224/2004). Esta Sala en alguna ocasión anterior - en concreto por Auto 29-10-2003 (Rec.-193/03) -ha inadmitido algún recurso relacionado con este tipo de profesionales, pero lo ha hecho con empresa distinta a la demandada y sobre la existencia de hechos probados demostrativos de la falta de dependencia; ello no ocurre en el caso de las dos sentencias comparadas en cuanto están referidas a la misma empresa y a una misma situación fáctica aunque las concretas palabras que cada una utiliza sean diferentes. Denuncian los recurrentes como infringido por la sentencia de instancia el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto que en

él se determinan cuáles son los requisitos definidores de la naturaleza de una relación como laboral, en concreto el de dependencia y el de ajeneidad que estima concurren en la existente entre actores y demandada. La censura jurídica que denuncian los demandantes debe merecer favorable acogida por esta Sala, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal y de la doctrina de esta Sala recogida no solo en la sentencia aportada como de contraste - STS de 10 de julio de 2000 (Rec.-4121/99) - sino en otras anteriores - por todas STS 8 de octubre de 1992 (Rec.-2754/91) – y posteriores a la misma - STS 14-3-2005 (Rec.- 2208/2004) - todas ellas referidas a la profesión de "tasadores de seguros" y a la calificación de su relación con las Compañías de Seguros para las que prestan sus servicios.

Como señalábamos en las dos últimas sentencias citadas, resumiendo la doctrina de esta Sala en relación con el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores "el trabajo de valoración de daños de los peritos tasadores de seguros, como otros muchos de carácter profesional, puede realizarse tanto en régimen laboral (contrato de trabajo) como en régimen de ejercicio libre (arrendamiento de servicios). O visto desde la perspectiva de las compañías aseguradoras: la tasación pericial de daños puede llevarse a cabo con recursos personales propios, o mediante encargo a peritos colaboradores externos o a sociedades de peritación. La elección entre una y otra posibilidad corresponde, como es obvio, a las compañías y a los peritos tasadores (en uso de la libertad de empresa y de la libertad profesional, respectivamente), los cuales, de común acuerdo, pueden dar a la relación de servicios la configuración que tengan por conveniente. La línea divisoria entre una y otra opción está en lo que la jurisprudencia llamó "integración en el círculo rector y disciplinario del empresario", concepto que en la legislación vigente se formula como "servicios... dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica" (art. 1.1 ET), y que la doctrina científica denomina nota o criterio de 'dependencia'. Pues bien, en el caso hoy enjuiciado resaltan datos de hecho determinantes de la concurrencia del dicho requisito: el actor debía acudir diariamente a la empresa y realizar las tasaciones que se le ordenaba, sin que tuviera la facultad de rechazarlas, ni la de imponer su criterio cuando era diferente de la del Jefe de peritos. Era la empresa la que asignaba las zonas de trabajo y retribuía los servicios prestados

mediante el pago de sumas por ella unilateralmente establecidas. Las vacaciones las fijaba el jefe de peritos de la empresa. Son todas estas circunstancias determinantes de la existencia de la dependencia que el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores exige para calificar como laboral una relación jurídica entre partes." En definitiva, como se ha señalado en alguna otra sentencia sobre particulares semejantes – STS 9-4-2002 (Rec.- 1381/01) al calificar también como laboral la relación de cobradores de seguros sometidos al control y vigilancia de la empresa -; STS 9-12-2004 (Rec.- 5319/03) en relación con la calificación de determinados servicios médicos como laborales; o la STS 3-5-2005 (Rec.-2606/04) al calificar como laboral la relación de un Abogado concreto con su empresa -, aunque el concurso de las exigencias de dependencia y ajeneidad no siempre es fácil detectarlas o probarlas, sí que es posible deducirlas de la concurrencia de elementos indiciarios cuales la asistencia a un centro de trabajo, la sumisión a instrucciones del empleador, la puesta a disposición del empleado, la existencia de una retribución dependiente del trabajo realizado, etc, etc. En nuestro caso, como ya se dijo, el hecho de que los actores hubieran de acudir cada día al centro de la empresa en donde recibían lo que no era otra cosa que un encargo de trabajo por el que percibían de la empresa una determinada cantidad constituyen elementos fácticos suficientes como para llegar a la conclusión de laboralidad antes indicada puesto que no nos cabe duda alguna de que ello les situaba dentro del círculo organicista de un empleador del que dependían. La estimación del presente recurso conduce a declarar la nulidad de la sentencia recurrida de conformidad con las previsiones contenidas en el art. 226.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y, puesto que la única discusión producida en suplicación lo fue sobre la naturaleza de la relación entre las partes y la consiguiente competencia o incompetencia del orden social para conocer de la cuestión por ellos planteada, con la nulidad procederá resolver el debate planteado en suplicación, desestimando el indicado recurso y manteniendo por ello en su redacción original la sentencia dictada en la instancia. Sin que proceda imponer las costas a ninguna de las partes en el presente recurso.

La actividad de los modelos de bellas artes viene jurisprudencialmente calificada de no laboral (S.T.C.T. de 21 de diciembre de 1987, Ar/28938), aunque existen líneas jurisprudenciales contradictorias que admiten la laboralidad de estas relaciones aún cuando no haya jornada ni horario fijo y no se les sancione cuando no acudan al ser llamados.

La actividad de los guías intérpretes de turismo viene calificada jurisprudencialmente de laboral.

VI. CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA

Los indicios que diferencian el contrato laboral de obra o servicio determinado y el contrato civil de ejecución de obra son: 1º) La realización de la obra con suministro de material del comitente. 2º) El desarrollo de la actividad dentro de los locales de la empresa facilitando el control empresarial. 3º) La remuneración por hora, y no a precio alzado por unidad. 4º) Que el contratista que realice la obra o servicio no sea un verdadero empresario, con organización y autonomía propias.

VII. CONTRATO DE MANDATO

Los indicios que demuestran la existencia de un contrato de mandato extralaboral (con funciones, entre otras, de representación de la sociedad) son la no sujeción a horario, la posibilidad de contratar a otros trabajadores, el pago de impuestos

derivados de la existencia de una organización empresarial y la falta de dependencia o el simple sometimiento a instrucciones.

VIII. CONTRATO DE DEPÓSITO MERCANTIL

Se deduce la existencia de un contrato de control y depósito mercantil de la no sujeción a jornada, de la actuación por su cuenta y riesgo, de la existencia de personal propio, del pago exclusivamente a comisión y del abono del I.V.A. como empresa que presta servicios a terceros.

Para la sentencia del T.S. de 7 de marzo de 1994. Conviene resaltar que la circunstancia, claramente, advertible en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, de que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de la que procede la sentencia recurrida, apoye, en exclusiva, la decisión de competencia jurisdiccional, que finalmente y en términos concluyentes, establece en su fallo o parte dispositiva, en la única razón del carácter laboral de la acción de despido ejercitada en los autos no desdibuja la evidente contradicción en que entra con las sentencias propuestas como término comparativo, las que sobre los mismos hechos sustentadores de los respectivos contenciosos en comparación mantienen, en cambio, la incompetencia de jurisdicción. Concurrente, por tanto, el presupuesto básico del recurso unificador de doctrina promovido, se impone entrar en el análisis de la infracción jurídica denunciada en el mismo, que viene contraída a la infracción de los arts. 1 y 5-2 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con los arts. 1-5- y 25-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El problema que se plantea en este recurso unificador de doctrina es el de la competencia de este orden social de la jurisdicción para conocer de la pretensión instauradora de la demanda de autos. A este respecto es de señalar que, de conformidad

con el criterio sustentado en las señaladas sentencias propuestas como término de comparación, procede declarar la incompetencia de este orden jurisdiccional social para conocer de la controversia de autos. Y es que, como se advierte de la lectura del relato histórico de la sentencia, ahora, recurrida, la relación jurídica contraída entre las partes litigantes, dista mucho de reunir los caracteres propios que definen al contrato de trabajo. En este sentido, no puede desconocerse que la empresa, hoy recurrente, concertó con la parte demandante un contrato de depósito y control de stocks de mercancías, mediante el pago de una comisión según el importe que arrojase la entrada y salida de dichas mercancías, constituyéndose, elementos reveladores de la inexistencia de relación laboral entre las partes, el que se estableciere que el depositario y controlador, como comisionista autónomo, debería estar dado de alta en la licencia fiscal y Seguridad Social, que, el mismo hubo de prestar fianza antes de la iniciación del contrato y que caso de que ello fuera necesario para el funcionamiento y desarrollo del depósito y control de mercancía, el depositario y controlador debería, por su cuenta y riesgo, contratar el personal laboral necesario, como, así, se hizo en el caso sujeto, ahora, a enjuiciamiento.

Es de señalar, asimismo, que del valor del stock de mercancías depositadas por la empresa DIRSA respondía con sus bienes personales el SR. Tafall Martínez y que el funcionamiento y control del depósito concertado se hacía a través de una cuenta corriente en la que se registraba la entrada y salida de mercancía, abonándose al depositario un 3% de la mercancía extraída para su venta siendo de su cargo el abono del IVA correspondiente. El concertante del depósito aludido no se hallaba sujeto a una jornada laboral, ejerciéndose la supervisión del stock de mercancías depositadas por una persona designada por DIRSA que era quien poseía, en exclusiva, las llaves de la caja registradora instalada para efectuar el control.

De todo lo expuesto, no parece dudoso que la relación jurídica establecida entre las partes litigantes carece de las notas típicas de ejenidad y dependencia propias del contrato de trabajo, conforme a lo establecido al art. 1º del Estatuto de los Trabajadores, revelándose, en cambio, con suficiente claridad, la existencia de un contrato de control y depósito mercantil en el que depositario actuó con plena autonomía percibiendo, en

compensación, un porcentaje, en concepto de comisión por la mercancía extraída del depósito.

Por todo lo que se deja razonado y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal el recurso tiene que ser estimado, lo que conlleva la casación y anulación de la sentencia recurrida y al resolver el debate planteado en suplicación en términos ajustados al principio de unificación de doctrina -art. 225 de la Ley de Procedimiento Laboral- procede con desestimación del recurso de suplicación al que se contrae la sentencia recurrida, confirmar íntegramente la sentencia de instancia que declaró la incompetencia de este orden jurisdiccional social para conocer de la controversia de autos.

IX. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS

Sociedades de profesionales liberales.- El trabajo prestado en sociedades de profesionales liberales (abogados, graduados sociales o médicos) plantea, en ocasiones, dificultades de delimitación. La diferencia entre trabajador y socio cuando se participa en los beneficios pero se reciben órdenes de los titulares de la sociedad ha sido el tema clave de la jurisprudencia:

a) Se consideran indicios de que no existe contrato laboral sino sociedad civil: 1º) Cuando la prestación de servicios prestada por el médico no está sometida a la organización y dirección de otros médicos. 2º) Cuando los locales donde prestaban sus servicios todos ellos no eran de su titularidad sino de una clínica. 3º) Cuando no resulta probado que el sujeto percibiera remuneración de los otros médicos, sino de terceros o de entidades.

b) Los servicios prestados por un profesional médico para otro médico constituyen, en cambio, contrato laboral cuando: 1º) El salario se abona en atención a los actos médicos en que participe, siendo de aplicación las correspondientes retenciones a cuenta del Impuesto de la Renta. 2º) No existe participación en los gastos de la consulta médica. 3º) Se realiza el trabajo con un horario determinado, siendo asignados los pacientes por orden del médico principal y siendo emitidas instrucciones por parte de éste en supuestos de especial gravedad, lo cual es indicio de dependencia.

c) La relación laboral que vincula a los trabajadores que prestan servicios como abogados en los correspondientes despachos constituye una relación especial regulada en el RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. Conforme a su art. 1 no están incluidos en el ámbito de aplicación del mismo y por tanto no constituyen relación laboral, las siguientes situaciones: a) Los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia, individualmente o agrupados con otros, como socios en régimen societario o bajo cualquier otra forma admitida en derecho. b) Las colaboraciones profesionales que se concierten entre abogados cuando se mantenga la independencia de los respectivos despachos. c) El ejercicio en común de la profesión de abogado como socio a través de sociedades profesionales constituidas de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico. d) Las relaciones que concierten los abogados con empresas o entidades, públicas o privadas, que no tengan el carácter de despachos de abogados. e) Las relaciones que se establezcan entre abogados que se limiten a compartir locales, instalaciones u otros medios o servicios de cualquier naturaleza, siempre que se mantenga la independencia entre ellos, no se identifiquen de forma conjunta ante los clientes y no se atribuyan a la sociedad que eventualmente pudieran constituir los derechos y obligaciones inherentes a la relación establecida con los clientes. f) Las relaciones que se establezcan entre los despachos y los abogados cuando la actividad profesional concertada a favor de los despachos se realice con criterios organizativos propios de los abogados y la contraprestación económica percibida por éstos por dicha

actividad profesional esté vinculada enteramente a la obtención de un resultado o a los honorarios que se generen para el despacho por la misma. Se exceptúan de este supuesto las relaciones en las que se garantice a los abogados por la actividad profesional concertada, periódicamente, unos ingresos mínimos. g) Las actividades profesionales que desarrollen los abogados contratados por un despacho, con autorización de éste, a favor de sus propios clientes cuando cobren los honorarios devengados por tales actividades profesionales directamente de los mismos; h) Las actividades profesionales que realicen los abogados contratados por un despacho derivadas del turno de oficio, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 10 del Real Decreto 13312006; i) No estarán incluidos en el ámbito de aplicación de la relación laboral que se regula en este Real Decreto, los abogados que prestan servicios en un despacho con cuyo titular tengan una relación familiar y convivan con él, salvo que se demuestre la condición de asalariados de los mismos. A estos efectos se considerarán familiares el cónyuge, los descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

d) Cabe entender que las relaciones de un abogado que acaba de obtener su titulación (el llamado pasante) con el despacho en el que se encuentra deben quedar actualmente subsumidas en la relación laboral de prácticas, que remite al art. 11 ET con las peculiaridades que dicho precepto menciona. En todo caso, si se cumplieran los requisitos, sería también admisible que la relación del recién titulado se realizara en concepto de prácticas no laborales (beca).

- Socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado.- En estos casos, la relación societaria absorbe la relación laboral (leyes de cooperativas estatales o autonómicas).

- Socios trabajadores de sociedades laborales.- Los trabajadores socios de una sociedad laboral mantienen una doble relación con la misma --laboral y societaria-- no pudiendo ningún socio poseer acciones que representen más de un tercio del total (Ley 4/1997, de 24 de marzo).

- Trabajadores que son a la vez socios de la sociedad titular de la empresa donde trabajan.- La jurisprudencia considera que el hecho de ser socio de la sociedad titular de la empresa en que se trabaje no impide que exista relación laboral, siempre que se trate de una participación limitada y minoritaria de capital.

Para la sentencia del TS de 7 de abril de 2000. La mercantil AAAAAAAA S.L., constituida el 22 de diciembre de 1.994 por dos hermanos y sus respectivos cónyuges titulares, cada uno de ellos, de la cuarta parte del capital social, interpuso la demanda rectora de este proceso impugnando la Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 21 de abril de 1.995 que rechazo su solicitud de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de su socio Sr. R.E.P.G. y procedió a acordarla, de oficio, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. La sentencia del Juzgado de lo Social que desestimo la demanda fue recurrida en suplicación por la empresa que alego la infracción del art. 3 del Decreto 2.350/70 de 20 de Agosto y del art. 97 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/94 de 20 de agosto. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó sentencia estimatoria el 18 de mayo de 1.999. Consta en el relato de hechos probados, modificado en suplicación a instancias de la parte actora, que la esposa del Sr. R.E.P.G., además de socia con el 25% del capital social es administradora mancomunada de la mercantil junto con la hermana de su marido. Y que este, desde el 1 de abril de 1.995 en que suscribió contrato laboral con la S.L., presta servicios con categoría profesional de encargado, jornada de 40 horas semanales y salario de 150.000 pesetas mensuales. La Sala fundamento su fallo favorable a la pretensión de la sociedad, en que el hecho de que la participación del Sr. R.E.P.G., unida a la de su esposa, con la que esta casado en régimen legal de gananciales, alcance el 50% del capital social, no es

suficiente para considerarlo trabajador por cuenta propia, de acuerdo con la doctrina de la sentencia de 29 de enero de 1.997. La presunción del art. 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores, queda desvirtuada por la efectiva prestación de trabajos retribuidos por parte del socio.

La Tesorería General de la Seguridad Social recurre dicha sentencia en casación para la unificación de doctrina, y cita como referencial para el juicio de contradicción, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra el 14 de julio de 1.993. El supuesto examinado por esta fue el de sociedad anónima constituida el 27 de diciembre de 1.990 por un matrimonio y sus cuatro hijos, cuyo capital social pertenece en un 90% al padre y el 10% restante a la madre y a los hijos del matrimonio a razón de un 2% para cada uno. La sociedad formalizo el 1 de abril de 1.991 contratos de trabajo temporal de 7 meses de duración con dos de las hijas, que prestaron servicios como dependientas con salario mensual de 121.500 pesetas. Solicitadas sus respectivas altas en el Régimen General de la Seguridad Social, fueron rechazadas por la Tesorería General en Resolución de 26 de abril de 1.991. Frente a dicha Resolución dedujo la mercantil la demanda rectora de este proceso, que fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social de 14 de abril de 1.992. Y el recurso de suplicación que aquella interpuso, alegando la infracción de los arts. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores y 7.2 y 61 de la Ley General de la Seguridad Social fue desestimado por la Sala de lo Social. Reconoce esta expresamente que no se ha probado la convivencia familiar de las codemandadas, ni se ha impugnado el salario periódico recibido por ellas, y para llegar a la solución excluyente argumenta tan solo que ha de tenerse en cuenta la necesidad de evitar desbordar los marcos económicos y previsiones sociales del régimen publico de la Seguridad Social; especialmente por la facilidad de defraudar sus marcos formales.

De lo expuesto se desprende que concurren los requisitos exigidos por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral como presupuesto de recurribilidad. Los litigantes de ambos procesos se encontraban en idéntica situación, y los hechos, fundamentos y pretensiones de uno y otro son sustancialmente iguales. Que en la sentencia de contraste las socias contratadas participaran tan solo en un 2% del capital social y no convivieran con sus padres, y que en la recurrida el socio que presta servicios laborales sea

propietario del 25% y conviva con su cónyuge, administradora mancomunada de la sociedad y propietaria de otro 25%, no desdibuja la contradicción sino que constituye un argumento a fortiori de su existencia, pues si las primeras fueron excluidas del Régimen General pese a su exigua participación y la falta de convivencia con los socios mayoritarios, con mayor razón será contradictoria la sentencia que incluye en dicho Régimen a quien mantiene una posición mas preeminente en la sociedad mercantil. Y pese a esa homogeneidad, las sentencias comparadas dieron respuestas diversas a la misma pretensión de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Debemos pues pasar al examen de la censura jurídica formulaba al respecto.

Como señala la propia Tesorería General en su recurso, la cuestión sometida a esta Sala IV es la de determinar si procede o no el alta en el Régimen General de la Seguridad Social del socio de una mercantil, que sin ostentar cargo societario alguno en ella, y siendo propietario del 25 % del capital social y esposo de quien es administradora mancomunada de la sociedad y propietaria de otro 25%, suscribe con aquella un contrato laboral común y presta servicios de tal naturaleza. O dicho en otros términos, si quien presta servicios en las condiciones señaladas debe ser considerado o no trabajador por cuenta ajena.

La doctrina unificada de la Sala sobre esta cuestión, de la que son exponentes las sentencias 14 de abril y 19 de octubre de 1.994, 25 de noviembre, 19 y 22 de diciembre de 1.997 y 18 de marzo de 1.998 se ha producido mayoritariamente en litigios sobre prestaciones de desempleo.

Pero como es lógico, resulta plenamente aplicable al caso que nos ocupa, porque tanto en aquellos como en este es la condición de trabajador por cuenta ajena la que se cuestiona. Dicha doctrina puede resumirse en los siguientes puntos:

Tanto art. 1.3.e) del ET como el 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social contienen una presunción iuris tantum de no laboralidad en las relaciones de prestación de servicios mantenidas entre los parientes que enumeran. No puede por tanto realizarse una aplicación de dichos preceptos que desnaturalice su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario, para transformarla en presunción iuris et de iure.

Cuando se acredita la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena de la que no puede ser excluido por la sola razón de su parentesco con titulares de la sociedad, o por su titularidad de una parte de las acciones, cuando estas no superan el 50% del capital social. En sentido análogo el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 79/1991, de 15 de Abril, y 2/1992, de 13 de Enero, declaró que es contrario al principio de igualdad excluir del ámbito laboral unas relaciones jurídicas por el sólo hecho de ser parientes sus titulares.

Ambos preceptos aluden a los parientes o familiares del empresario. Y en puridad de concepto, es claro que esa relación no puede darse cuando el empresario es una persona jurídica ni, por ende, puede entenderse que un trabajador es pariente de la sociedad empleadora a efectos de negar naturaleza laboral a la relación existente entre ambos.

Los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, proscriben el fraude pero no lo presumen. En consecuencia, si la Entidad Gestora entiende que este existe y debe aplicarse la doctrina del levantamiento del velo para penetrar en el sustrato personal de la sociedad con el argumento de que la persona jurídica esta siendo utilizada instrumentalmente en beneficio de sus socios, esta obligada a alegar el fraude y practicar prueba para acreditado, no siendo dable inferirlo de la mera constatación de que el socio minoritario que trabaja por cuenta ajena es pariente de otros socios. Aplicando los anteriores criterios esta Sala ha reconocido ya la condición de trabajador por cuenta ajena, al socio minoritario contratado laboralmente, cuando su situación en la mercantil era la de propietario del 10% del capital social, que no convive con otros familiares también socios.(S. de 16 de junio de 1.994). Titular del 20% del capital, perteneciendo el resto a su padre y hermano con los que convivía. (S. de 19 de octubre de 1.994 y, en parte, S. de 14 de 1.997). Propietario del 10%, que convive con sus padres, propietarios del resto del capital social (S. De 25 de noviembre de 1.997), trabajador no socio, de empresa cuyo capital pertenece a su madre y a su esposa con las que convive, siendo esta ultima, además, administradora única (S. de 19 de diciembre de 1.997), trabajador que ostenta el 12.5% del capital social, siendo el resto propiedad de su tío, su padre y su hermano con los que convive. Ni que decir tiene que todos estos

casos presentan el denominador común de que los socios minoritarios vinculados con relación laboral, no ostentan cargos sociales ni tienen encomendada la dirección y gestión de la sociedad. A los socios administradores no les es de aplicación la doctrina que acabamos de exponer, sino la específicamente establecida para ellos -- y diferenciada en función de su cuota de participación en el capital social - en las sentencias de este Tribunal de 29 de enero, 18 de febrero y 14 de marzo de 1.997, 26 de enero y 5 de febrero de 1.998 y 7 de mayo de 1.999, entre otras muchas.

A la luz de lo expuesto resulta obligado concluir que ha sido la sentencia recurrida y no la de contraste, la que ha aplicado la buena doctrina, dado que el supuesto que contempla es plenamente subsumible en ella, y tiene incluso menor relevancia societaria que algunos de los resueltos por esta Sala (por ejemplo, los aludidos en el apartado anterior, bajo las letras b), c) y e). Porque no existe dato alguno en los hechos probados que permita afirmar que el Sr. R.E.P.G. no era trabajador por cuenta ajena. Consta que trabajo como encargado por cuenta de la sociedad, bajo sus ordenes y dependencia y que recibía de esta la correspondiente retribución de sus servicios. De esos solos hechos --que, por si mismos, tipifican la relación como laboral por cuenta ajena ex. Art.1.1 del Estatuto de los Trabajadores -- no es posible entender directamente, ni muchos menos cabe presumirlo por la simple existencia de lazos familiares entre socios, que el contrato de trabajo formalizado por el socio minoritario y la mercantil se ha celebrado fraudulentamente con la finalidad de facilitar el acceso de aquel al Régimen General de la Seguridad Social. Y la Entidad Gestora, a quien incumbía la carga de probar el posible fraude no ha aportado prueba alguna tendente a demostrarlo.

Procede por tanto la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia el día 18 de mayo de 1.999, que estimo la demanda y declaro que el Sr. R.E.P.G. debía ser encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social. Sin perjuicio, como es lógico, de la incidencia que sobre dicha afiliación y alta pueda tener, de un lado, la posible extinción de su vinculo laboral común, y de otro, la entrada en vigor de la Ley

66/1997 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social que dio nueva redacción al art. 97.k) de la Ley General de la Seguridad Social e introdujo en ella la Disposición Adicional Vigésimo Séptima, estableciendo previsiones y presunciones sobre las que, con posterioridad, ha incidido también la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de igual título que la anterior.

Para la sentencia del TS de 29 de septiembre de 2003. La cuestión que se plantea en el presente recurso se centra en determinar si existe relación laboral a efectos de reconocimiento de la prestación directa del FOGASA, derivada de la extinción del contrato de trabajo por la vía del art. 51 E.T., en empresas de menos de 25 trabajadores, entre quien reclama la condición de beneficiario y la sociedad familiar para la que ha prestado servicios cuando el interesado tiene una participación social significativa, pero minoritaria en el capital social, del 20%, siendo los otros socios su padre, con un 60% y un hermano con el 20%, sin que conste la convivencia con los mismos. En el caso de la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en 15 de enero de 2.002, el actor prestó servicios como Oficial Planchista para la empresa Juan Romero e Hijos S.L., de la que son socios su padre, con un 60% del capital social, que era además administrador único de la sociedad, un hermano y él mismo, con un 20% cada uno. En virtud de expediente de regulación de empleo la empresa extinguió su contrato de trabajo con efectos de 2 de marzo de 1.998. La empresa tiene menos de 25 trabajadores. Solicitando de Fogasa el abono del 40% de la indemnización procedente fue denegada por Resolución de 15 de julio de 1.999. La sentencia de instancia desestimó la demanda. En suplicación se estimó el recurso del actor, llegando a la conclusión de que existía una verdadera relación laboral entre el trabajador y la empresa, en la que cesó en virtud de expediente de regulación de empleo concurriendo los presupuestos para la atribuida de responsabilidad de Fogasa.

En el presente recurso, el Abogado del Estado en nombre de Fogasa niega dicho extremo invocando como sentencia contraria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en 27 de enero de 1.998, firme en el momento

de publicación de la recurrida. En este supuesto los dos actores prestaban sus servicios como Oficial 1ª en la empresa GRITADOS, S.A., con menos de 25 trabajadores habiendo extinguido si contrato en virtud de expediente de regulación de empleo. En la misma eran socios cuatro hermanos, teniendo los dos actores, cada uno el 24% del capital social, siendo miembros del Consejo de Administración, delegando sus facultades en otro hermano; la sociedad se transformó en S.R.L en 1.992, siendo administrador único este otro hermano. Solicitado el 40% del importe de la indemnización fue denegado por Fogasa. En la instancia se estimó la demanda, y en suplicación se desestimó, por faltar el requisito de ajeneidad en la relación de trabajo dado la participación en el capital social de los actores.

Existe la contradicción alegada, pues en ambos casos se suscita la cuestión de la responsabilidad del Fogasa en supuestos de extinción de contratos de trabajo en empresa de menos de 25 trabajadores, en relación a trabajadores que reunían al mismo tiempo la condición de socios no mayoritarios en sociedades integradas por miembros de una misma familia, llegando a conclusiones diferentes discutiéndose si existió o no trabajo por cuenta ajena.

La cuestión debatida carece de contenido casacional por ser concorde la sentencia recurrida con la doctrina de la Sala, contenida en las sentencias de 14 y 19 de octubre de 1.994, 18 de marzo, 14 y 20 de octubre de 1.998 (Sala General) y 30 de abril de 2.001. en estas sentencias se analizaba la concurrencia de las notas de dependencia y ajeneidad en la relación de los trabajadores con la empresa, en supuestos como el de autos, necesarios para la existencia de la responsabilidad sentando la siguiente doctrina:

"La dependencia -entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa-, y la ajeneidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato. La presencia en el supuesto litigioso de ambos elementos configuradores y delimitadores de la relación laboral, se afirma en el "factum" de la sentencia recurrida y se reafirma en su Fundamentación Jurídica. Y esta realidad negocial -ajena a cualquier apariencia o simulación, que tratare

de encubrir un propósito distinto- aparece desde la misma fecha de constitución de la Sociedad Anónima -año 1985- de la que los actores, son socios y trabajadores. Mantener que, una sociedad mercantil constituida sólo por trabajadores, que, a su vez, tienen -cada uno de ellos- una participación mínima e igual en el capital social, lo que les impide, controlar individualmente la sociedad -y con la cautela, además, de que las facultades de gestión les son otorgadas mancomunadamente-, únicamente puede dar cobertura a relaciones jurídicas mercantiles y no laborales, ignorando la existencia de trabajadores que pueden asumir la doble función, es desconocer la realidad de las cosas. Como afirma el Ministerio Fiscal "la doble condición de administradores-trabajadores de los actores... no afecta al carácter laboral del vínculo, en la medida en que son perfectamente predicables los presupuestos configuradores de la relación laboral del artículo 1 ET", y "el hecho de que ninguno de los socios ostente posición mayoritaria y los poderes sean mancomunados, coadyuvan a la concurrencia de dependencia y ajeneidad". Existe, pues, en el caso examinado -y al margen de la relación societaria- un verdadero contrato de trabajo, en el que se ha establecido un intercambio de prestaciones entre la sociedad -acreedora de trabajo y deudor de remuneración- y el trabajador-socio -deudor de trabajo y acreedor de remuneración- en régimen de ajeneidad. No es ocioso señalar, en relación a este último requisito, que la regla general sentada por esta Sala, es que prevalece el carácter de ajeneidad cuando el administrador societario no es titular del 50% de las acciones (STS de 29 y 30 de enero de 1997).

Esta compatibilidad entre relación laboral y relación societaria ha sido ya sentada reiteradamente por esta Sala. Así, la sentencia de 14 de junio de 1994 (dictada en materia de prestación por desempleo) declaró que "Una participación de alrededor del 10% en la sociedad titular de la empresa no desvirtúa la nota de ajenidad en los servicios prestados a una sociedad anónima de propiedad familiar" y que "que la pertenencia de la actora (por cierto tiempo, y no subsistente en el momento del cese en el trabajo) al consejo de administración de la sociedad titular de la empresa no es obstáculo, según la interpretación jurisprudencial del art. 1.3.c. del ET (STS 15 febrero 1990), al reconocimiento de una relación laboral común desarrollada simultáneamente con dicha sociedad". En el mismo sentido, la sentencia de 19 de octubre de 1994

(dictada, también, sobre desempleo), --relativa a un supuesto de sociedad de responsabilidad limitada cuyos únicos socios eran los padres del actor y dos de sus hijos, poseyendo el demandante un 20% del capital y habiéndosele extinguido su relación con la empleadora en virtud de expediente de regulación de empleo--, declaró que "el art. 3-1 de la Ley 31/84 ... establece que están protegidas por desempleo los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el RGSS requisitos que concurren en el actor; previamente a la extinción de la relación del mismo con la Empresa ... S.L., se tramitó ... expediente de regulación de empleo ... en donde se autorizó rescindir las relaciones laborales con cuatro trabajadores declarándolos en situación de desempleo con efectos del día siguiente; si en virtud de dicha autorización se extinguió la relación laboral del actor, calificándola como relación laboral por cuenta ajena, resolución firme, no cabe que con posterioridad, el INEM deniegue la prestación cuando el trabajador la solicita, negando su condición de trabajador por cuenta ajena" .Doctrina que, en parte, se reitera en la de 14 de abril de 1997 y en la más reciente de 18 de marzo de 1998.

De otra parte, esta posibilidad de simultanear la cualidad de socio y órgano societario con la de trabajador, se mantiene en la sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1997. Así, se afirma en dicha sentencia -si bien, referido, solamente, a la anónima laboral, pero aplicable aquí, "mutatis mutandi", en cuanto la sociedad de autos, desde su constitución, quedó integrada, únicamente, por socios, que a la vez eran trabajadores- que, "el trabajador de una sociedad anónima laboral, pues, es trabajador por cuenta ajena a todos los efectos legales... puesto que la condición también ostentada de socio... -de naturaleza estructural en tales sociedades- no impide, dada la personalidad jurídica de la misma, distinta de los socios que la integran, la existencia de una relación laboral por cuenta ajena". También esta misma sentencia afirma la compatibilidad del cargo societario con la de trabajador ordinario, señalando que "esta condición del trabajador no se desvirtúa, en el presente caso, por el hecho de que uno de los demandantes ostentara en la empresa laboral el cargo de vicepresidente y el de vocal, los otros dos (dado que) su participación no les facultaba para adoptar acuerdos válidos en el Consejo de Administración...". Y este mismo criterio de compatibilizar relación societaria con relación laboral, cuando los hechos probados acreditan la

existencia simultánea de ambas relaciones, se proyecta en las sentencias de esta Sala de 18 de marzo de 1991, cuya ratio decidendi de compatibilidad se fundamenta en la autonomía e independencia de la relación laboral frente a la, a veces, más formalista de administrador social.

En definitiva, no existe ningún impedimento legal para excluir del ámbito del contrato de trabajo -la exclusión, conforme el artículo 1.3.c) ET (que debe ser objeto de interpretación restrictiva), únicamente hace referencia a "la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembros de los órganos de administración... siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo- a aquellos miembros de la administración societaria que, no teniendo la mayoría del capital social, realicen actividad de carácter laboral común, como sucede en el caso examinado, por lo que, en principio, cabe admitir la posibilidad de coexistencia o ejercicio simultáneo del cargo societario con la actividad derivada de una relación laboral ordinaria, y ello, conforme con doctrina reiterada de esta Sala -entre otras sentencias, las de 3 de junio de 1991, 27 de enero de 1992 y 22 de diciembre de 1994- expresivas de que la inclusión o exclusión del trabajador -socio-gestor de una sociedad, dotada de personalidad jurídica, de la esfera laboral, depende de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que, concretamente, realice la persona en el seno de la sociedad".

La aplicación de dicha doctrina al caso de autos, en donde no consta en el expediente administrativo de regulación de empleo, ni en ninguna de las actuaciones del actual proceso que se haya puesto en duda la realización de los trabajos laborales de naturaleza común realizados por los demandantes, actividad, profesional que simultaneaban con su condición de socios minoritarios, lleva a la conclusión, sin que sea necesario ni tan siquiera a acudir a la presunciçón de laboralidad, de que en el caso presente, existió una relación laboral ordinaria al margen de su coexistencia con su condición de socios. Y ello es así, porque concurren, en la primera, las notas de dependencia y ajeneidad, en cuanto ninguno que el actor carecía de poder decisorio suficiente para conformar la voluntad social de la persona jurídica de que dependía bajo

una relación laboral de carácter común, con la categoría y retribución que se específica en los hechos probados.

En virtud de lo expuesto, conforme el dictamen del Ministerio Fiscal, y, en cuanto la sentencia impugnada ni infringe la ley, ni produce quebrantamiento en la unidad de doctrina, se impone la desestimación del recurso, por falta de contenido casacional. con condena en costas a la parte recurrente.

X. LAS RELACIONES LABORALES EXCLUIDAS

1. INTRODUCCIÓN

El art. 1.3 del E.T.- El art. 1.3 del E.T. excluye del campo de aplicación del Derecho del Trabajo a las siguientes relaciones laborales:

a) La de los funcionarios públicos y contratados administrativos.

b) Las prestaciones personales obligatorias.

c) La actividad llevada a cabo por los consejeros en empresas societarias.

d) Los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad.

e) Los trabajos familiares.

f) Los agentes comerciales.

g) En general, «todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo».

2. LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y CONTRATADOS ADMINISTRATIVOS

El art. 1.3.a) E.T.- La ley excluye «la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones Locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias».

Los trabajadores excluidos.- Dentro de la exclusión legal entran:

1º) Los funcionarios públicos de carrera o de empleo (interinos y eventuales) de las Administraciones Central, Autonómica, Local e Institucional.

2º) El personal estatutario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: personal estatutario sanitario y personal estatutario de gestión y servicios (Ley 55/2003, de 16 de diciembre).

3º) El personal contratado por la Administración Pública a través de uno de los contratos administrativos previstos y regulados en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

- Las exclusiones ilegales.- Existen una serie de normas reglamentarias que excluyen del derecho laboral a determinados colectivos de personal que trabajan en la Administración Pública y que la jurisprudencia ha considerado ilegales, declarando la aplicación del derecho laboral y la competencia de la jurisdicción social.

Esto sucede con:

1º) El personal auxiliar de notarías (Decreto de 21 de agosto de 1958, aprobando el Reglamento Orgánico de empleados de notarías).

Así en la sentencia del TS de 8 de noviembre de 1994. La situación de hecho que se produce en este proceso, en resumen, es la siguiente: a) Los cuatro actores son empleados de Notarias y vienen desempeñando su función desde hace años en la ciudad de Oviedo, últimamente con el Notario Sr. García-Bernardo Landeta y cesaron a su servicio el 16 de febrero de 1.993 con motivo del traslado de éste a otro destino. b) Esta plaza de Oviedo fue ocupada por el Notario D. J.O.B.quien empezó a ejercer su actividad el día 2 de junio de 1.993. c) La Junta Directiva del Colegio Notarial de Oviedo había autorizado previamente al Sr. Orón y a otro Notario de la ciudad a que instalaran sus despachos en el mismo local en las condiciones previstas en los artículos 19 a 27 del Reglamento de Régimen Interior del Colegio. d) Tres empleados del Notario asociado al Sr. Orón cesaron voluntariamente de prestar servicios para aquél el 29 de Mayo de 1.993 y fueron contratados por éste el día 2 de Junio de 1.993. e) Los actores demandaron por despido al Sr. Orón y a los tres empleados que éste contrató y la sentencia de la Sala de lo Social entiende que el Notario no ha infringido el artículo 18 del Convenio Colectivo de Empleados de Notarias pues la preferencia que se concede a los empleados cesantes en la Notaria cuyo protocolo asume el nuevo Notario no es aplicable en este caso. f) La sentencia, no obstante lo anterior, entiende que se ha producido una situación no prevista en el Convenio Colectivo, como es la unión de dos Notarios con el fin de compartir gastos de infraestructura y personal y, el cese de los empleados de uno, para ser contratados por el otro, supone una reducción en la plantilla de la Notaria que ocupó el SR. Orón, para lo cual no se han seguido los trámites del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral, declaró la nulidad del cese de los actores.

La parte codemandada interpone recurso de casación para la unificación de doctrina y presenta como contradictoria, entre otras, la sentencia de esta Sala de 10 de

Mayo de 1.988, la que guarda relación de igualdad con la recurrida pues en ella se aplica el artículo 18 del Convenio Colectivo de Empleados de Notarias de Asturias. El supuesto consiste en que un Notario destinado a la ciudad de Gijón contrata a dos empleados de su predecesor y a un tercero que estaba destinado en otra Notaria y la sentencia entiende que no se ha infringido el artículo 18 del Convenio Colectivo y declara que no existe despido de los empleados del antecesor que no fueron contratados por el nuevo titular, fundamentando tal decisión en que el Notario se había atenido a lo dispuesto en el Convenio contratando a personas incluidas en el Censo, sin que le vincularan disposiciones solamente aplicables para el supuesto de contratación de personas extrañas al Censo. Se producen los presupuestos de identidad entre hechos, fundamentos y pretensiones de la sentencia recurrida y la citada como contraria pues en ambos casos se trata de la contratación por el nuevo Notario de empleados inscritos en el Censo que eran distintos a los cesantes respecto del Notario precedente y la solución judicial es distinta en los dos supuestos. La sentencia recurrida interpreta el artículo 18 del Convenio Colectivo de forma acorde con el criterio de la contradictoria, pero luego argumenta que, al producirse la asociación del demandado con otro Notario y contratar a tres empleados que estuvieron vinculados a este, supone una reestructuración de plantilla encubierta sin seguir los trámites del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Este razonamiento seguido por la sentencia para llegar a solución contraria no altera la identidad sustancial de supuestos entre las resoluciones comparadas que mantienen la igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones requerida en el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral para hacer viable éste excepcional recurso, sin necesidad de examinar las otras sentencias presentadas. La interpretación adecuada del artículo 18 del Convenio Colectivo hace entender que en el párrafo a) se establece la libertad del Notario para elegir empleados incluidos dentro del Censo y, en los apartados c) y d) establece un mecanismo específico para el supuesto de que el Notario pretenda contratar a personal no inscrito en el Censo Oficial. En este caso, debe dirigirse a la Comisión Auxiliar, o a la Paritaria, al objeto de ser informado de si existen empleados cesantes. Si la respuesta es negativa, o no se produce en el plazo de diez días, el Notario puede contratar a quien estime conveniente sin restricción

alguna. En el supuesto de que se le comunique que existen empleados cesantes tendrá que elegir necesariamente de entre ellos a los que considere mas convenientes, con preferencia de los locales sobre los forasteros y los del Notario predecesor sobre los demás. La sentencia citada de esta Sala de 10 de Mayo de 1.988 entiende que el juego de estas preferencias solo opera en el supuesto de los apartados c) y d) del Convenio, es decir cuando el Notario pretende contratar personas ajenas al Censo, pero estas prioridades no nacen cuando la contratación se efectúa directamente por el Notario entre los empleados del Censo, pues en tal caso, opera la libertad de elección, con la sola restricción de que no se trate de empleados ajenos (apartado a) del artículo 18).

La interpretación literal del precepto hace entender que este criterio es ajustado a su redacción y, por otra parte, se aprecia que el citado artículo 18 supone un desarrollo con ciertas variantes de lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de Empleados de Notarias de 21 de Agosto de 1.956, que establece en su apartado 1º la libertad de elección del Notario entre los empleados incluidos en el Censo. El apartado 2º previene dos mecanismos para la contratación de personal, uno, la libre selección directa del Notario o, dos, dirigirse a la Comisión Auxiliar en petición de empleados y es en este caso cuando únicamente surge la preferencia de los cesantes tanto locales como del antecesor en el protocolo. El estudio de este precedente histórico del artículo 18 del Convenio clarifica el entendimiento de esta peculiar forma de reconocer preferencias a los empleados cesantes.

De acuerdo con lo anterior se debe entender que el Notario demandado no se ha apartado de lo dispuesto en el Convenio Colectivo al contratar directamente a tres empleados que se encontraban inscritos en el Censo, pues al no haber acudido a la Comisión Auxiliar en búsqueda de empleados ajenos, no surge la preferencia de los cesantes en la Notaria cuyo protocolo ha sucedido.

Por otra parte, no se debe admitir que, al contratar a tres empleados que habían cesado días antes de pertenecer a la plantilla del Notario con quien se asoció, se haya producido una reestructuración de plantilla encubierta pues, de un lado, no puede referirse a reducción de personal de la oficina del asociado, quien no es parte en este

litigio y no se ventila el número de empleados que este tenga y, de otra parte, respecto de la plantilla del predecesor, se ha de tener en cuenta que es reiterada la jurisprudencia (sentencias de esta Sala de 11 de Mayo de 1.987, 23 de Mayo y 13 de Junio de 1.988, entre otras) que entiende que no existe subrogación empresarial del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores entre el nuevo y anterior titular de una Notaria, por lo que el demandado no estaba vinculado con el personal de su antecesor y mal podía reducir una plantilla que no le correspondía. Por otro lado, el artículo 18-b) en relación con el 19 del Convenio Colectivo -reproduciendo lo dispuesto en el artículo 13-1 del Reglamento de Organización de 21 de Agosto de 1956- establece que el Notario determinará libremente el número y categoría de empleados, con un mínimo de tres para poblaciones de mas de 110.000 habitantes y por eso al haber contratado a tres, aunque pertenecieran a la misma oficina, se entiende que ha cumplido, si quiera sea formalmente, con la norma convencional. Por todo lo anterior se debe estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de igual clase planteado en su día por los actores en contra de la sentencia de instancia, sin que haya lugar a imposición de costas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 232,1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

2º) El personal auxiliar de los Registros (O.M. de 19 de abril de 1982, aprobando el Reglamento Orgánico del personal de los Registros).

En la sentencia del TS de 27 de marzo de 1996, se recoge. El sistema retributivo de los empleados del Registro -con arraigo en este área registral y cuyos antecedentes normativos arrancan, ya, del Reglamento de 1958- consiste en un peculiar sistema de participación en los resultados económicos de la actividad profesional registral, en cuya virtud se establece un reparto de los ingresos líquidos entre el registrador y sus empleados, conforme a la atribución de un porcentaje convenido del 40% a los empleados -35%, caso de solamente existir en la plantilla Auxiliares 1ª, que no excedan

de dos- y del restante 60% al Registrador. La concreción de estos ingresos líquidos requiere una serie de operaciones a fin de concretar los ingresos brutos y restar, luego, los gastos deducibles; pero estos ingresos no constituyen, como pretende la Asociación recurrente, la masa salarial bruta, ni tampoco el salario de cada uno de los trabajadores, empleados del Registro, sino el índice o parámetro referencial a través del cual se determina el sistema retributivo global de los empleados en el porcentaje antes indicado, fijándose, luego, la retribución de estos últimos mediante la aplicación de unos coeficientes en función de una serie de criterios valorativos. Este sistema de retribución, calificado de "privilegiado y novedoso en la negociación colectiva" por el sindicato codemandado CSI-CSIF, también como el propio sindicato, afirma "se ajusta a las normas de derecho necesario de los trabajadores", máxime, cuando se fijan, unos salarios garantizados en cómputo anual, resultado de multiplicar el salario mínimo interprofesional por coeficientes correctores, según categoría y población, -artículo 30 del Convenio- que se ven incrementados por módulos y aptitud profesional para las categorías de oficiales y Auxiliares 1ª -artículo 34 del Convenio-. b) El Registrador es el titular registral y único empleador y los "ingresos líquidos" que se obtengan en el ejercicio de la actividad registral son "ingresos líquidos del Registrador", como expresamente se reconoce en el Convenio -artículos 29, 30, 32 y 33-. El porcentaje del 60% que, sobre aquellos ingresos, se asigna al Registrador no tiene el carácter de salario, sino de beneficio mensual, sin que norma alguna de régimen general o especiales de la Seguridad Social, imponga al Registrador la obligación de atender con su propio peculio las cuotas empresariales de los trabajadores. Establecer lo contrario equivaldría a romper el equilibrio de prestaciones pactado en el Convenio Colectivo que, en relación al problema que nos ocupa, se desarrolla en el Título V del Convenio, bajo la rúbrica "Remuneración del Personal de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles". c) En definitiva, pues, el artículo 32.2 en cuanto considera como gasto -a deducir de los ingresos brutos para obtener los "ingresos líquidos del Registrador"- "la cuota empresarial de la Seguridad Social" (no se ha impugnado la validez, como gasto, de "las cuotas colegiales") no infringe las normas invocadas por la parte recurrente, y es conforme al artículo 82. del Estatuto de los Trabajadores y al artículo 37.1 de la

Constitución, ya que, como igualmente informa el Ministerio Fiscal "las cuotas de Seguridad Social no se pagan, pues, en parte, con los sueldos de los empleados, sino que aquellas se forman con el porcentaje de una cantidad (ingresos líquidos) que se configura después de haber detraido de los ingresos brutos todos los gastos necesarios para el funcionamiento del Registro"; en otro caso, agregamos, y frente a lo válidamente convenido, resultarían "beneficiados" los trabajadores, en detrimento del Registrador, en la media satisfecha para el pago del importe de todas las cuotas de Seguridad Social.

Aduce el segundo motivo del recurso que el artículo 36 del Convenio Colectivo, infringe lo dispuesto en los artículos 50 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, argumentando que "la obligación de pago de las consecuencias económicas de un proceder antijurídico del empresario (despido, sanción, extinción contractual `por causa a él imputada) debe ser cumplida exclusivamente por él", lo que no ocurre en la norma paccionada en cuanto "el artículo 36 y el último párrafo del artículo 62 del Convenio Colectivo... introducen una fórmula en virtud de la cual, el importe de estas indemnizaciones es pagado con cargo al porcentaje de los trabajadores que constituye su salario".

El artículo 36 expresa lo siguiente: Artículo 36. "El pago de las indemnizaciones, o la amortización de los créditos necesarios para hacerlas efectivas, por razón de extinción de contrato reconocida judicialmente, o en acto de conciliación a empleados remunerados con salario porcentual, podrán hacerse efectivas con cargo al importe del salario del empleado afectado, hasta su total amortización, siempre que la Comisión de Vigilancia, a la vista de las alegaciones del personal retribuido porcentualmente o de los acuerdos alcanzados entre el Registrador y su personal en orden a su imputación, dé el visto bueno".

El motivo, que se refiere, también, a los trabajadores remunerados con porcentaje, está intrínsecamente relacionado con el motivo precedente, por lo que son de reproducir las consideraciones antes hechas sobre masa salarial, ingresos brutos, deducciones e ingresos líquidos, y disponibilidad de las partes negociadoras sobre el sistema de retribución de los empleados, en orden a una desestimación del mismo.

Además, es de señalar que: a) No es cierto, como afirma el recurrente, que la invocación del "reconocimiento judicial" que realiza la norma paccionada impugnada, sólo pueda afectar a los supuestos J y K del artículo 49 -rescisión por voluntad del trabajador y despido- puesto que el pronunciamiento judicial puede recaer sobre otros supuestos recogidos en dicho artículo, como los incluidos en los apartados b) causas consignadas válidamente en el contrato, c) expiración del término convenido, e) invalidez, f) jubilación del trabajador, g) muerte, y jubilación del empresario, h) fuerza mayor, i) despido colectivo, l) causas objetivas legalmente previstas.

b) Aun desde la contemplación de una situación de despido o rescisión por voluntad del trabajador, es clara y conforme a la ley la cláusula impugnada. El artículo 62 -situado en el título IX sobre "Efectos de la contravención del presente Convenio"- en sus tres primeros apartados atribuye la responsabilidad exclusiva al Registrador respecto de los actos realizados por el mismo, de modo que solamente se aplica el artículo 36, cuya nulidad pretende el recurrente, -ubicado en el título V, sobre sistema retributivo- respecto a un hecho diferente cual es el acto empresarial extintivo precedido de un informe favorable de la Comisión de Vigilancia y Seguimiento; precepto razonable si se tiene en cuenta que al ser el acto compartido también pueden serlo las responsabilidades y consecuentes repercusiones sobre los "costes" de los ingresos brutos, a efectos de fijación de los beneficios líquidos, determinantes luego de los salarios.

Alega el tercer motivo infracción del artículo 14 de la Constitución Española y del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, al entender que la Disposición Transitoria Tercera, apartado 1., discrimina a los contratados temporales respecto de los que son por tiempo indefinido en cuanto a estos últimos les otorga dos convocatorias para el acceso a la categoría de auxiliar de segunda, en tanto que a los trabajadores temporales únicamente les concede una.

La disposición impugnada se manifiesta así: "Disposición Transitoria Tercera 1.- Los que se encuentren trabajando en cualquier Registro sin reunir alguno de los requisitos prevenidos en el artículo 10 del presente Convenio se sujetarán al siguiente

régimen: a) Si hubieran sido contratados temporalmente y, a juicio del Registrador titular, su trabajo fuere satisfactorio, éste los propondrá para examinarse a fin de que puedan obtener la categoría de Auxiliar de segunda. Si a juicio del Registrador no fueran aptos, por no ser su trabajo satisfactorio, no les renovarán el contrato, sin perjuicio de los efectos prevenidos en la legislación laboral reguladora de la contratación temporal. Los que se examinen sólo tendrán una convocatoria para llegar a ser Auxiliares de segunda. b) Los que al amparo de la legislación laboral tuvieran el carácter de trabajadores fijos serán propuestos por el Registrador que lo desee para examinarse a fin de obtener la categoría de Auxiliar de segunda . Disfrutarán de dos convocatorias, y si no lograran superar las pruebas, quedarán encuadrados como colaboradores a extinguir, sin derecho al ascenso ni a ser retribuidos por el sistema de porcentaje previsto en el artículo 29.1 del Convenio".

Es claro que la discriminación se imputa a la propia norma paccionada -no a su aplicación-, por lo que la cuestión se reduce a examinar -dado su valor normativo e inscripción consecuente en el sistema de fuentes del derecho-, si aquella establece diferencias de trato arbitrarias e irrazonables entre situaciones iguales o equiparables, o si, por el contrario, la desigualdad, lejos de toda artificiosidad o injustificación, viene fundada en criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

La duración del contrato (S.T.C 136/1987) "no es un dato o factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias en las condiciones de trabajo", como tampoco lo es el que atiende a las características del puesto de trabajo, de modo que la regulación diferente "va referida a distintas actividades laborales o profesionales y responde a las peculiaridades de cada una de ellas" (S.T.C 170/1988). La cuestión, pues, de autos se reduce a determinar si la modalidad de adscripción temporal o fija puede justificar el distinto tratamiento en cuanto al número de convocatorias -una y dos, respectivamente- para el acceso a las categorías de Auxiliar de segunda. La Sala estima que existen factores diferenciales que justifican la desigualdad de trato. Así: a) El artículo 10 del Convenio establece los requisitos generales para prestar servicios en cualquier Registro de la propiedad mercantil tanto con carácter fijo como temporal -capacidad según la legislación laboral, no padecer enfermedad inhabilitante y estar en posesión del título de

BUP o equivalente- exceptuando del cumplimiento de este último requisito al "personal de carácter temporal". b) La duración limitada de los contratos temporales y la necesidad de un tiempo razonable de dedicación a la actividad registral a fin de obtener la capacitación o calificación razonable necesaria para el acceso a la categoría de Auxiliar de Segunda -sus funciones se regulan en el artículo 11, apartado primero, c) del Convenio- constituye, objetivamente, otro factor diferencial entre ambas modalidades de contrato, del que deriva la existencia de una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. c) Finalmente es de señalar, que, cubiertas las exigencias de capacitación, nada impide al Registrador, conforme el artículo 12 del Convenio, la conversión del contrato temporal en contrato indefinido, de donde resulta que el empleado temporal dispone de tres convocatorias: una, como contratado temporal y dos como fijo, en tanto que a éste se le conceden únicamente dos posibilidades de acceso, ya que la Disposición Transitoria Tercera 1.b) in fine, establece, que los trabajadores fijos "disfrutarán de dos convocatorias y si no lograran superar las pruebas quedarán encuadrados como colaboradores a extinguir".

Finalmente, se pretende por el cuarto motivo la nulidad de los artículos 39.1º y 53.2.3º del pacto colectivo, como contrarios al "artículo 24.1º de la Constitución Española y el artículo 92 del Estatuto de los trabajadores", argumentándose, en síntesis, que aquellos artículos "no sólo establecen un obligatorio sometimiento de las partes a la Comisión de Vigilancia y Seguimiento, sino que, además, otorgan un carácter vinculante a la decisión de esta Comisión" y que "De esta manera se está pretendiendo impedir y frenar cualquier acceso a la vía jurisdiccional que corresponda, incurriendo en manifiesta ilegalidad por no respetar las normas de derecho necesario o "ius cogens" enumeradas". La redacción de los artículos impugnados es la siguiente: Artículo 39, Apartado primero. "Las controversias que surjan entre el Registrador y sus empleados en orden a su remuneración, su cuantía y distribución regulados en este Convenio serán sometidas por ambas partes y en única instancia al arbitraje de la Comisión de Vigilancia y Seguimiento. Su resolución será vinculante para ambas partes". Artículo 53.2.3º "Emitir dictámenes e informes sobre la interpretación y aplicación del presente Convenio, a petición de cualesquiera de las partes firmantes o de cualquier interesado.

Para que los dictámenes, informes y resoluciones sean vinculantes será necesario sometimiento expreso y previo de las partes, salvo en los supuestos previstos en este Convenio".

La sin razón de la pretensión deriva de la mera lectura del artículo 85.2.e) del Estatuto de los Trabajadores que establece, como contenido mínimo del convenio, "la designación de una comisión paritaria da la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas", y del artículo 91, apartado primero, del propio Estatuto -rotulado de "Aplicación e interpretación"- cuando preceptúa que "con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias de conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos, se resolverá por la jurisdicción competente"; reserva a favor de la jurisdicción que el pacto litigioso incluye expresamente en su artículo 53, apartado primero, que literalmente dice: "Sin perjuicio de la competencia atribuida a los Tribunales, compete a esta Comisión con carácter previo y necesario el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la interpretación y aplicación, carácter general (sic), de lo pactado en este Convenio, y el ejercicio de cualesquiera otras funciones que por la Ley le correspondan".

La obligación asumida en el convenio de intervención previa y obligatoria de la Comisión Paritaria de Vigilancia y Seguimiento para la resolución de aquellas discrepancias que su interpretación y aplicación pudiera originar, constituye una más de las obligaciones que libremente y con ocasión de la negociación colectiva pueden adoptar las representaciones de trabajadores y empresarios en fomento de la paz laboral, siempre, naturalmente, que no se vea afectada la competencia de los órganos jurisdiccionales como recuerda el mencionado apartado primero del artículo 91 del estatuto, precepto que, incluso, en sus apartados siguientes, faculta expresamente a aquellas representaciones para establecer "procedimientos, como la mediación y el arbitraje", otorgando al "acuerdo logrado... la eficacia jurídica de los Convenios Colectivos regulados en la presente ley", si bien este acuerdo es "susceptible de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos para los Convenios Colectivos".

La intervención obligatoria de la Comisión paritaria del convenio colectivo, acordada en el mismo como trámite extraprocesal anterior al planteamiento del conflicto ante la jurisdicción, constituye una manifestación más del principio de autonomía colectiva y concretamente del derecho de negociación colectiva y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, garantizadas en los ordinales 1. y 2. del artículo 37 de la Constitución Española, debiéndose incluir entre éstas últimas no sólo las pertinentes para el planteamiento del conflicto, sino también las tendentes a instaurar medios propios y autónomos para su solución. De esta manera, los numerales 1. y 2. del artículo 154 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral -antiguo 153 del derogado Texto Articulado- tras establecer el carácter obligatorio de la conciliación en el proceso de conflicto colectivo, permite que puedan celebrarse "ante los órganos de conciliación que puedan establecerse a través de los acuerdos interprofesionales o los Convenios Colectivos" y otorga a lo acordado en conciliación "la misma eficacia atribuida a los Convenios Colectivos", "siempre que las partes que concilien ostenten la legitimación y adopten el acuerdo conforme a los requisitos exigidos".

El Tribunal Constitucional ha declarado, que la exigencia , justificada, razonable y proporcional de trámites preprocesales no infringe el derecho de acceso al proceso y a la tutela judicial efectiva, tutelado en el artículo 24 de la Constitución. Así lo ha sentado respecto a la reclamación previa administrativa a la vía judicial laboral (sentencia 60/1989, de 16 de marzo y 162/1989, de 16 de octubre) y a la propia obligación, suscrita en convenio colectivo, de sometimiento previo del conflicto ante la Comisión Paritaria del Convenio (sentencia 271/1991, de 14 de noviembre), reforzándose la justificación de ésta última en cuanto, de una parte procura la solución de una controversia, que versa sobre la interpretación del convenio por medios autónomos pertenecientes a la autonomía colectiva, y, de otra, el órgano a quien se atribuye la solución es designado por las partes negociadoras del repetido convenio colectivo.

En virtud de lo expuesto anteriormente, resulta innecesario examinar la pretensión de nulidad total o parcial del convenio planteado en el inciso final del motivo cuarto, bajo la rúbrica "Consideración Final"; y ello porque al venir condicionada esta pretensión a la nulidad total o parcial del convenio colectivo -según el carácter esencial

o no de las disposiciones contenidas en los artículos impugnados- la desestimación de los anteriores motivos acarrea mecánicamente, el rechazo de esta última pretensión. Sin hacer expresa declaración sobre costas procesales, a tenor del artículo 233.2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

3º) El personal al servicio de las Cámaras de la Propiedad Urbana.

4º) El personal al servicio de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

Para la sentencia del TS de 13 de julio de 1992. La Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, ante la desestimación del recurso de suplicación que interpuso contra el pronunciamiento de instancia, formula el de casación para la unificación de doctrina, aduciendo que la sentencia que ahora impugna, al declarar el defecto de jurisdicción de este Orden Social para conocer de la pretensión, deducida frente a ella por empleada de la misma para impugnar despido, se aparta de la doctrina de esta Sala sentada en la sentencia de 10 de diciembre de 1991, ya que tal sentencia, resolviendo sobre pretensión análoga formulada por otra empleada de la misma Cámara, declaró que su conocimiento corresponde al citado Orden Social. Reconoce la parte recurrida que existe contradicción, la cual es evidente, pues, de una parte, en el proceso al que dio última respuesta la sentencia que invoca como término de comparación, fue demandante otra empleada de la Cámara, siendo demandada esta; de otra, la pretensión también era impugnatoria de despido; finalmente, su pronunciamiento fue del signo ya indicado. Es claro, por tanto, la concurrencia de simetría subjetiva, igualdad sustancial objetiva y pronunciamientos diferentes, elementos todos ellos que, conforme establece el art. 216 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (TALPL), configuran la contradicción que erige la ley en requisito de recurribilidad. Concurrente la contradicción alegada, ha de resolver la Sala sobre el tema competencial suscitado. Ello obliga a determinar si la relación de servicios que vincula a la Cámara hoy

recurrente con sus empleados, es de carácter administrativo, como declara la sentencia recurrida, o, por el contrario, es de naturaleza laboral. No se cuestiona la existencia de prestación personal de servicios retribuidos, bajo las notas de dependencia, ajenidad y voluntariedad. Mas estos caracteres, ciertamente indicadores de la laboralidad (art. 1 del Estatuto de los Trabajadores), no excluyen de modo absoluto la posible naturaleza administrativa de la relación, pues también en las de esta clase confluyen notas análogas, siendo lo determinante para su presencia la existencia de norma con rango adecuado que expresamente atribuya dicha naturaleza administrativa a la indicada relación. Tal norma no existe en la disciplina legal de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Es cierto que ya la Ley de Bases de 29 de junio de 1911 calificaba como "organismos oficiales" a las citadas Cámaras; en análogo sentido se manifestó el Real Decreto Ley de 26 de julio de 1929, así como el Real Decreto de la misma fecha. Precisión más matizada se hace en el Decreto 1291/1974, de 2 de mayo, modificado por instrumento de igual rango 753/1978, de 27 de marzo, en que se califica a las indicadas Cámaras como "Corporaciones de Derecho Público". Mas la expuesta condición, como pone de relieve la sentencia de esta Sala de 10 de Diciembre de 1991 -cuyos razonamientos aquí se dan por reproducidos-, no supone, sin embargo, que sean verdaderas Administraciones Públicas, por lo cual la relación con sus empleados no es asimilable a la que mantienen aquellas con sus funcionarios o con su personal estatutario. Pero es que, además, ni en la citada Ley de Bases ni en el Real Decreto Ley de 26 de julio de 1929 figura mención alguna a los empleados de las Cámaras para atribuir naturaleza administrativa a la correspondiente relación. Es cierto que el Decreto de 13 de junio de 1936, sobre derechos y garantías de los empleados de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, marca tendencia, en lo que se refiere a su inamovilidad, de acercamiento al régimen funcionarial. De alguna forma siguen la tendencia indicada los Reales Decretos 1291/1974 y 753/1978, pues, aun cuando no contienen propia regulación del régimen del personal retribuido de las citadas Cámaras, atribuyen competencias al Pleno con respecto al mismo, facultándole para la adopción toda clase de acuerdos, (art. 29 K), disponiéndose después que las resoluciones y los acuerdos de los órganos de gobierno son impugnables en alzada ante el Ministerio de

Comercio, cuya resolución, a los efectos del recurso contencioso administrativo, dará fin a la vía administrativa (art. 34). Sin embargo, la normativa expuesta no atribuye la condición de funcionarios públicos a los empleados retribuidos de las Cámaras ni tampoco determina que su relación se rija por normas administrativas o estatutarias. El rango jerárquico de las indicadas normas también impediría mandato en tal sentido; es expresivo al respecto lo que dispone el art. 1.3 a) del Estatuto de los Trabajadores. Su contenido se limita, como ya se ha expuesto, a apuntar una vía jurisdiccional que no procede, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por los artículos 1 y 2 del TALPL.

Es claro, por todo lo razonado, que la pretensión interpuesta corresponde al ámbito de conocimiento del Orden Jurisdiccional Social. Al no haberlo entendido así la sentencia de suplicación recurrida resultaron infringidos los preceptos citados, así como la doctrina de esta Sala, manifestada en la sentencia ya citada, de 10 de Diciembre de 1.991, que rectifica la que fue sentada en su anterior sentencia de 29 de mayo de 1.984. Se ha producido, por tanto, quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia. Procede, en su consecuencia, casar y anular dicha sentencia, como apunta en su informe el Ministerio Fiscal.

Ante ello se ha de resolver el debate planteado en suplicación conforme ordena el artículo 225 del TALPL, lo que en este caso conduce, por las razones ya expuestas que se dan aquí por reproducidas, a declarar la competencia de este Orden Jurisdiccional Social para conocer la pretensión interpuesta y, conforme a lo pedido por el recurrente en suplicación y ante la ausencia de hechos probados mínima mente suficientes, a anular la sentencia de instancia y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al en que se pronunció, para que se dicte nueva sentencia que resuelva sobre el fondo. Todo ello sin imposición de costas y con devolución a la Cámara Oficial recurrente del depósito que constituyó para recurrir, tanto en suplicación como en casación para la unificación de doctrina, pues así lo impone al citado artículo 225 del TALPL.

5º) En cuanto a los contratos administrativos, sólo podrá excluirse a los contratos administrativos celebrados para realizar un trabajo específico y concreto no habitual y no cuando se realicen funciones permanentes y habituales en un centro de trabajo.

3. LAS PRESTACIONES PERSONALES OBLIGATORIAS

El art. 1.3.b) E.T.- La ley excluye a «las prestaciones personales obligatorias».

Dentro de esta ambigua dicción legal, una vez desaparecidos el servicio militar y el servicio social sustitutorio.

Quedan excluidos:

1º) Los deberes ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública (art. 30.4 de la Constitución; Ley 2/1985, de 21 de agosto, de protección civil --art. 4.--; R.D. 1378/1985, de 1 de agosto).

2º) Otras prestaciones personales de carácter público establecidas por ley (art. 31.3 de la Constitución; Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales --arts. 128 y 129--).

3º) Los trabajos de colaboración social (art. 213.3 L.G.S.S.).

4º) La participación en mesas electorales (sección 2ª, capítulo III, Ley 5/1985, de 19 de junio).

5º) Las relaciones entre los deportistas profesionales y las Federaciones Nacionales (art. 1. 6 RD 1006/1985).

4. LOS CONSEJEROS DE EMPRESAS SOCIETARIAS

- El art. 1.3.c) E.T.- La ley excluye «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo».

La ley resulta enormemente restrictiva en cuanto a la exclusión de los consejeros o administradores de empresas societarias. Por ello, en una primera etapa, la jurisprudencia considera únicamente excluido al consejero administrador societario «puro» o «consultivo»; admitiendo en el caso de los consejeros «ejecutivos» la existencia de un doble vínculo contractual --laboral especial de alto directivo y mercantil de representación-- «siempre que tales actividades concurrentes tuvieran cada una de ellas sustantividad propia».

Posteriormente, sin embargo, la jurisprudencia ha mantenido que la relación de los consejeros «ejecutivos» queda subsumida en una única relación mercantil de representación.

Se recoge en la sentencia del T.S. de 29 enero de 1997. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina es si deben o no ser dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social determinados miembros de los órganos de administración de las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad de capital; a saber, aquéllos que, sin disponer de una participación mayoritaria de las acciones, atienden al gobierno permanente de la sociedad, prestando trabajo en virtud de la propia condición de miembros de los órganos societarios, en calidad de administradores únicos, administradores solidarios, consejeros delegados o cargos sociales similares. Es de aplicación al caso el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974 (LGSS-74). Para ello ha de tenerse en cuenta que la fecha del hecho que ha dado lugar al litigio es un alta de oficio en el Régimen general del la Seguridad Social acaecida en abril de 1991, con efectos retroactivos a partir de abril de 1989. Conviene señalar, no obstante, que una regulación parecida, aunque no idéntica, se contiene en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social actualmente en vigor, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS-94). La sentencia recurrida ha optado en la respuesta a la cuestión litigiosa por una solución afirmativa. Se trata en el caso de un administrador de una sociedad limitada, propietario de una cuarta parte de las acciones, que había sido dado de alta de oficio en el Régimen general de la Seguridad Social en abril de 1991, pero con efectos desde abril de 1989, con base en que desarrollaba el trabajo de dirección y administración de la empresa. El fundamento principal de la decisión de la sentencia de suplicación, confirmatoria de la de instancia que había rechazado la demanda, dice con claridad : un administrador de una sociedad limitada debe ser considerado trabajador por cuenta ajena de la persona jurídica, y por lo mismo ha de afiliarse al Régimen general de la Seguridad Social.

En sentido distinto se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de julio de 1992, aportada y analizada por la parte recurrente en unificación de doctrina, en un supuesto sustancialmente igual al de la resolución impugnada. También en este caso la discusión estaba centrada en si correspondía o no el alta en el Régimen general de la Seguridad Social a quien era administrador de una

sociedad limitada, y también éste disponía de una cuota de participación social importante pero inferior al 50 % (un tercio del total). Razona esta sentencia de suplicación, con apoyo en la jurisprudencia de esta Sala sobre el carácter mercantil de los servicios prestados en la empresa por los miembros de los órganos de administración de la sociedad titular (se cita y reproduce parcialmente la sentencia de 18 de junio de 1991), que estas personas están excluidas de la legislación laboral; de donde la sentencia de suplicación infiere que no pueden considerarse trabajadores por cuenta ajena a los efectos de la legislación de Seguridad Social.

Los preceptos de la LGSS-74 que describen el campo de aplicación del Régimen general de Seguridad Social están enunciados en los artículos 61 y 62 (los homólogos en la LGSS-94 son los numerados art. 97 y 98). Contiene el primero de los preceptos citados una remisión al art. 7.1. del mismo cuerpo legal. La cláusula general de inclusión en dicho Régimen, establecida en el art. 61.1 LGSS-74, dice así: Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen general de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado a) del artículo 7. Por su parte, el precepto formulado en dicho art. 7.1.a. LGSS-74 delimita el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, indicando que en el mismo se incluyen lo trabajadores por cuenta ajena, aclarando a continuación que tal incorporación se produce con independencia en todos los casos de la categoría profesional del trabajador y de la forma y cuantía de la remuneración que perciba. A la cláusula reproducida del art. 61.1. LGSS-74 acompaña en el apartado siguiente del mismo artículo una enumeración de supuestos de prestación de servicios por cuenta ajena que se declaran expresamente comprendidos en el campo de aplicación del Régimen general de la Seguridad Social. De esta relación interesa destacar, por la estrecha conexión del supuesto legal al del presente caso, la inclusión en el art. 61.2.a. de los que trabajen por cuenta ajena en los cargos directivos de las empresas excluidos de la Ley de contrato de trabajo, si bien, por excepción, no estarán comprendidos en esta asimilación quienes ostenten pura y simplemente cargos de consejeros de las empresas que adopten forma jurídica de sociedad.

Parece claro, a simple vista, que esta excepción o exclusión se refiere a lo que los estudiosos de las sociedades por acciones llaman consejeros externos y consejeros no ejecutivos, cuya actividad como órganos de la sociedad se limita virtualmente a la participación en las reuniones de los consejos de administración. Dicha excepción o exclusión legal no abarca, en cambio, a los administradores sociales, también llamados consejeros ejecutivos, que atienden al gobierno permanente de la sociedad, llevando a efecto sus acuerdos y poniendo en práctica en la vida de la empresa los objetivos societarios. Como apunta la sentencia aportada para comparación en este recurso de unificación de doctrina, la relación de servicios de estos administradores sociales que atienden al gobierno permanente de la sociedad se rige por el Derecho mercantil y no por el ordenamiento laboral, el cual sí rige, en cambio, en determinados puntos fijados por el RD 1382/1985, para el empleado de alta dirección que no tiene la condición de administrador societario o miembro del consejo de administración de la sociedad. Ello es así de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala, que tiene su origen en la sentencia de 29 de septiembre de 1988. Los cargos directivos de las empresas excluidos de la Ley de contrato de trabajo eran, según el art. 7 de esta última, las personas que desempeñan en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno y alto consejo. Conviene recordar que la citada Ley de contrato de trabajo, si bien ha sido derogada por la Ley 11/1994, estaba vigente en el momento de los hechos de este caso. Y conviene tener presente también que el reenvío efectuado a su art. 7 por el art. 61.2.a. de la LGSS-74 es un reenvío de los llamados recepticios, que ha supuesto la incorporación del contenido de la norma reenviada a la norma reenviante, haciendo posible incluso su pervivencia más allá de la fecha de la derogación de aquélla, hasta la modificación de la redacción del art. 61.2.a.de la LGSS-74 por el actual art. 97.2.a. de la LGSS-94.

A su vez, la asimilación a que se refiere la cláusula general del art. 61.1 LGSS-74 se hace depender, en la delimitación por vía enumerativa del art. 61.2.h. LGSS-74, de una determinación del Gobierno, adoptada, en su caso, sobre la base de la actividad profesional desarrollada (por razón de su actividad) por el grupo o colectividad incluido en el Régimen general de la Seguridad Social mediante este procedimiento. Respecto de

las personas a que se refiere el presente litigio, tal determinación expresa de asimilación por el cauce reglamentario, no se había producido en el momento de los hechos, ni se ha producido tampoco desde entonces hasta la fecha en que se dicta esta sentencia.

Por último, el art. 62 LGSS-74 indica expresamente dos supuestos que no dan lugar a inclusión en el Régimen general de la Seguridad Social. Uno es el de los trabajos de favor (servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad, ejecutados ocasionalmente). El otro, que tiene más que ver con la decisión del presente asunto, es el de los trabajos que den lugar a la inclusión en alguno de los Regímenes especiales de la Seguridad Social. Tal inclusión normativa en un Régimen especial de Seguridad Social no se ha producido tampoco para los miembros de los órganos de administración de las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad que presten trabajo en la misma en su condición de tales.

No ha tenido esta virtualidad el intento de la Administración de Seguridad Social de llevar a efecto el encuadramiento en el Régimen especial de trabajadores autónomos por medio de una simple resolución de interpretación administrativa. Como se declara en nuestra sentencia de 4 de junio de 1996, a la vista de la normativa vigente, dicha resolución no es ajustada a derecho y su contenido excede del marco competencial del organismo que la ha acordado, no siendo posible por esta vía encuadrar al grupo profesional de los administradores de sociedades por acciones en el campo de aplicación del Régimen especial de trabajadores autónomos.

La reseña de legislación y de jurisprudencia que se ha expuesto en el fundamento anterior puede recapitularse en los siguientes puntos: a) el Gobierno se encuentra expresamente habilitado para dictar una norma reglamentaria que precise o aclare el encuadramiento de Seguridad Social de los administradores sociales ejecutivos, modulando en su caso dicha inclusión por sectores de acción protectora; b) dicha disposición reglamentaria no ha sido dictada hasta el momento; c) en la situación normativa actual, está descartada la incorporación de este grupo profesional al Régimen de los trabajadores autónomos; d) la exclusión expresa del Régimen general de los que ostentan pura y simplemente cargos de consejeros alcanza a los consejeros externos y a

los no ejecutivos, pero no al grupo profesional de los consejeros ejecutivos que asumen el gobierno permanente de las sociedades por acciones; y e) la decisión sobre pertenencia o no de este colectivo al Régimen general, cuestión que debemos resolver en esta sentencia, depende de cómo se interpreten de un lado la cláusula general de los artículos 61.1. (en relación con el 7.1.) de la LGSS-74, que declara incluidos en el mismo a los trabajadores por cuenta ajena, y de otro lado la cláusula especial del art. 61.2.a. LGSS-74, de inclusión en el propio Régimen de los trabajadores por cuenta ajena en cargos directivos de las empresas.

Si se piensa, como se hace en la sentencia de contraste aportada en este recurso de unificación de doctrina, que el alcance de la expresión trabajadores por cuenta ajena tiene la misma extensión que el campo de aplicación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y si se piensa, además, que la expresión trabajadores por cuenta ajena en cargos directivos de las empresas comprende solamente los empleados de alta dirección del RD 1382/1985, y no los administradores ejecutivos de las sociedades por acciones, la opción interpretativa que ha de acogerse es la de excluir a estos últimos del campo de aplicación del Régimen general de la Seguridad Social. En cambio, si se parte de la base, acogida en la resolución impugnada, de que el administrador social, que trabaja para la sociedad en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia de que el régimen de su relación de servicios sea mercantil, entonces habrá que llegar a la conclusión de que es obligado el encuadramiento de estos profesionales en dicho Régimen general.

Es esta última la opción interpretativa por la que se inclina la Sala. Ello conduce en el presente caso a la desestimación del recurso. Las razones que conducen a esta conclusión se exponen a continuación. Los artículos 61.1.y 7.1. de la LGSS-74 no describen el campo de aplicación del Régimen general de la Seguridad Social en términos idénticos a los utilizados por el art. 1.1. del Estatuto de los Trabajadores (ET) para delimitar el ámbito subjetivo de cobertura de la legislación de trabajo. En el enunciado de aquéllos se habla sin más de trabajadores por cuenta ajena, mientras que el tenor literal del art. 1.1. ET menciona, además de la nota de la ajenidad del trabajo, la nota de la dependencia del mismo (dentro del ámbito de organización y dirección de

otra persona). Ello ha inducido a la doctrina científica a afirmar que el campo principal de aplicación de la legislación laboral debe referirse de manera más precisa a los trabajadores asalariados, fórmula que incluye las dos notas indicadas más la de retribución de los servicios. Podría pensarse que la diferencia terminológica observada carece de relevancia práctica a los efectos de decisión de la cuestión controvertida en este litigio, ya que la expresión trabajadores por cuenta ajena se utiliza muchas veces, por antonomasia, como fórmula equivalente a trabajadores asalariados o a la más larga trabajadores por cuenta ajena, dependientes, retribuidos. Ciertamente, en el sistema productivo actual, el trabajo asalariado es el más importante, conocido y característico de los trabajos por cuenta ajena, por lo que el uso indistinto de una y otra expresión es frecuente. Pero esta vía de interpretación no es, evidentemente, la única posible. La distinta formulación de los preceptos legales reseñados permite también, recurriendo al criterio de la interpretación literal estricta, afirmar que el campo de aplicación de la legislación laboral y de la legislación de Seguridad Social (en lo que concierne a la protección de los trabajadores por cuenta ajena) no son exactamente idénticos o coextensos. De acuerdo con este planteamiento, la normativa de protección social de los trabajadores por cuenta ajena comprende a todos los que lo son en el sentido estricto de la expresión, incluyendo a aquéllos que, como los administradores sociales ejecutivos, no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral.

Las razones para preferir esta segunda opción interpretativa son las siguientes: 1) la experiencia pone de relieve que el sector de los administradores sociales ejecutivos, especialmente en sociedades de dimensión pequeña, puede ser vulnerable a los riesgos y contingencias protegidos por la Seguridad Social, en términos semejantes a otros sectores profesionales; 2) la inclusión de este grupo profesional de los administradores sociales ejecutivos en el Régimen general de la Seguridad Social ha venido siendo exigida por la jurisprudencia y por la propia Administración laboral desde hace muchos años, lo que ha generado un historial de aseguramiento y unos derechos en curso de adquisición que conviene respetar, en atención al objetivo constitucional de mantenimiento del régimen público de Seguridad Social; 3) esta jurisprudencia y esta práctica administrativa cuentan con antecedentes normativos de

exigencia de afiliación obligatoria a regímenes de Seguridad Social de "quienes por cuenta ajena desempeñen los altos cargos a que se refiere el artículo 7 de la Ley de contrato de trabajo...en iguales condiciones y con los mismos derechos y obligaciones que los demás trabajadores" (Decreto de 17 de noviembre de 1950, BOE 9-12); y 4) la exclusión de los administradores sociales ejecutivos del Régimen general de la Seguridad Social, unida a la ya declarada por la jurisprudencia imposibilidad de inclusión en el Régimen de autónomos, daría lugar a una inconveniente laguna de protección en un ordenamiento de Seguridad Social que comprende en su ámbito prácticamente a todas las actividades profesionales.

Una última puntualización es necesario hacer en la motivación de esta sentencia, relativa a la participación accionarial de los administradores sociales ejecutivos. Como consta en los antecedentes de hecho, y se ha reiterado en los fundamentos primero y segundo, el actor en este litigio (y lo mismo ocurre en el de la sentencia de contraste) es administrador ejecutivo de una sociedad en la que posee una cuarta parte (un tercio en la sentencia de contraste) de las acciones. La calificación de su trabajo como por cuenta ajena -por cuenta de la persona jurídica cuyo gobierno le está encomendado- deriva precisamente de que su participación en la propiedad de la misma no alcanza la mayoría de las acciones. En el caso de administradores sociales con participación mayoritaria propiamente dicha (la mitad o más de las acciones) faltaría la nota de la ajenidad, y nos encontraríamos ante un supuesto de trabajo por cuenta propia. Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala de lo social del Tribunal Supremo (TS 27-6-89 y 5-10-95, entre otras).

La asignación de un valor determinante a efectos de calificación jurídica a la propiedad de las acciones de la empresa viene aconsejada por dos consideraciones. Una es la necesidad, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de declarar una línea divisoria nítida entre los campos de aplicación respectivos de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena y los regímenes de trabajadores por cuenta propia. La otra es que, en las sociedades por acciones, tal línea divisoria está determinada inevitablemente por la participación en la propiedad de las mismas. Si el administrador societario no alcanza el 50 % de las acciones prevalece o tiene preponderancia en su

trabajo el rasgo de la ajenidad. En cambio, si posee la mitad o más de las participaciones sociales, no se puede decir, ateniéndonos a un criterio de efectividad, que el administrador social ejecutivo sea verdaderamente un trabajador por cuenta ajena. El fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía de incremento del activo de la empresa, en su propio patrimonio. El atenimiento a un criterio de efectividad en la determinación de las posiciones de trabajadores por cuenta ajena y empresarios informa numerosos preceptos y reglas del ordenamiento social español, como el que contiene la definición del empresario (art. 1.2 ET), el que establece la presunción de existencia del contrato de trabajo entre sujetos determinados (art. 8.1. ET), y el que concreta los efectos de la cesión de trabajadores (art. 43 ET). Este mismo principio de regulación ha sido acogido por la jurisprudencia social sobre los grupos de empresas (TS 3 de mayo de 1990 y las que en ella se citan).

Para la sentencia del TS de 30 de enero de 1997. La naturaleza de los Administradores Únicos de Sociedades de Capital y su encuadramiento en la Seguridad Social, ha sido objeto de singular atención por parte de esta Sala en sus sentencias de 4 de Junio de 1996 y 29 de Enero del presente año, dictada esta última como la presente en Sala General.

La primera de las sentencias citadas, acentúa el carácter mercantil y no laboral de la relación del administrador único con la sociedad, pero niega que el campo de aplicación del RETA incluya los cargos mercantiles de alta gestión de las sociedades de capital, para lo que realiza un estudio del artículo 3 del Decreto 2530/1970. Ahora bien, esta propia sentencia al hacerse cargo del presunción juris tantun del 2.3 del Decreto citado, afirma que no es aplicable al caso enjuiciado porque el actor no es el titular de la empresa de la que es administrador único, ya que su participación en el capital, aunque importante, no es decisiva, dejando ver que en caso contrario mediante el levantamiento del velo de la persona jurídica debería concluirse que en definitiva él es el titular de la empresa, procediendo entonces su encuadramiento como trabajador autónomo. Por su

parte la sentencia de 29 de Enero, partiendo de la naturaleza mercantil de la relación de los Administradores Unicos con la sociedad de capital, distingue el concepto y ámbito propio del trabajador por cuenta ajena en la Ley de Seguridad Social artículo 7.1 y 61.1 citados en el recurso, y el concepto y ámbito propio del trabajador por cuenta ajena con dependencia que contempla el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, tras un ponderado estudio de los artículos citados y la frontera marcada por el Real Decreto 1382/1985, concluye que los administradores únicos de sociedades de capital deben ser encuadrados en el Régimen General.

Como la tesis de la sentencia de 29 de Enero de 1996 está sustentada en que de hecho los administradores únicos realizan una actividad, que aunque no laboral y si mercantil, es por cuenta ajena, no puede por menos de hacer una última puntualización en sintonía con la realizada por la sentencia de 4 de Junio de 1996, cuando considera la presunción del artículo 2.3 del Decreto 2530/1970 en los siguientes términos: "La calificación de su trabajo como por cuenta ajena -por cuenta de la persona jurídica cuyo gobierno le está encomendado- deriva precisamente de que su participación en la propiedad de la misma no alcanza la mayoría de las acciones. En el caso de administradores sociales con participación mayoritaria propiamente dicha (la mitad o más de las acciones) faltaría la nota de la ajenidad, y nos encontraríamos ante un supuesto de trabajo por cuenta propia. Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala de lo social del Tribunal Supremo (TS 27-6-89 y 5-10-95, entre otras).

La asignación de un valor determinante a efectos de calificación jurídica a la propiedad de las acciones de la empresa viene aconsejada por dos consideraciones. Una es la necesidad, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de declarar una línea divisoria nítida entre los campos de aplicación respectivos de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena y los regímenes de trabajadores por cuenta propia. La otra es que, en las sociedades por acciones, tal línea divisoria está determinada inevitablemente por la participación en la propiedad de las mismas. Si el administrador societario no alcanza el 50 % de las acciones prevalece o tiene preponderancia en su trabajo el rasgo de la ajenidad. En cambio, si posee la mitad o más de las participaciones

sociales, no se puede decir, ateniéndonos a un criterio de efectividad, que el administrador social ejecutivo sea verdaderamente un trabajador por cuenta ajena. El fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía de incremento del activo de la empresa, en su propio patrimonio." CUARTO.- La doctrina que se recoge en los dos precedentes fundamentos, obliga a desestimar el recurso, pues si bien la interpretación que este da a los artículos 7.1 y 61.1 de la Ley de Seguridad Social en su texto de 1974 es la recta, sin embargo el hecho de que el recurrente fuera propietario de más de la mitad del capital de la sociedad, hace que coincida en él la actividad y la titularidad de aquel a cuenta de quien trabaja, es decir, ni es trabajador por cuenta ajena a tenor del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, ni tampoco lo es en los términos del artículo 7.1 de la Ley de Seguridad Social y, habiéndolo entendido así la sentencia recurrida, el recurso debe ser desestimado de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal.

Salvo que tales actividades concurrentes tengan cada una de ellas sustantividad propia.

Lo que determine la calificación jurídica de la relación como laboral o mercantil será la naturaleza del vínculo y no el contenido de las funciones

Cabrá la posibilidad de una doble relación --laboral común y mercantil de representación-- en el caso de un trabajador que a la vez sea miembro del consejo de administración, siempre que se trate de un accionista minoritario y no ejerza de administrador único.

En la sentencia del TS de 4 de junio de 1996. Como ya ha sido anticipado, esta Sala no considera ajustada la afirmación de la que parten los recurrentes, según la cual el cargo de administrador -primeramente solidario y después único- que ostentaba en 1989 el Sr. Chamoso y que sigue ostentando, obligaba a que su alta en la Seguridad

Social se produjera en el R.E.T.A.. Contrariamente a lo que aquellos sostienen, tal conclusión no es correcta. En efecto: El Régimen Especial mencionado, previsto por el artículo 7.1 b), en relación con el artículo 10.2 c), de la Ley General de la Seguridad Social, y desarrollado por el Decreto 2530/1970, no incluye en su campo de aplicación a quienes ostenten altos cargos de gestión, de naturaleza mercantil, en las sociedades de capital. Tal Régimen Especial sólo intenta dispensar protección al trabajador por cuenta propia o autónomo, entendiendo por tal al que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ello a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas. El artículo 3 del mencionado Decreto 2530/1970, que es el que fija el campo de aplicación del R.E.T.A., determina la obligatoria inclusión en el mismo y por lo que ahora importa, de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, y de los socios de la compañía reguladores colectivas y socios colectivos de las compañías comanditarias que trabajen en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa. La mención de empresas individuales o familiares, hecha por el citado artículo, y la que igualmente efectúa, referida a dichas sociedades colectivas o comanditarias, parece que excluye el encuadramiento en tal Régimen Especial de quienes, con carácter mercantil, realizan actividades de alto gobierno en las sociedades de capital. Se ha de tener en cuenta, además, que estos altos cargos societarios, cuando son de la indicada naturaleza, no cumplen la condición de trabajadores por cuenta propia, la cual se impone inexcusablemente por las normas rectoras del R.E.T.A. para la inclusión en su campo de aplicación. Lo hacen por cuenta de la sociedad de capital para la que desarrollan su actividad, pues de ella reciben la remuneración que devengan, por más que dicha retribución se hubiera fijado en función de resultados. Tan es así que a efectos fiscales no es dudosa la conclusión expuesta, la cual, por otra parte, también es deducible de que el órgano rector supremo de las sociedades de capital tiene plena libertad para acordar la remoción de los administradores sociales, libertad que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal, manifestada en su sentencia de 30 de diciembre de 1.992, ha entendido tan transcendente que, en tanto que atentatoria de aquella, ha declarado la

nulidad de cláusula de "blindaje" pactada por una sociedad anónima con su consejero-delegado.

Es cierto, como alegan los recurrentes, que el artículo 2.3 del Decreto 2530/1.970 consagra presunción, con valor "iuris tantum", en favor de que concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo en quienes ostentan la titularidad de un establecimiento abierto al público, sea como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. Pero no lo es menos que tal presunción no es aplicable al caso, dado que el Sr. Chamoso no ostenta la titularidad del Hotel Feria, la cual corresponde a la sociedad anónima del mismo nombre, sin que la participación que aquel tiene en el capital de esta pueda llevar a conclusión contraria mediante el levantamiento del velo de la persona jurídica, dado que dicha participación, aunque importante, no es decisiva para marcar el signo de la voluntad social. Las consideraciones que preceden desvirtúan la premisa de la que parte el razonamiento efectuado para fundamentar los motivos que son ahora objeto de exámen, en tanto que ponen de relieve que la Tesorería General, cuando en 1.989 accedió al alta del Sr. Chamoso en el Régimen General, sin reconducir la comunicación en tal sentido cursada para producir el alta en el R.E.T.A., no actuó antijurídicamente, al menos en lo que se refiere a ésto último, en tanto que no procedía tal alta en el R.E.T.A., por lo cual queda privada de fundamento la petición de que se reconduzca a tal Régimen Especial el alta que en el General se produjo en 1.989. d) Se ha de significar, por último, que la legalidad de tal alta, la producida en el R.E.T.A. en 1.994, es cuestión ajena al proceso, en tanto que lo único que en este se discute, con relación a dicho Régimen Especial, es la de los efectos temporales del alta en el mismo. Es claro, por consiguiente, que ha de quedar excluido cualquier pronunciamiento al respecto.

Mayor dificultad ofrece la segunda afirmación que sustentan los motivos que son ahora objeto de examen, referente a que el alta del Sr. Chamoso en el Régimen General, producida en 1 de abril de 1.989, era contraria al ordenamiento jurídico vigente a la sazón, por lo cual la baja en tal Régimen, cursada el 1 de julio de 1.994, habría de producir sus efectos desde la fecha primeramente indicada. La respuesta a los motivos objeto de exámen, por lo que concierne a la cuestión últimamente expuesta, habrá de

partir de las consideraciones siguientes: a) El artículo 61.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1.974, Ley esta que era la vigente cuando se produjo el alta del Sr. Chamoso en el Régimen General, establecía, por lo que ahora importa, que estarían obligatoriamente incluidos en el Régimen General los trabajadores por cuenta ajena o los asimilados a estos. En el apartado 2 del citado artículo 61 se fijaban los colectivos objeto de asimilación, haciéndolo en enunciado abierto, pues en su letra h) quedaban incluídas cualesquiera otras personas que en lo sucesivo y por razón de su actividad, fueran también, a través de Decreto, objeto de asimilación. Entre los colectivos que el mencionado artículo 61 asimilaba directamente figuraba el formado por quienes trabajaran por cuenta ajena en los cargos directivos de las empresas, excluidos de la Ley de Contrato de Trabajo, pero estableciendo que no estarían comprendidos en esta asimilación quienes ostentaran pura y simplemente el cargo de consejero en las empresas que adoptaran forma jurídica de sociedad. Esta asimilación no tenía perfiles nítidos, como tampoco los tenía la norma laboral excluyente, contenida en aquel entonces en el artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1.944, cuyo ámbito, sin embargo, era muy amplio, pues abarcaba a quienes desempeñaran en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo, características de los cargos que enunciaba. Lo cierto es, sin embargo, que el artículo 61.2 b) de la Ley General de la Seguridad Social, partiendo de la exclusión de laboralidad establecida por el artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo, vigente a la sazón, dividió a los afectados por aquella en dos grupos: el primero, beneficiado con el mandato de asimilación que directamente contenía, formado por aquellos que trabajaren por cuenta ajena en los cargos directivos de las empresas; y el segundo, a los que negaba la asimilación, integrado por quienes ostentaran, pura y simplemente, el cargo de consejero en las empresas que adoptaran forma jurídica de sociedad. De esta forma la citada norma de Seguridad Social adquiría autonomía con respecto a la establecida por el ordenamiento de trabajo, separándose de este, en tanto que una parte del colectivo que dicho ordenamiento dejaba fuera de la laboralidad quedaba, sin embargo, incluido en el campo de aplicación del Régimen General, en virtud de tal asimilación directa. En la posterior evolución del ordenamiento de trabajo se produjo una tendencia a la asimilación a la laboralidad del

personal directivo hasta entonces excluido de su ámbito. Así, el artículo 3 de la Ley de Relaciones Laborales instauró unas denominadas relaciones laborales especiales, comprendiendo entre estas al trabajo de alta dirección o gestión de la empresa, siempre que no se limitare, pura y simplemente, al desempeño del cargo de consejero en las empresas que revistieran forma jurídica de sociedad. Tal mandato, que era concorde con el del artículo 61.2 a) de la Ley General de la Seguridad Social de 1.974, no llegó, sin embargo, a tener efectividad, dado que no se cumplieron las previsiones de la adicional cuarta de aquella ley, lo que determinó que siguiera operando lo que disponía su transitoria primera.

El Estatuto de los Trabajadores, insistiendo en la idea asimiladora a la laboralidad, antes iniciada sin éxito, si bien establece en su artículo 1.3 c) que quedan fuera del ámbito laboral aquellas actividades que se limiten, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, realizando tan sólo los cometidos inherentes a dichos cargos, determina en su artículo 2.1 a) que tiene el carácter de relación laboral especial la del personal de alta dirección, no incluído en el artículo 1.3 c). La consumación de esta asimilación a la laboralidad se produjo con la entrada en vigor del Real Decreto 1282/1985, que perfila, aunque no de manera nítida, el ámbito de la relación especial que regula. El perfil no demasiado claro de la relación laboral especial mencionada ha hecho precisa la labor integradora de la jurisprudencia, declarando que los preceptos contenidos en los artículos 1.3 c) y 2.1 a) tienen ámbitos "tangentes", lo que obliga a entender que quienes ocupan los altos cargos de gestión en las sociedades de capital, sin hallarse comprendidos en la exclusión consagrada por el citado artículo 1.3 c), han de ser considerados incluidos en el ámbito de la relación laboral especial antes mencionada, siempre que cumplieran los requisitos establecidos al respecto. Naturalmente que el alcance de la doctrina expuesta exigía la previa determinación del ámbito de la exclusión referida, lo que fue aclarado por la jurisprudencia (sentencia de 3 de junio de 1.991, en la que se reitera doctrina sentada por las de 29 de septiembre de 1.988 y 21 de enero de 1.991 y a la cual sigue la de 18 de junio de 1.991), en el sentido de que quienes integran los órganos de alto gobierno de

las sociedades de capital, en tanto que a estos incumbe la dirección, gestión, administración y representación de las mismas, quedan comprendidos en el citado ámbito de exclusión, cualquiera que sea la estructura que revistan dichos órganos, bien se trate de consejo de administración, bien de administrador único o administradores solidarios, bien de cualquiera otra forma admitida por la ley, siendo por tanto erróneo entender que los integrantes de dichos órganos, cuando son colegiados, realizan meras funciones consultivas o de simple consejo y orientación, ya que a aquellos les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, dirección y representación de las mencionadas sociedades de capital.

Completando las líneas jurisprudenciales expuestas, precisa la sentencia de 21 de enero de 1991, sentando doctrina que reiteran las de 13 de mayo, 3 y 18 de junio, también del mismo año, 27 de enero de 1.992 y 22 de diciembre de 1.994, que para el deslinde entre la relación societaria propia de los altos cargos y la laboral especial de alta dirección, no es suficiente el mero criterio de la actividad, ya que la desplegada tanto en una como en otra puede ser pareja, por lo que resulta necesario acudir a otros criterios, sobre todo en supuestos en que el órgano de administración tuviera carácter colegiado, cuales serían el del nombramiento para el cargo que habilitara para el ejercicio de dichas funciones o actividad. Y así, cuando el órgano de administración confiriera tales facultades representativas, mediante apoderamiento, en favor de persona ajena a aquel, la relación entre el designado para el correspondiente cargo y la sociedad, sería la especial de alta dirección, siempre naturalmente que se cumplieran los restantes requisitos exigidos para ello, mientras que si el citado órgano de administración atribuyera, mediante delegación, determinadas facultades en favor de persona integrada en aquel, la relación mantendría su carácter mercantil o societario, sin que este "plus de actividad" desvirtuara lo anterior, dado que el designado seguiría desarrollando las funciones correspondientes a su condición de administrador.

Las consecuencias que anteceden, con las que se dejan precisados el alcance de la exclusión de "laboralidad" que establece el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores y el "límite superior" de la relación laboral especial de alta dirección, pudieran, sin embargo, no ser decisivas para clarificar el ámbito de la asimilación que

directamente disponía el artículo 61.2 a) de la Ley General de la Seguridad Social, en sus versiones de 1.966 y 1.974, dado que, como antes se dijo, este artículo nació con entidad autónoma, sin quedar subordinado al ordenamiento laboral vigente a la sazón, en tanto que desglosaba en dos grupos al colectivo integrado por quienes desempeñaren en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo, por aquel entonces excluido de dicho ordenamiento (artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo), a fin de determinar que la asimilación que directamente disponía sólo beneficiaba a aquellas personas que, estando excluídos de la citada Ley de Contrato de Trabajo, trabajaran por cuenta ajena en los cargos directivos de las empresas, pero dejando fuera de dicha asimilación, por tanto, a los que ostentaren, pura y simplemente, cargo de consejero en las empresas que revistieran forma jurídica de sociedad. Es oportuno recordar que el vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al dar nueva redacción al precepto que efectúa la aludida asimilación, actualmente contenido en su artículo 97.2 a), constriñe dicha asimilación al personal de alta dirección a que se refiere el artículo 2.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, con lo cual, aunque hace que tal mandato adquiera plena concordancia con el ordenamiento laboral, priva, sin embargo, de contenido a la referida asimilación, ya que dicho personal, en tanto que vinculado a la empresa por relación laboral, aunque sea especial, no precisa de asimilación para estar comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General, en tanto que la mención a trabajadores por cuenta ajena con relación especial, efectuada por el artículo 7.1 a) del propio Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, lleva consigo que queden directamente afectados por lo dispuesto en el artículo 97.1 de la misma Ley.

Pero en cualquier caso, tal Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social no estaba vigente en la fecha en que el Sr. Chamoso fue encuadrado en el Régimen General, lo que hace inaplicable el mismo al supuesto litigioso, sin que tampoco su disciplina al respecto pueda servir de pauta interpretativa segura, pese a tratarse de refundición, dado que en tal punto pudiera considerarse excedido.

Consiguientemente con lo expuesto, para dar solución a la cuestión que es ahora objeto de exámen resulta obligado estar a lo que disponía el artículo 61.2 a) de la Ley

General de la Seguridad Social de 1.974. Su mandato dejaba fuera de la asimilación que directamente disponía a quienes ostentaran, pura y simplemente, el cargo de consejero en las empresas que revistieran forma jurídica de sociedad. Es cierto que quien desempeña dicho cargo tiene la condición de administrador, aunque lo desarrolle en órgano colegiado, por lo cual la referencia al mismo, aún efectuada con la literalidad expuesta, cabría entender que abarcaba también a aquellos que, sin ser colegiada la estructura organizativa de la sociedad, ostentaran la condición de administrador de la misma. Pero, dada la literalidad del precepto, también cabría entender, como así lo declaró la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal en jurisprudencia reiterada, ciertamente rectificada a partir de su sentencia de 26 de abril de 1.991, que el mismo incluía en la asimilación que establecía a quienes, cuando la estructura organizativa no fuera colegiada, ostentaren el cargo de administrador o a aquellos que, siendo colegiado el órgano de administración y formando parte del mismo, fueran revestidos de un "plus de actividad", en virtud de delegación conferida por dicho órgano. Con lo antes expuesto se pretende poner de relieve las dificultades interpretativas que ofrecía el citado artículo 61.2 a), en sus versiones de 1.966 y 1.974, lo que explica que la Seguridad Social haya actuado durante mucho tiempo siguiendo el criterio hermeneutico que se ha expuesto en segundo lugar, con lo cual, al extender el ámbito del campo de aplicación del Régimen General, dispensaba mayor nivel subjetivo de protección. Tal criterio se mantuvo hasta que fueron dictadas la resolución y circular al principio mencionadas, con las cuales se pretendía un ajuste o adecuación con nuestros criterios jurisprudenciales antes expuestos, -los cuales, es de advertir, venían referidos al ordenamiento laboral- y, al propio tiempo, no privar de protección a quienes hasta entonces dicha Seguridad Social había encuadrado en el Régimen General. Pero para lograr esto último se ha forzado, sin modificación normativa al respecto, el campo de aplicación del R.E.T.A.. Aún cuando no es función de la jurisprudencia apuntar los caminos adecuados para atender el fin de protección pretendido, no es inoportuno recordar las posibilidades que ofrecía el artículo 61.2k) de la Ley General de la Seguridad Social de 1.974 y las que sigue ofreciendo el artículo 97.2 k) del vigente Texto Refundido.

En todo caso, las dificultades interpretativas puestas de relieve obligan a entender que la actuación de la Tesorería, manifestada en aceptar el alta en el Régimen General del Sr. Chamoso, cursada en 1.989, no fue demostrativa de infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, por lo cual no procede referir los efectos de la baja en dicho Régimen a 1.989, tal como pretenden los recurrentes, en petición, por otra parte, que, en tanto que conjuntamente formulada con la de que se reconozca igualmente que los efectos del alta en el R.E.T.A. deben producirse desde el mencionado año 1.989, ha de entenderse que ha sido deducida como subordinada al éxito de esta.

Por todo lo razonado procede igualmente desestimar los motivos que han sido objeto de examen, en cuanto se refieren a la atribución de efectos retroactivos para la baja en el Régimen General.

El último motivo del recurso denuncia infracción de los artículos 14 y 9.3, ambos de la Constitución. Se razona al respecto que la Sala de procedencia, ante pretensiones iguales, ha llegado a pronunciamientos distintos, perjudicando así el principio de igualdad en la aplicación de la Ley y la seguridad jurídica. Es cierto que el principio primeramente mencionado impide que un mismo órgano jurisdiccional pueda modificar, arbitrariamente, el sentido de sus anteriores decisiones cuando la posterior versare sobre supuesto sutancialmente igual que los resueltos por aquellas; pero ello no supone que el precedente "petrifique" la doctrina jurisdiccional que con aquel hubiera sido sentada, lo cual sería contrario a la dinámica jurídica, que también puede manifestarse, como declara el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/1.984, "en una razonable evolución de la interpretación y aplicación de la legalidad, concretada en un cambio de criterio que legitime las diferencias de tratamiento". Se ha de tener presente, además, que el ordenamiento procesal vigente, contemplando la posible dispersión de la doctrina de suplicación, ha instaurado un recurso de casación, no sólo extraordinario, sino también excepcional, para atender la seguridad jurídica y la unidad en la interpretación del derecho, mediante el cual y a través de las sentencias que lo resuelven, se posibilita el establecimiento de líneas jurisprudenciales, con especial proyección unificadora. Es claro, por lo expuesto, que la existencia de sentencias

contrarias a la que se recurre, no obliga al seguimiento de la doctrina que en aquellas se sienta, ni aún cuando procediera del mismo órgano jurisdiccional, pues conclusión contraria no es compatible con la función casacional ni con la primacía de este Tribunal Supremo, que es el único que en el plano de la legislación ordinaria tiene capacidad para crear jurisprudencia. Procede, por lo expuesto, la desestimación del tercer motivo que funda el recurso y la total de este, con condena en costas a la sociedad recurrente y pérdida del depósito constituido por esta, pues así procede en virtud de lo establecido por los artículos 233 y 226.2 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral.

Para la sentencia del S de 26 de junio de 1998. Como antes se ha indicado, insiste el recurrente en que, en el presente caso hay una relación laboral, la de gerente de la empresa, preexistente al acceso del trabajador a la Administración de la Sociedad. Y que, vigente el cargo mercantil, subsiste la gerencia, el salario y la cotización a la Seguridad Social, aparte de que los Estatutos Sociales prevén (arts. 15 y 16) la gratuidad del cargo de Administrador y su compatibilidad con cargos para los que hubiera sido nombrado gerente, Director, Apoderado o por trabajos profesionales de cualquier índole.

La apreciación de oficio de la cosa juzgada propuesta por el Ministerio Fiscal en el presente caso no puede aceptarse, dadas la circunstancias que acompañan a este recurso y a las que anteriormente se hizo referencia. Aun prescindiendo de que ninguna de las partes había alegado esta excepción, ni en la instancia, ni en el recurso de suplicación, la doctrina de la Sala, respecto a la alegación de incompetencia de jurisdicción u otras excepciones que afecten a materia de orden público y apreciación de oficio, señala (sent. 2 de Abril de 1996) que es necesario que en este excepcional recurso se invoque concurriendo el requisito de la contradicción entre sentencias y que además no tenga la condición de cuestión nueva traída al recurso. Hay sentencias de esta Sala que se pronuncian sobre cuestión similar a la ahora planteada, si bien en recursos con denuncia de infracción legal del artículo 1252: así las alegadas por el Ministerio Fiscal de 15 de Abril y 19 de Mayo de 1993. Y en cuanto a las sentencias de

esta Sala de 17 de Noviembre de 1997 y de 27 de Enero de 1998 no servirían de apoyo para sostener la apreciación de oficio de que se trata, dada la diferencia de casos que contemplan respecto a la presente controversia, pues dichas sentencias parten del supuesto de que la misma Sala, en diferentes fases del procedimiento, estima en una sentencia la competencia de la jurisdicción laboral y en otra posterior la desestima.

No debe además olvidarse que, en el presente caso, en una primera reclamación del actor ceñida al abono de salarios de Enero a Abril de 1995, se estima la demanda rechazando la excepción de incompetencia de jurisdicción sobre la base de reconocer en el actor su doble condición de trabajador de la empresa y de cargo societario de carácter mercantil con plenos poderes de administración; mientras que la sentencia recurrida, aún partiendo de hechos probados similares, contempla la petición de indemnización por extinción de contrato de quien siendo Consejero Delegado desde 1982 y Administrador Único desde 1994 representa a la empresa tanto en la iniciación de la suspensión de pagos como en a liquidación de los contratos laborales de todos los trabajadores; y se decide, con esos datos, aceptar la incompetencia de jurisdicción alegada.

No debe, por tanto, apreciarse la excepción de cosa juzgada, dado que no concurrirían en este caso las identidades exigidas por el artículo 1252 del Código Civil. Por lo que procede resolver sobre la competencia jurisdiccional planteada en el recurso. Y la solución correcta coincide con la adoptada por la sentencia recurrida pues la condición del actor como máximo representante de la empresa desde 1982 al ser nombrado Consejero Delegado con todas la facultades que las estructuras sociales asignan al Consejo de Administración (v. escritura pública de 6-12-82 unida a las actuaciones) y posteriormente Administrador General Único sustituyendo al consejo de Administración y redactándose de nuevo los artículos 15 y 16 de los Estatutos Sociales (v. escritura pública de 20-10-94, también unida a las actuaciones) tiene la suficiente entidad para justificar su vinculación e integración en la propia empresa como alto representante ejecutivo de la misma, ejercitando poderes inherentes a la titularidad de la empresa. Lo que viene a estar en armonía con el criterio de esta Sala (v. sentencias de 21-1-91 y 22-12-94) según el cual "la alta dirección se concreta en el ejercicio de

poderes correspondientes a la titularidad de la empresa y el desempeño de un cargo de miembro de los órganos de administración de la sociedad implica también la actuación de facultades de esta naturaleza," añadiendo que "cuando ejercen funciones de esta clase la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación se será laboral".

En consecuencia, lo razonado en el precedente fundamento obliga a desestimar el recurso sin que, de acuerdo con previsto en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral haya lugar a la imposición en las costas.

Consejeros y administradores de asociaciones, públicas o privadas, sin ánimo de lucro.- La ley recoge también en la exclusión a los consejeros y administradores de asociaciones, públicas o privadas, que no persigan ánimo de lucro.

5. LOS TRABAJOS AMISTOSOS, BENÉVOLOS O DE BUENA VECINDAD

El art. 1.3.d) E.T.- La ley excluye a «los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad».

Los rasgos característicos del trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad son los siguientes:

1º) El trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad no se presume sino que debe probarse por la persona que se beneficie del mismo.

2º) El carácter amistoso, benévolo o de buena vecindad del trabajo resulta independiente del carácter lucrativo o no de la persona a quien se presta.

3º) La ocasionalidad o no permanencia (periódica o continua) del trabajo resulta irrelevante (por todas, S.T.C.T. de 18 de marzo de 1987. Ar/6133), si bien constituye un indicio importante de gratuidad.

4º) La gratuidad del trabajo, esto es, la no percepción de contraprestación económica alguna, si bien la jurisprudencia ha entendido que el carácter gratuito no queda desvirtuado por la existencia de gratificaciones en especie o en metálico.

La jurisprudencia ha considerado trabajos amistosos o benévolos los siguientes:

a) Las actividades altruistas para organizaciones asistenciales: - Postulantes de Comunidad Religiosa.

- Colaboradoras en la ayuda a domicilio de personas de edad avanzada.

- Profesores de educación física en la Cruz Roja.

- Trabajos en Organizaciones no Gubernamentales, siempre que no se trate de trabajos retribuidos.

b) Los trabajos familiares que no tienen cabida en la exclusión legal (novios, ahijados, familiares lejanos, relaciones de hecho).

c) Los trabajos en empresas ideológicas (partidos políticos o sindicatos) de los militantes y simpatizantes.

d) Los contratos de intercambio de servicios o de trabajos entre dos personas en el sector agrícola.

e) Las prestaciones de servicios en favor de las confesiones religiosas de los propios religiosos o de los laicos relacionados con la práctica del culto.

f) Las becas destinadas a facilitar los estudios o la formación en el trabajo, actualmente reguladas en el RD 1453/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas, no constituyen relación laboral, no desvirtuando tal carácter el hecho de que exista una contraprestación de servicios del becario. La jurisprudencia anterior al RD 1453/2011 estableció que la legitimidad de estas becas quedaba condiciona a que primara el elemento formativo sobre el laboral.

Aquella jurisprudencia estableció límites a la admisión de las becas, considerando que había relación laboral en los casos en que aquellas servían de cobertura formal a ésta. Cabría entender también, bajo la actual regulación, que si no se

cumplieran los presupuestos establecidos en el RD 1453/2011 o si el carácter formativo no fuera esencial en la relación formalmente calificada de beca (o de práctica no laboral conforme a la actual terminología), la prestación de servicio debería ser calificada de relación laboral ordinaria.

Así en la sentencia de 7 de julio de 1998. Se denuncia por el recurrente la infracción legal de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, 1 del Estatuto de los Trabajadores y de la Orden Ministerial de 29 de marzo de 1988. Dicha Orden de 1988, que regula los programas de las Escuelas-Taller y Casas de Oficios, dispone en su artículo 1 que 'Las Escuelas Taller y las Casas de Oficios son programas públicos de empleo-formación que tienen como finalidad cualificar a desempleados, preferentemente jóvenes menores de veinticinco años, en alternancia con el trabajo y la práctica profesional, favoreciendo sus oportunidades de empleo las ocupaciones relacionadas con la ocupación o promoción del patrimonio artístico, histórico, cultural o natural, así como con la rehabilitación de entornos urbanos o del medio ambiente y la mejora de las condiciones de vida en las ciudades'. Después establece el artículo 2 de la Orden cuáles son las Entidades promotoras de los proyectos de Escuelas-Taller y Casas de Oficios, dispone en su último párrafo que 'los alumnos trabajadores serán contratados, siempre que estuvieren disponibles y no se perjudicara el plan formativo, en ocupaciones relacionadas con los oficios y técnicas profesionales aprendidas en la Escuela-Taller o en las Casas de Oficios, debiendo haber superado, al menos, la primera fase formativa'. Sobresale el interés de los artículos 4 y 5 de la Orden referida. El artículo 4.2 dispone que 'Los proyectos formativos en Casas de Oficios constarán de una primera fase de formación ocupacional en una especialidad formativa o en un oficio y otra segunda donde dicha formación se imparte en alternancia con el trabajo o la práctica profesional: La duración de ambas etapas nunca será superior a un año ni inferior a seis meses'. El artículo 5 describe el contenido de las dos etapas en los programas de Escuelas-Taller y Casas de Oficios en estos términos:

1. Durante la primera etapa los alumnos de Escuelas-Taller y Casas de Oficios recibirán formación profesional ocupacional, según el plan formativo incluido en la Memoria..., pudiendo percibir las becas y ayudas económicas previstas en la normativa reguladora del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, incluidas las relativas a transporte y manutención.

2. Durante la segunda etapa del proyecto formativo los alumnos de Escuelas-Taller y de Casas de Oficios serán contratados bajo la modalidad que, según la normativa vigente, resulte más idónea para la inserción profesional de los jóvenes. Durante esta fase los trabajadores complementarán su formación, en alternancia con el trabajo y la práctica profesional, percibiendo las retribuciones salariales que les correspondan de conformidad con lo previsto en la normativa vigente. 3. La selección de los alumnos-trabajadores, así como de los docentes y del personal de apoyo a la Escuela-Taller y Casas de Oficios será efectuada por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo en colaboración con la Entidad promotora'.

Pasajes concretos de la Orden distingue entre 'el alumno' y 'el trabajador beneficiario' (artículo 7), dispone la expedición de las certificaciones que acrediten los conocimientos y destrezas profesionales adquiridas, así como la experiencia laboral acumulada (artículo 8) y las modalidades de contratación previstas (artículo 9). Y el artículo 10 regula la financiación de la Escuela-Taller y de la Casa de Oficios para distinguir, entre otros, estos costes: 'Las bases o ayudas económicas a los alumnos, así como las subvenciones que comprendan los gastos derivados de su transporte o manutención durante la primera fase normativa' (apartado b), y 'La parte que se determine de los costes salariales de los beneficiarios del Proyecto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º de esta disposición, hayan sido contratados, incluídos los originados por las cuotas a cargo del empresario derivadas de contingencias comunes y profesiones, Fondo de Garantía Salarial, Desempleo y Formación Profesional. En el supuesto de contratos para la formación y en prácticas la cuantía de la aportación económica del Instituto Nacional de Empleo será equivalente al salario mínimo interprofesional que corresponda, en proporción a la jornada de trabajo efectiva'.

La Orden de 29 de marzo de 1988 fue desarrollada por una resolución de la Dirección General del INEM de 12 de marzo de 1992, que no fue publicada en el Boletín Oficial del Estado y que carece de valor normativo vinculante. Sin embargo no es excesivo decir aquí que en la resolución o circular, como en la Orden, se distinguen las becas, de los costes salariales de los alumnos, en la primera y segunda etapa, respectivamente.

Dicha Orden de 29 de marzo de 1988 fue derogada por la de 3 de agosto de 1994 (Boletín Oficial del Estado de 11 de agosto); y también la resolución de la Dirección General del INEM de 12 de marzo de 1992 fue derogada por la resolución del Instituto Nacional de Empleo de 7 de julio de 1995, ésta publicada en el Boletín Oficial del Estado de 28 de julio, que desarrolla la Orden de 3 de agosto de 1994 de conformidad con lo previsto en la disposición final tercera de dicha Orden, que autoriza a la Dirección General del INEM a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación de la Orden Ministerial.

Aunque no aplicable por razón temporal, ya que la Disposición Transitoria de la propia Orden de 1994 establece que los Proyectos de Escuelas Taller y Casas de Oficios, así como los beneficios concedidos a los mismos, anteriores a la entrada en vigor de esta Orden, continuarán rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se aprobaron, sí es conveniente y aleccionador, a los efectos que aquí nos ocupan, citar el preámbulo de la Orden en el que se precisa que se prevé la creación de los centros de Iniciativa Empresarial con la función de asesorar a los jóvenes para su establecimiento como trabajadores por cuenta propia o para su colocación como trabajadores por cuenta ajena. Se dice en ella que 'La aprobación de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación que reordena la regulación del mercado de trabajo, dedica especial atención a la inserción laboral de los jóvenes, mediante la figura contractual del aprendizaje, modalidad que ha sido desarrollada en el Real Decreto 2317/1993, de 23 de diciembre, previéndose su formación en el marco de los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficio'. Sigue manteniendo en su artículo 5 el mismo contenido de las etapas en los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios que se describían en el artículo 5 de la Orden de 29 de marzo de 1988, y precisa que en

la primera etapa se tiene derecho a percibir las becas previstas en el Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, y que durante la segunda etapa del proyecto 'los alumnos trabajadores complementarán su formación en alternancia con el trabajo y la práctica profesional, y serán contratados por las entidades promotoras en la modalidad del contrato de aprendizaje, siempre que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 3.2 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo... Durante esta etapa los alumnos trabajadores percibirán las retribuciones salariales que les correspondan de conformidad con lo previsto en la normativa vigente y en la presente disposición'.

Bien en el marco de la Orden de 1988, la aquí aplicable, como en el más enriquecido de la Orden de 1994, se distinguen dos etapas en los programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios; una primera en la que los alumnos, que reciben formación profesional ocupacional, tienen derecho a percibir becas y ayudas económicas, incluídas las relativas a transporte y manutención; y una segunda en la que los alumnos de Escuelas Taller y Casas de Oficios son contratados bajo la modalidad que según la normativa vigente resulte más idónea para la inserción profesional de los jóvenes, percibiendo las retribuciones salariales que les correspondan de conformidad con lo previsto en la normativa vigente; con las correspondientes cuotas empresariales previstas en la legislación de Seguridad Social. Becas en la primera etapa y retribuciones salariales derivadas de los contratos que se suscriban, en la segunda. Tanto la doctrina científica, como la jurisprudencia, tienen declarado que las becas están desprovistas de las notas configuradoras de la relación laboral. Que el becario adquiere una formación mediante la realización de una actividad que tiene un coste económico que soporta la institución o quien la financie. El régimen de becas es inoperante en los ámbitos de la enseñanza; no se caracteriza por la liberalidad, que es propia de la donación, y el becario, que ha de cumplir ciertas tareas, no las realiza en línea de contraprestación, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa. Se materializa con la beca un compromiso que adquiere el becario, que no desvirtúa la naturaleza extralaboral de la relación existente. La finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en

beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en la formación profesional. La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la incorporación del becario y no la de incorporar los resultados o frutos del estudio o trabajo de formación realizados al patrimonio de la persona que la otorga, la cual no adquiere la posición de empleador o empresario jurídico-laboral respecto del becario (STS 13-6-1988, -RJ 5270-). En el caso de la sentencia de 22-6-1988 (RJ 6030) se recibe una cantidad mensual en concepto de beca sin imponer el menor reparo u objeción a la tarea desempeñada como tampoco a la forma en que era retribuída, encuadrada, sin duda, en las facultades de ámbito administrativo del organismo demandado, Consejería de Sanidad y Consumo de Murcia; la entidad que abonaba las percepciones y se benefició del trabajo fue un ente público y no una fundación privada, dato en que se apoya la sentencia para apreciar que la relación controvertida tenía naturaleza jurídico-administrativa y no jurídico-laboral. La sentencia declaró la incompetencia del orden social. Las sentencia de 26-6-1995 (recurso de casación para la unificación de doctrina 978/94) declaró que la beca es una relación de beneficio; y que en el caso del recurso se acreditó que la calificación de laboralidad descansaba sobre la base de que el provecho de la entidad empleadora había prevalecido, en el desarrollo de la relación, sobre el provecho personal y científico del demandante. La sentencia de 28-7-1995 (recurso de casación para la unificación de doctrina 174/95) declaró la incompatibilidad entre prestación por desempleo y beca por asistencia a un curso de capacitación.

En el caso del presente recurso se está, como se ha visto, ante una ordenación jurídico laboral en que los trabajadores perciben no ya una beca, ayuda o estipendio, sino una retribución salarial por tratarse de alumnos de Escuela-Taller o Casa de Oficios en la segunda etapa del proyecto formativo, contratados bajo las modalidades contractuales vigentes, que perciben la retribución salarial que les corresponde, en proporción a la jornada de trabajo efectiva y con un contrato sujeto a las cuotas de la Seguridad Social. Al reclamar los mismos determinadas diferencias salariales, es visto que es el orden social de la jurisdicción el que tiene atribuído el conocimiento del asunto, como resulta de los artículos 1 del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de

Procedimiento Laboral. La sentencia recurrida, al declarar la competencia del orden social para el conocimiento del asunto debatido, contiene la doctrina ajustada. El recurso debe ser desestimado, con la consiguiente pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal y sin hacer pronunciamiento sobre costas al no haberse impugnado el recurso.

6. LOS TRABAJOS FAMILIARES

El art. 1.3.e) E.T.- La ley excluye «los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los lleven a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción».

Los requisitos legales.- La ley exige la concurrencia de dos requisitos para la exclusión:

a) La condición de «familiar».

b) la condición de «no asalariado» del trabajador.

Son trabajadores familiares los que reúnen las condiciones siguientes:

1ª) Ser cónyuge, ascendiente, o descendiente o pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive o adoptado legalmente, quedando excluidos otros parientes y los acogidos de hecho. No se considera cónyuge quien convive con el empresario «more uxorio».

Se recoge en la sentencia del T.S. de 24 de febrero de 2000. Se denuncia en el recurso infracción del art. 1-1 E.T. e in aplicación indebida del art. 1-3 e) del mismo. La tesis correcta es la de la sentencia de contraste. El art. 3-1 de la Ley 31/84 de 2 de agosto de Protección por desempleo establecía que estarán comprendidos en la protección por desempleo los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social; art. 1-1 del E.T., define el contrato de trabajo como aquel que se presta voluntariamente por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica demandada, empleador o empresario excluyendo en el apartado e), de dicho precepto del ámbito del contrato de trabajo los trabajos familiares salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se consideran familiares a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendentes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, y en su caso, por adopción. Se trata, por tanto de determinar si quien está ligada con el empresario con una relación more uxorio, está o no dentro del ámbito del Art. 1-3 e) E.T., pues de no estarlo, sería de aplicación el art. 1-1 del E.T., procediendo la prestación de desempleo. Dicha cuestión debe resolverse en sentido contrario al de la sentencia recurrida. La interpretación analógica que hace la sentencia impugnada del art. 1-3 e) del E.T. equiparando la convivencia duradera en el tiempo entre el empresario y trabajadora, cualificada por la existencia de hijos comunes a la familia, de análogas características a las que tiene su origen en el matrimonio, lo que condujo a estimar inexistente el vínculo laboral por faltar las notas de dependencia y ajeneidad, presunción no destruida en el presente caso, no puede aceptarse.

La convivencia de hecho o more uxorio no encaja dentro del tipo legal contemplado en el art. 1-3 e) del E.T. Es cierto que en el caso de autos hay convivencia entre la actora y el empresario, sin embargo está ausente la condición de familiar. La norma se está refiriendo cuando habla de familia a la nacida del matrimonio; no preve la convivencia more uxorio. Esta Sala en sus sentencias de 14 de abril y 17 de de junio de 1.994 y el Tribunal Constitucional en la de 25 de abril de 1.994, en relación al alcance del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social y orden de 13 de febrero de 1.967,

en supuestos en que se planteaba la extinción de una pensión de viudedad de beneficiaria por la mera convivencia marital con otra persona ya precisó lo antes dicho, al decir que no surgiendo de las uniones de hecho el derecho a una pensión de supervivencia, al ser necesario en todo caso el requisito del matrimonio, tampoco puede provocar la extinción del derecho legitimamente alcanzando dicha convivencia, pues se podría llegar a la absurda situación de que una persona se viese privada de su pensión de viudedad sin poder llegar a obtener otra a la muerte de aquella con la que hubiese convivido.

Esta doctrina es perfectamente aplicable al presente caso, donde se plantea si dentro de la expresión cónyuge del art. 1-3 e) del E.T., se comprende o no a quien convive con el empresario maritalmente. Cuando el art. 1-3 e) del E.T. habla de parientes se está refiriendo a los que tienen su origen en uniones matrimoniales, en ningún caso se comprende a la uniones estables de hecho, por tanto, no es de aplicación dicho precepto para denegar la prestación de desempleo, sino lo dispuesto en el art. 1-1 E.T., existiendo una relación laboral al concurrir las notas de dependencia y ajeneidad que caracterizar a ésta. El mero hecho de la convivencia more uxorio, no determina la existencia de la relación familiar, sin que pueda ser de aplicación, por analogía como sostiene la sentencia recurrida la presunción favorable a la existencia de relaciones familiares previstas en el art. 1.3 e) del E.T.; sino se aplica dicha presunción en otros supuestos como los aludidos en esta misma fundamentación en materia de Seguridad Social, no cabe que cuando la norma beneficia a dichas personas, se interpreta en sentido contrario, invocando la analogía cuando se perjudica.

No desconoce la Sala la posibilidad de existencia en estos casos de fraude, que a falta de normas específicas que lo permitan en determinados casos para este tipo de pretensiones, debía estarse a los arts. 6-4 y 7-2 del C. Civil, que proscriben el fraude pero no lo presume; en el caso de autos ni se ha alegado ni de la denegación por el Instituto Nacional de Empleo de la prestación que se baso en no reunir la prestación de servicios en una empresa que calificó como familiar los requisitos de ajeneidad, y de dependencia que caracteriza a dichos trabajos, puede deducirse su existencia, faltando además en los hechos probados dato alguno del que pudiera entenderse directamente o

presumirse, como posibilita el art. 1253 del C. Civil que en la conducta del solicitante ha existido fraude y que el despido producido obedeció a la única finalidad de solicitar la prestación.

Lo dicho lleva a la estimación del recurso y a la casación y anulación de la sentencia recurrida y a que resolviendo el debate de suplicación se desestime el recurso del INEM confirmando la sentencia de instancia. Sin costas.

2ª) Convivir con el empresario, entendida esta convivencia, no en un sentido familiar o físico sino en sentido económico o alimenticio, esto es, que dependa económicamente del empresario.

3º) Que el empresario sea una persona física, no pudiendo hablarse de «parientes del empresario» en el caso de tratarse de personas jurídicas [S.T.S., en unificación de doctrina, de 18 de marzo de 1998 (Tol 46864)], o cuando existiendo una relación matrimonial están unidos por una relación societaria en la que ostentan el 50 por 100 del capital social cada uno de ellos.

Para la sentencia del TS de 18 de marzo de 1998. La cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala, en supuestos análogos al ahora enjuiciado, y en el sentido asumido por la sentencia invocada como de contraste, y así: En una primera sentencia, la STS/IV 14-VI-1994 (recurso 3493/1993), se declaró que Una participación de alrededor del 10% en la sociedad titular de la empresa no desvirtúa la nota de ajenidad en los servicios prestados a una sociedad anónima de propiedad familiar, cuando además en el caso enjuiciado tampoco consta convivencia con otro u otros miembros de la familia titulares de acciones que pudiera, a partir de una cierta cuota de participación conjunta en la propiedad del capital social, dar lugar a un patrimonio o fondo común, en el que ingresaran los frutos o resultados del trabajo prestado. A ello debe añadirse que la pertenencia de la actora (por cierto tiempo, y no subsistente en el momento del cese en

el trabajo) al consejo de administración de la sociedad titular de la empresa no es obstáculo, según la interpretación jurisprudencial del art. 1.3.c. del ET (TS 15 febrero 1990), al reconocimiento de una relación laboral común desarrollada simultáneamente con dicha sociedad.

Posteriormente, la STS/IV 19-X-1994 (recurso 3050/1994), -- relativa a un supuesto de sociedad de responsabilidad limitada cuyos únicos socios eran los padres del actor y dos de sus hijos, poseyendo el demandante un 20% del capital y habiéndosele extinguido su relación con la empleadora en virtud de expediente de regulación de empleo --, se declaró que "el art. 3-1 de la Ley 31/84 ... establece que están protegidas por desempleo los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el RGSS requisitos que concurren en el actor; previamente a la extinción de la relación del mismo con la Empresa ... S.L., se tramitó ...expediente de regulación de empleo ... en donde se autorizó rescindir las relaciones laborales con cuatro trabajadores declarándolos en situación de desempleo con efectos del día siguiente; si en virtud de dicha autorización se extinguió la relación laboral del actor, calificándola como relación laboral por cuenta ajena, resolución firme, no cabe que con posterioridad, el INEM deniegue la prestación cuando el trabajador la solicita, negando su condición de trabajador por cuenta ajena, en base a la presunción establecida en el art. 1-3 c) del ET que excluye del ámbito laboral los trabajos familiares, considerando que la presunción iuris tantum allí establecida no ha sido destruida, por cuanto se trata de una cuestión ya resuelta, previo cumplimiento de los trámites previstos en el art. 49-9 y 51 de la Ley 8/80 del ET, en donde ... se calificó al recurrido como trabajador por cuenta ajena y que no cabe volver a plantear; por otra parte, con independencia de las relaciones familiares del actor con otros socios de la ... S.L., lo cierto es que aquel prestaba sus servicios por cuenta de una Sociedad con personalidad jurídica propia, distinta de la de los titulares del capital social, percibiendo su remuneración, cotizando a la Seguridad Social sin intervenir en la administración de la Sociedad, circunstancias todas ellas, que demuestran lo acertado de la resolución recurrida, al calificar los trabajos por cuenta ajena al reunir todos y cada uno de los requisitos exigidos en el ET". Doctrina que, en parte, se reitera en la STS/IV 14-IV-1997 (recurso 2723/1996), relativa al supuesto de un socio fundador, titular del

20% del capital social, de la sociedad de responsabilidad limitada que había procedido a extinguir su relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo.

Cabe entender que la doctrina sobre la existencia o no de relación laboral a efectos del desempleo en el caso de sociedades calificables de familiares se perfila, entre otras, en la STS/IV 19-XII-1997 (recurso 1048/1997), en la que se enjuicia el supuesto de una persona no socia, pero que prestaba sus servicios, hasta que su relación fue extinguida en expediente de regulación de empleo, para una sociedad anónima de la que eras socios un tercero, su madre, accionista mayoritaria, y la esposa del demandante, la que era administradora única, conviviendo en el mismo domicilio el demandante, su mujer y la madre de aquél. En ella se afirma que, en puridad, cuando el empresario es una persona jurídica no puede hablarse de los parientes del empresario a efectos de excluir a determinadas personas de la condición de trabajadores por cuenta ajena, proclamando que el art. 7.2 LGSS alude a los 'parientes del empresario', condición que, en puridad de concepto, no puede darse cuando el empresario es una persona jurídica. Añadiendo, además, que aún cuando se traspasase o levantase el velo de esa persona jurídica, y se tomase en consideración la realidad de las personas físicas que la integran, tampoco podría encajarse la situación del actor ... en el radio de acción del comentado art. 7, toda vez que si bien el actor es hijo de la socio mayoritaria de la compañía (su madre), no consta que conviva con ella ni a su cargo, con lo que, en relación a esta persona, no concurren los requisitos que el precepto impone; y aunque la esposa del demandante es también socio de esa sociedad, e incluso administradora única, y además los dos cónyuges viven en el mismo domicilio, lo cierto es que la participación que la mujer del actor tiene en el capital social no alcanza, en modo alguno, el 50% del mismo (tan solo tiene un 30%), y tampoco puede considerarse probado que su marido viva a su cargo, máxime cuando se ha demostrado que él cobraba un sueldo mensual.

En la misma línea interpretativa, en la STS/IV 25-XI-1997 (recurso 771/1997), en un supuesto en el que el demandado era titular del 10% de las acciones de la sociedad a la que había prestado servicios de la que su madre tenía otro 35% y su padre ostentaba el cargo de administrador único, conviviendo el demandado en el domicilio

familiar --, se afirma que aunque se acudiera a las reglas de la prestación de servicios entre parientes resultaría que tanto el art. 1.3. e) del ET, como el art. 7.2 de la LGSS, contienen una presunción iuris tantum de no laboralidad de las relaciones de prestación de servicios entre los parientes que enumera. No puede por tanto realizarse una aplicación de dichos preceptos que desnaturalice su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario, para transformarla en presunción iuris et de iure. Cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena, pero es que, además, concluye que se declara probado que el actor trabajó y percibió retribución. Era por tanto trabajador por cuenta ajena y, como tal, estaba protegido de la contingencia de desempleo, de la que no puede ser excluido en base a su parentesco con titulares de la sociedad, o por su titularidad de una mínima parte de las acciones.

Cabe deducir de la STS/IV 22-XII-1997 (recurso 571/1997), dictada en un supuesto similar, que el fraude no se presume y debe ser probado por la parte que lo alega, no bastando deducirlo simplemente de la relación de parentesco, al afirmarse que La tesis de la recurrida implica la existencia de una actuación en fraude de ley, que se presume (no se acredita) en función únicamente de la relación de parentesco.

Por último, en esta línea y en relación a otras prestaciones de la Seguridad Social, por esta Sala se ha afirmado, en su STS/IV 17-III-1997 (recurso 3570/1996), que como excepción, para evitar posibles fraudes, a falta de normas específicas que lo presuman en determinados supuestos para las prestaciones no contributivas, debe estarse a lo dispuesto en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, que proscriben el fraude pero no lo presumen.

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado comporta la declaración de existencia de relación laboral entre el ahora recurrente y la sociedad anónima para la que había prestado servicios y percibido retribución hasta la extinción de la relación en base a la autorización concedida en expediente de regulación de empleo , ya que, por una parte, no puede entenderse que el demandante sea pariente de la sociedad anónima empleadora a efectos de negarle naturaleza laboral a la relación

existente entre ambos, y, por otra parte, dado que si la Entidad Gestora entendía que existía fraude y debía aplicarse la doctrina del levantamiento del velo, argumentando que la persona jurídica estaba siendo utilizada instrumentalmente en beneficio de sus socios, entre los que se encontraba el demandante, debería haberlo alegado en tal sentido y practicar prueba para acreditado, no siendo dable presumirlo por la mera constatación de que el demandante, socio minoritario, es pariente de otros socios. En definitiva, no existen datos en los inalterados hechos probados de la sentencia de instancia para negar que el demandante fuera trabajador por cuenta ajena al constar que trabajó y percibió retribución de la sociedad anónima de la que era socio minoritario, o, en otros términos, que de los datos fácticos existentes no es dable entender directamente o presumir, en los términos que posibilita el artículo 1253 del Código Civil, que ha existido fraude en la conducta del solicitante y que la invocada relación de trabajo con la empresa de la que era socio junto con otros familiares respondía a la esencial finalidad de poder obtener de tal forma, entre otras, las prestaciones por desempleo, utilizando instrumentalmente con tal fin la forma jurídica societaria. Procede, por lo expuesto, estimando el recurso de casación unificadora, casar y anular la sentencia impugnada, y resolviendo el debate planteado en suplicación, revocar la sentencia de instancia, declarando el derecho del demandante al percibo de la prestación por desempleo, durante un periodo de 540 días, a partir del día 26-julio-1994, y a tenor de una base reguladora de 112.408 pesetas mensuales, condenando al INEM a su reconocimiento y abono, sin imposición de las costas de este recurso (art. 233.1 LPL).

La ley establece una presunción «iuris tantum» de no laboralidad de los trabajos familiares («salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo»), correspondiendo la carga de la prueba al trabajador, lo que resultará en la práctica de una gran dificultad.

Para la sentencia del TS de 5 de noviembre de 2008. La sentencia recurrida considera que no se desvirtúa la falta de laboralidad de los servicios entre familiares que

conviven y están a cargo del empresario. Añade que el percibo de una retribución no basta para romper la presunción pues la misma se obtiene a costa de un patrimonio familiar común. Recurre el actor en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la seleccionada con este fin a requerimiento de la Sala, sentencia de 2 de diciembre de 2002 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia. En la sentencia de comparación se estima la demanda del solicitante de prestaciones, por desempleo en su modalidad de pago único para constituir una cooperativa de trabajo asociado. El actor había prestado servicios para su padre, con el que convivía, habiendo percibido una retribución por sus servicios. Razona la sentencia de contraste que, constando la condición de asalariado del demandado, ello basta para romper la presunción iuris tantum de no laboralidad de los servicios prestados entre familiares. Concurre entre ambas resoluciones la necesaria contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

El recurso versa sobre la aplicación de la no presunción de laboralidad, establecida por el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con determinados grados de parentesco, cuando concurren circunstancias como las que se aprecian en el relato histórico.

El demandante presta servicios en la empresa familiar hasta la jubilación del empresario, circunstancia esta última no sujeta a discusión, convive con su progenitor y percibe una retribución.

Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones a propósito de análogas situaciones, en unos casos presentándose la relación entre el reclamante y las personas con vínculo de parentesco que ostentaban la titularidad de parte un capital social (STS de 29 de octubre de 1990 (Rec. número 57/1990), de 25 de noviembre de 1997 (R. C.U.D. número 771/1997), de 19 de diciembre de 1997 (R. C.U.D. número 1048/1997) y de 19 de abril de 2000 (R. C.U.D. número 770/1990), en otros casos con quien era titular físico y único de una empresa sentencia de 13 de marzo de 2001 (R. C.U.D número 1971/2000). En ellas se reitera el razonamiento de que "por supuesto cabe trabajo por cuenta ajena entre parientes que comparten el mismo techo.

Pero si el parentesco es muy próximo y existe convivencia con el empresario, la ley ha establecido una presunción "iuris tantum" a favor del trabajo familiar no asalariado que se aparta expresamente de la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 (sic) del Estatuto de los Trabajadores ".

A la luz de ese razonamiento se ha llegado a la conclusión estimatoria de la pretensión en las sentencias citadas de 25 de noviembre y 19 de diciembre de 1997 y 19 de abril de 2000 (R. C.U.D. número 771/1997, 1048/1997 y 770/1999) y desestimatoria en las sentencias de 29 de octubre de 1990 y 13 de marzo de 2001 (Rec. número 57/1990 y R. C.U.D. número 1971/2000).

La sentencia de 25 de noviembre de 1997 (R. C.U.D. número 771/1997) razonaba que: "Tanto el art. 1.3. e) del Estatuto de los Trabajadores, como el art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, contienen una presunción iuris tantum de no laboralidad de las relaciones de prestación de servicios entre los parientes que enumera. No puede por tanto realizarse una aplicación de dichos preceptos que desnaturalice su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario, para transformarla en presunción iuris et de iure. Cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena. El Tribunal Constitucional, en sentencias 79/1991 y 2/1992 , ya declaró que es contrario al principio de igualdad excluir del ámbito laboral unas relaciones jurídicas por el sólo hecho de ser parientes sus titulares. En el caso enjuiciado la suma de las participaciones sociales de actor y familia cubren el 45 % del capital social, lo que no permite afirmar la existencia de un patrimonio familiar común. No se desvirtúa, por tanto la nota de ajeneidad. Se declara probado que el actor trabajó y percibió retribución. Era por tanto trabajador por cuenta ajena y, como tal, estaba protegido de la contingencia de desempleo, de la que no puede ser excluido en base a su parentesco con titulares de la sociedad, o por su titularidad de una mínima parte de las acciones."

Del mismo modo, en las presentes actuaciones, no discutida la realidad de la prestación de servicios ni del percibo de una retribución y excediendo ésta, 722,790 euros mensuales, de lo que comúnmente se conoce como "dinero de bolsillo", o "paga

semanal" nombres con los que se designa a las cantidades proporcionadas a los hijos dependientes para los pequeños gastos fuera de casa, queda acreditada la condición de asalariado del demandante rompiendo así la presunción de no laboralidad de la relación de quien trabaja, convive y está a cargo del familiar titular de la empresa.

Por lo expuesto y visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso y resolviendo el debate de suplicación, desestimar el de igual clase formulado por el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO y confirmar la sentencia del Juzgado sin que haya lugar a la imposición de las costas.

7. LOS AGENTES COMERCIALES

El art. 1.3.f) E.T.- La ley excluye «la actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma»

Hasta la ley 12/1992, de 27 de mayo, que regula la figura del agente comercial, éstos se caracterizaban por dos notas: 1ª) La ausencia de ajenidad en los riesgos, esto es, la responsabilidad en el buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma. 2ª) La independencia o autonomía, esto es, la autoorganización de la propia actividad, con o sin auxilio de plantilla propia.

A partir de la Ley 12/1992, los agentes comerciales pueden no responder del buen fin de la operación, no asumiendo el riesgo y ventura de la misma. Por ello, la frontera entre los agentes comerciales y los representantes de comercio (regulados como relación laboral especial por el R.D. 1438/1985, de 1 de agosto) pasará ahora

únicamente por la existencia o no de dependencia de la persona por cuenta de quien interviene en operaciones mercantiles, esto es, si existe o no organización empresarial en el trabajador, autonomía productiva y empresarial, poder de organización de la actividad y utilización de mano de obra.

Para la sentencia del TS de 17 de abril de 2000. En la interposición del recurso la parte recurrente de la sentencia que hoy se combate, entiende que la misma infringe por aplicación errónea el artículo 2-a del Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral; el artículo 2-1-f) del estatuto de los Trabajadores y los artículos 1-1; 2-2 y 4-1 del R.Decreto 1438/1985 del 1 de Agosto, sin mencionar la publicación de la Ley 12/1992 del 27 de mayo, por la que se regula el contrato de Agencia, dando cumplimiento a la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 86/653, Ley que fue invocada en el recurso de suplicación y que constituye la ratio decidendi de la sentencia.

Por el contrario la sentencia de contraste, dada la fecha de extinción de la relación laboral y la de su entrada en vigor no pudo tener en cuenta la Ley mencionada, y en el trámite de suplicación analiza la aplicación de los preceptos anteriormente expresados, que son los que cita la parte recurrente como infringidos. Falta pues la necesaria contradicción entre las sentencias ya que las causas de su decisión son distintas como indicamos seguidamente.

El Contrato de Agencia, regula una figura que era atípica en nuestro derecho, que únicamente guarda analogía con el contrato de comisión mercantil, pero cuyas funciones, en cuanto realiza una actividad de mediación, en la mayor parte de las ocasiones se encontraba normada en el R.D/1438/1985 del 1 de agosto. Efectivamente si atendemos a la definición del Contrato de Agencia, de conformidad con lo dispuesto en sus artículos, 1° al 3°, vemos como su ámbito coincide con el Real Decreto anteriormente mencionado.

Existe, es cierto una ampliación de los posibles sujetos del contrato, en cuando el nuevo puede efectuarlo una persona jurídica, de conformidad con el artículo primero

de la Ley 12/1992, por lo que no puede hablarse de un contrato propio de la relación laboral, cuando carece del carácter intuitu personae, pero esa diferenciación entre ambas figuras, que evidentemente se realizaría en contadas ocasiones, no es posible establecerla cuando existe la prestación personal del trabajo, es decir, cuando no es sujeto activo de esas labores de mediación una persona jurídica.

Una segunda diferenciación, radica en el hecho de no ser determinante de la laboralidad el responder del buen fin de las operaciones, desde el momento en que el artículo 1º de la Ley, el contrato de Agencia permite excluir de sus obligaciones el riesgo y ventura de las mismas, es decir desde el 1 de enero de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley, el responder del buen fin, no es dato de exclusión para esa valoración de la relación entre las partes, para excluirla o incardinarla en el contrato de trabajo.

Existe pues la necesidad de encontrar otro dato de diferenciación que la Ley lo establece, atendiendo al criterio de la dependencia, entendiendo que existe esa vinculación, si quien se realiza a estas funciones de mediación no puede organizar su actividad profesional, y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus criterios y tiene que seguir las instrucciones de la empresa.

Esta doctrina es la seguida por la sentencia combatida y por esta Sala, pues como ha señalado la sentencia del 2 de julio de 1996: La delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1 f) del Estatuto de los Trabajadores, desarrollada por el Real Decreto 1438/1985, y sus fronteras con la que se genera por el contrato de agencia, regulado por Ley 12/1.992, ha de efectuarse actualmente teniendo presente lo que, transponiendo a nuestro ordenamiento interno la Directiva 86/653 CEE, de 18 de diciembre de 1.986, determina en términos imperativos esta última Ley, por la que por vía refleja se deja precisado el ámbito de la exclusión de laboralidad que consagra el artículo 1.3 f) del Estatuto de los Trabajadores y el de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1 f) del mismo cuerpo legal. La nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la valida celebración de un contrato de

agencia, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare. Este criterio de diferenciación, es el que hay que tener en cuenta para determinar si existe o no contradicción que permitiría la admisión del recurso, y al ser esto así, es evidente que la relación que se discute no es incardinable en la relación especial que pretende el recurrente, pues como dice la sentencia combatida, el trabajador desarrollaba su actividad con total independencia de la empresa, que sólo le impartía criterios generales en cuanto a los precios, pero decidiendo él sólo los clientes que visitaba, las rutas que hacía, cuando las hacía y el horario a realizar. Por el contrario, sí existía dependencia en la sentencia que se aporta para comparación, cuando menos en relación con uno de los clientes que se menciona, donde el mediador actuaba con arreglo a las instrucciones de la empresa. Es evidente, por ello, que los hechos son distintos, como lo es igualmente la razón de decisión del juzgador, por lo que falta el presupuesto de admisión del recurso, que en este trámite se convierte en motivo de desestimación.

Los agentes de seguros están, así, excluidos del ámbito laboral.

Respecto de los subagentes de seguros, habrá que estar a las concretas circunstancias de cada caso.

Resultando relevante el análisis particular de la eventual concurrencia de rasgos de dependencia, puesto que su actividad suele estar más sujeta a horarios, controles e instrucciones directas del empresario, lo que impide su exclusión del ámbito laboral.

8. LOS TRANSPORTISTAS

La ley excluye expresamente del ámbito laboral «la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de las autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador» (art. 1.3 in fine E.T.)

Se recoge en la sentencia del TS de 15 de junio de 1998. El actor solicitó el 3-4-1996 el reconocimiento de su relación laboral y el 25 de ese mes la empresa le comunicó que como las actividades del área productiva en el centro de El Prat de Llobregat ya habían finalizado, no serían necesarias, pero que seguiría realizando las actividades de transporte de plaza del almacén de distribución de la línea 10, por lo que continuaban contando con sus servicios para dicho almacén. El actor instó la declaración de nulidad o improcedencia del despido o la extinción del contrato de trabajo, desestimando el Juzgado las demandas acumuladas de despido o extinción de la relación laboral, y declarando la Sala de suplicación en la sentencia indicada de 7 de marzo de 1997 que estimaba el recurso interpuesto por PARKE DAVIS, S.A. así como la incompetencia del orden social, por ser competentes los órganos de la jurisdicción civil, sin posibilidad de entrar a conocer del recurso interpuesto por el señor S.C.F.

Los fundamentos en que se apoyaban las partes en uno y otro proceso, referentes a la existencia o no de una relación laboral por cuenta ajena, visto lo dispuesto en el

artículo 1.3, g) del Estatuto de los Trabajadores, adicionado por la Disposición final séptima de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, son igualmente coincidentes. Y las pretensiones de los actores en uno y otro proceso, que instan la declaración de existencia de una relación laboral por cuenta ajena, son sustancialmente iguales. Como afirma en su informe el Ministerio Fiscal, ambas sentencias contemplan hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, aunque lleguen a pronunciamientos distintos. Se dan, por ello, los presupuestos de recurribilidad que exige el artículo 217 de la ley de Procedimiento Laboral, pero sólo respecto del problema de la competencia del orden social, en el que se comparan sentencias contradictorias. En lo referente al otro tema recurrido, sobre declaración de extinción del contrato al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, la falta de contradicción de las sentencias comparadas obliga a esta Sala a abstenerse de pronunciarse sobre la materia, sin perjuicio de lo que después se dirá. Denuncia el recurrente respecto de este motivo de casación la infracción por inaplicación del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 8.1 del mismo, e interpretación errónea del artículo 1.3, g) de dicho Estatuto. En lo referente a la competencia o no del orden social sobre transportistas con vehículo propio, tal como se reguló en el artículo 1.3, g) del Estatuto de los Trabajadores, adicionado por la Disposición final séptima de la Ley 11/1994, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas sentencias y de realizar su tarea unificadora mediante este recurso de casación para la unificación de doctrina.

En primer lugar, desechando la naturaleza interpretativa del precepto legal indicado, y adoptando el criterio del "tempus regit factum", como hizo la Sala en sentencia de 12 de abril de 1996 (recurso 1292/95) para, seguidamente y con invocación de la Disposición transitoria primera del Código civil, "concluir que la norma posterior se aplica a los efectos futuros de las relaciones de servicios creadas bajo el amparo de la legislación precedente. Lo que supone, proyectado sobre el artículo 1.3, g) ET, que la exclusión del ámbito laboral que éste pudiera determinar alcanza a los contratos de transporte con vehículo propio celebrados después de su entrada en vigor, y también a los efectos producidos a partir del 12 de junio de 1994 por los contratos de servicios de

transportistas autorizados con vehículo propio anteriores a dicha fecha" (sentencia de 18 de julio de 1996, recurso 2674/95). Que la cuestión que se plantea en el recurso "ha sido resuelta ya por la sentencia de esta Sala de 5 de junio de 1996, que descarta tanto la ultraactividad de la calificación de la relación controvertida en la legislación anterior, como la retroactividad de la nueva calificación, de forma que ésta se aplicará a las relaciones de prestación de servicios de transporte que reúnan los requisitos previstos para que opere la exclusión, aunque hayan sido concertadas bajo la vigencia de la norma laboral anterior, pero sólo respecto a los efectos de esas relaciones que se hayan producido con posterioridad al comienzo de la entrada en vigor de la nueva norma, sin que tal calificación alcance, por tanto, a los efectos de la relación que hayan tenido lugar cuando estaba vigente la norma anterior" (sentencia de 23 de diciembre de 1996; recurso 1534/96).

Como informa el Ministerio Fiscal, dicha interpretación es la más adecuada y además viene confirmada por la importante sentencia de la Sala de 5 de junio de 1996 (recurso 1426/95), que al abordar el tema de la constitucionalidad del precepto del artículo 1. 3, g) del ET declara: "El criterio de la autorización administrativa exigida a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado"; y añade la sentencia que "Sin entrar en la cuestión sobre la que no corresponde pronunciarse a esta Sala, de si el criterio del tonelaje del vehículo es o no el más adecuado para trazar la línea fronteriza del transporte mercantil, lo cierto es que este criterio, si no es utilizado arbitrariamente, puede proporcionar la certeza en la aplicación del Derecho, que ha sido la finalidad buscada por el legislador al introducir tal precepto en el ordenamiento jurídico".

Precisa el Ministerio Fiscal en su informe que la sentencia referida deja encarrilado el problema para ocasiones posteriores en el sentido de que el tonelaje del vehículo es determinante para la delimitación de la frontera entre transporte mercantil y actividad de transporte constitutiva de relación laboral. Todo ello -añadimos aquí- sin perjuicio, para la obligada exclusión, del requisito legal de la autorización

administrativa. Argumenta el recurrente que el criterio diferenciador entre contrato laboral o relación mercantil, para dilucidar si la relación es por cuenta propia o ajena, es el que entiende que debe atenerse a la exigencia o no de autorización administrativa a partir de determinado tonelaje. Que la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, desarrollada por el Real Decreto 1211/90, de 28 de septiembre y la Orden de 3 de febrero de 1993, al disponer ésta en su artículo 2 que están exceptuados de la obligatoriedad de la autorización administrativa que habilite para la prestación de transportes públicos discrecionales de mercancías por carretera, así como de transportes privados complementarios de mercancías, los "Transportes públicos o privados complementarios realizados en vehículos de hasta 2 Tm de peso máximo autorizado, inclusive". Como ya se ha dicho, en el caso de la sentencia recurrida el transporte se realiza con un vehículo de tamaño reducido, Citroen de 2 CV, que no requiere la autorización administrativa referida; que se cumplen en el servicio prestado las notas de laboralidad, pues el trabajo de reparto de mercancías se realiza en exclusividad, prestando servicios para la empresa todos los días laborables de ocho a once horas diarias; trabajos de transporte que después se combina con los que se realizan en el almacén.

La sentencia recurrida se aparta del criterio mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tal como se expone en sus sentencias de 5 de junio, 18 de julio y 23 de diciembre de 1996, antes comentadas; quebranta la unidad de doctrina, por lo que debe ser casada y anulada y se debe resolver el debate planteado en suplicación de acuerdo con dicha unidad de doctrina, esto es declarando la competencia del orden social de la jurisdicción, por lo que las actuaciones de instancia y de suplicación deben ser devueltas a la Sala de lo Social de Cataluña para que la misma estime su competencia y resuelva los dos recursos de suplicación interpuestos por PARKE DAVIS, S.A. y don S.C.F., devolviendo a la primera el depósito constituido para recurrir en suplicación.

Para la sentencia del TS de 22 de enero de 2008. Sostiene la parte recurrente que la sentencia conculcó el artículo 80 de la mencionada Ley Jurisdiccional, pues en su escrito fundamental de demanda alegó cumplir todos los requisitos previstos en el artículo 7, apartado 1, de la Ley de Seguridad Privada de 30 de julio de 1992, y el Tribunal a quo no se pronunció sobre este particular, a pesar de que, a su juicio, estaba acreditado en el expediente administrativo. La sentencia recurrida ni fue incongruente ni careció de una falta de motivación, pues tal exigencia legal, y por ende constitucional -artículo 120.3 de nuestra Norma Fundamental-, no exige -según hemos declarado en nuestras sentencias de seis de junio y dieciocho de julio de mil novecientos noventa y ocho, veintitrés de enero y treinta de octubre de mil novecientos noventa y nueve, y trece de febrero, trece de marzo y catorce de noviembre de dos mil uno- agotar las razones de la decisión, ni dar respuesta a cada uno de los argumentos utilizados por los litigantes en defensa de su pretensión procesal, y en el caso que analizamos es suficiente una mera lectura del fundamento jurídico tercero de la mencionada sentencia para desestimar este motivo de casación, pues el Tribunal a quo da una respuesta clara, específica y precisa respecto de esta cuestión al señalar que por el Comisario Jefe del Servicio de Seguridad Privada -folio 11 del expediente- de cinco de febrero de mil novecientos noventa y seis, se le comunica que se ha comprobado su no adecuación de conformidad a lo que se establece en la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 2364/1994, de 29 de diciembre, en cuanto dispone que transcurrido el plazo de un año desde la promulgación del mismo, las empresas de seguridad deberán adecuarse a los requisitos establecidos para su inscripción en el Registro de Empresas.

El primero y tercer motivos de casación, que como error in iudicando se invocan al amparo del artículo 95.1.4, están íntimamente relacionados, pues en autos se denuncia, si bien con argumentos jurídicos distintos, la infracción del artículo 7.3 de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, por falta de audiencia del interesado, que a juicio de la parte recurrente acarrea la nulidad de pleno derecho de la resolución administrativa impugnada en instancia, de conformidad con el artículo 62, número 1, apartado e), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Estos motivos de impugnación también deben ser desestimados, ya que la prosperabilidad o éxito del recurso de casación queda condicionado ex lege a que el vicio denunciado opere sobre la propia sentencia y no sobre los actos o actuaciones administrativas que aquélla revisa en el ejercicio de la función jurisdiccional, salvo que se denuncie la infracción de una norma que acarree la nulidad de pleno derecho de la resolución administrativa impugnada en virtud de alguna de las causas o motivos que determina el artículo sesenta y dos de la mentada Ley de veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y dos, y aquí, en el caso que enjuiciamos, se imputa a la sentencia recurrida que no apreciara la denunciada vulneración del principio de audiencia en el expediente administrativo por no haber concedido a la parte recurrente el plazo de quince días para que formulara las alegaciones que estimara pertinentes en orden a la cancelación de la inscripción de su empresa en el Registro de Empresas de Seguridad.

Ciertamente, como señala la sentencia recurrida formalmente fue imposible cumplimentar el trámite de audiencia, pues las notificaciones fueron efectuadas al antiguo domicilio social, ahora bien, la simple falta de audiencia no genera por sí misma el efecto invalidante pretendido por la entidad mercantil recurrente, pues su omisión no originó al demandante indefensión alguna, pues en la instancia pudo hacer todas las alegaciones y pruebas que estimó oportunas en defensa de su pretensión impugnatoria contra la resolución no sancionatoria.

El recurso de casación, como extraordinario que es, opera por motivos tasados con la finalidad de revisar la aplicación de la ley, a fin de proteger la norma que se invoca como conculcada y crear reglas interpretativas uniformes.

Desde esta perspectiva, la Sala ha de recordar que ante hechos idénticos al presente se han dictado numerosas sentencias, entre las más recientes, las de seis de febrero y veintinueve de noviembre de dos mil uno, en las que se ha fijado ya una doctrina respecto de la materia que ahora nuevamente contemplamos. Se trata, pues, en este recurso, de analizar la conformidad a derecho de la sentencia, contrastándola con las impugnaciones concretas, respecto de preceptos específicos que, a juicio de la parte recurrente, hayan podido ser infringidos en los motivos de impugnación segundo,

cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, no siendo técnicamente correcto invocar una enumeración de preceptos formalmente infringidos sin hacer un análisis detallado de cada uno de ellos; por ello por cuya razón conviene precisar que en la cita de los preceptos denunciados reflejados en los antecedentes de hecho de esta nuestra sentencia se pretende más bien impugnar indirectamente la legalidad de la norma reglamentaria, interesando su nulidad radical, así como la infracción del principio de igualdad -artículo 14 de la Constitución- referido a la libertad de empresa, el carácter sancionador de la medida cancelatoria -artículos 24 de la Constitución y 97.2 de la Ley 30/1992-, más los referentes a la Ley de Seguridad Privada y aquellos que hacen referencia a la instauración por el Reglamento de una garantía especial para el cobro de posibles sanciones. Reconduciendo todas estas irregularidades que se denuncian a lo que constituye el contenido propio de este recurso, conviene recordar que la resolución administrativa por la que se acuerda la cancelación de la inscripción de la actora como empresa de seguridad se basa en su falta de adaptación, en el tiempo previsto, a las exigencias establecidas en el artículo 7 de la Ley, en especial, las referidas al ámbito de actuación, a la adecuación del objeto social, al ámbito geográfico, estatal o autonómico y a las garantías exigidas.

Partiendo de la premisa de la constitucionalidad de la Ley y de la validez de las normas reglamentarias, como ha reconocido reiterada jurisprudencia de esta Sala -entre otras, las de 24 de octubre de 1992 y 4 de mayo de 1998-, conviene recordar que la cancelación de la inscripción de una empresa de seguridad, por no cumplir los requisitos exigidos, no constituye una sanción administrativa, por lo que no serían invocables los preceptos de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico referidos a las garantías del ciudadano frente al ejercicio de la potestad sancionadora. Por lo que respecta al enjuiciamiento de las demás irregularidades denunciadas: falta de respeto del principio de igualdad, según las diferentes exigencias establecidas en función de la actividad o del área geográfica en la que opera, ataque a la libertad de empresa, y exigencias de cauciones o garantías excesivas, no puede olvidarse que las empresas de seguridad, como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley, operan, con la debida autorización administrativa, en un ámbito -"la seguridad de los ciudadanos"- en el que la

incidencia de los derechos y las libertades públicas de todos exige de las Administraciones Públicas responsables una mayor cautela y rigor a la hora de permitir, en estos ámbitos, el desarrollo de actividades a las empresas privadas.

No existe, pues, una libertad de empresa, en términos absolutos, siendo necesario, en todo caso, una autorización administrativa "de las denominadas de funcionamiento", cuya característica principal es, precisamente, la exigencia del cumplimiento de unos requisitos específicos en atención a las circunstancias concretas de espacio y tiempo en que se va a desarrollar la actividad; de ahí que, ante el incumplimiento de los requisitos establecidos para cada caso, pueda procederse a la cancelación de la inscripción, dada la relevancia de los intereses afectados.

La seguridad, en palabras de la Ley, constituye uno de los pilares básicos de la convivencia, cuyo mantenimiento se ejerce en régimen de monopolio por el Estado, con independencia de la posibilidad de que empresas privadas de seguridad actúen de forma complementaria y subordinada a la seguridad pública. Esta misma razón es la que justifica la exigencia de cauciones o garantías económicas destinadas a asegurar que las empresas del sector cuenten con recursos económicos y técnicos necesarios para merecer la preceptiva solvencia. Para concluir y ratificar la necesaria desestimación de los reseñados motivos, conviene recordar la citada sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 2001, en la que, si bien referida al Real Decreto 938/1997, de 20 de junio, por el que se completa la regulación de los requisitos de autorización de empresas de seguridad y los de habilitación del personal de seguridad privada, después de analizar -desde su perspectiva concreta de ser un recurso directo- buena parte de los argumentos aquí invocados, declara la conformidad a Derecho de la disposición impugnada, pronunciándose incluso, desde la perspectiva de la libertad de empresa, sobre su compatibilidad con el derecho comunitario, cuando, como en el caso de las empresas de vigilancia y seguridad, existen razones de interés general que justifican la adopción de medidas como las que aquí se discuten, y cuyo incumplimiento justifica la cancelación de la inscripción; razón por la que nos veda plantear la cuestión de inconstitucionalidad suscitada en el otrosí del escrito de interposición del presente recurso de casación.

Por lo que antecede, y con desestimación de los motivos de casación invocados, procede declarar no haber lugar a este recurso y, por consiguiente, en aplicación del artículo 102.3 de la Ley Jurisdiccional, imponer las costas causadas en el mismo a la recurrente.

Los mensajeros no están incluidos en la exclusión de laboralidad.

9. LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

La Disposición Final Cuarta del ET establece que «el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente».

El trabajo autónomo viene regulado actualmente por el Estatuto del Trabajo Autónomo, aprobado por la Ley 20/2007, de 11 de julio y por el RD 197/2009, de 23 de febrero, sobre el TRADE y el Registro de las asociaciones de trabajadores autónomos.

El Estatuto define el concepto de trabajador autónomo de cuatro maneras, para horquillar mejor el supuesto de hecho:

1º En primer lugar, con carácter general considera «trabajador autónomo» a «las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional, a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena» (art. 1.1).

2º En segundo lugar, incluye expresamente dentro del concepto legal de trabajador autónomo a determinadas personas, siempre que cumplan los requisitos anteriores (art. 1.2).

a) Los socios industriales de sociedades regulares colectivas.

b) Los socios industriales de sociedades comanditarias.

c) Los comuneros de las comunidades de bienes.

d) Los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común.

e) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o preste otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disp. adicional vigésimo séptima de la LGSS.

f) Los trabajadores autónomos económicamente dependientes (ver infra).

g) Cualquier otra persona que cumpla con los requisitos generales del art. 1.1 del Estatuto.

3º En tercer lugar, incluye expresamente dentro del concepto legal de trabajador autónomo, pese a no cumplir con los requisitos generales, a los «trabajadores familiares» de los trabajadores autónomos que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el art. 1.3.e) del E.T. (art. 1.1 in fine).

4º En cuarto lugar, finalmente, enumera una serie de supuestos que quedan excluidos del concepto legal de trabajador autónomo (art. 2):

a) Los trabajadores por cuenta ajena con una relación laboral común, conforme al art. 1.1 del E.T.

b) Los trabajadores por cuenta ajena con una relación laboral especial, conforme al art. 2 del E.T.

c) La actividad que se limita pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan forma jurídica de sociedad, conforme al art. 1.3.c del E.T.

En todo caso, quedan incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los trabajadores autónomos extranjeros que reúnan los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art. 1.4).

El Estatuto, dentro los trabajadores autónomos, distingue a los que denomina «trabajadores autónomos dependientes económicamente» (TRADEs). Son TRADEs los trabajadores autónomos que reúnan los siguientes requisitos (art. 11.1 y 2):

a) Realicen una actividad económica o profesional.

b) A título lucrativo.

c) De forma habitual, personal y directa.

d) De forma predominante para una persona física o jurídica, denominada «cliente» del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por 100 de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales, de naturaleza dineraria o en especie, excluidos únicamente los ingresos procedentes de los rendimientos de capital o plusvalías que perciba el trabajador autónomo derivados de la gestión de su propio patrimonio personal, así como los ingresos procedentes de la transmisión de elementos afectos a actividades económicas (art. 2.1 del R.D. 197/2009).

e) No tengan a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contraten o subcontraten parte o toda la actividad con terceros, «tanto respecto de la actividad

contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes».

f) No ejecuten su actividad de manera conjunta e indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier forma contractual por cuenta del cliente.

g) Dispongan de infraestructura productiva y materiales propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, «cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente».

h) Desarrollen su actividad bajo criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

i) Perciban una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura de aquélla.

En todo caso, el Estatuto excluye expresamente a «los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho» (art. 11.3).

El régimen jurídico de los trabajadores autónomos se regirá por (art. 3):

1º En primer lugar, por las disposiciones establecidas en el Estatuto del Trabajo Autónomo «en lo que no se opongan a las legislaciones específicas aplicables a su actividad así como al resto de las normas legales y reglamentarias complementarias que sean de aplicación» y por la legislación laboral «en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente».

2º En segundo lugar, por la normativa común relativa a la contratación civil, mercantil o administrativa reguladora de la correspondiente relación jurídica del T.A.

3º En tercer lugar, en el caso de los TRADEs, por los «acuerdos de interés profesional» (en adelante, A.I.P.) (Art. 11.2).

4º En cuarto lugar, por los pactos establecidos individualmente mediante contrato entre el trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolle su actividad profesional, siempre que respeten las disposiciones legales de derecho necesario y los «acuerdos de interés profesional» en su caso.

5º En quinto lugar, finalmente, por los usos y costumbres locales y profesionales.

El régimen jurídico común a todos los trabajadores autónomos viene a ser el siguiente:

1º El Estatuto enumera un listado de los que denomina «derechos profesionales» de los trabajadores autónomos (art. 4) y de los que denomina «deberes profesionales básicos» (art. 5), haciendo luego especial hincapié en dos derechos profesionales: el derecho a la no discriminación y a la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 6) y el derecho a la prevención de riesgos laborales (art. 8); refiriéndose, además en este Capítulo a la forma y duración del contrato (art. 7), a la protección de los menores (art. 9) y a las garantías económicas (art. 10).

2º Además de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución y en los Acuerdos y Tratados Internacionales ratificados por España (art. 4.1), a los trabajadores autónomos se les reconoce expresamente los siguientes «derechos básicos individuales» con el contenido y alcance que para cada uno de ellos disponga su normativa específica (art. 4.2):

a) Derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio.

b) Libertad de iniciativa económica y derecho a la libre competencia.

c) Derecho de propiedad intelectual sobre sus obras o prestaciones protegidas.

Y, en el ejercicio de su actividad profesional, se les reconoce los siguientes «derechos individuales» (art. 4.3):

a) A la igualdad ante la ley y a no ser discriminado, directa o indirectamente, por una serie de causas: nacimiento, origen racial o étnico, sexo, estado civil, religión, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, uso de alguna de las lenguas oficiales dentro de España o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

b) A no ser discriminado por razones de discapacidad, conforme a lo establecido en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

c) Al respeto a la intimidad y a la dignidad, así como a una adecuada protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo o por cualquier otra circunstancia o condición personal o social.

d) A la formación y readaptación profesionales.

e) A su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo.

f) A la percepción puntual de la contraprestación económica convenida por el ejercicio profesional de su actividad.

g) A la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar, con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o Leyes Autonómicas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, en los términos previstos en la legislación de Seguridad Social.

h) A la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, de conformidad con la legislación de la Seguridad Social, incluidos el derecho a la protección en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o Leyes Autonómicas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales.

i) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su actividad profesional.

j) A la tutela judicial efectiva de sus derechos profesionales, así como al acceso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos.

k) Cualesquiera otros que se deriven de los contratos celebrados.

3º El Estatuto reconoce a los Trabajadores autónomos los siguientes «deberes profesionales básicos» (art. 5):

a) Cumplir con las obligaciones derivadas de los contratos, a tenor de los mismos y con las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, a los usos y a la ley.

b) Cumplir con las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales que la ley o los contratos que tengan suscritos les impongan, así como seguir las normas de carácter colectivo derivadas del lugar de prestación de servicios.

c) Afiliarse, comunicar las altas y bajas y cotizar al Régimen de la Seguridad Social en los términos legalmente previstos.

d) Cumplir con las obligaciones fiscales y tributarias establecidas legalmente.

e) Cumplir con cualesquiera otras obligaciones derivadas de la legislación aplicable.

f) Cumplir con las normas deontológicas aplicables a la profesión.

4º Con carácter general, se señala que «los poderes públicos pueden garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador

autónomo» (art. 6.1), para más tarde regular las garantías legales del derecho a la no discriminación del trabajador autónomo:

a) Se prohíbe expresamente la discriminación, directa o indirecta, de los poderes públicos y de quienes contraten la actividad profesional de los trabajadores autónomos, por los motivos señalados en el art. 4.3.a) del Estatuto, con referencia a la libre iniciativa económica, a la contratación y a las condiciones del ejercicio profesional (art. 6.2).

b) Se establece el derecho de cualquier trabajador autónomo y de las asociaciones y sindicatos que los representen, que consideren lesionados sus derechos fundamentales o la concurrencia de un tratamiento discriminatorio, a recabar la tutela del derecho ante el orden jurisdiccional competente por razón de la materia, mediante un procedimiento preferente y sumario. En el caso de estimarse probada la vulneración del derecho denunciado, el órgano judicial declarará la nulidad radical y el cese inmediato de la conducta y, cuando proceda, la reposición a la situación al momento anterior a producirse, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto (art. 6.3).

c) Se señala que las cláusulas contractuales que vulneren el derecho a la no discriminación o cualquier derecho fundamental serán nulas y se tendrán por no puestas, debiendo integrarse el contrato por el juez con arreglo a lo dispuesto en el art. 1258 del Código Civil, determinando, en su caso, la indemnización correspondiente por los perjuicios sufridos (art. 6.4).

d) En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo se estará a lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (art. 6.5).

5º En cuanto a la prevención de los riesgos laborales, las Administraciones Públicas competentes asumirán un «papel activo» en relación con la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos mediante la promoción de la prevención, el asesoramiento técnico, la vigilancia y control del cumplimiento por los

trabajadores autónomos de la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 8.1 y 2).

En un orden más concreto, el Estatuto establece las siguientes obligaciones preventivas para la empresa que contrate Trabajadores autónomos:

a) Las Administraciones Públicas competentes promoverán una formación en prevención específica y adaptada a las peculiaridades de los trabajadores autónomos.

b) Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores autónomos y trabajadores de otra u otras empresas, así como cuando los trabajadores autónomos ejecuten su actividad profesional en los locales o centros de trabajo de las empresas para las que presten servicios, serán de aplicación para todos ellos los «deberes de cooperación, información e instrucción» previstos en el art. 24.1 y 2 de la L.P.R.L. (art. 8.3).

c) Se establece un «deber de vigilancia» en el cumplimiento de la normativa de prevención por parte de los trabajadores autónomos para las empresas que contraten con trabajadores autónomos la realización de obras o servicios correspondientes a la «propia actividad» de aquellas que se desarrollen en sus propios centros de trabajo (art. 8.4).

d) Cuando los trabajadores autónomos deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecutan su actividad profesional, pero no realicen esa actividad en el centro de trabajo de tal empresa, ésta asumirá las obligaciones establecidas en el último párrafo del art. 41.1 de la L.P.R.L. (art. 8.5).

Por lo demás, cuando la empresa incumpla las obligaciones anteriores, asumirá las obligaciones indemnizatorias de los daños y perjuicios ocasionados, siempre y cuando «haya relación causal directa entre tales incumplimientos y los perjuicios y daños ocasionados», con independencia de que el trabajador autónomo se hubiera acogido o no a las prestaciones por contingencias profesionales (art. 8.6).

El trabajador autónomo tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o salud (art. 8.7).

Todas las disposiciones anteriores serán de aplicación a los trabajadores autónomos, sin perjuicio de las obligaciones legales establecidas para los trabajadores autónomos con asalariados a su cargo en su condición de empresarios (art. 8.8).

6º Los contratos que concierten los trabajadores autónomos para la ejecución de su actividad profesional podrán ser celebrados por escrito o de palabra, pudiendo cada una de las partes exigir que la otra en cualquier momento la formalización del contrato por escrito (art. 7.1).

Los contratos podrán celebrarse para la ejecución de una obra o servicio o de una serie de ellos y tendrán la duración que las partes acuerden (art. 7.2).

7º El Estatuto establece la prohibición absoluta de ejecución de trabajos autónomos o actividades profesionales para los menores de dieciséis años, ni siquiera para sus familiares (art. 9.1).

Podrán no obstante realizar prestaciones de servicios en espectáculos públicos los menores de dieciséis años con autorización expresa y singularizada de la Autoridad Laboral, que la concederá siempre que «no supongan un peligro para su salud física o psíquica, ni sean incompatibles con su formación escolar y humana». La autorización deberá constar por escrito y para actos determinados (art. 9.2 en relación con el art. 6.4 del E.T.).

8º Con carácter general se establece que los trabajadores autónomos tienen derecho a la percepción de la contraprestación económica en el tiempo y forma convenidos y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (art. 10.1). De modo más particular se establecen las siguientes garantías económicas para el trabajador autónomo:

a) El trabajador autónomo que trabaje para un contratista o subcontratista tendrá acción contra el empresario principal hasta el importe de la deuda que éste adeude a aquél al tiempo de la reclamación, salvo que se trate de construcciones y reparaciones o servicios contratados en el seno del hogar familiar (art. 10.2).

b) Regirán las reglas civiles o mercantiles sobre privilegios y preferencias en materia de garantía del cobro de los créditos por el trabajo personal del trabajador autónomo, así como la Ley Concursal, quedando sometidos los TRADEs a la situación de «privilegio general» recogida en el art. 91.3 de dicha Ley (art. 10.3).

c) El trabajador autónomo responderá de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, sin perjuicio de la inembargabilidad de los bienes establecida en los arts. 605 a 607 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (art. 10.4).

d) A efectos del cobro de las deudas tributarias y de Seguridad Social, embargado administrativamente un bien inmueble, si el trabajador autónomo acreditara fehacientemente que se trata de una vivienda que constituye su residencia habitual, la ejecución del embargo quedará condicionada a: 1º) Que no resulten conocidos otros bienes del deudor suficientes susceptibles de realización inmediata en el procedimiento ejecutivo. 2º) Que entre la notificación de la primera diligencia del embargo y la realización material de la subasta, el concurso o cualquier otro medio administrativo de enajenación medie el plazo mínimo de un año. Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá, en ningún caso, en los supuestos de ampliaciones del embargo originario o en los casos de prórroga de las anotaciones registrales (art. 10.5).

9º El Estatuto enumera los que denomina «derechos colectivos básicos» de los trabajadores autónomos y de los sindicatos y asociaciones profesionales específicas de los trabajadores autónomos.

Así, los trabajadores autónomos son titulares de los siguientes derechos (art. 19.1):

a) De fundación de asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos sin autorización previa, que deberán inscribirse en el Registro Estatal de

Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos (arts. 12 a 20 del R.D. 197/2009).

b) De afiliación, bien al sindicato, bien a la asociación empresarial, bien a la asociación profesional específica de trabajadores autónomos, «en los términos establecidos en la legislación correspondiente».

c) De ejercer la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales.

Por su parte, las asociaciones de trabajadores autónomos son titulares de los siguientes derechos de carácter colectivo (art. 19.2 y 3):

- De constitución de federaciones, confederaciones o uniones, pudiendo establecer los «vínculos» que consideren oportunos con organizaciones sindicales y asociaciones empresariales.

- Concertar Acuerdos de interés profesional (A.I.P.) para los TRADEs.

- De ejercer la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos.

- De participar en los procedimientos extrajudiciales de solución de las controversias colectivas de los TRADEs cuando esté previsto en los A.I.P.

Los trabajadores autónomos tienen reconocido constitucionalmente (art. 41 de la C.E.) el derecho al mantenimiento de un régimen púbico de Seguridad Social (que será el R.E.T.A.), sin perjuicio de que algunos colectivos de trabajadores autónomos estén encuadrados en otros Regímenes de la Seguridad Social (art. 23), salvo aquellos trabajadores autónomos que hayan optado u opten en el futuro por adscribirse a la Mutualidad de Previsión Social que tenga constituida el Colegio Profesional al que pertenezcan, en los términos establecidos por la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, de supervisión y ordenación de los seguros privados (Disposición Adicional Quinta).

Los poderes públicos se comprometen a adoptar políticas de fomento y promoción del trabajo autónomo a través de una política fiscal adecuada, del

establecimiento de exenciones, reducciones o bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social, de la promoción del espíritu y la cultura emprendedora, del fomento de la formación y readaptación profesionales, de la información y asesoramiento técnico necesarios, de pago único de las prestaciones por desempleo y de programas de ayudas financieras de apoyo a iniciativas económicas (arts. 27 a 29).

El Estatuto viene a regular específicamente, respecto del TRADE, una serie de aspectos:

1º El contrato del TRADE con el cliente del que dependa económicamente deberá formalizarse siempre por escrito y ser registrado en la oficina pública correspondiente, si bien dicho registro no tendrá carácter público. Reglamentariamente se regulan las características del Registro y las condiciones de acceso de los representantes legales de los trabajadores a la información de los contratos que su empresa celebre con trabajadores autónomos, debiendo excluirse en todo caso de la misma el número del D.N.I., el domicilio, el estado civil y cualquier otro dato que pudiera afectar a la intimidad personal, según la Ley 1/1982, de 5 de mayo (art. 12.1 del Estatuto y 6 del R.D. 197/2009).

El TRADE deberá hacer constar expresamente en el contrato su condición de dependiente económicamente del cliente que le contrate, así como las variaciones que se produzcan al respecto, no pudiéndose ostentar la condición de «dependiente» más que de un solo cliente (art. 12.2). El contenido necesario del contrato del TRADE y también el contenido posible del mismo, viene detallado en el art. 4.2 y 4 del R.D. 197/2009.

Cuando un trabajador autónomo hubiese contratado con varios clientes y con uno de ellos se produjera, como circunstancia sobrevenida, la dependencia económica que permite calificar al mismo como TRADE, «se respetará íntegramente el contrato

firmado entre ambas partes hasta la extinción del mismo, salvo que éstas acordasen modificarlo para actualizarlo a las nuevas condiciones que corresponden a un TRADE» (art. 12.3).

2º Los «acuerdos de interés profesional» (A.I.P.) son negociados entre las asociaciones (profesionales) o sindicatos que representen a los TRADEs y las empresas para las que trabajen (art. 13.1).

El contenido de estos A.I.P. podrá referirse a «las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de la actividad, así como (a) otras condiciones generales de la contratación», observando en todo caso los límites y condiciones (art. 13.1) y las normas de derecho necesario, siendo nulas y sin efectos las cláusulas contrarias (art. 13.3).

Los A.I.P. deberán formalizarse por escrito (art. 13.2).

Los A.I.P. se pactarán al amparo del Código Civil y su eficacia personal será limitada a las partes firmantes y a los afiliados a las asociaciones profesionales de autónomos o sindicatos firmantes «que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello» (art. 13.4).

3º El TRADE tendrá derecho a unas vacaciones («a una interrupción de su actividad anual») de 18 días hábiles, salvo que dicho régimen sea mejorado por A.I.P. o por el contrato (art. 14.1).

La jornada máxima y su distribución semanal, en el caso de que se compute por mes o año, y el régimen de los descansos semanal y en días festivos serán determinadas en el A.I.P. o en el contrato (art. 14.2).

La realización de horas extraordinarias («actividad por tiempo superior al pactado contractualmente») será voluntaria y no podrá exceder del incremento máximo establecido en el A.I.P. y, en su defecto, del 30 por 100 del tiempo ordinario de actividad individualmente acordado (art. 14.3).

El horario de actividad procurará adaptarse para poder conciliar la vida personal, familiar y profesional del TRADE (art. 14.4).

La TRADE que sea víctima de la violencia de género tendrá derecho a la adaptación del horario de actividad al objeto de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral (art. 14.5).

4º Son causas justificadas de interrupción de la actividad profesional del TRADE (art. 16.1 y 2).

a) El mutuo acuerdo de las partes.

b) La necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles.

c) El riesgo grave e inminente para la vida o salud del TRADE.

d) La incapacidad temporal del TRADe.

e) La maternidad o paternidad.

f) La situación de violencia de género, para que la TRADE haga efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

g) La fuerza mayor.

h) Las causas establecidas por A.I.P. o por el contrato.

Ninguna de estas causas de interrupción de la actividad profesional podrá justificar la extinción contractual por voluntad del cliente, «todo ello sin perjuicio de otros efectos que para dichos supuestos puedan acordar las partes», salvo que «la interrupción ocasione un perjuicio importante al cliente que paralice el normal desarrollo de su actividad» (art. 16.3).

5º El contrato entre el TRADE y el cliente se extinguirá por alguna de las siguientes causas (art. 15.1):

a) Mutuo acuerdo de las partes.

b) Causas válidamente consignadas en el contrato, salvo que constituyeran manifiesto abuso de derecho.

c) Muerte, jubilación o invalidez, incompatibles con la actividad profesional, conforme a la correspondiente legislación de Seguridad Social.

d) Desistimiento del TRADE mediante el preaviso estipulado (por A.I.P. o por contrato) o conforme a los usos y costumbres. Cuando el desistimiento ocasionara un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad, el cliente tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios (art. 15.3).

e) Voluntad del TRADE fundada en incumplimiento contractual grave del cliente, con derecho a indemnización de daños y perjuicios (art. 15.2).

f) Voluntad del cliente por causa justificada mediante el preaviso estipulado (por A.I.P. o por contrato) o conforme a los usos y costumbres, con derecho a indemnización de daños y perjuicios (art. 15.2). Cuando la resolución contractual sea injustificada, el TRADE tendrá derecho a percibir una indemnización de daños y perjuicios (art. 15.3).

g) Decisión de la TRADE que se vea obligada a extinguir la relación contractual como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

h) Cualquier otra causa legalmente establecida.

La determinación de la indemnización de daños y perjuicios del TRADE será la fijada, en su caso, en el contrato individual o en el A.I.P. y, en su defecto, se tendrá en cuenta «entre otros factores» (art. 15.4):

- El tiempo restante previsto de duración del contrato.

- La gravedad del incumplimiento del cliente.

- Las inversiones y gastos anticipados por el TRADE para la ejecución de la actividad profesional contratada.

- El plazo de preaviso otorgado por el cliente sobre la fecha de extinción del contrato.

6º La competencia para conocer de las cuestiones derivadas del contrato entre el TRADE y el cliente y de la aplicación e interpretación de los A.I.P., «sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia», corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden social (art. 17).

7º Será requisito previo para la tramitación de las acciones judiciales en relación con los TRADE el intento de conciliación o mediación ante el órgano administrativo que asuma estas funciones o ante los órganos específicos establecidos por los A.I.P. (art. 18.1).

Los procedimientos extrajudiciales estarán basados en los principios de gratuidad, celeridad, agilidad y efectividad (art. 18.2).

Lo acordado en avenencia tendrá fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes, sin necesidad de ratificación ante el órgano judicial, pudiéndose llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias (art. 18.3).

Las partes podrán igualmente someter sus discrepancias a un arbitraje voluntario. Los laudos arbitrales firmes se equiparan a las sentencias firmes. El procedimiento arbitral se someterá a lo pactado por las partes o al régimen que en su caso haya establecido el A.I.P., entendiéndose aplicable, en su defecto, la regulación contenida en la Ley 16/1987, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la Ley 16/1987, de 30 de

julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres o en cualquier otra norma específica o sectorial (art. 18.4).

XI. LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

El art. 2 del E.T.- La ley considera relaciones laborales de carácter especial, a regular por el Gobierno mediante R.D., las siguientes:

a) La del personal de alta dirección no excluida por Consejero Societario: R.D. 1382/1985, de 1 de agosto.

b) La del servicio del hogar familiar: R.D. 1424/1985, de 1 de agosto.

c) La de los penados en las instituciones penitenciarias: Ley Orgánica 1/1979, de 24 de septiembre, General Penitenciaria y R.D. 190/1996, de 9 de febrero, sobre Reglamento Penitenciario.

d) La de los deportistas profesionales: R.D. 1006/1985, de 26 de junio.

e) La de los artistas en espectáculos públicos: R.D. 1435/1985, de 1 de agosto.

f) La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellos (representantes de comercio): R.D. 1438/1985, de 1 de agosto.

g) La de los trabajadores discapacitados que presten sus servicios en los centros especiales de empleo: R.R.D.D. 1368/1985, de 17 de julio y 2273/1985, de 4 de diciembre.

h) La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas: Decreto-Ley de 23 de mayo de 1986 y R.D. 371/1987, de 13 de marzo y Orden Ministerial de 13 de marzo de 1987.

i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral especial por una Ley. Tal ha sucedido con el trabajo del personal civil al servicio de establecimientos militares (R.R.D.D. 2205/1980, de 13 de junio y 144/1981, de 23 de enero), con los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento (art. 39 Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Acompañamiento de la Ley de Presupuestos para 2003), con los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos (Disposición Adicional primera de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre) o con la relación laboral especial de los empleados públicos de las distintas Administraciones Públicas.

XII. EL CONTRATO LABORAL INDEFINIDO

1. CONCEPTO

Es aquel que se concierta sin establecer límites de tiempo en la prestación de los servicios, en cuanto a la duración del contrato.

El contrato de trabajo indefinido podrá ser verbal o escrito.

El contrato de trabajo indefinido podrá celebrarse a jornada completa, parcial o para la prestación de servicios fijos discontinuos.

Los contratos indefinidos pueden en algunos casos ser beneficiarios de incentivos a la contratación, cuando se cumplan los requisitos que en cada caso se exijan por la Normativa de aplicación, dependiendo de las características de la empresa, del trabajador y, en su caso, de la jornada.

2. FORMALIZACIÓN

Su formalización puede ser verbal o escrita. En el caso de relación laboral indefinida, deberán constar por escrito: las acogidas al programa de fomento del empleo, cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los contratos a tiempo parcial, fijos discontinuos y de relevo, los de los trabajadores que trabajen a distancia y los contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero.

De no observarse la formalización por escrito cuando sea exigible, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios, tal y como establece el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores.

En todo caso, cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito incluso durante el transcurso de la relación laboral.

Adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para

el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho.

El contenido del contrato se comunicará al Servicio Público de Empleo Estatal en el plazo de los 10 días siguientes a su concertación.

Cuando se formalice el contrato con un trabajador con discapacidad el contrato se formalizará por escrito, en cuadruplicado ejemplar, en modelo oficial. Al contrato se acompañará solicitud de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, así como el certificado de discapacidad.

Cuando se trate de trabajo fijo discontinuo el contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca, y en él deberá figurar la indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y el orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria.

En el supuesto de trabajadores a distancia en el contrato deberá hacerse constar el lugar en que se realice la prestación.

Si el contrato se celebra a tiempo parcial en el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución. De no observarse estas exigencias, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios y el número y distribución de las horas contratadas.

Las conversiones de contratos temporales en indefinidos podrán celebrarse con jornada a tiempo completo, a tiempo parcial o fijo discontinuo y deberán formalizarse por escrito y al igual que los contratos iniciales, en el modelo que disponga el Servicio Público de Empleo Estatal y se comunicarán al Servicio Público de Empleo en los diez días siguientes a su concertación.

XIII. CONTRATO INDEFINIDO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Requisitos de los trabajadores:

-Ser trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el Organismo competente, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

-Estar inscrito en el Servicio Público de Empleo.

-El trabajador no debe haber estado vinculado a la empresa, grupo de empresas o entidad en los veinticuatro meses anteriores a la contratación mediante un contrato por tiempo indefinido.

-Quedan excluidos los trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato, excepto en el supuesto previsto en el artículo 8.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre).

Las dos últimas exclusiones no se aplicarán cuando se trate de trabajadores con especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes:

a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100.

b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100.

Requisitos de la empresa:

Podrán solicitar los beneficios que a continuación se indican las empresas que contraten trabajadores con discapacidad por tiempo indefinido a jornada completa o parcial, así como las cooperativas de trabajo asociado que incorporen trabajadores con discapacidad como socios y cumplan los requisitos siguientes:

-Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social tanto en la fecha de alta de los trabajadores como durante la aplicación de las bonificaciones correspondientes. Si durante el periodo de bonificación existe una falta de ingreso en plazo reglamentario de dichas obligaciones, se producirá la perdida automática de las bonificaciones reguladas en el presente Programa, respecto de las cuotas correspondientes a periodos no ingresados en dicho plazo, teniéndose en cuenta dicho periodo como consumido para el computo del tiempo máximo de bonificación.

-No haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Texto Refundido aprobado en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidas por un período de doce meses de las bonificaciones establecidas en este programa.

Las empresas deberán solicitar los trabajadores con discapacidad de la correspondiente Oficina de Empleo.

Obligaciones de la empresa:

-Las empresas beneficiarias estarán obligadas a mantener la estabilidad de estos trabajadores por un tiempo mínimo de tres años y, en caso de cese voluntario, despido procedente o extinción de la relación laboral por causas objetivas deberán sustituirlos por otros trabajadores con discapacidad.

En caso de incumplir esta obligación la empresa deberá reintegrar las cantidades correspondientes al periodo de incumplimiento; este reintegro de cantidades debe limitarse a la subvención recibida, no estando obligada a devolver cantidad alguna por las bonificaciones disfrutadas hasta el momento. La devolución de la cantidad correspondiente por la subvención será la parte proporcional al tiempo durante el cual el trabajador no está en la plantilla de la empresa, es decir, el tiempo que resta desde la fecha del cese voluntario, despido procedente o extinción de la relación laboral por

causas objetivas. En el supuesto de despido improcedente la devolución será por la totalidad de la cantidad de subvención recibida.

XIV. CONTRATO INDEFINIDO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

1. INTRODUCCIÓN

Requisitos de los trabajadores:

-Ser trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el Organismo competente, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La disminución de la capacidad de trabajo se apreciará poniéndose ésta en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona de similar cualificación profesional.

La determinación del grado de discapacidad se llevará a cabo por los Equipos multiprofesionales en resolución motivada, aplicándose los baremos establecidos en la correspondiente norma reglamentaria.

-Estar inscrito en el Servicio Público de Empleo.

-El trabajador no debe haber estado vinculado a la empresa, grupo de empresas o entidad en los veinticuatro meses anteriores a la contratación mediante un contrato por tiempo indefinido.

-Quedan excluidos los trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato, excepto en el supuesto previsto en el artículo 8.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre).

Esta exclusión no se aplicara cuando se trate de trabajadores con especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes:

a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100.

b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100.

2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

Los contratos que concierten los Centros Especiales de Empleo podrán ser de carácter indefinido con excepción del contrato de trabajo a distancia.

Respecto de las cotizaciones a la Seguridad Social, se aplicará el régimen de bonificaciones o exenciones de cuotas que, con carácter general o específico, resulte más beneficiosa.

Con el fin de facilitar la adaptación profesional del trabajador con discapacidad para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo, en los contratos podrá pactarse un período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba y cuya duración no podrá exceder de seis meses.

La necesidad de que el trabajador con discapacidad pase por un período de adaptación al trabajo y las condiciones de éste serán determinadas por el Equipo multiprofesional.

En materia de jornada de trabajo, descansos, fiestas, vacaciones y permisos se estará a lo dispuesto en la sección quinta del capítulo segundo del título I del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de las peculiaridades siguientes:

a) Se prohíbe la realización de horas extraordinarias salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios.

b) El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional, con derecho a remuneración siempre que tales ausencias no excedan de diez días en un semestre.

Requisitos de la empresa:

Son empresas promovidas principalmente por asociaciones de personas con discapacidad y/o sus familiares, sin perjuicio de que cualquier persona física o jurídica pueda constituir uno.

El objetivo principal de estos centros es la integración laboral y por tanto social de personas con discapacidad.

Para obtener la calificación de Centro Especial de Empleo, las empresas deben contar en su plantilla con un mínimo del 70% de trabajadores con discapacidad y solicitar la correspondiente calificación a la administración competente.

Los Centros Especiales de Empleo son empresas cuyo objetivo principal es el de proporcionar a los trabajadores con discapacidad la realización de un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y que facilite la integración laboral de éstos en el mercado ordinario de trabajo.

Pueden ser creados por las Administraciones Públicas, directamente o en colaboración con otros organismos. Por Entidades, por personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes, que tengan capacidad jurídica y de obrar para ser empresarios.

Pueden tener carácter público o privado, con o sin ánimo de lucro.

Es indispensable la calificación e inscripción en el Registro de Centros del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), o, en su caso, en el correspondiente de las Administraciones Autonómicas.

La gestión está sujeta a las mismas normas que afectan a cualquier empresa.

Podrán solicitar los beneficios que a continuación se indican los Centros Especiales de Empleo que contraten trabajadores con discapacidad por tiempo indefinido a jornada completa o parcial.

Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social tanto en la fecha de alta de los trabajadores como durante la aplicación de las bonificaciones correspondientes. Si durante el periodo de bonificación existe una falta de ingreso en plazo reglamentario de dichas obligaciones, se producirá la perdida automática de las bonificaciones reguladas en el presente Programa, respecto de las cuotas correspondientes a periodos no ingresados en dicho plazo, teniéndose en cuenta dicho periodo como consumido para el computo del tiempo máximo de bonificación.

No haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Texto Refundido aprobado en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Los Centros Especiales de Empleo que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidos por un período de doce meses de las bonificaciones establecidas en este programa.

Las empresas deberán solicitar los trabajadores con discapacidad de la correspondiente Oficina de Empleo.

Las ayudas que pueden recibir consisten en:

1. Para financiar parcialmente proyectos generadores de empleo (creación de centros o ampliación de los mismos. Orden Ministerial de 16 de octubre de 1998).

Subvenciones de:

-12.020,24 euros por puesto de trabajo creado con carácter estable, si el CEE supera el 90% de trabajadores con discapacidad respecto del total de su plantilla o,

-9.015,18 euros por puesto de trabajo creado de carácter estable si el número de trabajadores con discapacidad del CEE está comprendido entre el 70% y el 90% del total de la plantilla.

Se podrán conceder las subvenciones anteriores siempre que el centro especial de empleo justifique adecuadamente la inversión que implica el proyecto para alguna o alguna de las siguientes acciones:

-Subvención para asistencia técnica (estudios de viabilidad, auditorías…).

-Subvención parcial de intereses de préstamos de hasta 3 puntos de interés.

-Subvención para inversión fija en proyectos de reconocido interés social.

2. Apoyo al mantenimiento de puestos de trabajo en CEE (Orden Ministerial de 16 de octubre de 1998).

Las ayudas para el mantenimiento de puestos de trabajo en Centros Especiales de Empleo, consisten en:

-Bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluida las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta.

-Subvenciones del coste salarial por un importe del 50% del salario mínimo interprofesional. En el caso de contrato de trabajo a tiempo parcial, la subvención experimentará una reducción proporcional a la jornada laboral realizada.

-Subvenciones para adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas en una cuantía no superior a 1.803,04 euros por puesto de trabajo.

-Subvención, por una sola vez, destinada a equilibrar y sanear financieramente a los centros especiales de empleo.

-Subvención dirigida a equilibrar el presupuesto de aquellos centros especiales de empleo que carezcan de ánimo de lucro y sean de utilidad pública e imprescindibilidad.

Los Centros Especiales de Empleo podrán recibir asistencia técnica destinada al mantenimiento de puestos de trabajo, pudiendo ser concedida a instancia de parte o de oficio cuando el estudio del expediente así lo demande.

3. Ayudas para las Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional (R.D. 469/2006, de 21 de abril).

Se entiende por Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional los equipos multiprofesionales, enmarcados dentro de los Servicios de Ajuste Personal y Social de los Centros Especiales de Empleo, que mediante el desarrollo de distintas funciones y

cometidos, permiten ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que los trabajadores con discapacidad de dichos centros tienen en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como la permanencia en el mismo.

Otras características

El trabajo que realice el trabajador con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo deberá ser productivo y remunerado, adecuado a las características individuales del trabajador, en orden a favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo.

Con el fin de garantizar que el trabajo se adecue en todo momento a las características personales y profesionales del trabajador con discapacidad y valorar el grado de adaptación profesional alcanzado, los Equipos Multiprofesionales les someterán a revisión, al menos con una periodicidad de dos años. Si como consecuencia de la revisión de los citados Equipos Multiprofesionales observaran que el trabajo que realiza el trabajador supone un grave riesgo para su salud, deberán declarar la inadecuación del mismo, debiendo pasar en ese caso el trabajador a ocupar otro puesto adecuado a sus características dentro del propio Centro y de no ser ello posible cesarán en la prestación de servicios, en las condiciones previstas en el artículo 16.

En el supuesto de que el riesgo quedase constatado con anterioridad a la revisión periódica del Equipo Multiprofesional, se procederá de la misma forma, dando cuenta de ello inmediatamente al Equipo Multiprofesional.

XV. CONTRATO INDEFINIDO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD PROCEDENTES DE ENCLAVES LABORALES

Requisitos de los trabajadores:

-Ser trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el Organismo Competente, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

-Proceder de un enclave laboral y estar en situación de excedencia voluntaria en el Centro Especial de Empleo.

-Pertenecer a alguno de los siguientes colectivos (según se establece en el artículo 6 del R. D. 290/2004, de 20 de febrero):

a) Las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental o las personas con discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%.

b) Las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.

c) Las mujeres con discapacidad no incluidas en los párrafos anteriores con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%.

-El trabajador no debe haber estado vinculado a la empresa, grupo de empresas o entidad en los veinticuatro meses anteriores a la contratación mediante un contrato por tiempo indefinido o en los últimos seis meses mediante un contrato de duración determinada o temporal o mediante un contrato formativo, de relevo o de sustitución por jubilación.

Requisitos de la empresa:

-Ser empresa colaboradora y reunir los requisitos establecidos en el R. D. 290/2004, de 20 de febrero (BOE de 21 de febrero).

-Las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidas por un período de doce meses de las bonificaciones establecidas en este programa.

Incentivos

La empresa colaboradora que contrate a un trabajador del enclave que pertenezca al colectivo del grupo a) o b) tendrá las siguientes ayudas:

-Subvención de 7.814 euros por cada contrato de trabajo celebrado a jornada completa. Si el contrato fuera a tiempo parcial, la subvención se reducirá proporcionalmente según la jornada de trabajo pactada.

-Subvención por adaptación de puesto de trabajo y eliminación de barreras de conformidad con lo establecido en el R. D. 1451/83, de 11 de mayo, modificado por el R. D. 170/2004, de 30 de enero.

Si la empresa colaboradora contrata a un trabajador del enclave que pertenezca al colectivo del grupo c), tendrá derecho a las siguientes ayudas:

-Subvención de 3.907 euros por cada contrato de trabajo celebrado a jornada completa. Si el contrato fuera a tiempo parcial, la subvención se reducirá proporcionalmente según la jornada de trabajo pactada.

-Subvención por adaptación de puesto de trabajo y eliminación de barreras de conformidad con lo establecido en el R. D. 1451/83, de 11 de mayo, modificado por el R. D. 170/2004, de 30 de enero.

-Bonificación de las cuotas empresariales de la Seguridad Social.

Obligaciones de la empresa

-Las empresas beneficiarias estarán obligadas a mantener la estabilidad de estos trabajadores por un tiempo mínimo de tres años y, en caso de despido procedente, deberán sustituirlos por otros trabajadores con discapacidad.

-Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

En lo no previsto en el R. D. 290/2004, de 20 de febrero, será de aplicación a las empresas colaboradoras y a estos contratos el régimen sobre requisitos y exclusiones, así como de obligaciones, incluida la de mantenimiento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores, aplicable a las ayudas reguladas en el R. D. 1451/83, de 11 de mayo, modificado por el R. D. 170/2004, de 30 de enero.

XVI. CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

Requisitos de los trabajadores:

Trabajadores inscritos en la Oficina de Empleo, en el caso de aplicación de las bonificaciones.

Características del contrato:

-Por tiempo indefinido.

-Jornada completa o parcial.

-Formalización en el modelo establecido

-Período de prueba un año. No se puede establecer periodo de prueba cuando el trabajador ha desempeñado las mismas funciones en la empresa con anterioridad en cualquier modalidad de contrato.

Requisitos de la empresa:

-Empresas que tengan menos de 50 trabajadores en el momento de producirse la contratación.

-No podrá concertar este contrato la empresa que en los seis meses anteriores a la celebración del contrato hubiera realizado decisiones extintivas improcedentes y para la cobertura de puestos de trabajo del mismo grupo profesional y para el mismo centro o centros de trabajo, la limitación afectara a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de la ley 3/2012 de 6 de julio.

-Serán de aplicación las previsiones contenidas en la sección 1ª del Capítulo I, de la Ley 43/2006 a excepción de lo establecido en el artículo 2.7 y 6.2.

-Debe mantenerse el empleo del trabajador contratado al menos 3 años desde la fecha del inicio de la relación laboral y asimismo deberá mantenerse el nivel de empleo alcanzado durante al menos 1 año, en caso de incumplimiento de estas obligaciones se procederá al reintegro de los Incentivos aplicados.

-No se considera incumplimiento el despido por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, la dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez del trabajador o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

Incentivos

1. Fiscales (art 43 Ley del Impuesto sobre Sociedades):

A) Primer trabajador contratado por la empresa, menor de 30 años, la empresa tendrá derecho a una deducción fiscal de 3.000 euros.

B) En caso de contratar a un desempleado perceptor de prestación contributiva, derecho a una deducción fiscal del 50% del menor de los siguientes importes:

a) El importe de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación.

b) El importe correspondiente a 12 mensualidades de la prestación por desempleo que tienen reconocida.

- El trabajador deberá haber percibido la prestación, al menos 3 meses.

- La empresa requerirá al trabajador un certificado del Servicio Público de Empleo Estatal sobre el importe de prestación pendiente de percibir.

- El trabajador podrá compatibilizar, voluntariamente, junto con el salario, el 25% de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de la contratación. Esta compatibilidad se mantendrá exclusivamente durante la vigencia del contrato a jornada completa, con el límite máximo de la duración de la prestación pendiente de percibir.

2. Bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social, durante 3 años para trabajadores inscritos en la Oficina de Empleo:

Jóvenes entre 16 y 30 años ambos inclusive:

Cuantías: Primer año: 83,33 €/mes (1.000 €/año).

Segundo año: 91,67 €/mes (1.100 €/año).

Tercer año: 100 €/mes (1.200 €/año).

Todas las cuantías se incrementarán 8,33 €/mes (100 €/año) cuando se concierte el contrato con una mujer en sectores en los que esté menos representada.

Mayores de 45 años:

Cuantías: 108,33 €/mes (1.300 €/año).

125,00 €/mes (1.500 €/año) cuando se concierte el contrato con una mujer en sectores en los que esté menos representada.

Estas bonificaciones serán compatibles con otras ayudas públicas previstas para la misma finalidad sin que la suma de bonificaciones aplicables pueda superar el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

Tanto los Incentivos fiscales como las bonificaciones, en el supuesto de que el contrato se celebre a tiempo parcial, se disfrutarán de modo proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato.

XVII. CONTRATO INDEFINIDO DE UN JOVEN POR MICROEMPRESAS Y EMPRESARIOS AUTÓNOMOS

Requisitos de los trabajadores:

Joven desempleado inscrito en la Oficina de Empleo, menor de 30 años o menor de 35 años si tiene reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

Características del contrato

-Por tiempo indefinido.

-Jornada a tiempo completo o parcial.

-El contrato se formalizara por escrito en el modelo que se establezca.

Requisitos de la empresa:

-Empresas, incluido los trabajadores autónomos, que tengan una plantilla igual o inferior a nueve trabajadores.

-No haber tenido vínculo laboral anterior con el trabajador.

-No haber optado, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes. La limitación afectara únicamente a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la Extinción y para el mismo centro o centros de trabajo.

-No haber celebrado con anterioridad otro contrato con estas características, salvo que el contrato se extinguiese por causa no imputable al empresario o por resolución durante el periodo de prueba.

-Debe mantenerse en el empleo al trabajador contratado al menos dieciocho meses desde la fecha de inicio de la relación laboral, salvo que el contrato se extinga por causa no imputable al empresario o por resolución durante el periodo de prueba.

-Debe mantenerse el nivel de empleo alcanzado con el contrato durante, al menos, un año desde la celebración del contrato. En caso de in cumplimiento de estas obligaciones se deberá proceder al reintegro de los Incentivos.

-No se considera incumplidas las obligaciones de mantenimiento del empleo cuando el contrato se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido procedente, la dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez del trabajador o por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o por resolución durante el periodo de prueba.

Serán de aplicación las previsiones contenidas en la sección 1ª del Capítulo I, de la Ley 43/2006 a excepción de lo establecido en el artículo 2.7 y 6.2.

No se aplicara, este contrato, en los supuestos:

-Cuando el contrato se concierte con arreglo al artículo 4 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (indefinido de apoyo a los emprendedores).

-Cuando el contrato sea para trabajos fijos discontinuos, de acuerdo con el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores.

-Cuando se trate de contratos indefinidos incluidos en el artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (de personas con discapacidad, víctimas de violencia de género, doméstica y del terrorismo y personas en riesgo de exclusión social).

XVIII. CONTRATO INDEFINIDO PARA NUEVOS PROYECTOS DE EMPRENDIMIENTO JOVEN

Requisitos de los trabajadores

Personas con edad igual o superior a 45 años y que cumplan alguno de los requisitos siguientes:

-Ser desempleados, inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo al menos doce meses durante los dieciocho anteriores a la contratación.

-Que resulten beneficiarios del Programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (PREPARA).

Características del contrato

-Por tiempo indefinido.

-Jornada a tiempo completo o parcial.

-El contrato se formalizara por escrito en el modelo que se establezca

Requisitos de la empresa

-Ser trabajador por cuenta propia o autónomos menores de 30 años, sin asalariados que contraten por primera vez, a partir del 24 de febrero de 2013.

-Deberá mantener en el empleo al trabajador contratado, al menos, dieciocho meses desde la fecha de inicio de la relación laboral, salvo que el contrato se extinga por causa no imputable al empresario o por resolución durante el periodo de prueba. En

caso de incumplimiento de esta obligación se deberá proceder al reintegro de los Incentivos.

Si se diera alguna de las causas anteriores se podrá celebrar un nuevo contrato, si bien el periodo total de aplicación de la reducción no podrá exceder, en conjunto, de doce meses.

En el caso de que la contratación de un trabajador pudiera dar lugar simultáneamente a la aplicación de otras bonificaciones o reducciones en las cuotas de Seguridad Social, solo podrá aplicarse una de ellas, correspondiendo la opción al beneficiario en el momento de formalizar el alta del trabajador en la Seguridad Social.

Serán de aplicación las previsiones contenidas en la sección 1ª del Capítulo I de la Ley 43/2006 a excepción de lo establecido en el artículo 2.7.

XIX. CONTRATO INDEFINIDO A TIEMPO PARCIAL CON VINCULACIÓN FORMATIVA

Requisitos de los trabajadores

Jóvenes desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, menores de 30 años o menores de 35 años si tienen reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33% y reunir alguno de los requisitos siguientes:

-Ser desempleados, inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo al menos doce meses durante los dieciocho anteriores a la contratación.

-No tener experiencia laboral o que esta sea inferior a tres meses.

-Proceder de otro sector de actividad. A estos efectos se entenderá por sector de actividad el identificado como Clase mediante un código numérico de cuatro cifras en el

Anexo del Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009(CNAE- 2009), de acuerdo con su artículo 3.d).

-Carecer de título oficial de enseñanza obligatoria, de título de formación profesional o de certificado de profesionalidad.

-Ser beneficiario del Sistema Nacional de Garantía Juvenil

Características del contrato

-Por tiempo indefinido o de duración determinada.

-Jornada a tiempo parcial no superior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable, salvo en el caso de personas beneficiarias del Sistema Naciaonal de Garantía Juvenil que podrá alcanzar el 75% de la jornada. A estos efectos se entenderá por trabajador a tiempo completo comparable lo establecido en el artículo 12.1 del Estatuto de los Trabajadores.

-El contrato se formalizará por escrito en el modelo que se establezca.

Formación

Los trabajadores deberán compatibilizar el empleo con la formación o justificar haberla cursado en los seis meses previos a la celebración del contrato.

La formación que no será necesario que esté vinculada específicamente al puesto de trabajo objeto del contrato. Podrá ser:

-Formación acreditable oficialmente o promovida por los Servicios Públicos de Empleo.

-Formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anua

Requisitos de la empresa

-Empresas, incluidos los trabajadores autónomos.

-Las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, no deberán haber realizado, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes. La limitación afectara únicamente a las extinciones producidas a partir del 24 de febrero de 2013, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo.

-Debe mantenerse el nivel de empleo alcanzado con el contrato durante, al menos un periodo equivalente a la duración de dicho contrato con un máximo de doce meses desde su celebración. En caso de incumplimiento de esta obligación se deberá proceder al reintegro de los Incentivos.

-No se considera incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni la dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez del trabajador o por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o por resolución durante el periodo de prueba.

Serán de aplicación las previsiones contenidas en la sección 1ª del Capítulo I de la Ley 43/2006 a excepción de lo establecido en los artículos 2.7. y 6.2.

XX. CONTRATO INDEFINIDO PARA TRABAJADORES EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN SOCIAL

Requisitos de los trabajadores

Trabajadores desempleados o trabajando en otras empresas con un contrato a tiempo parcial, siempre que su jornada de trabajo sea inferior a un tercio de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable, en situación de exclusión social. La exclusión social será acreditada por los correspondientes servicios sociales públicos competentes y queda determinada por la pertenencia a alguno de los siguientes colectivos:

A) Perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma, así como los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de ellas.

B) Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por alguna de las siguientes causas:

- Falta del periodo exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la Unidad Perceptora.

- Haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.

C) Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de Instituciones de Protección de Menores.

D) Personas con problemas de drogadicción u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social.

E) Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación

de la relación laboral especial regulada en el artículo 1 del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, así como liberados condicionales y ex reclusos.

F) Menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial a que se refiere el artículo 53.4 del Reglamento de la citada Ley, aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos.

G) Personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

H) Personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

- El trabajador no tendrá relación de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el 2º grado inclusive, con el empresario o con quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las sociedades, así como con las contrataciones que se produzcan con estos últimos.

No será de aplicación esta exclusión cuando el empleador sea un trabajador autónomo sin asalariados y contrate a un solo familiar menor de 45 años que no conviva en su hogar ni esté a su cargo. Ni en el supuesto de los hijos del trabajador autónomo menores de 30 años que trabajen con él, tanto si conviven como si no conviven.

- El trabajador no debe haber estado vinculado a la empresa, grupo de empresas o entidad en los 24 meses anteriores a la contratación mediante contrato indefinido o en los últimos 6 meses mediante un contrato de duración determinada o temporal o mediante un contrato formativo, de relevo o de sustitución por jubilación.

- Quedan excluidos los trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato. Esta exclusión no se aplicará cuando la finalización del contrato sea por despido

reconocido o declarado improcedente, o por despido colectivo, excepto en el supuesto previsto en el artículo 8.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre).

Características del contrato

Los contratos objeto de las ayudas que se indican en el apartado de incentivos podrán realizarse con carácter indefinido, incluida la modalidad de fijos discontinuos, mediante contrataciones a tiempo completo o a tiempo parcial. Se formalizarán por escrito en el modelo que disponga el Servicio Público de Empleo Estatal.

Requisitos de la empresa

- Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

- No haber sido excluida del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo según lo previsto en el Artículo 46 del R. D. legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE de 8 de agosto), por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

- Las empresas que hayan extinguido o extingan, por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo, contratos bonificados al amparo de las distintas Normativas de programas de fomento de empleo, según lo establecido en el artículo 6.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre), quedarán excluidas por un período de doce meses de las ayudas contempladas en la citada Ley.

XXI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2O DE JULIO DE 1990

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero: Los actores, don Marcos y doña Valentina formularon demandas ante la Magistratura de Trabajo, hoy Juzgado de lo Social, de Cuenca, contra las empresas «Fernando Pineda Peláez» y «Tabacalera, S. A.», en las que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación terminaron por suplicar se dictara Sentencia por la que se declarasen sus despidos nulos o, subsidiariamiente improcedentes condenando a las demandadas a estar y pasar por la opción entre la readmisión o el abono de la indemnización que se fije y, en todo caso, se les condene al pago de los salarios deja2 de percibir entre la fecha de los despidos y la Sentencia. Segundo: Admitidas a trámite las demandas, se celebró el acto de juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada. Y recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Tercero: Con fecha 21 de septiembre de 1987 se dictó Sentencia por dicha Magistratura cuya parte dispositiva dice: «Fallo: Que con rechazo de la alegada excepción de falta de legitimación pasiva y desestimando íntegramente las demandas formuladas por don Marcos y doña Valentina , contra la empresa "Fernando Pineda Peláez" y contra "Tabacalera, S. A.", debo declarar y declaro procedente el despido de los actores, con efectos de los días 22 y 13 de julio de 1987, respectivamente, sin derecho por parte de los demandantes a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo a los demanda2 de todos los pedimentos de las demandas».

Cuarto: En la anterior Sentencia se declararon probados los siguientes hechos «1.° El actor don Marcos viene prestando sus servicios para la empresa demandada "Fernando Pineda Peláez", con centro de trabajo en Cuenca, calle Jorge Torner núm. 6, desde el día 1 de septiembre de 1970, con categoría profesional de Oficial Mayor, percibiendo un salario mensual de 139.785 pesetas, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias.

2.° La demandante doña Valentina viene igualmente trabajando para dicha empresa desde fecha 1 de septiembre de 1977, como Oficial 1.a y salario de 117.409 pesetas mes con inclusión de dicho prorrateo. 3. Don José Daniel es desde el día 24 de marzo de 1982, mandatario mercantil en la provincia de Cuenca, de "Tabacalera, S. A.", con la misión de ejercer en tal ámbito toda la actividad necesaria para la gestión, administración y desarrollo comercial de las labores y productos del monopolio de tabacos y servicios ajenos, así como desarrollar cualquier otro tipo de gestión que le sea encomendada por "Tabacalera, S. A.". Como contraprestación recibe el Sr. Pineda la comisión legalmente establecida en cada momento sobre las ventas de tabaco y efectos timbrados, yendo a cargo de tales comisiones todos los gastos que origine la representación garantizada aludida incluidas las retribuciones del personal de la misma y de los Administradores Subalternos de la provincia. La fianza constituida previamente al conferimiento del mandato se encuentra afecta a los resulta2 de la gestión y responsabilidades del mandatario, a quien en cualquier momento le puede ser revocada la comisión. 4.° Compete a la empresa " José Daniel " la designación y remoción del personal preciso para el desarrollo de las funciones de aquélla. No se ha otorgado ningún tipo de contrato entre los actores y "Tabacalera, S. A.", si bien el nombramiento o la remoción de los demandantes, como personal de Representación garantizada, precisa el requisito previo de la conformidad de "Tabacalera, S. A.". 5.° El demandante don Marcos tenía encomendada la función de la llevanza de la contabilidad de la empresa " Jose Daniel ", de quien fue apoderado desde el día 6 de mayo de 1982, hasta el 6 de febrero de 1987, en que le fue revocado el poder. A lo largo del año 1986 se detectaron retrasos y errores en la contabilidad de dicha empresa.

Con fecha 24 de noviembre de 1986 causó el expresado actor baja en el trabajo por razón de enfermedad común, permaneciendo en situación de Incapacidad Laboral Transitoria hasta el día 2 de febrero de 1987. 6.° En las Elecciones Sindicales que tuvieron lugar el día 5 de diciembre de 1986, fue elegido don Marcos , Delegado de Personal en la Empresa " Jose Daniel ", condición que sigue ostentando en la actualidad. Al constituirse el día 11 de junio de 1987 la Comisión deliberadora del Convenio Colectivo de ámbito nacional, intervino el Sr. Marcos por la Asociación Profesional Independiente de Trabajadores de Representaciones Garantizadas de "Tabacalera, S. A.". Pretende el actor que su despido y el de su codemandante tiene por finalidad atentar contra la actividad sindical de aquél y contra la libertad sindical. 7.° En el día 14 de mayo de 1987 fue sancionado el actor Sr. Marcos con amonestación por no pasar personalmente a la firma del empresario los documentos elaborados por el trabajador, dándoselos a otro empleado para que éste los pasara o dejándolos encima de la mesa del despacho del titular de la empresa cuando se encontraba ausente. Con fecha 1 de julio de 1987, la empresa amonesta por segunda vez al demandante como reincidente en conducta de desobediencia. 8.° Con fecha 6 de julio de 1987 designa la empresa " Jose Daniel " instructor de expediente contratono respecto del demandante Sr. Marcos , tramitándose el expediente hasta formulación de pliegos de cargo el día 12 de dicho mes, al que se opuso el actor, emitiéndose por el Instructor propuesta de resolución, en base a la que la empresa redacta carta de despido, datada el día 21 de julio último, mediante la cual y con efectos del día siguiente, se acuerda la separación definitiva de la empresa del actor Sr. Marcos por incurrir éste en transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño de sus funciones. Se fundamenta el despido en los siguientes hechos: 1) Desde el día 11 de mayo del presente año ha venido el actor, en unión de su esposa y de don Ángel , ofreciendo por carta circular a los expendedores de tabacos y efectos timbra2 de esta provincia asesoramientos, tramitaciones y gestiones administrativas diversas, relacionadas con obligaciones fiscales de tales expendedores y con su actividad, todo en beneficio personal y exclusivo de los oferentes, prevaliéndose de su condición de empleado de la empresa. 2) Para ello se ha utilizado por el actor el censo de expendedores perteneciente a la empresa, sin autorización ni conocimiento de

la misma. 3) Tal actuación ha provocado quejas, reproches y advertencias, tanto de expendedores, como de nivel corporativo y de la propia «Tabacalera, S. A.», perjudicando el buen concepto e imagen públicos de dicha sociedad, de la empresa y del resto del personal de ésta. Se ha acreditado en las actuaciones la certeza de los hechos referidos. 9.° La actora doña Valentina , esposa de don Marcos , recibió con fecha 6 de julio de 1987, comunicación de la empresa para la que trabaja, como pliegos de cargos, rechazados por la demandante en escrito del día 10 siguiente, entregándosele por la empresa el día 13 de tales mes y año carta de despido por la que, con efecto del mismo día, se acuerda su separación definitiva del servicio de la empresa. Se atribuye a la actora en la carta transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, basándose el despido en los mismos hechos imputados al otro demandante ya mencionados, cuya existencia se ha acreditado en las actuaciones. Pretende la actora que el despido con que es sancionada está destinado a influir en la actividad sindical de su esposo. Está encargada la demandante de recibir los pedi2 de tabacos y efectos timbrados pasando las órdenes para servir las peticiones. 10.° Se ha intentado la conciliación de los litigantes ante el IMAC».

Quinto: Contra dicha Sentencia se interpusieron dos recursos de casación por infracción de Ley: El interpuesto a nombre de «Tabacalera, S. A.», fue formalizado por su Procurador en escrito de fecha 24 de febrero de 1988 en base al siguiente motivo: Único.- Al amparo del número 1.° del art. 167 de la L.P.L ., denunciando la infracción por violación del apartado f) del número 3.° del art. 1." del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Ley de 10 de marzo de 1980 y demás normas y la constante doctrina legal aplicable a la relación entre «Tabacalera, S. A.», y sus dependencias de régimen garantizado (Representaciones y Administraciones Subalternas), en cuanto a que excluyen el carácter de la relación entre mi mandante y los titulares de dichas Dependencias y por ende, con los trabajadores o emplea2 de éstos.

El interpuesto en nombre y representación de los demandantes don Marcos y doña Valentina , fue formalizado por su Letrado en escrito de fecha 19 de mayo de 1988, basándolo en los siguientes motivos: Primero.-Al amparo del art. 167, apartado 5, de la L.P.L.. al objeto de revisar los hechos declarados probados.

Segundo.-Al amparo del art. 167. apartado 5, de la L.P.L ., al objeto de revisar los hechos declarados probados.

Tercero.-Al amparo del art. 167.5 de la L.P.L ., por error de hecho al objeto de adicionar un nuevo hecho probado. Cuarto.-Al amparo del art. 167, apartado 5, de la L.P.L ., al objeto de que se proceda a la suspensión del párrafo último del hecho declarado octavo, en virtud del cual se consideran acreditados la totalidad de los hechos imputados en la carta de despido. Motivo cuya prosperabilidad viene impuesta por los anteriores motivos de recurso. Quinto.-Al amparo del art. 167.5 de la L.P.L ., al objeto de que se proceda a la suspensión del hecho probado noveno en cuanto determina como hechos probados para doña Valentina , la totalidad de los hechos probados para el otro actor. Razón por la que de prosperar la revisión solicitada para el actor don Marcos habría de prosperar también para la actora. Sexto.-Al amparo del art. 167.1 de la L.P.L ., por considerar que la Sentencia recurrida aplicó indebidamente el art. 54 d) del Estatuto de los Trabajadores .

Séptimo.-Al amparo del art. 167.1 de la L.P.L ., por considerar que la Sentencia aplicó indebidamente el art. 54 apartado 1 del Estatuto de los Trabajadores .

Sexto: Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió su preceptivo informe en el sentido de considerar improcedentes los recursos. Se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y vista el día 11 de julio de 1990 en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: La Sentencia de instancia, previo rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la codemandada «Tabacalera, S. A.», desestimó las demandas deducidas por los dos actores - 1 de ellos Delegado de Personal- y declaró procedente su despido, absolviendo a la citada empresa y al otro codemandado don Jose Daniel .

Contra dicha Sentencia formulan recurso de casación por infracción de ley los actores y «Tabacalera, S. A».

Segundo: El recurso articulado por los actores lo desarrollan en siete motivos. Los cinco primeros al amparo del art. 167.5 de la Ley de Procedimiento Laboral referidos al error de hecho y los dos últimos a través del número 1 de dicho precepto.

En el motivo primero instan la adición de un nuevo hecho probado al relato fáctico en el que se recoja que remitieron circulares- anuncios a diversos comerciantes de la provincia de Cuenca, ofertando sus servicios, no sólo a los expendedores de tabaco; pretensión que no puede aceptarse porque ello ya se recoge con valor fáctico en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia y por tanto deviene intranscendente su inclusión expresa en la narración histórica.

Tercero: En el motivo segundo solicitan la adición de un hecho probado en el que se consigne que para elaborar aquellas circulares se valieron de los censos industriales de la Cámara de Comercio e Industria de Cuenca, lo que tampoco puede acogerse en los términos interesados porque el hecho de que hayan incorporado a los autos copia de tal censo -al que se remiten- no patentiza el error del Juzgador cuando estima acreditada en el ordinal octavo del relato fáctico la imputación contenida en la carta de despido de que han utilizado el Censo de expendedores de la propia empresa, si bien el Juzgador matiza esta afirmación en el fundamento de derecho tercero al decir que tal utilización tuvo lugar al menos respecto de aquellos supuestos en que no coincide dirección o persona a cuyo nombre aparece el cargo de expendedor.

Cuarto: En el motivo tercero postula la adición de un hecho probado relativo a las quejas que su oferta provocó en «Tabacalera, S. A.», y en los expendedores; pretensión igualmente rechazable porque aun prescindiendo de la defectuosa redacción del texto alternativo que proponen, la realidad es que su versión de que de los más de 200 expendedores a quienes remitieron su circular solamente se quejaron dos no la apoyan en pruebas documentales, siendo inoperante su referencia a la prueba testifical; manteniéndose por tanto lo consignado por el Juzgador sobre el particular en el ordinal octavo en el sentido de que la conducta de los actores ha provocado quejas de expendedores, sin especificar su número.

Quinto: Igualmente tiene que rechazarse la supresión de los párrafos que designa de los hechos probados 8.° y 9.° pues el propio recurrente la condiciona al éxito de los motivos revisorios anteriores, que - como se ha visto- no ha tenido lugar.

Sexto: En los motivos sexto y séptimo de naturaleza jurídica denuncia la aplicación indebida del art. 54 del Estatuto de los Trabajadores, apartado 1 y del apartado 2 d) del mismo precepto .

Censura jurídica que merece favorable acogida porque, en primer lugar, no se puede entender que el hecho de que los dos actores y un tercero hayan ofertado conjuntamente sus servicios de asesoramiento y gestión en materia fiscal y contable a diversos comerciantes de la provincia, entre ellos a los expendedores de tabacos y efectos timbrados, entrañe una actividad de concurrencia desleal o sea incompatible con el desempeño de sus puestos de trabajo en la empresa de don Jose Daniel para la que prestaban sus servicios, titular de la representación garantizada en concepto de mandatario mercantil de «Tabacalera, S. A.», en Cuenca, ya que es indudable que aquellos servicios no se corresponden con la esfera de actuación de este empresario, ni le pueden originar ningún perjuicio real o potencial.

En efecto el art. 5 d) del Estatuto de los Trabajadores señala como 1 de los deberes básicos del trabajador «no concurrir en la actividad de la empresa en los términos fijados por esta Ley», determinación que hace el art. 21.1 al establecer que «no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando estime concurrencia desleal»: entendiéndose por tal -según reiterada doctrina de la Sala (Sentencias de 26 de enero de 1988. 29 de marzo de 1990, entre otras), que toma como base lo prevenido en el art. 73 de la antigua Ley de Contrato de Trabajo , precepto vigente conforme a lo dispuesto en la disposición final 4.a del Estatuto de los Trabajadores - la dedicación del trabajador a actividades laborales, por cuenta propia o ajena, de la misma o similar naturaleza o rama sectorial de las que está ejerciendo en virtud del contrato de trabajo, siempre que la misma no haya sido consentida por su empresario y cause a éste un perjuicio real o potencial, generándose con tal actuación unos intereses contrapuestos entre las partes, por tanto, cuando no existe concurrencia

desleal o no medie pacto expreso de plena dedicación (art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores) como ocurre en el presente caso, renace la libertad del trabajador para pluriemplearse en la actividad que estime conveniente -obviamente fuera de su jornada laboral - con forme al principio de libertad de trabajo y a derecho de libre elección de profesión u oficio consagrado en el art. 35.1 de la Constitución y en el 4.1 del Estatuto de los Trabajadores. en segundo lugar el hecho de que los actores hayan utilizado en parte el Censo de expendedores de tabacos de la empresa para dirigir a éstos sus circulares no tiene la entidad suficiente, por sí sólo, para sutasumir esta conducta en la transgresión de la buena fe contractual prevista en el invocado art. 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores , ya que se trata de un libro que por su propia naturaleza no tiene el carácter de reservado, pues en definitiva se reproduce en el publicado por la Cámara de Comercio e Industria e incluso en la guía tele fónica bajo el epígrafe «estancos».

Por todo lo cual debe estimarse el recurso formulado por los actores y declarar la improcedencia de los despidos con las consecuencias previstas en el art 56 del Estatuto de los Trabajadores .

Séptimo: En cuanto al recurso de casación por infracción de ley formulado por la codemandada «Tabacalera, S. A», denuncia en su único motivo con el debido amparo procesal la infracción del art. 1.3 del Estatuto de los Trabajadores relación con el art. 1.° de la Reglamentación de Trabajo de «Tabacalera, S. A.», aprobado por Orden de 23 de junio de 1946 ; reiterando en definitiva, en contra del criterio mantenido por el Juzgador de instancia, que existe falta de legitimación pasiva de la recurrente para soportar las consecuencias de este proceso: remitiéndose también a diversas Sentencias de la Sala declarativas de que no existe relación laboral entre «Tabacalera, S. A.», y los titulares de las Representaciones garantizadas y Administraciones subalternas; por lo que concluye que, si esto es así, tampoco puede existir relación laboral entre le personal que presta sus servicios en esas Representaciones y Administraciones y la recurrente.

Tesis que debe acogerse, pues también no desprende del relato fáctico de la Sentencia de instancia que la relación existente entre ambos codemandados es típicamente mercantil; en cambio los actores estaban ligados exclusivamente con el

titular de la Representación garantizada mediante sendos contratos de trabajo; siendo intrascendente al efecto de desvirtuar la exclusiva dependencia respecto a este titular que en el contrato mercantil entre ambas codemandadas se estableciese que el nombramiento o remoción de los trabajadores de tales representaciones garantizadas exija la conformidad previa de «Tabacalera», pues es evidente que tal requisito formal -que, por otra parte, se ignora si concurrió en el presente caso- no puede tener el alcance de dotar a la recurrente de una cotitularidad en la posición empresarial respecto de los actores.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO:

Estimamos el recurso de casación por infracción de ley formulado por los actores don Marcos y doña Valentina contra la Sentencia de fecha 21 de septiembre de 1987 dictada por la Magistratura de Trabajo, hoy Juzgado de lo Social, de Cuenca; la cual casamos con anulación de sus pronunciamientos; y estimando en parte las demandas deducidas por aquéllos declaramos la improcedencia de sus despidos y condenamos al empresario codemandado don Jose Daniel a que readmita a los actores en sus puestos de trabajo o les abone una indemnización en cuantía de 3.547.036 pesetas a don Marcos y de 1.746.487 pesetas, a doña Valentina , concediendo la opción respecto de don Marcos a éste y respecto de doña Valentina al citado empresario; advirtiéndoles que de no optar en plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta resolución procederá la readmisión; y cualquiera que sea la elección también condenamos a dicho empresario a que les abone los salarios deja2 de percibir desde las fechas de los respectivos despidos hasta el transcurso de los sesenta días hábiles siguientes a la presentación de las demandas, sin perjuicio del derecho de los autores a reclamar el exceso del Estado y de la facultad del empresario a descontarles los salarios de tramitación correspondientes en el supuesto previsto en el art. 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores.

Igualmente estimamos el recurso de casación por infracción de ley formulado por la empresa codemandada «Tabacalera, S. A.», y en consecuencia la absolvemos de las demandas deducidas por los actores.

Devuélvanse los autos a la Magistratura, hoy Juzgado de lo Social de procedencia, con certificación de esta Sentencia y comunicación.

ASI, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Juan García Murga Vázquez.-Arturo Fernández López.- Pablo Manuel Cachón Villar.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. don Arturo Fernández López, celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el día de la fecha, de lo que como Secretario certifico.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JULIO DE 1992

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Con fecha 12 de abril de 1.991 el Juzgado de lo Social número 3 de Sevilla dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimando la demanda formulada por MARIA LUISA SANCHEZ QUIROS contra la CAMARA OFICIAL DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACION DE SEVILLA, debo declarar y declaro la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social para conocer sobre el fondo de la cuestión planteada." SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "Primero. La actora Dª. Mª. Luisa Sánchez Quirós comenzó a prestar sus servicios para la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, el 1.6.85, ostentando en la actualidad la categoría profesional de Oficial de 2ª. Administrativo, y percibiendo un salario día a efectos de despido de 4.926 .- Segundo. El 1.11.90 recibió comunicación de la empresa, despidiéndola, alegando como causa: "1º. Uso indebido de las extensiones telefónicas

que tiene a su disposición, realizando desde las mismas en horas de oficinas, múltiples llamadas para asuntos privados; y dedicación a asuntos particulares en el horario de trabajo.. 2º. Ausencias indebidas de la oficina durante el horario de trabajo, con falseamiento del control de presencia o prescindiendo del mismo. Concretamente, el día 17 de septiembre del corriente año, sin efectuar control de entrada ni salida, invirtió en el tiempo de desayuno 30 minutos de exceso sobre el autorizado, el día 21 de septiembre, igualmente sin efectuar control de entrada y salida, se ausentó, aparte el tiempo autorizado, desde las 10.01 a las 10.15, el día 28 de septiembre efectuó control de salida para desayunar y no regresó hasta las 10.37 horas, con exceso de 22 minutos sobre el horario autorizado; pero haciendo figurar en el control de entrada su regreso a las 10.15, habiendo sido utilizada al efecto su tarjeta por un tercero. El día 11 de octubre pasado, efectúa control de salida para desayunar a las 9.54, y por un compañero se efectúa con su tarjeta control de entrada a las 10.10, no habiendo regresado efectivamente hasta las 10.20 horas. El día 19 de octubre efectúa control de entrada del desayuno a las 10.10, no regresando a su puesto de trabajo hasta las 10.20 horas".- Tercero. El 12.11.90 interpuso la conciliación preceptiva ante el CEMAC, que fue intentada sin avenencia el 26.11.90. El 29.11.90 interpone la demanda objeto de éste pleito".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la cual dictó sentencia con fecha 3 de diciembre de 1.991 y en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Sevilla de fecha doce de abril de mil novecientos noventa y uno, recaída en los autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por Dª. Mª. Luisa Sánchez Quirós contra la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla sobre Despido y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida".

CUARTO.- Por la representación procesal de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, se preparó el recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia con valor referencial la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1.991, la que certificada obra unida al rollo.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 27 de marzo de 1.992, se procedió a admitir a trámite el presente recurso, y habiéndose personado en tiempo y forma los recurridos, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, el que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y el fallo el día 6 de julio de 1.992, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-La Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, ante la desestimación del recurso de suplicación que interpuso contra el pronunciamiento de instancia, formula el de casación para la unificación de doctrina, aduciendo que la sentencia que ahora impugna, al declarar el defecto de jurisdicción de este Orden Social para conocer de la pretensión, deducida frente a ella por empleada de la misma para impugnar despido, se aparta de la doctrina de esta Sala sentada en la sentencia de 10 de diciembre de 1991, ya que tal sentencia, resolviendo sobre pretensión análoga formulada por otra empleada de la misma Cámara, declaró que su conocimiento corresponde al citado Orden Social.

Reconoce la parte recurrida que existe contradicción, la cual es evidente, pues, de una parte, en el proceso al que dio última respuesta la sentencia que invoca como término de comparación, fue demandante otra empleada de la Cámara, siendo demandada esta; de otra, la pretensión también era impugnatoria de despido; finalmente, su pronunciamiento fue del signo ya indicado. Es claro, por tanto, la concurrencia de simetría subjetiva, igualdad sustancial objetiva y pronunciamientos diferentes, elementos todos ellos que, conforme establece el art. 216 del Texto Articulado de la Ley

de Procedimiento Laboral (TALPL), configuran la contradicción que erige la ley en requisito de recurribilidad.

SEGUNDO.- Concurrente la contradicción alegada, ha de resolver la Sala sobre el tema competencial suscitado. Ello obliga a determinar si la relación de servicios que vincula a la Cámara hoy recurrente con sus empleados, es de carácter administrativo, como declara la sentencia recurrida, o, por el contrario, es de naturaleza laboral. No se cuestiona la existencia de prestación personal de servicios retribuidos, bajo las notas de dependencia, ajenidad y voluntariedad. Mas estos caracteres, ciertamente indicadores de la laboralidad (art. 1 del Estatuto de los Trabajadores), no excluyen de modo absoluto la posible naturaleza administrativa de la relación, pues también en las de esta clase confluyen notas análogas, siendo lo determinante para su presencia la existencia de norma con rango adecuado que expresamente atribuya dicha naturaleza administrativa a la indicada relación. Tal norma no existe en la disciplina legal de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Es cierto que ya la Ley de Bases de 29 de junio de 1911 calificaba como "organismos oficiales" a las citadas Cámaras; en análogo sentido se manifestó el Real Decreto Ley de 26 de julio de 1929, así como el Real Decreto de la misma fecha. Precisión más matizada se hace en el Decreto 1291/1974, de 2 de mayo, modificado por instrumento de igual rango 753/1978, de 27 de marzo, en que se califica a las indicadas Cámaras como "Corporaciones de Derecho Público". Mas la expuesta condición, como pone de relieve la sentencia de esta Sala de 10 de Diciembre de 1991 -cuyos razonamientos aquí se dan por reproducidos-, no supone, sin embargo, que sean verdaderas Administraciones Públicas, por lo cual la relación con sus empleados no es asimilable a la que mantienen aquellas con sus funcionarios o con su personal estatutario. Pero es que, además, ni en la citada Ley de Bases ni en el Real Decreto Ley de 26 de julio de 1929 figura mención alguna a los empleados de las Cámaras para atribuir naturaleza administrativa a la correspondiente relación. Es cierto que el Decreto de 13 de junio de 1936, sobre derechos y garantías de los empleados de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, marca tendencia, en lo que se refiere a su inamovilidad, de acercamiento al régimen funcionarial. De alguna forma siguen la tendencia indicada los Reales Decretos 1291/1974 y 753/1978, pues, aun

cuando no contienen propia regulación del régimen del personal retribuido de las citadas Cámaras, atribuyen competencias al Pleno con respecto al mismo, facultándole para la adopción toda clase de acuerdos, (art. 29 K), disponiéndose después que las resoluciones y los acuerdos de los órganos de gobierno son impugnables en alzada ante el Ministerio de Comercio, cuya resolución, a los efectos del recurso contencioso administrativo, dará fin a la vía administrativa (art. 34). Sin embargo, la normativa expuesta no atribuye la condición de funcionarios públicos a los empleados retribuidos de las Cámaras ni tampoco determina que su relación se rija por normas administrativas o estatutarias. El rango jerárquico de las indicadas normas también impediría mandato en tal sentido; es expresivo al respecto lo que dispone el art. 1.3 a) del Estatuto de los Trabajadores. Su contenido se limita, como ya se ha expuesto, a apuntar una vía jurisdiccional que no procede, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por los artículos 1 y 2 del TALPL.

Es claro, por todo lo razonado, que la pretensión interpuesta corresponde al ámbito de conocimiento del Orden Jurisdiccional Social. Al no haberlo entendido así la sentencia de suplicación recurrida resultaron infringidos los preceptos citados, así como la doctrina de esta Sala, manifestada en la sentencia ya citada, de 10 de Diciembre de 1.991, que rectifica la que fue sentada en su anterior sentencia de 29 de mayo de 1.984. Se ha producido, por tanto, quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia. Procede, en su consecuencia, casar y anular dicha sentencia, como apunta en su informe el Ministerio Fiscal.

Ante ello se ha de resolver el debate planteado en suplicación conforme ordena el artículo 225 del TALPL, lo que en este caso conduce, por las razones ya expuestas que se dan aquí por reproducidas, a declarar la competencia de este Orden Jurisdiccional Social para conocer la pretensión interpuesta y, conforme a lo pedido por el recurrente en suplicación y ante la ausencia de hechos probados mínimamente suficientes, a anular la sentencia de instancia y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al en que se pronunció, para que se dicte nueva sentencia que resuelva sobre el fondo. Todo ello sin imposición de costas y con devolución a la Cámara Oficial recurrente del

depósito que constituyó para recurrir, tanto en suplicación como en casación para la unificación de doctrina, pues así lo impone al citado artículo 225 del TALPL.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, pronunciamos el siguiente:

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina que ha formalizado el Procurador de los Tribunales D. L.R.N., en la representación que ostenta de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, contra la sentencia, de 3 de diciembre de 1.991, de la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalalucía, por la que se resuelve, desestimándolo, el de suplicación que interpuso la misma parte contra la del Juzgado de lo Social número 3 de Sevilla, de 12 de Abril de 1.991, dictada en autos sobre despido seguidos a instancia de Dª. María Luisa Sánchez Quirós frente a la citada recurrente. Casamos y anulamos dicha sentencia de suplicación.

Declaramos la competencia del Orden Social de la Jurisdicción para conocer de la pretensión deducida. Resolviendo el debate planteado en suplicación y con acogimiento de tal recurso, anulamos la sentencia de instancia y reponemos las actuaciones al momento inmediatamente anterior al en que fue pronunciado, para que por el Juzgado de instancia, con absoluta libertad de criterio salvo en lo que se refiere al tema competencial, ya resuelto, dicte nueva sentencia en la que se resuelva en cuanto al fondo. Devuélvanse a la Cámara recurrente los depósitos que constituyó para recurrir en suplicación y en casación para la unificación de doctrina. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 1992

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El 7 de octubre de 1991, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cataluña, dicta sentencia en virtud del recurso de suplicación, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 27 de Barcelona, de fecha 15 de noviembre de 1990, en autos seguidos a instancia de DON J.G.M. y OTRO, contra FEDERACION FARMACEUTICA, S.C.L., sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia dictada por aquella Sala, es del siguiente tenor literal: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 27 de Barcelona, de 15 de noviembre de 1990, en autos seguidos a instancia de don J.G.M. y don F.G.P. contra la empresa Federación Farmacéutica Sociedad Cooperativa, confirmamos íntegramente la resolución recurrida.".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 27 de Barcelona, de fecha 15 de noviembre de 1990, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- El actor don J.G.M., con D.N.I. nº 43500592 y domiciliado en Avda. Anselmo Rius 90-92 de Santa Coloma de Gramanet, concertó con la demandada Federación Farmacéutica Sociedad Cooperativa de Responsabilidad Limitada, dedicada a la actividad de reparto de productos farmacéuticos entre sus asociados y domiciliada en c/ Ausias March nº 101-103 de esta ciudad, en 1-8-1989 para llevar a cabo este cometido con furgoneta mixta de su propiedad Seat Trans B-8198-IS de 1260 Kg. de peso máximo autorizado teniendo solicitada licencia fiscal y la afiliación de la Seguridad Social como trabajador autónomo percibiendo como contraprestación una retribución de 148.137 pesetas de promedio mensual, con inclusión de IVA. 2º.- El actor don F.G.P., con D.N.I. nº 41.039.171 y vecino de Barcelona, c/ Cartagena nº 219 concertó el mismo contrato con la demandada en 1-5-1976, aportando para el desempeño de tal actividad el furgón de su propiedad marca Mercedes Benz B -7076-

FH, y más tarde el B -8160-HG de 2550 kg. de peso máximo autorizado, estando en posesión de tarjeta visado de transporte nº 3462161 y empresa de transportes nº 241039171, con licencia fiscal nº 71123 y en alta en el régimen especial de trabajadores autónomos, estipulándose precio por servicio que en ciudad era de 650 pesetas hora y en ruta por carretera de 400 pesetas hora más 15,40 pesetas/km, siendo el promedio retributivo de 233.349 pesetas mensuales, con inclusión de IVA, simultaneando su trabajo para la demandada, con otros para empresas distintas, aunque lo fuera de manera esporádica. 3º.- Con las cantidades percibidas, los actores cubrían gastos, mantenimiento y amortización vehículos. 4º.- El actor Sr. G.M. desarrollaba su actividad en la ruta de Rubi y el Sr. G.P. la que se le indicase al personarse en la empresa para iniciarla. 5º.- No existía un horario prefijado de iniciación de la ruta, sino que aquél estaba más en función del horario comercial de los socios de la cooperativa, destinatarios de los productos farmacéuticos transportados. La jornada se distribuía entre la mañana y la tarde y finalizado el reparto, los actores cesaban en el servicio sin necesidad de volver por la empresa.

6º.- En la empresa demandada prestan servicios unos 30 trabajadores con categoría de chófer, afiliados al régimen general de la Seguridad Social sometidos a horario de mercado, que reparten en farmacias, recogen género de los proveedores etc., con furgoneta de la propia empresa. 7º.- En el desempeño de su actividad los actores podían ser normalmente sustituidos, sin que se exigiera autorización previa de la empresa, ni siquiera justificación de ello, siendo retribuidos los sustitutos por aquéllos. La empresa sólo se reservaba el derecho a rechazar la sustitución en el supuesto de que el sustituto no dispusiera del permiso reglamentario. 8º.- Asimismo en caso de avería en su vehículo, era obligación de los actores su sustitución por otro. 9º.- El actor don J.G.M. permaneció en huelga desde el día 26-3 a 26-4-1990. El día 24 de abril sufrió un accidente de tráfico, permaneciendo su vehículo en el taller Automan de Santa Coloma de Gramanet hasta el día 9-7-1990, personándose en la empresa el día 11 siguiente, con el propósito de iniciar la ruta de reparto, no permitiéndosele hacerlo en base a un supuesto abandono de la relación que le uniera a ésta. 10º.- Dicho actor prestó servicios de albañilería por cuenta ajena en edificio sito en c/ Conde de Borrell nº 308-316 de

Barcelona, los días 16 y 17 de mayo. 11º.- El actor don F.G.P. fue preavisado el día 30-5-1990 de la finalización de su contrato el 15 de julio siguiente. 12º.- En fecha 24-5-1990 tuvo entrada en el Registro General de estos Juzgados de lo Social demanda presentada por 45 repartidores incluidos en el ámbito de la Federación Farmacéutica Sociedad Cooperativa de Responsabilidad Limitada, entre ellos el actor Sr. G.P. solicitando su inclusión en el régimen general de la Seguridad Social.

13º.- En 4 y 5 de septiembre de 1990 se celebraron sin avenencia sendos actos de conciliación entre las partes interesadas en los presentes autos".

Y su parte dispositiva es como sigue :"Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia opuesta por la demandada Federación Farmacéutica Sociedad Cooperativa de Responsabilidad Limitada frente a demanda por despido interpuesta por don J.G.M. y don F.G.P. debo absolver y absuelvo a aquélla en la instancia, quedando imprejuzgada la cuestión de fondo, pudiendo éstos ejercitar las acciones que le competan contra aquélla ante la jurisdicción civil competente".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que dio lugar a la impugnada en el presente recurso, cuyo fallo se recoge en el primer apartado fáctico de la presente resolución, interponiéndose por los actores recurso de casación para la unificación de doctrina, y formalizado por el Letrado Sr. Loperena Jene, en escrito de fecha 12 de diciembre de 1991, se basó dicho recurso en los siguientes motivos: PRIMERO:- Por contradicción de la sentencia recurrida y las aportadas. SEGUNDO.- Por infracción del art. 1.1 del ET. TERCERO.- Por quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

CUARTO.- Se aportaron como sentencias contradictorias, las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 12-2-1990, 19-2-1990 y 18-2-1991.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal, emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

SEXTO.- Por providencia de fecha 23 de noviembre de 1992, se señaló para votación y fallo el día 16 de diciembre del año en curso. La Sala se formó por cinco Magistrados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-Objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, es la sentencia de 7 de octubre de 1991, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que confirma la de instancia que por su parte, declaró la incompetencia del Orden Social de la Jurisdicción para conocer de la demanda por despido de los recurrentes, frente a la Federación Farmacéutica S.C.L..Son citadas y aportadas por el recurso, las sentencias de 12, 18 y 19 de febrero de 1990 y 1991, todas ellas procedentes de la misma Sala que ha dictado la impugnada. Para establecer la contradicción exigida en el art. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral, basta centrar la atención en la sentencia de 18 de febrero, pues se trata en ella de un despido frente a la misma empresa, de dos conductores que, mediante la suscripción del correspondiente contrato de transporte y dados de alta en el régimen especial de Trabajadores Autónomos y con licencia fiscal, realizaban servicios como repartidores con vehículo propio, acudiendo diariamente, a los locales de la empresa siguiendo la ruta de reparto marcada por ésta.

Esta sentencia confirma la de instancia que dió lugar a la demanda de despido. Los hechos de ambas sentencias, son sustancialmente iguales, pues responden al mismo tipo de trabajo y contrato, si bien difieren en el distinto valor que conceden al extremo de la prestación personal de los servicios, pero esta diferencia, responde a la divergencia en la calificación jurídica de ambas sentencias, como ya se hizo notar en sentencias de esta Sala de 22, 24 y 31 de julio y 19 de noviembre de 1992 que resuelven recursos totalmente semejantes al presente y que apreciaron la contradicción como procede hacerlo en éste.

SEGUNDO.- La denuncia legal se centra en la infracción del art.1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la doctrina de esta Sala, manifestada en las sentencias que cita, y debe gozar favorable acogida sin más que remitirse a las

sentencias ya citadas, de 22, 24 y 31 de julio y 19 de noviembrede 1992, que en supuestos iguales al enjuiciado califican de laborables los servicios prestados a la empresa demandada por conductores que realizan transportes para ella en condiciones iguales a los actores. En estas sentencias se apela a la doctrina que confiere carácter laboral a la relación en que concurren las notas de voluntariedad, ajeneidad e independencia, en la prestación del servicio, sin que la aportación por el trabajador de un vehículo propio, cuyos gastos asume, altere la naturaleza del vínculo, cuando resulta del conjunto de circunstancias concurrentes que es la prestación del trabajo el elemento dominante en la relación. Ciertamente que la propia sentencia impugnada en el recurso, hace mención a esta doctrina, y excluye su aplicación por entender que en el supuesto debatido, la prestación de trabajo carecía de carácter personal al poder ser sustituido el conductor, corriendo de su cuenta la contratación y retribución del sustituto, pero esta conclusión no puede aceptarse, pues como se razona en la sentencia de 31 de julio de 1992, aquellos elementos que son introducidos en una relación esencialmente laboral para desfigurarla, no la desnaturalizan cuando carecen de efectiva relevancia en la ejecución del contrato. Y así los contratos a que se remiten los hechos probados primero y segundo preveen en su pacto primero "que el servicio será prestado personalmente", por los actores como conductores habituales del correspondiente vehículo.

TERCERO.- La sentencia impugnada, incurre en la infracción legal que el recurso denuncia como se ha razonado y con ello quebranta la unidad en la interpretación del derecho, lo que obliga, a tenor del art. 225 de la Ley de Procedimiento Laboral a casarla y anularla y a resolver el debate planteado en el recurso de suplicación que decide, debiéndose por las mismas razones ya expuestas, estimarlo, declarando el carácter laboral de la relación que vinculaba a las partes y, en su consecuencia, remitir, como se solicitaba en dicho recurso, los autos al Juzgado de Instancia para que conociendo del fondo de la cuestión planteada, resuelva sobre la misma con libertad de criterio.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto a nombre de don J.G.M. y don F.G.P., contra la sentencia de 7 de octubre de 1991 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que resolvió el recurso de suplicación formalizado por los recurrentes contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 27 de Barcelona, dictada en 15-11-1990 en autos sobre despido instados por los recurrentes frente a la Federación Farmacéutica, S.C.L.. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el recurso de suplicación de que conoce, lo estimamos y con revocación de la sentencia en instancia de 15 de noviembre de 1990, declaramos la naturaleza laboral de la relación que vinculó a los actores con la demandada y desestimamos por ello la excepción de incompetencia de jurisdicción, procediendo el envío de los autos al Juzgado de lo Social nº 27 de Barcelona para que conociendo de la acción ejercitada resuelva sobre el fondo del asunto con libertad de criterio.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 1994

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Con fecha 7 de enero de 1.992 el Juzgado de lo Social nº.12 de Madrid dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Se acoge la excepción de incompetencia de jurisdicción aducida por la empresa demandada. Y en consecuencia, sin entrar a conocer de la cuestión litigiosa planteada por D. M.B.B. y Dª. M.G.M. contra la empresa I.C.P. RESEARCH, S.A., se absuelve a esta en la instancia,

advirtiendo a las partes que podrán hacer uso de sus derechos ante la jurisdicción civil competente".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "I.- Los actores, D. M.B.B. y Dª M.G.M., comenzaron a prestar servicios para la empresa demandada I.C.P. RESEARCH, S.A., dedicada a la actividad de Estudios de Mercado, como entrevistadores, el 28.1.88.- II. Las condiciones en que se ha venido desarrollando la prestación de tales servicios son las siguientes: a) La empresa según los encargos recibidos y las necesidades concretas, y por tanto sin periodicidad fija, llamaba a algunas personas, entre ellas a los actores, y les ofrecía la realización de las entrevistas o estudios que precisaba; b) se les explicaba --en las oficinas de la empresa-- como debía realizarse el estudio o la entrevista concreta y el método de ruta a seguir, indicándoseles normalmente el inicio de la ruta, y recogían allí lo cuestionarios, que debían entregar después, una vez realizadas las entrevistas en la fecha fijada por la empresa; c) en la realización de las entrevistas --que debían realizar personalmente, figurando su nombre en los cuestionarios-- los actores no estaban sujetos a jornada ni a horario; d) cobraban, o debían hacerlo al menos, en función del número de entrevistas realizadas, fijando la empresa el precio de cada entrevista que variaba según sus características y abonándoseles además dietas por desplazamiento y manutención; e) las entrevistas realizadas se depuraban posteriormente, habiendo realizado esta tarea de depuración los actores en alguna ocasión respecto de las realizadas por otros entrevistadores, en las oficinas de la empresa, que en esos casos las pagaba por horas.- III. Las últimas entrevistas realizadas por los actores lo fueron en el mes de Mayo de 1.991, sin que con posterioridad a ello la empresa les haya llamado para ofrecerles la realización de otras nuevas, pese a haberse personado ellos en las oficinas de la misma para solicitarlo, al menos en dos ocasiones.- IV. Los pagos de las entrevistas realizadas no se realizaban en fecha fija, entregando la empresa cantidades a cuenta por medio de cheques expedidos a nombre de Dª. M.G.M. --en los que se comprendían también las cantidades correspondientes a D. M.B.B.-- La última cantidad, por importe de 250.000 les fue abonada el 25-9-91, y anteriormente se les había entregado otro cheque en el mes de Julio por importe de 300.000 , sin que conste cuando se realizaron las entrevistas a

que correspondían esas cantidades.- V. Antes de formular sus demandas --de extinción de contrato y por despido-- acumuladas en el presente procedimiento, los actores presentaron papeletas de conciliación ante la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en fechas 9-10-91 y 12- 11-91 y se celebraron los correspondientes actos de conciliación, el 24- 10-91 y el 26-11-91, sin efecto en el primer caso y sin avenencia en el segundo".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. MAXIMO BARBANCHO Y BARBOSA y por Dª. MARINA GALLEGO MUÑOZ, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 5 de noviembre de 1.992, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. M.B.B. y Dª. M.G.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Madrid, de fecha 7 de enero de 1.992, a virtud de demanda formulada por los anteriores, contra la empresa I.C.P. Research, S.A., sobre reclamación por extinción de contrato y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. M.B.B. y Dª. M.G.M., se preparó el recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia con valor referencial la dictada por esta Sala con fecha 27 de mayo de 1.992.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 27 de abril de 1.993 se procedió a admitir a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado en tiempo y forma los recurridos, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y el fallo el día 21 de enero de 1.994, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- La sentencia que se recurre en casación para la unificación de doctrina es la dictada el 5 de noviembre de 1.992 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmatoria de la de instancia que había declarado el defecto de jurisdicción de este Orden Social para conocer de la pretensión interpuesta,

en razón a considerar que no tenían carácter laboral y si civil, las dos relaciones materiales traídas al proceso, cada una trabada entre la demandada y uno y otro demandante.

2.- Dicha pretensión tenía por objeto impugnar, considerándolo despido, la conducta que observó la demandada, la cual desde las últimas entrevistas que efectuaron los accionantes por orden de aquella, las que tuvieran lugar en mayo de 1.991, no les había encomendado la realización de otras nuevas. La demanda formulada con tal pretensión fue precedida de intento de conciliación ante el servicio administrativo, habiéndose presentado las correspondientes papeletas el 9 de octubre de 1.991 y 12 de noviembre del mismo año. La demandada, que desarrolla la actividad de prospección de mercados, a través de encuestas, con el fin de atender los estudios de tal clase que se obligaba a hacer para cumplir encomiendas que aceptaba de empresas interesadas al respecto, encargaba a unos encuestadores, sin periodicidad fija, que efectuaran entrevistas concretas, sobre unos cuestionarios que les entregaba, explicándoles como habían de cumplimentarlos y señalándoles el método de ruta a seguir, así como la fecha en que habrían de devolver cubierto el cuestionario que recibían. Las entrevistas que se hacían eran después depuradas en las oficinas de la demandada. Como compensación por los indicados servicios, se obligaba a pagar determinado precio por cada entrevista, variando su importe según las condiciones de estas. También se obligaba a satisfacer dietas por desplazamiento y manutención. Las relaciones que bajo las características indicadas mantuvieron los accionantes con la demandada, se iniciaron en enero de 1.988. Aquellos, en el cumplimiento de tales encargos, no estaban sujetos a jornada ni horario prefijados. Dichos demandantes, en alguna ocasión, fueron también ocupados por la demanda, en sus oficinas, para la depuración de entrevistas hechas por otros encuestadores, pagándoles tales servicios en razón de las horas así trabajadas.

3.- Afirman los hoy recurrentes que la sentencia que combaten, al declarar el defecto de jurisdicción de este Orden Social, incurre en contradicción con lo resuelto por esta Sala en su sentencia de 27 de mayo de 1.992. Planteando correctamente el debate al respecto, hacen la relación precisa y circunstanciada de la contradicción que

denuncian, según lo ordenado por el artículo 221 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral.

Como bien informa el Ministerio Fiscal, los hechos y fundamentos de la pretensión a que da respuesta la sentencia aportada como término de comparación guardan sustancial igualdad con los que corresponden a la que resuelve la hoy recurrida. La empresa demandada en aquel proceso, al igual que la hoy recurrida, tenía como actividad el estudio de mercados, que realizaba mediante entrevistas que encargaba a unos encuestadores, a los que marcaba las pautas a seguir para cumplimentar los cuestionarios que les entregaba, adecuados a las circunstancias técnicas propias de cada encuesta, fijándoles plazo para su realización, pero sin obligarles a cumplir jornada ni horarios prefijados, y abonándoles como compensación por tales trabajos el precio preestablecido por cada entrevista. La en tal proceso demandante, que había mantenido con la aludida empresa relación de las características expuestas, formuló demanda que fue resuelta en la instancia declarando que dicha relación no era de naturaleza laboral. Pero recurrida en suplicación, se revocó su pronunciamiento calificándose de laboral al mencionado vínculo. Contra la dictada en tal grado jurisdiccional se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, desestimado por la sentencia de esta Sala que ha sido aportada, que declara ajustada la doctrina que sienta la sentencia que censura. Según lo expuesto, forzoso es aceptar que existe la requerida igualdad sustancial, aún cuando los procesos versen sobre cuestines distintas. Y como los pronunciamientos son sin embargo discrepantes, es preciso entrar en la cesura jurídica propuesta por los recurrentes.

SEGUNDO.- 1.- Conforme es deducible de lo hasta ahora expuesto, la Sala, respecto de la cuestión planteada, ya ha atendido la finalidad unificadora a que responde la instauración de este excepcional recurso, pues con su sentencia de 27 de mayo de 1.992 marca línea jurisprudencial, con proyección unificadora, que ahora procede seguir, reiterando la doctrina que sienta.

Debe operar la presunción de laboralidad que consagra el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, condicionada por tal precepto a que la prestación de

servicios fuera realizaba bajo las notas de voluntariedad, ajenidad, dependencia, de manera personal y mediante la retribución correspondiente, pues todos los indicados caracteres indudablemente concurren en las relaciones materiales traídas al proceso. En efecto, las entrevistas encomendadas por la demandada a los hoy recurrentes fueron realizadas por estos poniendo solo su trabajo, de la manera personal que era exigida y previa su libre aceptación; la remuneración recibida dependía únicamente de que el servicio fuera cumplido, siendo ajenos los accionantes al riesgo del negocio, que únicamente era asumido por la demandada; aún sin tener que cumplir jornada ni horario prefijado, lo cual no es esencial para la laboralidad, tenían que atender el servicio encomendado dentro del plazo que se les fijaba y siguiendo las instrucciones concretas que al efecto se les impartían, lo cual denota sometimiento al ámbito organicista y rector de la empresa. Es claro, por todo ello, que la relación que medio entre las partes cumplía las exigencias que caracteriza el artículo 1.1 del mencionado Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia de esta Sala cuya doctrina ahora se reitera hace mención al acuerdo colectivo que ordena publicar en el Boletín Oficial del Estado la resolución de 23 de mayo de 1.988, relativo a las empresas dedicadas a estudios de mercados y opinión pública, actividad esta que es la que desarrolla la demandada. El objeto de tal acuerdo es regular las condiciones de trabajo de los encuestadores a los que dan ocupación tal clase de empresas. Señala dicha sentencia que no es posible desconocer la transcendencia de tal acuerdo para resolver la cuestión debatida, pues es "revelador de una clara realidad social enderazada a otorgar carácter laboral a este tipo de relaciones jurídicas y esta realidad social no puede ser desconocida por los Tribunales en su función interpretadora del derecho. Tanto más cuanto que, en la determinación del salario, se prevé ya expresamente su pago por entrevista realizada y su devengo únicamente cuando la entrevista este terminada y bien hecha, una vez controlada y supervisada; contemplándose no sólo la existencia de encuestadores fijos, sino también la de fijos discontinuos y la de obra contratada, para el caso de los contratos por obra o servicio".

El carácter laboral que corresponde a las relaciones materiales traídas al proceso determina que las controversias surgidas como consecuencia de estas y

consiguientemente las derivadas de un supuesto despido, quedan comprendidas en el ámbito de conocimiento de este Orden Social de la Jurisdicción, pues así lo establecen tanto el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 1 y 2 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento laboral.

2.- Al no entenderlo así la sentencia recurrida incurrió en las infracciones denunciada y, al apartarse de la jurisprudencia de esta Sala, produjo quebranto en la unidad de la interpretación del derecho y formación de aquella. Procede, en su consecuencia y como informa el Ministerio Fiscal, casarla y anularla. Ante ello se ha de resolver el debate planteado en suplicación con pronunciamiento ajustado a dicha unidad de doctrina, pues así lo ordena el artículo 225 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento laboral, lo que en el caso ha de hacerse, sin necesidad de razonamientos distintos a los ya hechos, con estimación del recurso que en tal grado jurisdiccional interpusieron los demandantes, declarando la competencia por razón de la materia de este Orden Social para conocer de la pretensión interpuesta y anulando la sentencia de instancia, con reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al en que recayó aquella, para que por el Juzgado de lo Social dicte otra nueva, con plena libertad de criterio, salvo en lo relativo al tema competencial, mediante la que resuelva sobre las peticiones deducidas y las defensas opuesta, entre ellos la caducidad de la acción. Todo ello sin imposición de costas en suplicación ni en casación, pues así procede de acuerdo con lo que establece el artículo 232 de la ley procesal ya citada.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, pronunciamos el siguiente:

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina que ha formulado el Letrado D. A.S.G., en la representación que ostenta de D. Máximo Barbacho Bardosa y Dª. Máxima Gallego Muñoz, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 noviembre de 1.992, por la que se resuelve, desestimándolo, el de suplicación que interpusieron dichos recurrentes contra la dictada el 7 de enero de 1.992 por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 12, en

autos seguidos a instancia de dichos recurrentes frente a I.C.R. RESEARCH, S.A., sobre despido. Casamos y anulamos dicha sentencia de suplicación. Resolviendo el debate planteado en tal grado jurisdiccional, estimamos el recurso de tal clase que interpusieron los demandantes y declaramos la competencia por razón de la materia de este Orden Social para conocer de la pretensión por aquellos interpuesta. Anulamos la sentencia de instancia y reponemos las actuaciones al momento inmediatamente anterior al en que recayó, para que por dicho Juzgado, con plena libertad de criterio, salvo en lo relativo al tema competencial para el que habrá de estar a lo aquí acordado, resuelva sobre la pretensión deducida y defensas opuestas.

Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ENERO DE 1994

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 25 de Junio de 1.992 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimamos el recurso de casación interpuesto por JAVIER RODULFO CLAROS, CARLOS BALLESTEROS SANTODOMINGO, y otros contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, de fecha 4/11/91, dictada en méritos de los autos 581/91, seguidos a instancia de aquellos contra "UPS-CUALLADO S.A.", debemos revocar y revocamos dicha resolución y declarando la competencia por razón de la materia de este Orden Jurisdiccional Social mandamos devolver los autos al

Juzgado de procedencia a fin de que, con absoluta libertad de criterio, el Juzgador de instancia dicte nueva resolución entrando en el fondo del asunto y, en su caso, dirimiendo todas las cuestiones oportunamente suscitadas por las partes, siguiéndose los demás trámites legales pertinentes.".- SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictada el 4 de Noviembre de 1.991 por el Juzgado de lo Social nº 26 de los de Barcelona, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Los actores, inscritos como trabajadores autónomos en el sistema de la Seguridad Social y en posesión de licencia fiscal, vienen prestando servicios, desde las fechas que señalan en su escrito de demanda, para la empresa UPS-CUALLADO, S.A. (antes denominada CUALLADO, S.A.), consistentes en recoger y distribuir, siguiendo la ruta asignada por la empresa, los paquetes y mercancias que ésta reciben: utilizando para ello vehículos de su propiedad, cuyos gastos de carburante, reparaciones, seguros, etc, corren de exclusiva cuenta.- 2º.- Por los referidos servicios, los actores emiten una factura por día trabajado, cuyo importe calculan multiplicando el número de horas trabajadas cada día por el precio hora que tienen convenido que la empresa, oscilando dicho precio-hora entre las 1.199 y 2.221 ptas., según la categoría del vehículo.

La cantidad así obtenida la incrementan con el IVA.- 3º.- Los actores no están obligados a acudir diariamente al local de la empresa, ni están sujetos a jornada ni a horario alguno, salvo el de la recogida de paquetes en el local de la empresa, fijado entre las 8 y las 9 horas.- 4º.- Los actores gozan de libertad de acción en la ejecución del transporte , salvo en lo referente al itinerario, sin que conste que hayan de prestar personalmente el servicio, ni dedicarse en exclusiva a la empresa demandada.- 5º.- Los actores, que prestan servicios, normalmente, con el uniforme facilitado por la empresa y cuyos vehículos suelen llevan el anagrama de la empresa, no corren con el riesgo de las mercancias transportadas, asumiendo dicho riesgo la empresa demandada.- 6º.- Algunos actores tienen más de un vehículo de transporte de su propiedad.- 7º.- En fecha 12-junio-1991 se celebró acto conciliatorio ante el CMAC, con el resultado de sin avenencia.".- La parte dispositiva de esta sentencia dice: FALLO.- "Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción planteada por la empresa UPS-CUALLADO, S.A . frente a la demanda deducida en su contra por JAVIER RODULFO

CLAROS;y otros y sin entrar a conocer del fondo del asunto, debo absolver y absuelvo a dicha empresa de todas las pretensiones de los actores por no ser competente el Orden Jurisdiccional Social para conocer de la presente litis.".- TERCERO.- El Procurador D. J.I.A. del Hierro, en nombre y representaciçon de UPS-CUALLADO S.A., interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina por escrito que tuvo entrada en esta Sala el 25 de Septiembre de 1.992 y que articuló en base al siguiente motivo: UNICO.- Al amparo del artículo 204,e) de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el Art. 215 y ss. del mismo texto legal, por cuanto la sentencia recurrida incurre en infracción por interpretación errónea del art. 1,1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 1,1 y 2,d) de la L.P.L. y doctrina jurisprudencial que se cita en el motivo. En este motivo cita como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 30 de Octubre de 1.991 y por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Sevilla de 30 de Junio de 1.990, así como, en contradicción, con las dictadas por esta Excma. Sala el 15 de Julio de 1.988 y el 28 de Abril de 1.992.- CUARTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la representación de los actores, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de declarar IMPROCEDENTE el recurso. Se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de Enero de 1.994 en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia impugnada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 25 de Junio de 1.992, que, estimando el recurso de suplicación formulado por los actores, revocó la de instancia y declaró la competencia de este orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión debatida -relativa a la pretensión deducida por aquellos sobre reconocimiento de derecho, en la que solicitaban concretamente que la empresa proceda a darles de alta en el Régimen General de la Seguridad Social- por entender en definitiva que aquellos estaban ligados con la empresa denunciada por una relación laboral y no por un contrato mercantil de transporte.

La referida sentencia de suplicación, tras el examen de la totalidad de las actuaciones practicadas, sin sujetarse al relato fáctico de la resolución de instancia -lo que es factible cuando se debate el tema competencial por razón de la materia- consignó los siguientes hechos probados, que sustituyen a los plasmados por el juzgador de instancia: a) Los actores vienen prestando sus servicios para la empresa "UPS CUALLADO, S.A., servicios que son de recogida y distribución, siguiendo la ruta asignada por la empresa, de los paquetes y mercancias por ella recibidos.

b) En dicho cometido utilizan vehículos de su propiedad, cuyos gastos de entretenimiento de toda clase, al igual que el carburante, corren por su cuenta, percibiendo los actores una retribución calculada merced a multiplicar el número de horas trabajadas durante el día por el precio hora convenido con la empresa, precio que oscila en función de la categoría del vehículo. c) Los actores, si bien con cierta flexibilidad, trabajan en jornada diaria de mañana y tarde, excepto sábados, estando sometidos a un estricto control mediante las llamadas "hojas de control diario", que recogen las incidencias habidas durante la jornada con motivo de las tareas de reparto, debiendo seguir en la ejecución del transporte y reparto de la paquetería el itinerario fijado por la empresa, así como seguir las instrucciones de los capataces de la misma, que comunican por escrito las irregularidades detectadas en el cumplimiento del servicio de los actores, a los que también se formulan las correspondientes observaciones con fines correctores, trabajando los demandantes partiendo el uniforme facilitado por la empresa y figurando en su vehículo el anagrama de la misma. d) Los actores no corren con el riesgo de las mercancias, el cual es asumido por la empresa demandada.

SEGUNDO.- La empresa recurrente invoca en su escrito de interposición como sentencias contradictorias las dictadas por las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el 30-6-90 y de Asturias el 30-10-91, así como las dictadas por esta Sala del Tribunal Supremo el 15-7-88 y el 28-4-92, constando en autos las certificaciones correspondientes.

No se puede tomar en consideración la citada de Asturias - referente a la misma empresa- por haber sido casada por sentencia de esta Sala de fecha 25-5-93, en recurso de casación para la unificación de doctrina. (nº 2477/91).

Tampoco es viable a estos efectos la aludida de esta Sala de 28- 4-92 por no haber sido alegada en el escrito de preparación.

Por lo que afecta a la mentada de esta Sala de 15-7-86, aunque se refiere también a un supuesto de realización de servicios de transporte para una empresa, utilizando el actor un vehículo propio, contiene en su relato fáctico hechos sustancialmente distintos.

Unicamente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía antes aludida referente también a un caso en que figura como demandada la misma empresa hoy recurrente, guarda con la sentencia impugnada la igualdad sustancial exigida en el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral y sin embargo llega a conclusión distinta; lo que es suficiente para determinar la viabilidad del presente recurso.

TERCERO.- Procede, por tanto, entrar en el examen de la censura jurídica propuesta por la recurrente. Sobre este particular hay que partir de la consolidada doctrina de esta Sala dictada en recursos por infracción de ley para casos análogos de repartidores de mercancías con vehículo propio, de la que son expresión, entre otras, las pronunciadas el 26-2-86, 18-10-88, 8-3-90, 3-12-90, 29-1-91 y 22-2-91. Y más recientemente las dictadas por el cauce procesal de recurso para la unificación de doctrina en fechas: 17-5-91, 16-3-92, 22-7-92 y 25-5-93; en esta última es parte precisamente la misma empresa hoy recurrida. Todas estas sentencias llegan a la conclusión de la existencia de relación laboral y consiguiente competencia de esta jurisdicción para conocer del asunto.

Y es que, en efecto, en el presente caso, como se desprende de lo recogido en el relato fáctico -al igual que en las sentencias citadas- concurren las notas recogidas en el art. 1-1 del Estatuto de los Trabajadores: prestación voluntaria y personal de servicios, retribución de los mismos, dependencia, considerada, nó como una subordinación rigurosa, sino como inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario y ajeneidad con la consiguiente asunción del riesgo por la empresa;

gozando dicha prestación de servicios, además, de la presunción de laboralidad establecida en el art. 8,1 del mismo texto legal.

Por otra parte, dicha doctrina, delimitando el contrato de trabajo frente al contrato mercantil de transporte declara que no se desvirtúa el carácter personal de la prestación y la ajeneidad, por el hecho de que se aporte un vehículo propio cuando tal aportación no tiene la relevancia económica necesaria para convertir su explotación en elemento definidor y en la finalidad fundamental del contrato, sino que es simplemente una herramienta del trabajo que se revela como elemento predominante del mismo, habiéndose incluso admitido siguiendo también criterios jurisprudenciales que el carácter personal de la prestación no puede cuestionarse por el hecho de que ocasionalmente el repartidor pueda designar un sustituto, añadiendo que carece de transcendencia para definir la naturaleza laboral o no del vínculo que el trabajador se halle inscrito en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos y pague el I.V.A.

CUARTO.- Por todo lo expuesto se debe desestimar el recurso, ya que la sentencia impugnada contiene la doctrina correcta ajustada a Derecho; todo ello con las consecuencias previstas en los artículos 225,3 y 232,1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa UPS-CUALLADO, S.A. contra la sentencia de fecha 25 de Junio de 1.992 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al resolver el recurso de suplicación formulado por los actores debídamente referenciados en el encabezamiento de esta sentencia, contra la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Social nº 26 de los de Barcelona el día 4 de Noviembre de 1.991, en autos promovidos por aquellos contra la mencionada empresa, hoy recurrente, sobre Reconocimiento de Derechos.

Se acuerda la pérdida del depósito para recurrir, al que se dará el destino legal y se condena en costas a la empresa recurrente, que comprenderá los honorarios del Letrado de los recurridos en la cuantía que, en su caso, señale la Sala dentro de los límites legales.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE MARZO DE 1994

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 20 de Enero de 1.993, es del siguiente tenor literal.- FALLO: "Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 4 de Septiembre de 1991, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de esta Capital, en virtud de demanda formulada por D. F.L.T.M. contra DISTRIBUCIONES REUS, S.A. (DIRSA), sobre DESPIDO y en los términos dichos, en su consecuencia debemos declarar y declaramos competente este orden jurisdiccional para decidir sobre la acción ejercitada por D. F.L.T.M. contra Distribuciones Reus, S.A. y ordenar la devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia, para que resuelva, con libertad de criterio, lo procedente en cuanto a la pretensión de despido que se instó en la demanda".

SEGUNDO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Zaragoza, de fecha 4 de Septiembre de 1.992, contiene los siguientes Hechos Probados: "1º) El actor D. F.L.T.M., suscribió con la demandada Distribuciones Reus, S.A. (DIRSA), con

fecha 25-5-87 un contrato denominado de Control de Depósito de Mercancías con el siguiente contenido: I) Dirsa es arrendataria del local de negocio dedicado a Autoservicio de Alimentación sito en Zaragoza calle Compromiso de Caspe. También es propietaria de todas las instalaciones y mercancías allí existentes. II) Dirsa y para su comercialización (dada de alta en Licencia Fiscal que corresponde), depositará a partir de esta fecha en el citado local las mercancías de alimentación y de consumo y uso en el hogar que serán objeto de este contrato. III) Que estando interesado D. F.T.M. en estar al frente del control de stock de las mercancías de Dirsa en la sección de Alimentación o Ultramarinos, no así en secciones de frutas ni charcutería- carnicería, formalizaron el presente contrato que se regirá con arreglo a los siguientes PACTOS: Primero.- Que D. F.T.M. se hace cargo del control y custodia de las mercancías que en lo sucesivo Dirsa vaya depositando en la referida sección. Segundo.- Las mercancías depositadas en la sección arrendada serán objeto de control o fiscalización por la mercantil Dirsa, y el Sr. T.M. como depositario a comisión está encargado de controlarlas. Tercero.- Unicamente se venderán en la sección mentada las mercancías que Dirsa autorice, y el precio de venta lo fija Dirsa. Cuarto.- Funcionamiento y control del depósito. Para ello se crea una cuenta corriente donde por un lado se cargan en el debe los envíos de mercancías que se hacen desde los almacenes centrales, y por otro se abonan en el haber las salidas de mercancías en forma de ingresos (recaudación diaria) o devolución de género. Las entradas de mercancías en el depósito se producen desde el almacén central, o bien a través de los denominados proveedores directos que necesariamente deben estar autorizados por Dirsa, y estos facturan sus envíos a Dirsa Central, quien a su vez hará traslado del cargo al depósito. Las salidas de mercancías deberán ser ingresadas en la caja de Dirsa o en la entidad bancaria que esta designe. El saldo resultante viene dado en todo momento por la diferencia existente entre la columna debe y haber (envíos de mercancías que se cargan a precio de venta y salidas en forma de ingresos), y corresponderá siempre al stock permanente propiedad de Dirsa y cuyo valor respoderá D. Félix Tafall Martínez con las mercancías o bienes personales. Las diferencia existentes en los controles periódicos que se realicen serán abonados en el acto, y si así no fuera será motivo suficiente para dar por rescindido este contrato apartando a D.

Félix Tafall Martínez del control del depósito, independientemente de las acciones legales que Dirsa pueda emprender contra la referida persona en reclamación de las faltas de mercancías que hubiere. Quinto.- Dirsa pagará a D. F.T.M., por este servicio de custodia y control del depósito el 3% del movimiento de salida que realice en la sección aludida, y su importe será abonado a los depositarios comisionistas el día 10 del mes siguiente.

Sexto.- El Sr. T.M. como comisionistas autónomos debe estar al corriente de los pagos de Licencia Fiscal y Seguridad Social, teniendo la obligación de acreditar ante la empresa (Dirsa) su situación jurídica cada tres meses . Séptimo.-Si D. F.T.M. necesita contratar personas para el normal desarrollo y funcionamiento del depósito, este correrá por su cuenta y riesgo, obligándose a darlo de alta en la Seguridad Social y organismos que fuere preciso. Los pagos salariales, indemnizaciones, etc, correrá por su cuenta. Al igual que en pacto anterior, el depositario comisionista tendrá la obligación de acreditar (mediante simple fotocopia) cada trimestre la situación jurídica del trabajador o trabajadores que tuviera contratados. Octavo.- Dirsa podrá llevar a cabo en la sección de ultramarinos que tiene arrendada los seguros de mercancías y responsabilidad civil que estime convenientes y precise. Noveno.- El presente contrato empezará a regir el día (sic) y su duración será por tiempo indefinido, si bien cualquiera de las partes podrá darlos por resuelto preavisando a la otra parte con quince días de antelación. Llegado este momento se realizará recuento del stock y si existieran diferencias entre la valoración real y el teórico que da la cuenta corriente propiedad de Dirsa serán liquidadas por quién proceda, y sin que hubiera lugar a indemnización por parte alguna. Décimo.- Este contrato anula a todos los anteriores si los hubiera.

El actor entregó en la misma fecha fianza de 500.000 ptas, para responder de las mercancías y bienes de DIRSA.

2º) El actor procedió a darse de alta en Licencia Fiscal, así como en la Seguridad Social en el Régimen Especial de Autónomos; siéndole denegada el alta en dicho Régimen por la Tesorería General de la Seguridad Social por resolución de fecha 18-11-87; lo que dio lugar a que una vez agotada la vía administrativa se interpusiera demanda

judicial que dio lugar al procedimiento nº 14/88 ante el Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad que terminó por sentencia firme de fecha 9-6-88 por la que estimando la demanda del actor declaró el derecho de éste a figurar como afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. 3º) El actor procedió a contratar como trabajadores a su cargo a Dª A.G.L. y Mª Jesús Blasco Oliete siendo de su exclusiva cuenta el abono de salarios y pago de seguros sociales e indemnizaciones que pudieran derivar de la relación laboral. 4º) El horario del establecimiento objeto del contrato era el mismo que para el resto de establecimientos de DIRSA, si bien el actor no estaba sujeto al cumplimiento personal de una jornada laboral al poderse valer del personal contratado a su cargo. 5º) Una supervisora de Dirsa controlaba periódicamente la mercancía en stock, la contabilidad, ofertas de productos de DIRSA, altas y bajas de artículos de productos y efectuaba observaciones sobre la limpieza del establecimiento y la colocación de productos, poseyendo 2 llaves de la caja registradora para efectuar dichos controles que no estaban a disposición del actor. El actor poseía la llave de apertura y cierre del establecimiento. 6º) El actor venía percibiendo el 3% de comisión del movimiento de salida, si bien dicho importe venía siendo calculado por DIRSA sobre un volumen de ventas de 7.000.000 ptas, lo que daba la cantidad de 210.000 ptas. mensuales cantidad a la que se adicionaba o se restaba una cantidad correspondiente a diferencia de inventario y vales, a excepción de los meses de marzo de 1988 en que se abonó comisión de una venta de 6.883.713 ptas. y de octubre de 1990 en que se abonó sobre una venta de 7.255.741. El actor era el único responsable de las mercancías depositadas, siendo de su cargo el abono del IVA devengado por comisiones.

7º) Con fecha 10-6-92 por conducto notarial le fue entregada al actor carta por la que se le comunica por parte de DIRSA la extinción del contrato firmado con el mismo a partir del día 25- 6-92; asimismo DIRSA procedió a colocar en la parte del establecimiento una cadena con candado sin entregar llave al actor, por lo que para entrar en el establecimiento era preciso la concurrencia de ambas partes, puesto que cada una poseía una llave de acceso diferente para poder acceder al establecimiento. 8º) Celebrado el acto de conciliación ante el UMAC resultó sin acuerdo entre las partes.

Dicha sentencia, concluye con el siguiente FALLO: "Que estimando como estimo la excepción de incompetencia de jurisdicción invocada por la parte demandada para conocer de la presente demanda interpuesta por D. F.T.M., contra DISTRIBUCIONES REUS, S.A., y sin entrar a conocer de la cuestión de fondo planteada debo declarar y declaro la incompetencia de la jurisdicción social para el conocimiento de la presente litis, sin perjuicio de que el actor pueda ejercitar las acciones que a su derecho convengan ante la Jurisdicción Civil".

TERCERO.- Sobre cuestión litigiosa referida a DESPIDO, respecto a la misma empresa en varios casos de contratos de depósito de mercancías, se dictaron sentencias por las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fechas 30-1-90, 21-2-90, 3-4-90, 31-5-90 y 28-6-90, de Cataluña, de fechas 5-6-90 y 25-6-90 y del Tribunal Supremo, de fechas 29-3-88 y 28-2-90.

CUARTO.- Por la Letrada Dª C.F. ALVAREZ, en nombre y representación de la Entidad DISTRIBUCIONES REUS, S.A., se formalizó el recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro Genenal del Tribunal Supremo el 10 de Marzo de 1.993 y en el que alegó dos motivos sobre la contradicción mencionada.

La parte recurrente, ha aportado las preceptivas certificaciones de las sentencias contradictorias.

QUINTO.- Por Providencia de esta Sala, de 13 de Abril de 1.993, se tuvo por personado e interpuesto, en tiempo y forma, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina y pasados los autos al Magistrado Ponente, se admitió a trámite el recurso dando traslado del mismo al Ministerio Fiscal.

SEXTO.- No personada la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió su preceptivo dictamen en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE . Se señaló para Votación y Fallo, el día 25 de Febrero de 1.994 en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La contradicción como requisito esencial del recurso unificador de doctrina planteado se revela, claramente, concurrente en el presente caso, toda vez que tanto la sentencia recurrida como, cuando menos, las que se aportan como contradictorias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30-1-90, 13-2-90 y 3-4-90 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 5-6-90 y 25-7-90 revelan una manifiesta identidad en sus respectivos planteamiento contenciosos, relativos todos a procesos de despido en los que figura como empresa demandada la que hoy lo es en estos autos, que aparece como suscribiente de contratos sustancialmente iguales, denominados de control y custodia de mercancías, con quienes, en tales procesos, actúan como demandantes. Esta adecuada identidad sustancial de pretensiones y la respectiva diferenciación de los correspondientes fallos que las resuelven entre la sentencia recurrida y las mencionadas propuestas como término de comparación hace innecesario, a los fines del juicio de contradicción, el tener en cuenta las restantes sentencias aportadas como contradictorias.

Conviene resaltar que la circunstancia, claramente, advertible en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, de que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de la que procede la sentencia recurrida, apoye, en exclusiva, la decisión de competencia jurisdiccional, que finalmente y en términos concluyentes, establece en su fallo o parte dispositiva, en la única razón del carácter laboral de la acción de despido ejercitada en los autos no desdibuja la evidente contradicción en que entra con las sentencias propuestas como término comparativo, las que sobre los mismos hechos sustentadores de los respectivos contenciosos en comparación mantienen, en cambio, la incompetencia de jurisdicción.

SEGUNDO.- Concurrente, por tanto, el presupuesto básico del recurso unificador de doctrina promovido, se impone entrar en el análisis de la infracción jurídica denunciada en el mismo, que viene contraída a la infracción de los arts. 1 y 5-2 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con los arts. 1-5- y 25-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El problema que se plantea en este recurso unificador de doctrina es el de la competencia de este orden social de la jurisdicción para conocer de la pretensión instauradora de la demanda de autos. A este respecto es de señalar que, de conformidad con el criterio sustentado en las señaladas sentencias propuestas como término de comparación, procede declarar la incompetencia de este orden jurisdiccional social para conocer de la controversia de autos. Y es que, como se advierte de la lectura del relato histórico de la sentencia, ahora, recurrida, la relación jurídica contraída entre las partes litigantes, dista mucho de reunir los caracteres propios que definen al contrato de trabajo. En este sentido, no puede desconocerse que la empresa, hoy recurrente, concertó con la parte demandante un contrato de depósito y control de stocks de mercancías, mediante el pago de una comisión según el importe que arrojase la entrada y salida de dichas mercancías, constituyéndose, elementos reveladores de la inexistencia de relación laboral entre las partes, el que se estableciere que el depositario y controlador, como comisionista autónomo, debería estar dado de alta en la licencia fiscal y Seguridad Social, que, el mismo hubo de prestar fianza antes de la iniciación del contrato y que caso de que ello fuera necesario para el funcionamiento y desarrollo del depósito y control de mercancía, el depositario y controlador debería, por su cuenta y riesgo, contratar el personal laboral necesario, como, así, se hizo en el caso sujeto, ahora, a enjuiciamiento.

Es de señalar, asimismo, que del valor del stock de mercancías depositadas por la empresa DIRSA respondía con sus bienes personales el SR. Tafall Martínez y que el funcionamiento y control del depósito concertado se hacía a través de una cuenta corriente en la que se registraba la entrada y salida de mercancía, abonándose al depositario un 3% de la mercancía extraída para su venta siendo de su cargo el abono del IVA correspondiente. El concertante del depósito aludido no se hallaba sujeto a una jornada laboral, ejerciéndose la supervisión del stock de mercancías depositadas por una persona designada por DIRSA que era quien poseía, en exclusiva, las llaves de la caja registradora instalada para efectuar el control.

De todo lo expuesto, no parece dudoso que la relación jurídica establecida entre las partes litigantes carece de las notas típicas de ejenidad y dependencia propias del

contrato de trabajo, conforme a lo establecido al art. 1º del Estatuto de los Trabajadores, revelándose, en cambio, con suficiente claridad, la existencia de un contrato de control y depósito mercantil en el que depositario actuó con plena autonomía percibiendo, en compensación, un porcentaje, en concepto de comisión por la mercancía extraída del depósito.

Por todo lo que se deja razonado y de conformidad con el dictámen del Ministerio Fiscal el recurso tiene que ser estimado, lo que conlleva la casación y anulación de la sentencia recurrida y al resolver el debate planteado en suplicación en términos ajustados al principio de unificación de doctrina -art. 225 de la Ley de Procedimiento Laboral- procede con desestimación del recurso de suplicación al que se contrae la sentencia recurrida, confirmar íntegramente la sentencia de instancia que declaró la incompetencia de este orden jurisdiccional social para conocer de la controversia de autos.

TERCERO.- A tenor de lo preceptuado en los arts. 25, 225 y 232 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede devolver a la parte recurrente el depósito de 50.000 ptas. establecido para recurrir, sin que haya lugar a hacer imposición de costas.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina promovido por la Letrada Dª C.F. ALVAREZ, en nombre y representación de la Empresa DISTRIBUCIONES REUS, S.A., contra la sentencia de fecha 20 de Enero de 1.993, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en rollo de recurso de suplicación nº 1.050/92, correspondientes a autos nº 506/92 del Juzgado de lo Social nº 2 de Zaragoza, sobre DESPIDO, deducidos por D. F.L.T.M., frente a dicha empresa recurrente.

Casamos y anulamos dicha sentencia y al resolver el debate planteado en suplicación, en términos ajustados al recurso de casación para la unificación de doctrina, con desestimación del recurso de suplicación al que se contrae la sentencia recurrida, debemos confirmar íntegramente la sentencia de instancia, declarando la incompetencia de este orden jurisdiccional social, para conocer de la controversia de autos, y,

advirtiendo a las partes que podrán hacer uso del derecho de que se crean asistidas ante la jurisdicción civil.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNA SUPREMO DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1994

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-El Juzgado de lo Social número 4 de Oviedo dictó sentencia de fecha 30 de Junio de 1.993 en la que constan los siguientes hechos probados: "1º.- Los demandantes son empleados de notarías y están inscritos en el Censo de Empleados de Notaría, figurando J.A.L.H. con la categoría de oficial de 2ª y las otras tres demandantes con categoría de copista. Aquél prestó servicios para un notario desde el 17 de Agosto de 1977 hasta el 1 de Mayo de 1982 y para el notario SR. García-Bernardo Landeta desde el 16 de mayo de 1984; Trinidad González Muñiz los prestó para un notario desde el 10 de Enero de 1972 hasta el 31 de Mayo de 1977, para otro desde el 1 de Agosto de 1977 hasta el 16 de Mayo de 1984 y a continuación para el notario antes mencionado; Mª Jesús López Fernández los prestó para un notario desde el 1 de Diciembre de 1980 hasta el 31 de Mayo de 1981, haciéndolo a continuación para otro hasta el 29 de Diciembre de 1983 y desde el 2 de Octubre de 1984 para el repetido notario; C.A.G.B.los prestó para un notario desde el 15 de Febrero de 1971 hasta el 18 de Febrero de 1974, para otro desde el 15 de Abril de 1974 hasta el 30 de Octubre de 1980, para un tercero desde el 1 de Febrero de 1981 hasta el 26 de Mayo de 1990 y para dicho notario desde el 22 de Agosto de 1990. Los cuatro demandantes cesaron en la prestación de servicios en la Notaría del Sr. García-Bernardo Landeta el 16 de Febrero de 1993, con ocasión de su traslado, y tomó posesión de ella, sucediendo en el protocolo notarial, el codemandado J.O.B., haciéndolo el 21 de Mayo de 1993 y comenzando a ejercer el cargo el siguiente día 24, si bien comenzó la actividad notarial el pasado día 2.- 2º.- La

Junta Directiva del Colegio Notarial de Oviedo, en sesión celebrada el 12 de Abril de 1993 autorizó al notario demandado y a otro notario de esta ciudad para que pudieran instalar sus despachos profesionales en un mismo local, en las condiciones previstas por los artículos 19 a 27 del Reglamento de Régimen Interior de ese Colegio.- 3º.- Tres empleados del notario asociado al aquí demandado, los codemandados L.F.B.P., J.R.P. y A.G.F., cesaron voluntariamente de prestar servicios para aquél el pasado 29 de Mayo y fueron contratados por el segundo el 2 de Junio.- 4º.- Las retribuciones mensuales, en cómputo anual, de los demandantes cuando prestaban servicios para el notario trasladado eran las siguientes: 261.900 pts. para J.A.L.H., 211.634 pts. para María Trinidad González Muñiz, 201.332 pts. para M.J.L.F. y 157.341 pts. para Clotilde Graña Borbolla.".- Dicha sentencia contiene el Fallo del tenor literal siguiente: "Desestimar la demanda formulada por María de la Trinidad González Muñiz, Clotilde Aurora Graña Borbolla, J.A.L.H. y M.J.L.F. contra J.O.B., L.F.B.P., J.R.P., A.G.F., A.C.L., M.P.A., José Gabino Antuña Estévez y J.L.G.M., absolviendo de la pretensión por la parte demandante.".- SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación porDª Mª Trinidad González Muñiz, Clotilde Aurora Graña Borbolla, J.A.L.H. y M.J.L.F., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia con fecha 23 de Diciembre de 1.993 y en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando el recurso de suplicación interpuesto por Dª Mª Trinidad González Muñiz, Dª Clotilde Aurora Graña Borbolla, D. J.A.L.H. y Dª M.J.L.F. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo en proceso suscitado sobre readmisión por dichos recurrentes contra D. J.O.B., Dª M.P.A., D. J.G.A.E., D. J.L.G.M., D. A.C.L., D. L.F.B.P., D. J.R.P. y D. A.G.F., revocamos la Sentencia de Instancia y declaramos nula la extinción del contrato laboral que unía a los actores con D. J.O.B., condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración.".- TERCERO.- El Procurador D. A.E.G., en nombre y representación de D. J.O.B., D. L.F.B.P., D. J.R.P., y D. A.G.F., preparó recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, habiéndose personado ante esta Sala en el plazo concedido.

La representación procesal del recurrente, formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, mediante escrito de fecha de entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el día4 de Febrero de 1.994, en el que se denuncia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral la contradicción existente entre la citada Sentencia recurrida y las certificadas que se aportan, así como infracción de los artículos 51 y 44 del Estatuto de los Trabajadores.- CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 3 de Mayo de 1.994, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, dándose traslado del mismo a la parte recurrida por término de diez días.

Evacuado el trámite de impugnación por el recurrido, el Ministerio Fiscal, emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día25 de Octubre de 1.994 , en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 4 de Oviedo dictó sentencia de 30 de junio de 1.993 desestimando la demanda que habían formulado los cuatro actores en contra del Notario D. J.O.B. y otros por despido y planteado recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia de 23 de diciembre de 1.993 revocando la anterior y declarando nula la extinción de los contratos laborales que unían a los actores con el Sr. Oron.

La situación de hecho que se produce en este proceso, en resumen, es la siguiente: a) Los cuatro actores son empleados de Notarias y vienen desempeñando su función desde hace años en la ciudad de Oviedo, últimamente con el Notario Sr. García-Bernardo Landeta y cesaron a su servicio el 16 de febrero de 1.993 con motivo del traslado de éste a otro destino.

b) Esta plaza de Oviedo fue ocupada por el Notario D. J.O.B.quien empezó a ejercer su actividad el día 2 de junio de 1.993.

c) La Junta Directiva del Colegio Notarial de Oviedo había autorizado previamente al Sr. Orón y a otro Notario de la ciudad a que instalaran sus despachos en el mismo local en las condiciones previstas en los artículos 19 a 27 del Reglamento de Régimen Interior del Colegio.

d) Tres empleados del Notario asociado al Sr. Orón cesaron voluntariamente de prestar servicios para aquél el 29 de Mayo de 1.993 y fueron contratados por éste el día 2 de Junio de 1.993.

e) Los actores demandaron por despido al Sr. Orón y a los tres empleados que éste contrató y la sentencia de la Sala de lo Social entiende que el Notario no ha infringido el artículo 18 del Convenio Colectivo de Empleados de Notarias pues la preferencia que se concede a los empleados cesantes en la Notaria cuyo protocolo asume el nuevo Notario no es aplicable en este caso.

f) La sentencia, no obstante lo anterior, entiende que se ha producido una situación no prevista en el Convenio Colectivo, como es la unión de dos Notarios con el fin de compartir gastos de infraestructura y personal y, el cese de los empleados de uno, para ser contratados por el otro, supone una reducción en la plantilla de la Notaria que ocupó el SR. Orón, para lo cual no se han seguido los trámites del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral, declaró la nulidad del cese de los actores.

SEGUNDO.- La parte codemandada interpone recurso de casación para la unificación de doctrina y presenta como contradictoria, entre otras, la sentencia de esta Sala de 10 de Mayo de 1.988, la que guarda relación de igualdad con la recurrida pues en ella se aplica el artículo 18 del Convenio Colectivo de Empleados de Notarias de Asturias. El supuesto consiste en que un Notario destinado a la ciudad de Gijón contrata a dos empleados de su predecesor y a un tercero que estaba destinado en otra Notaria y la sentencia entiende que no se ha infringido el artículo 18 del Convenio Colectivo y declara que no existe despido de los empleados del antecesor que no fueron contratados por el nuevo titular, fundamentando tal decisión en que el Notario se había atenido a lo dispuesto en el Convenio contratando a personas incluidas en el Censo, sin que le

vincularan disposiciones solamente aplicables para el supuesto de contratación de personas extrañas al Censo.

Se producen los presupuestos de identidad entre hechos, fundamentos y pretensiones de la sentencia recurrida y la citada como contraria pues en ambos casos se trata de la contratación por el nuevo Notario de empleados inscritos en el Censo que eran distintos a los cesantes respecto del Notario precedente y la solución judicial es distinta en los dos supuestos.

La sentencia recurrida interpreta el artículo 18 del Convenio Colectivo de forma acorde con el criterio de la contradictoria, pero luego argumenta que, al producirse la asociación del demandado con otro Notario y contratar a tres empleados que estuvieron vinculados a este, supone una reestructuración de plantilla encubierta sin seguir los trámites del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Este razonamiento seguido por la sentencia para llegar a solución contraria no altera la identidad sustancial de supuestos entre las resoluciones comparadas que mantienen la igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones requerida en el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral para hacer viable éste excepcional recurso, sin necesidad de examinar las otras sentencias presentadas.

TERCERO.- La interpretación adecuada del artículo 18 del Convenio Colectivo hace entender que en el párrafo a) se establece la libertad del Notario para elegir empleados incluidos dentro del Censo y, en los apartados c) y d) establece un mecanismo específico para el supuesto de que el Notario pretenda contratar a personal no inscrito en el Censo Oficial.

En este caso, debe dirigirse a la Comisión Auxiliar, o a la Paritaria, al objeto de ser informado de si existen empleados cesantes. Si la respuesta es negativa, o no se produce en el plazo de diez días, el Notario puede contratar a quien estime conveniente sin restricción alguna.

En el supuesto de que se le comunique que existen empleados cesantes tendrá que elegir necesariamente de entre ellos a los que considere mas convenientes, con preferencia de los locales sobre los forasteros y los del Notario predecesor sobre los

demás. La sentencia citada de esta Sala de 10 de Mayo de 1.988 entiende que el juego de estas preferencias solo opera en el supuesto de los apartados c) y d) del Convenio, es decir cuando el Notario pretende contratar personas ajenas al Censo, pero estas prioridades no nacen cuando la contratación se efectúa directamente por el Notario entre los empleados del Censo, pues en tal caso, opera la libertad de elección, con la sola restricción de que no se trate de empleados ajenos (apartado a) del artículo 18).

La interpretación literal del precepto hace entender que este criterio es ajustado a su redacción y, por otra parte, se aprecia que el citado artículo 18 supone un desarrollo con ciertas variantes de lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de Empleados de Notarias de 21 de Agosto de 1.956, que establece en su apartado 1º la libertad de elección del Notario entre los empleados incluidos en el Censo. El apartado 2º previene dos mecanismos para la contratación de personal, uno, la libre selección directa del Notario o, dos, dirigirse a la Comisión Auxiliar en petición de empleados y es en este caso cuando únicamente surge la preferencia de los cesantes tanto locales como del antecesor en el protocolo. El estudio de este precedente histórico del artículo 18 del Convenio clarifica el entendimiento de esta peculiar forma de reconocer preferencias a los empleados cesantes.

CUARTO.- De acuerdo con lo anterior se debe entender que el Notario demandado no se ha apartado de lo dispuesto en el Convenio Colectivo al contratar directamente a tres empleados que se encontraban inscritos en el Censo, pues al no haber acudido a la Comisión Auxiliar en búsqueda de empleados ajenos, no surge la preferencia de los cesantes en la Notaria cuyo protocolo ha sucedido.

Por otra parte, no se debe admitir que, al contratar a tres empleados que habían cesado días antes de pertenecer a la plantilla del Notario con quien se asoció, se haya producido una reestructuración de plantilla encubierta pues, de un lado, no puede referirse a reducción de personal de la oficina del asociado, quien no es parte en este litigio y no se ventila el número de empleados que este tenga y, de otra parte, respecto de la plantilla del predecesor, se ha de tener en cuenta que es reiterada la jurisprudencia (sentencias de esta Sala de 11 de Mayo de 1.987, 23 de Mayo y 13 de Junio de 1.988,

entre otras) que entiende que no existe subrogación empresarial del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores entre el nuevo y anterior titular de una Notaria, por lo que el demandado no estaba vinculado con el personal de su antecesor y mal podía reducir una plantilla que no le correspondía. Por otro lado, el artículo 18-b) en relación con el 19 del Convenio Colectivo -reproduciendo lo dispuesto en el artículo 13-1 del Reglamento de Organización de 21 de Agosto de 1956- establece que el Notario determinará libremente el número y categoría de empleados, con un mínimo de tres para poblaciones de mas de 110.000 habitantes y por eso al haber contratado a tres, aunque pertenecieran a la misma oficina, se entiende que ha cumplido, si quiera sea formalmente, con la norma convencional.

Por todo lo anterior se debe estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de igual clase planteado en su día por los actores en contra de la sentencia de instancia, sin que haya lugar a imposición de costas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 232,1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. J.O.B., D. L.F.B.P., D. J.R.P., y D. A.G.F. en contra de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 23 de Diciembre de 1.993 que revocó la dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Oviedo de 30 de Junio de 1.993 en autos seguidos a instancia de Dª T.G.M., Dª C.A.G.B., D. J.A.L.H. y Dª Mª JESUS LOPEZ FERNANDEZ en contra de los citados demandados. Casamos y anulamos aquella sentencia y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos el recurso de igual clase formulado en su día por los actores en contra de la sentencia de instancia, sin expresa imposición de costas.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE JUNIO DE 1995

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Con fecha 19 de Abril de 1.994 la Sala de lo Social de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando el recurso de suplicación deducido por SUNSET BEACH CLUB, S.A. contra la Sentencia citada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de esta Ciudad, el día 22 de Junio de 1.993, en autos por DESPIDO a instancia de C.O.A., F.V.D., E.M.G., Mª DEL CARMEN MANZANO MORENO, Mª PAULA GONZALEZ MARQUEZ, P.M.N., Mª DEL CARMEN BAJO CREMER y Mª DOLORES ORELLANA ALVAREZ frente a la recurrente; debemos revocar y revocamos dicha resolución, y declarando como declaramos la incompetencia de la Jurisdicción Social, por razón de la materia, para conocer de las pretensiones formuladas en las demandas, de las que absolvemos, sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto, a la parte demandada, a la que devolviera el depósito para recurrir por ella constituido, con advertencia a los litigantes del derecho que les asiste para acudir ante los Tribunales del Orden Civil competentes.".- SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictada el 22 de Junio de 1.993 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Granada, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Las actoras que se relacionarán mas adelante, todas mayores de edad, y con domicilio a efectos de notificaciones en Granda, Avda. Constitución, 21, bajo, izqda., han venido prestando servicios para la empresa Sunset Beach Club, S.A., con domicilio en Benalmadena Costa (Malaga), Ctra. de Cadiz, Km. 220, con antigüedad de 18-1-93, categoría profesional de encuestadoras y salario de 3.00 ptas. diarias.- 2º.- La demandada ofertó, a través de unos anuncios en el diario IDEAL de Granada, puestos de trabajo para encuestadores-encuestadoras, por lo que las actoras acudieron al punto de encuentro concertado (un hotel de Granada), dondo, siempre en forma verbal, se contrató sus servicios, para lo cual, tenian que realizar 30 encuestas por lo que percibían 3.000 ptas, diarias, estando así durante un mes y medio aproximadamente. El contacto, un tal Sr. Jaime, fue quien les enseño cómo y

de qué manera habían de realizar las encuestas, cuya finalidad última era lograr compradores en régimen de multipropiedad, en Benalmadena (Malaga). La empresa, entre las encuestas remitidas -que eran entregadas por las actoras, todos los días a las 20 horas en el Hotel expresado-, sorteaba un fin de semana en sus instalaciones. Dicho SR. Jaime, se identificó como perteneciente a la demandada.- 3º.- Como surgieran problemas en el abono de la retribución económica, las actoras se pusieron en contacto con un tal Sr. Hinojosa, quien desaplazose a Granada, a solucionar el tema, reconociendo al citado Sr. Jaime como perteneciente a Sunset Beach Club, S.A., y por tanto, autorizado para la contratación realizada.- 4º.- Sunset Beach Club, S.A., explota un complejo hotelero en Benalmádena Costa, y realiza la promoción de ventas, en régimen de multipropiedad, mediante la realización -entre otros procedimientos-, de encuestas como las efectuadas por las actoras.- 5º.- Las actoras formularon a la inspección de trabajo, emitiendo esta el informe que obra en autos.- 6º.- El 14-4-93 las actoras fueron despedidas verbalmente por el SR. Hinojosa, mediante llamada telefónica.- 7º.- No consta que las actoras ostenten o hayan ostentado la cualidad de Delegadas de Personal o miembros de Comité de Empresa. Tampoco que figuren afiliadas a algún Sindicato.-8º.- En 26-4-93 se presentó en el CMAC papeleta de conciliación, teniendo lugar, sin efecto, el intento conciliatorio, en 10-5-93. Las demandas jurisdiccionales se presentaron en 19-5-93.".- La parte dispositiva de esta sentencia dice: FALLO.- "Con rechazo de la excepción invocada, estimo las demandas formuladas por Dª F.V.D., Dª E.M.G., Dª Mª del Carmen Manzano Moreno; Dª C.O.A., Dª P.G.M., Dª Pllar M.N., Dª Mª del Carmen Bajo Cremer y Dª Mª Dolores Orellana Alvarez, frente a Sunset Beach Club, S.A., declaro NULOS los despidos efectuados en las personas de las trabajadoras y condeno a la demandada a que, como consecuencia, procesa a la inmediata readmisión de las actoras en sus anteriores puestos de trabajo, en idénticas condiciones a las que regían con anterioridad al despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta que se produzca la readmisión.".- TERCERO.- El Procurador D. E.L.P. , en nombre y representación de las actoras demandantes y hoy recurrentes Dª C.O.A. y siete más, preparó recurso de casación para la unificación de doctrina contra meritada sentencia del Tribunal Superior

de Justicia de Andalucía, y ,emplazadas las partes, y remitidos los autos, formalizó en tiempo y forma el trámite de interposición del presente recurso; alegando sustancialmente lo siguiente: Primero.- Contradicción entre la sentencia de instancia y las siguientes: Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 1.994, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de Febrero de 1.994, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de Mayo de 1.992.- Segundo.- Infracciones legales cometidas por la sentencia de instancia: La parte entiende que la sentencia impugnada infringe el artículo 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, al faltar los elementos esenciales que el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores.- CUARTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la representación de la empresa demandada, hoy recurrida; el Ministerio Fiscal emitió su preceptivo informe en el sentido de considerar PROCEDENTE el recurso; se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de Junio de 1.995; en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o del Tribunal Supremo. La contradicción requiere para su apreciación que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, si es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", correspondiendo a la parte recurrente la carga de determinar mediante una relación precisa y circunstanciada la concurrencia de la contradicción alegada (artículo 221 de la Ley de Procedimiento Laboral). Esa parte debe, por tanto, establecer en el escrito de interposición la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción sin que pueda estimarse válida a estos efectos la

simple enumeración de una o varias sentencias a las que se atribuye la cualidad de contradictorias sin un examen que justifique en cada caso esta afirmación (sentencias de 19 de noviembre de 1.991 y 27 de mayo de 1.992). Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la contradicción a que se refiere el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, por lo que es preciso una argumentación mínima sobre la concurrencia de las identidades (sentencias de 17 de Diciembre de 1.991 y 28 de Enero y 29 de Diciembre de 1.992), a través de un examen que, aunque no sea detallado, sea al menos suficiente para ofrecer a la parte recurrida y a la propia Sala los términos en que el recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una cuidadosa selección de las resoluciones que se proponen como contradictorias y dar razón de la presencia de los supuestos determinantes de la contradicción (sentencia de 19 de Noviembre de 1.991 y 29 de Diciembre de 1.992).

Y la sentencia de esta Sala de 14 de Junio de 1.993 declara que, aun existiendo determinada doctrina jurisprudencial sobre cierto extremo, ello no exonera del cumplimiento de las exigencias legales sobre los presupuestos y requisitos del recurso, al menos en una medida mínimamente razonable. Entre ellos son indeclinables los relativos al efectivo carácter contradictorio de las sentencias (diversidad en los pronunciamientos y sustancial igualdad en los hechos y pretensiones) y a su exposición y prueba a través de la relación precisa y circunstanciada (examen comparativo de hechos, pretensiones y pronunciamientos). La cita y aportación indiscriminada de sentencias no es esclarecedora cuando, no se matiza cual sea el específico supuesto de hecho propio de cada una de aquéllas, para equipararlo con el de autos, y evidenciar así la contradicción existente. Desconocer estas exigencias legales, impuestas en especial por los artículos 216 y 221 de la Ley de Procedimiento Laboral, supone transformar el régimen de los recursos, desconocer la excepcionalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, en cuanto posibilita el tercer grado jurisdiccional y atribuirle indebidamente, sin justificación legal, el régimen propio del tradicional recurso de casación.

SEGUNDO.- Del relato fáctico de la sentencia de instancia, completado con lo declarado con valor de hecho por la de suplicación se desprende que la empresa demandada se dedica a la explotación de un complejo hotelero en Benalmádena Costa en régimen de multipropiedad; y con la finalidad de captar clientes y para realizar la promoción de ventas, aquella contrató los servicios de los actores a fin de que realizasen encuestas entre posibles compradores de apartamentos bajo dicho régimen; realizando dicha actividad según las instrucciones de la empresa, con libertad de horario y de jornada y pudiendo compatibilizarla con cualquier otra, fijándose un precio de 3.000 pesetas por 30 encuestas diarias, una vez aprobadas por la empresa.

La sentencia de instancia, estimando la demanda deducida por las actoras, entendió que existía relación laboral entre las partes y en consecuencia, previa declaración de la nulidad de sus despidos, condenó a la demandada a las consecuencias inherentes a tal declaración.

Recurrida en suplicación por la empresa, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, dictó sentencia el 19 de Abril de 1.994, que estimó el recurso y declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión controvertida. Todo ello por entender que no existía relación laboral entre las partes al no concurrir los elementos contemplados en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores y sí un arrendamiento de servicios regulado en el artículo 1544 del Código Civil.

TERCERO.- Contra la referida sentencia interponen las actoras el presente recurso de casación para la unificación de doctrina e invocan como contradictorias las sentencias de esta Sala de 27 de mayo de 1.992, de 26 de enero de 1.994 y de 14 de febrero de 1.994, constando en las actuaciones las certificaciones correspondientes.

Prescindiendo de la segunda por no haber sido citada en el escrito de preparación, hay que resaltar que las otras dos no presentan con la impugnada las identidades previstas en el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral necesarias para viabilizar el presente recurso como pone de relieve la recurrida en su escrito de impugnación.

En efecto, dichas sentencias de contraste, de contenido coincidente, entienden que existe relación laboral y por tanto aceptan la competencia de este orden jurisdiccional en supuestos de encuestadores contratados por empresas dedicadas precísamente a la realización de estudios de mercado y de opinión pública; citando expresamente en apoyo de su tesis el Acuerdo Colectivo que ordenó publicar en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de 23 de Mayo de 1.988 relativo a las empresas dedicadas a la citada actividad, que regula las condiciones de trabajo de los encuestadores a los que dan ocupación tal clase de empresas.

Y en el presente caso ocurre -como se desprende de lo expuesto-que la empresa demandada no se dedica a la realización de estudios de mercado y de opinión pública, sino a la explotación de un complejo hotelero en régimen de multipropiedad, aunque como promoción de ventas utilice el sistema de encuestas, por lo que no le es aplicable el Acuerdo Colectivo mencionado.

Lo expuesto determina que se debe inadmitir el presente recurso, que en este trámite se transforma en su desestimación.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª C.O.A., Dª F.V.D., Dª E.M.G., Dª Mª DEL CARMEN MANZANO MORENO, Dª Mª PAULA GONZALEZ MARQUEZ, Dª P.M.N., Dª Mª DEL CARMEN BAJO CREMER y Dª Mª DOLORES ORELLANA ALVAREZ, contra la sentencia de fecha 19 de Abril de 1.994 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, al resolver el recurso de suplicación formulado por la empresa SUNSET BEACH CLUB, S.A., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Granada, de fecha 22 de Junio de 1.993, dictada en autos sobre Despido seguidos a instancia de las referidas actoras hoy recurrentes contra SUNSET BEACH CLUB, S.A.

9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE MARZO DE 1996

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Asociación de Personal de los Registros de la Propiedad y Mercantiles de España formuló ante la Sala de lo Social de demanda de CONFLICTO COLECTIVO, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare: "...nulo y sin efecto la totalidad del Convenio impugnado en méritos de las causas desarrolladas en el cuerpo de este escrito a las que nos remitimos, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración a los efectos legales oportunos". El acto de intento de conciliación ante la Subdirección General de Mediación Arbitraje y Conciliación se celebró SIN AVENENCIA.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandas comparecidas, según consta en acta; alegando el Sindicato CSI CSIF la excepción de falta de legitimación activa para impugnar el convenio. Y recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha, 25 de enero de 1995 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: "Que desestimamos la excepción de falta de legitimación activa desestimamos la demanda formulada por ASOCIACION DEL PERSONAL DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA contra CSI CSIF, SINDICATOS DE EMPLEADOS DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE CATALUÑA, ASOCIACIONES PROFESIONALES DE LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA sobre IMPUGNACION DE CONVENIO".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1.- Asociación del personal de los Registros de la Propiedad y Mercantiles de

España se constituyó como tal Asociación y depositó sus estatutos en la Dirección General de Trabajo el 2 de junio de 1994 cuyo órgano le comunicó el 3 de agosto inmediato que no se había recibido ninguna reclamación. 2.- Esta asociación se extiende al territorio del país y su ámbito personal comprende a todos los empleados de los Registros de la Propiedad y Mercantiles. 3.- Por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 11 de septiembre de 1992 se publicó el Convenio Colectivo de ámbito nacional que regula las relaciones entre los registros de la propiedad y mercantiles y su personal".

QUINTO.- Preparado el recurso de Casación por la Asociación de Personal de los Registros de la Propiedad y Mercantiles de España, formalizado ante esta Sala, mediante escrito de fecha 20 de abril de 1995; en él se consignan los siguientes Motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 205.e) de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, por infracción de los artículos 68 y 69 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 3.5 del estatuto de los Trabajadores y el art. 129.1º de la Constitución Española y jurisprudencia aplicable. SEGUNDO.- Al amparo del art. 205.e) de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, por infracción de los artículos 50 y 56 del Estatuto de los Trabajadores. TERCERO.- Al amparo del art. 205.e) de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, por infracción del art. 14 de la Constitución Española, 17.1 del Estatuto de los Trabajadores y doctrina jurisprudencial concordante.

CUARTO.- Al amparo del art. 205.e) de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, por infracción del art. 24.1º de la Constitución Española y el art. 92 del Estatuto de los trabajadores.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación a las partes recurridas personadas, y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de declarar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo, que ha tenido lugar el 14 de marzo de 1996.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que denegó la pretensión impugnatoria del Convenio Colectivo de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de

España, inscrito en el Registro Administrativo por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 11 de septiembre de 1992 y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 29 de septiembre del mismo año, se ha interpuesto por la parte demandante -Asociación de Personal de los Registros de la Propiedad y Mercantiles de España- el presente recurso de casación, que, con amparo en el artículo 204.1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995, articula en cuatro motivos, todos ellos apoyados en el apartado e) del artículo 205 de la citada Ley Procesal.

SEGUNDO.- Se alega en el primer motivo "infracción de los artículos 68 y 69 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 3.5 del estatuto de los Trabajadores y el art. 129.1º de la Constitución Española y jurisprudencia aplicable". Se argumenta, en síntesis, que el artículo 29.1 del Convenio establece que el personal del Registro con categoría de Oficial Auxiliar 1ª será remunerado con un salario consistente en un porcentaje sobre los ingresos líquidos del Registrador; porcentaje que el artículo 32.1 fija en un máximo del 40%, si bien su ordinal 2.1, con la finalidad de determinar los ingresos líquidos, deduce de los ingresos brutos del Registrador, entre otras cargas, la cuota empresarial de la Seguridad Social, y, precisamente este descuento, según el recurrente, "incurre en palmaria ilegalidad al deducir de los ingresos líquidos del Registrador (o masa salarial) entre otras partidas, la cuota empresarial de la Seguridad Social", en cuanto, continúa, se trata de un pacto contra legem que "infringe frontalmente normas con rango de ley", ya que el artículo 68.1.y 2. citado "establece la responsabilidad única e irrenunciable del empresario en cuanto al ingreso total de las cotizaciones que le son propias y las de sus trabajadores" y el artículo 69, a su vez, tacha de nulidad "todo pacto por el cual el trabajador asuma la obligación de pagar total o parcialmente la cuota empresarial de la Seguridad Social"; nulidad, finaliza el recurrente, reforzada por el artículo 3.5. del Estatuto de los Trabajadores, que prohibe a los trabajadores disponer válidamente de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Dice literalmente el artículo 32.1 y 2: Artículo 32.

1. El personal que tenga la categoría de Oficial o Auxiliar 1ª será remunerado con cargo a los ingresos líquidos del Registrador con un porcentaje de los mismo que

sumado a la cuantía de los salarios brutos fijos no podrá ser superior al 40 por 100 de los citados ingresos líquidos o masa salarial.

Excepcionalmente, cuando en Registros de nueva creación los únicos empleados con derecho a retribución porcentual sean Auxiliares 1ª, por no haber Oficiales, y el número de aquéllos no exceda de dos, la masa salarial será del 35 por 100 de los ingresos líquidos del Registrador.

2. Se entenderán por ingresos líquidos del Registrador lo (Sic) que resulten de deducir de sus ingresos brutos como tal el importe de los gastos que necesariamente se deriven de su ejercicio profesional, entre los que estarán incluidos la cuota empresarial de la Seguridad Social y las cuotas colegiales.".

El motivo debe ser rechazado en virtud de las consideraciones que se pasan a exponer: a) Como dictamina el Ministerio Fiscal, la parte recurrente "confunde el concepto de ingreso líquido" con el de masa salarial, siendo así que cuando el artículo 32.1 equipara ingresos líquidos con masa salarial , se está refiriendo a la masa salarial de los empleados y no de los Registradores". Ello, añadimos, se ve aún más claro en el inciso final de este apartado que, en el supuesto de no existir, en Registros de nueva creación, Oficial 1ª y los auxiliares no excedan de dos, establece que "la masa salarial bruta será del 35% de los ingresos líquidos del Registrador".

El sistema retributivo de los empleados del Registro -con arraigo en este área registral y cuyos antecedentes normativos arrancan, ya, del Reglamento de 1958- consiste en un peculiar sistema de participación en los resultados económicos de la actividad profesional registral, en cuya virtud se establece un reparto de los ingresos líquidos entre el registrador y sus empleados, conforme a la atribución de un porcentaje convenido del 40% a los empleados -35%, caso de solamente existir en la plantilla Auxiliares 1ª, que no excedan de dos- y del restante 60% al Registrador. La concreción de estos ingresos líquidos requiere una serie de operaciones a fin de concretar los ingresos brutos y restar, luego, los gastos deducibles; pero estos ingresos no constituyen, como pretende la Asociación recurrente, la masa salarial bruta, ni tampoco el salario de cada uno de los trabajadores, empleados del Registro, sino el índice o

parámetro referencial a través del cual se determina el sistema retributivo global de los empleados en el porcentaje antes indicado, fijándose, luego, la retribución de estos últimos mediante la aplicación de unos coeficientes en función de una serie de criterios valorativos. Este sistema de retribución, calificado de "privilegiado y novedoso en la negociación colectiva" por el sindicato codemandado CSI-CSIF, también como el propio sindicato, afirma "se ajusta a las normas de derecho necesario de los trabajadores", máxime, cuando se fijan, unos salarios garantizados en cómputo anual, resultado de multiplicar el salario mínimo interprofesional por coeficientes correctores, según categoría y población, -artículo 30 del Convenio- que se ven incrementados por módulos y aptitud profesional para las categorías de oficiales y Auxiliares 1ª -artículo 34 del Convenio-.

b) El Registrador es el titular registral y único empleador y los "ingresos líquidos" que se obtengan en el ejercicio de la actividad registral son "ingresos líquidos del Registrador", como expresamente se reconoce en el Convenio -artículos 29, 30, 32 y 33-. El porcentaje del 60% que, sobre aquellos ingresos, se asigna al Registrador no tiene el carácter de salario, sino de beneficio mensual, sin que norma alguna de régimen general o especiales de la Seguridad Social, imponga al Registrador la obligación de atender con su propio peculio las cuotas empresariales de los trabajadores. Establecer lo contrario equivaldría a romper el equilibrio de prestaciones pactado en el Convenio Colectivo que, en relación al problema que nos ocupa, se desarrolla en el Título V del Convenio, bajo la rúbrica "Remuneración del Personal de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles".

c) En definitiva, pues, el artículo 32.2 en cuanto considera como gasto -a deducir de los ingresos brutos para obtener los "ingresos líquidos del Registrador"- "la cuota empresarial de la Seguridad Social" (no se ha impugnado la validez, como gasto, de "las cuotas colegiales") no infringe las normas invocadas por la parte recurrente, y es conforme al artículo 82. del Estatuto de los Trabajadores y al artículo 37.1 de la Constitución, ya que, como igualmente informa el Ministerio Fiscal "las cuotas de Seguridad Social no se pagan, pues, en parte, con los sueldos de los empleados, sino que aquellas se forman con el porcentaje de una cantidad (ingresos líquidos) que se

configura después de haber detraido de los ingresos brutos todos los gastos necesarios para el funcionamiento del Registro"; en otro caso, agregamos, y frente a lo válidamente convenido, resultarían "beneficiados" los trabajadores, en detrimento del Registrador, en la media satisfecha para el pago del importe de todas las cuotas de Seguridad Social.

TERCERO.- Aduce el segundo motivo del recurso que el artículo 36 del Convenio Colectivo, infringe lo dispuesto en los artículos 50 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, argumentando que "la obligación de pago de las consecuencias económicas de un proceder antijurídico del empresario (despido, sanción, extinción contractual `por causa a él imputada) debe ser cumplida exclusivamente por él", lo que no ocurre en la norma paccionada en cuanto "el artículo 36 y el último párrafo del artículo 62 del Convenio Colectivo... introducen una fórmula en virtud de la cual, el importe de estas indemnizaciones es pagado con cargo al porcentaje de los trabajadores que constituye su salario".

El artículo 36 expresa lo siguiente: Artículo 36.

"El pago de las indemnizaciones, o la amortización de los créditos necesarios para hacerlas efectivas, por razón de extinción de contrato reconocida judicialmente, o en acto de conciliación a empleados remunerados con salario porcentual, podrán hacerse efectivas con cargo al importe del salario del empleado afectado, hasta su total amortización, siempre que la Comisión de Vigilancia, a la vista de las alegaciones del personal retribuido porcentualmente o de los acuerdos alcanzados entre el Registrador y su personal en orden a su imputación, dé el visto bueno".

El motivo, que se refiere, también, a los trabajadores remunerados con porcentaje, está intrínsecamente relacionado con el motivo precedente, por lo que son de reproducir las consideraciones antes hechas sobre masa salarial, ingresos brutos, deducciones e ingresos líquidos, y disponibilidad de las partes negociadoras sobre el sistema de retribución de los empleados, en orden a una desestimación del mismo. Además, es de señalar que: a) No es cierto, como afirma el recurrente, que la invocación del "reconocimiento judicial" que realiza la norma paccionada impugnada, sólo pueda afectar a los supuestos J y K del artículo 49 -rescisión por voluntad del trabajador y

despido- puesto que el pronunciamiento judicial puede recaer sobre otros supuestos recogidos en dicho artículo, como los incluídos en los apartados b) causas consignadas válidamente en el contrato, c) expiración del término convenido, e) invalidez, f) jubilación del trabajador, g) muerte, y jubilación del empresario, h) fuerza mayor, i) despido colectivo, l) causas objetivas legalmente previstas.

b) Aun desde la contemplación de una situación de despido o rescisión por voluntad del trabajador, es clara y conforme a la ley la cláusula impugnada. El artículo 62 -situado en el título IX sobre "Efectos de la contravención del presente Convenio"- en sus tres primeros apartados atribuye la responsabilidad exclusiva al Registrador respecto de los actos realizados por el mismo, de modo que solamente se aplica el artículo 36, cuya nulidad pretende el recurrente, -ubicado en el título V, sobre sistema retributivo- respecto a un hecho diferente cual es el acto empresarial extintivo precedido de un informe favorable de la Comisión de Vigilancia y Seguimiento; precepto razonable si se tiene en cuenta que al ser el acto compartido también pueden serlo las responsabilidades y consecuentes repercusiones sobre los "costes" de los ingresos brutos, a efectos de fijación de los beneficios líquidos, determinantes luego de los salarios.

CUARTO.- Alega el tercer motivo infracción del artículo 14 de la Constitución Española y del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, al entender que la Disposición Transitoria Tercera, apartado 1., discrimina a los contratados temporales respecto de los que son por tiempo indefinido en cuanto a estos últimos les otorga dos convocatorias para el acceso a la categoría de auxiliar de segunda, en tanto que a los trabajadores temporales únicamente les concede una.

La disposición impugnada se manifiesta así: "Disposición Transitoria Tercera 1.- Los que se encuentren trabajando en cualquier Registro sin reunir alguno de los requisitos prevenidos en el artículo 10 del presente Convenio se sujetarán al siguiente régimen: a) Si hubieran sido contratados temporalmente y, a juicio del Registrador titular, su trabajo fuere satisfactorio, éste los propondrá para examinarse a fin de que puedan obtener la categoría de Auxiliar de segunda. Si a juicio del Registrador no

fueran aptos, por no ser su trabajo satisfactorio, no les renovarán el contrato, sin perjuicio de los efectos prevenidos en la legislación laboral reguladora de la contratación temporal. Los que se examinen sólo tendrán una convocatoria para llegar a ser Auxiliares de segunda.

b) Los que al amparo de la legislación laboral tuvieran el carácter de trabajadores fijos serán propuestos por el Registrador que lo desee para examinarse a fin de obtener la categoría de Auxiliar de segunda . Disfrutarán de dos convocatorias, y si no lograran superar las pruebas, quedarán encuadrados como colaboradores a extinguir, sin derecho al ascenso ni a ser retribuidos por el sistema de porcentaje previsto en el artículo 29.1 del Convenio".

Es claro que la discriminación se imputa a la propia norma paccionada -no a su aplicación-, por lo que la cuestión se reduce a examinar -dado su valor normativo e inscripción consecuente en el sistema de fuentes del derecho-, si aquella establece diferencias de trato arbitrarias e irrazonables entre situaciones iguales o equiparables, o si, por el contrario, la desigualdad, lejos de toda artificiosidad o injustificación, viene fundada en criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

La duración del contrato (S.T.C 136/1987) "no es un dato o factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias en las condiciones de trabajo", como tampoco lo es el que atiende a las características del puesto de trabajo, de modo que la regulación diferente "va referida a distintas actividades laborales o profesionales y responde a las peculiaridades de cada una de ellas" (S.T.C 170/1988). La cuestión, pues, de autos se reduce a determinar si la modalidad de adscripción temporal o fija puede justificar el distinto tratamiento en cuanto al número de convocatorias -una y dos, respectivamente- para el acceso a las categorías de Auxiliar de segunda. La Sala estima que existen factores diferenciales que justifican la desigualdad de trato. Así: a) El artículo 10 del Convenio establece los requisitos generales para prestar servicios en cualquier Registro de la propiedad mercantil tanto con carácter fijo como temporal -capacidad según la legislación laboral, no padecer enfermedad inhabilitante y estar en posesión del título de

BUP o equivalente- exceptuando del cumplimiento de este último requisito al "personal de carácter temporal".

b) La duración limitada de los contratos temporales y la necesidad de un tiempo razonable de dedicación a la actividad registral a fin de obtener la capacitación o calificación razonable necesaria para el acceso a la categoría de Auxiliar de Segunda -sus funciones se regulan en el artículo 11, apartado primero, c) del Convenio- constituye, objetivamente, otro factor diferencial entre ambas modalidades de contrato, del que deriva la existencia de una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

c) Finalmente es de señalar, que, cubiertas las exigencias de capacitación, nada impide al Registrador, conforme el artículo 12 del Convenio, la conversión del contrato temporal en contrato indefinido, de donde resulta que el empleado temporal dispone de tres convocatorias: una, como contratado temporal y dos como fijo, en tanto que a éste se le conceden únicamente dos posibilidades de acceso, ya que la Disposición Transitoria Tercera 1.b) in fine, establece, que los trabajadores fijos "disfrutarán de dos convocatorias y si no lograran superar las pruebas quedarán encuadrados como colaboradores a extinguir".

QUINTO.- Finalmente, se pretende por el cuarto motivo la nulidad de los artículos 39.1º y 53.2.3º del pacto colectivo, como contrarios al "artículo 24.1º de la Constitución Española y el artículo 92 del Estatuto de los trabajadores", argumentándose, en síntesis, que aquellos artículos "no sólo establecen un obligatorio sometimiento de las partes a la Comisión de Vigilancia y Seguimiento, sino que, además, otorgan un carácter vinculante a la decisión de esta Comisión" y que "De esta manera se está pretendiendo impedir y frenar cualquier acceso a la vía jurisdiccional que corresponda, incurriendo en manifiesta ilegalidad por no respetar las normas de derecho necesario o "ius cogens" enumeradas".

La redacción de los artículos impugnados es la siguiente: Artículo 39, Apartado primero.

"Las controversias que surjan entre el Registrador y sus empleados en orden a su remuneración, su cuantía y distribución regulados en este Convenio serán sometidas por ambas partes y en única instancia al arbitraje de la Comisión de Vigilancia y Seguimiento. Su resolución será vinculante para ambas partes".

Artículo 53.2.3º "Emitir dictámenes e informes sobre la interpretación y aplicación del presente Convenio, a petición de cualesquiera de las partes firmantes o de cualquier interesado. Para que los dictámenes, informes y resoluciones sean vinculantes será necesario sometimiento expreso y previo de las partes, salvo en los supuestos previstos en este Convenio".

La sin razón de la pretensión deriva de la mera lectura del artículo 85.2.e) del Estatuto de los Trabajadores que establece, como contenido mínimo del convenio, "la designación de una comisión paritaria da la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas", y del artículo 91, apartado primero, del propio Estatuto -rotulado de "Aplicación e interpretación"- cuando preceptúa que "con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias de conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos, se resolverá por la jurisdicción competente"; reserva a favor de la jurisdicción que el pacto litigioso incluye expresamente en su artículo 53, apartado primero, que literalmente dice: "Sin perjuicio de la competencia atribuida a los Tribunales, compete a esta Comisión con carácter previo y necesario el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la interpretación y aplicación, carácter general (sic), de lo pactado en este Convenio, y el ejercicio de cualesquiera otras funciones que por la Ley le correspondan. ".

La obligación asumida en el convenio de intervención previa y obligatoria de la Comisión Paritaria de Vigilancia y Seguimiento para la resolución de aquellas discrepancias que su interpretación y aplicación pudiera originar, constituye una más de las obligaciones que libremente y con ocasión de la negociación colectiva pueden adoptar las representaciones de trabajadores y empresarios en fomento de la paz laboral, siempre, naturalmente, que no se vea afectada la competencia de los órganos

jurisdiccionales como recuerda el mencionado apartado primero del artículo 91 del estatuto, precepto que, incluso, en sus apartados siguientes, faculta expresamente a aquellas representaciones para establecer "procedimientos, como la mediación y el arbitraje", otorgando al "acuerdo logrado... la eficacia jurídica de los Convenios Colectivos regulados en la presente ley", si bien este acuerdo es "susceptible de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos para los Convenios Colectivos".

La intervención obligatoria de la Comisión paritaria del convenio colectivo, acordada en el mismo como trámite extraprocesal anterior al planteamiento del conflicto ante la jurisdicción, constituye una manifestación más del principio de autonomía colectiva y concretamente del derecho de negociación colectiva y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, garantizadas en los ordinales 1. y 2. del artículo 37 de la Constitución Española, debiéndose incluir entre éstas últimas no sólo las pertinentes para el planteamiento del conflicto, sino también las tendentes a instaurar medios propios y autónomos para su solución. De esta manera, los numerales 1. y 2. del artículo 154 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral -antiguo 153 del derogado Texto Articulado- tras establecer el carácter obligatorio de la conciliación en el proceso de conflicto colectivo, permite que puedan celebrarse "ante los órganos de conciliación que puedan establecerse a través de los acuerdos interprofesionales o los Convenios Colectivos" y otorga a lo acordado en conciliación "la misma eficacia atribuida a los Convenios Colectivos", "siempre que las partes que concilien ostenten la legitimación y adopten el acuerdo conforme a los requisitos exigidos".

El Tribunal Constitucional ha declarado, que la exigencia , justificada, razonable y proporcional de trámites preprocesales no infringe el derecho de acceso al proceso y a la tutela judicial efectiva, tutelado en el artículo 24 de la Constitución. Así lo ha sentado respecto a la reclamación previa administrativa a la vía judicial laboral (sentencia 60/1989, de 16 de marzo y 162/1989, de 16 de octubre) y a la propia obligación, suscrita en convenio colectivo, de sometimiento previo del conflicto ante la Comisión Paritaria del Convenio (sentencia 271/1991, de 14 de noviembre), reforzándose la justificación de ésta última en cuanto, de una parte procura la solución de una controversia, que versa

sobre la interpretación del convenio por medios autónomos pertenecientes a la autonomía colectiva, y, de otra, el órgano a quien se atribuye la solución es designado por las partes negociadoras del repetido convenio colectivo.

SEXTO.- En virtud de lo expuesto anteriormente, resulta innecesario examinar la pretensión de nulidad total o parcial del convenio planteado en el inciso final del motivo cuarto, bajo la rúbrica "Consideración Final"; y ello porque al venir condicionada esta pretensión a la nulidad total o parcial del convenio colectivo -según el carácter esencial o no de las disposiciones contenidas en los artículos impugnados- la desestimación de los anteriores motivos acarrea mecánicamente, el rechazo de esta última pretensión. Sin hacer expresa declaración sobre costas procesales, a tenor del artículo 233.2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

FALLO:

Desestimamos el recurso de CASACION interpuesto por la ASOCIACION DE PERSONAL DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, contra la sentencia dictada en 25 de enero de 1995, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el proceso de Conflicto Colectivo Núm. 231/94, instado por dicha Asociación sobre IMPUGNACION DE CONVENIO. No se hace expresa declaración sobre costas procesales.

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE ABRIL DE 1996

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 30 de Mayo de 1995, es del siguiente tenor literal.- FALLO: "Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por D. Mario Pagonabarrraga Garro en representación de la entidad "IBERINFORM INTERNACIONAL, S.A." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº

Tres de Palma de Mallorca (Baleares) de fecha 24 de Enero de 1995 a virtud de demanda promovida por D. Luis Pedro y D. Enrique contra la recurrente y "LA COMPAÑIA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDITO Y CAUCION, S.A." y, en su consecuencia, se confirma la sentencia recurrida".

SEGUNDO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Palma de Mallorca, de fecha 24 de Enero de 1995, contiene los siguientes Hechos Probados: "1º) Los actores D. Luis Pedro y D. Enrique se hallan dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (R.E.TA.) y en Licencia Fiscal de actividades profesionales, hoy I.A.E. (Impuesto de actividades Económicas) en el epígrafe de Especialistas de Informes. 2º) El actor Sr. Luis Pedro con antigüedad desde el día 1 de Febrero de 1990 y Enrique desde el año 1986, vienen prestando sus servicios profesionales por cuenta y para la empresa de servicios demandada Iberinform Internacional S.A., efectuando personalmente los informes comerciales y de Registro de la Propiedad Mercantil de terceras personas, por encargo de la propia Iberinform Internacional S.A. a quien le son solicitados por sus empresas clientes a las que son destinados y puestos a su disposición. Iberinform Internacional S.A., también realiza este servicio para la Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución S.A., que le encarga informes de las empresas que acuden a esta última compañía solicitando la garantía del aseguramiento de caución y cobertura del riesgo por el impago de su créditos mercantiles y también de las empresas clientes de aquéllas y beneficiadas por los aplazamientos de pago facilitados a término. Que el actor Sr. Enrique con anterioridad había realizado informes directamente para la Cía "Crédito y Caución S.A." desde el 1 de Mayo de 1983, hasta el año 1986 en que cesó. 3º) Para la realización de los informes de solvencia y verificación de datos registrales de las empresas que solicitan los clientes de Iberinform Internacional S.A., los actores retiran de las oficinas de Iberinform S.A., por "disquete" de ordenador, las indicaciones de las personas (físicas o jurídicas) sobre las que se les encomienda la gestión e investigación que realizan bajo estrictas directrices de la demanda Iberinform Internacional S.A., aunque con su propia organización y aparatos ordenadores, una vez cumplimentados los datos en sus respectivos domicilios fiscales, siguiendo el programa informático

normalizado que, facilitado por Iberinform S.A. tienen incorporado a sus respectivos ordenadores, y para cuyo manejo fueron debidamente instruidos mediante oportunos cursillos, una vez concluida la información, es entregada a Iberinform S.A. encabezando cada uno de los trabajos informativos con los honorarios a percibir por cada uno de ellos según tarifas, previamente establecidas entre las partes para cada año o ejercicio y que les son abonados por Iberinform S.A. contra factura confeccionada cada mes por los actores con la aplicación correspondiente de los impuesto por IVA y deducción a cuenta de IRPF. Que los actores no perciben honorarios cuando no efectúan informes o comprobaciones registrales ni disfrutan de vacaciones pagadas ni perciben compensaciones por gastos de material o dietas, salvo la compensación por pagos de honorarios estrictos de Registro o Tasas de Organismos previa justificación, pero no pueden disponer, tampoco, de los datos obtenidos, ni ofrecerlos comercialmente, ni tampoco dar información con los datos así obtenidos a otras empresas de servicios de información, no comercializarlos con cualquier otra empresa interesada que no sea cliente de Iberinform, ni hacer el servicio de otra forma que no sea a través de ésta, pues los informes obtenidos por los mismos quedan incorporados al patrimonio de las empresas clientes de Iberinform S.A. a la que pagan directamente por sus encargos sin que los actores tengan relación directa con los clientes de Iberinform Internacional S.A. 5º) Que los actores han percibido de Iberinform Internacional S.A. por la prestación de sus servicios, una percepción económica de dinero, por un promedio bruto mensual de 161.319,00 el Sr. Luis Pedro y de 186.061#00 pesetas el Sr. Enrique . 6º) Con fecha 5 de Julio de 1994 la empresa Iberinform Internacional S.A. se negó a recibir de los actores un disquete que contenía información comercial de "Martínez Beaus y Cía S.A." y otro informe, más ocho notas del Registro de la Propiedad de Manacor respecto de Perlas Manacor S.A y cuarenta y siete peticiones de informes solicitados hasta el día 14-6-94. 7º) Con fecha 1 de Agosto de 1994 se celebró ante el S.M.A.C. el preceptivo acto de conciliación instado el día 14-7-94. 8º) El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe sobre la excepción de incompetencia alegada por los codemandados, que obrante en autos se da por literalmente reproducido".

Dicha sentencia, concluye con el siguiente FALLO: "Que estimando en parte la demanda promovida por D. Luis Pedro y D. Enrique , contra IBERINFORM INTERNACIONAL S.A. y COMPAÑIA ESPAÑOLA DE SEGUROS y REASEGUROS CREDITO Y CAUCION S.A. sobre despido, debo declarar y declaro improcedente el operado por la empresa demandada Iberinform Internacional S.A. en fecha 5 de Julio de 1994 y en consecuencia debo condenar y condeno a dicha demandada a que en término de cinco días a contar desde la notificación de la sentencia, opte o por la readmisión de los actores en idénticos puestos de trabajo e iguales condiciones laborales o por el abono de las sumas de 1.209.893.- pesetas y 3.279.325.- pesetas respectivamente y en todo caso al abono de los salarios de tramitación desde la indicada fecha hasta la notificación de la sentencia y debiendo absolver como absuelvo a la codemandada Compañía Española de Seguros y Reaseguros Crédito y Caución S.A. de las acciones en su contra propugnadas por los actores con estimación de las excepciones de caducidad y falta de legitimación pasiva y activa formuladas por la misma".

TERCERO.- Sobre cuestión litigiosa referida a DESPIDO POR LA EMPRESA IBERINFORM S.A., se dictaron dos sentencias por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fechas 5 y 19 de Marzo de 1990.

CUARTO.- Por el Procurador D. JOSE LUIS ORTIZ-CAÑAVETE Y PUIG MAURI, en nombre y representación de la Compañía Mercantil IBERINFORM INTERNACIONAL, S.A., se formalizó el recurso de casación para unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Supremo, el 20 de Julio de 1995 y en el que alegó los siguientes motivos: I) Determinar si la relación que unía a los demandantes con Iberinform era de carácter laboral o de carácter civil. II- III) Sobre la contradicción alegada.

IV) Cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 221 de la Ley de Procedimiento Laboral.

La parte recurrente, ha aportado las preceptivas certificaciones de las sentencias contradictorias.

QUINTO.- Se tuvo por personado e interpuesto en tiempo y forma el presente recurso de casación para unificación de doctrina y pasados los autos al Magistrado Ponente, por Proveído de 16 de Noviembre de 1995, se admitió a trámite el recurso, dando traslado del mismo al Ministerio Fiscal.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida personada, el Ministerio Fiscal emitió su preceptivo dictamen en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE. Se señaló para Votación y Fallo, el día 11 de Abril de 1996, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En el presente recurso de casación para unificación de doctrina, concurre el presupuesto básico de la contradicción respecto de la sentencia elegida como término comparativo, de fecha 5 de Marzo de 1990, procedente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la que aparece referida a la misma empresa, ahora recurrente, y en la que se aborda una cuestión, prácticamente, idéntica a la que es objeto de valoración en los presentes autos.

El problema que se somete a debate es el de la existencia, o no, de relación laboral entre las partes contendientes en el proceso y la consecuente competencia o incompetencia de este orden jurisdiccional social para conocer del mismo.

La cuestión no resulta nada fácil de dilucidar, como así lo pone de relieve, ya, la sentencia impugnada, por cuanto el contrato que vincula a las partes litigantes se sitúa, ciertamente, en esa frontera imprecisa entre la propia y verdadera relación jurídica de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios.

Es evidente que frente a las notas típicas de una relación arrendaticia de servicios -alta en licencia fiscal -hoy I.A.E.- y en el régimen especial de Seguridad Social de trabajadores autónomos, cobro de honorarios por cada trabajo realizado con aplicación de IVA y deducción del IRPF, realización del trabajo profesional en la oficina del prestador de los servicios con sus medios y organización propios, no sometimiento a un determinado horario laboral, ausencia de período vacacional pagado

por la empresa, no abono de gastos de material o de dietas, etc....- concurren en la relación jurídica de autos elementos configuradores de la dependencia característica del contrato de trabajo. En este sentido, la sentencia recurrida menciona, y ello apoya fundamentalmente el fallo estimatorio de la demanda que recoge, la concurrencia de una estricta dirección de los trabajos informativos a realizar que vinieron verificándose a través de un programa infórmatico confeccionado por la empresa la que, a su vez, controlaba dichos trabajos mediante comunicación directa con las personas respecto de las que se solicitaba información, penalizando, por otra parte, el retraso o el incumplimiento del trabajo encomendado a los demandantes recurridos y asignando a éstos determinadas zonas de actuación. En otro aspecto el trabajo de información realizado por los demandantes, que hubo de realizarse, en todo caso, personalmente, quedaba en propiedad de la empresa Iberinform Internacional, S.A., sin que aquéllos pudieran disponer del mismo en favor de otras empresas, comercializarlos o utlilizarlos de cualquier otra forma si no era a través de la indicada empresa recurrente. No consta, en otro aspecto, que dichos demandantes trabajasen, simultáneamente, para otras empresas, aunque, ciertamente, tampoco, se advierte la concurrencia de prohibición alguna al respecto que diese al trabajo realizado una característica de exclusividad.

SEGUNDO.- Con tales elementos de enjuiciamiento, sin dificultad, se advierte que toda la esencia del proceso discursivo se contrae a determinar si el trabajo desarrollado por los demandantes de autos se vino desarrollando en una situación de propia dependencia de la empresa demandada recurrente y dentro del ámbito organizativo de esta última.

Es cierto que dicha dependencia no exige ya la presencia física del trabajador en las instalaciones empresariales con sujeción a un horario determinado ni siquiera, tampoco, la exclusividad en la prestación del trabajo contratado.

Desde esta perspectiva enjuiciadora y con base en la presunción legal del artículo 8-1 del Estatuto de los Trabajadores puede, sin gran esfuerzo, afirmarse que nos encontramos ante una relación laboral de específicas características pero no

desnaturalizada en su esencia de prestación de trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena mediante el abono de una retribución.

Es de significar que el arrendamiento de servicios, de naturaleza civil, comporta, en sí mismo, una libertad de actuación profesional por parte del arrendatario que, claramente, no se da en el caso contemplado en el presente recurso. Y es que no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre, a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo.

TERCERO.- Por todo lo que se deja razonado y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal el recurso debe ser desestimado, imponiéndose a la parte recurrente la pérdida del depósito constituido, al que habrá de dar el destino legal e imponiéndole las costas causadas que comprenderán los honorarios del Letrado de la parte recurrida que impugnó el recurso, dentro de los límites, legalmente, previstos al efecto.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina, promovido por el Procurador D. JOSE LUIS ORTIZ-CAÑAVETE Y PUIG MAURI, en nombre y representación de la compañía mercantil IBERINFORM INTERNACIONAL, S.A., contra la sentencia, de fecha 30 de Mayo de 1995, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en recurso de suplicación nº 240/95, correspondiente a autos nº 668/94 del Juzgado de lo Social nº 3 de Palma de Mallorca, deducidos por D. Luis Pedro y D. Enrique , frente a la parte recurrente, sobre DESPIDO.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal y se impone a la parte recurrente las costas causadas, que comprenderán los honorarios del Letrado de la parte recurrida que impugnó el recurso dentro de los límites legalmente previstos al efecto.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JUNIO DE 1996

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 19 de enero de 1.995 el Juzgado de lo Social nº 1 de Valladolid, dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda formulada por Don ANGEL CHAMOSO FERNANDEZ, en su propio nombre y derecho y en representación de la Empresa HOTEL FERIA, S.A., contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (I.N.S.S.) y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (T.G.S.S.), en reclamación de FECHA DE EFECTOS DEL ALTA EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro la procedencia de la baja en el Régimen General de la Seguridad Social y el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de Don ANGEL CHAMOSO HERNANDEZ, con efectos desde el 1-4-1989, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " 1º. El 12-5-1986, se constituyó la sociedad Bingo Vallisoletano, S.A., cambiando su

denominación por la de "Hotel Feria, S.A.", el 10-12-1987.- 2º. El actor, Don Angel Chamoso Fernández, es titular del 30% del capital social. Fue administrador solidario hasta el 31-5-1994 y, a partir de esta fecha, fue nombrado administrador único de la Sociedad.- 3º. El 1-4-1989, el actor, se dio de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, encuadrándose dentro del grupo 1 de cotización, permaneciendo en dicho Régimen hasta junio de 1.994.- 4º. La actividad desarrollada por el actor es la misma, desde el 1-4-1989.- 5º.

El 1-7-1994, solicitó el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, siéndole admitida la misma por la Tesorería General de la Seguridad Social.- 6º. El 2-8-1994, formuló reclamación previa.- 7º. El 20-12-1994 presentó demanda ante el Juzgado Decano, siendo turnada a este Juzgado el 21-12-1994".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ante la Sala de lo Social de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la cual dictó sentencia con fecha 17 de octubre de 1.995, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Valladolid de fecha 19 de enero de 1.995, sobre Fecha de efectos de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, y con revocación de la misma, DESESTIMAMOS la demanda interpuesta por A.C.H., en representación de la empresa HOTEL FERIA, S.A. contra dichas Entidades a quien libremente absolvemos de la misma".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. A.C.H.y de la entidad mercantil "HOTEL FERIA, S.A.", se preparó el recurso de casación para la unificación de doctrina. En su formalización, se invocaron como sentencias con valor referencial las dictadas por la Sala de lo Social de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fechas 4 de abril, 13 de junio y 18 de julio de 1.995. Los motivos de

casación denunciaban: 1º.- Infracción por aplicación indebida de los artículos 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto y 1 del Real Decreto 1314/1984, de 21 de junio.- 2º.

Infracción por no aplicación de los artículos 2 y 28 del Real Decreto 1258/87, de 11 de septiembre, artículos 1, 2, 9, 14.1 y 98 de la Ley General de la Seguridad Social de 1.994, y artículos 61 y 62 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1.974.- 3º. Infracción por violación de los artículos 14 y 9.3 de la Constitución Española.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 9 de enero de 1.996 se procedió a admitir a trámite el presente recurso, y habiendose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. SR. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y el fallo el día 29 de mayo de 1.996, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: 1.- Hotel Feria, S.A. y D. Ángel Chamoso Fernández, quien ostenta el cargo de administrador único de la citada sociedad de capital, han formulado conjuntamente recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social, con sede en Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 17 de octubre de 1995, por la que, acogiendo el de suplicación interpuesto por la Tesorería General y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, se desestima la pretensión que habían deducido aquellos, con objeto de que se declarara que el alta del mencionado administrador único en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (R.E.T.A.), pedida el 1 de julio de 1994, había de producir sus efectos desde 1 de abril de 1989, fecha en la que por razón de tal cargo e indebidamente, al juicio de los demandantes, fue dado de alta en el Régimen General y desde la que, por la razón indicada, había de ser reconducida al mencionado Régimen Especial, eliminándola, con tales efectos temporales, del Régimen General Según resulta de lo expuesto, el tema litigioso queda exclusivamente centrado en la determinación del concreto Régimen en

que procedería haber encuadrado, en su caso, al Sr. Chamoso, cuando en 1.989 se produjo su alta en Seguridad Social, lo cual obligará a precisar el campo de aplicación de los mencionados Regímenes en la fecha indicada. Se entiende necesario resaltar lo anterior, ya desde este primer momento, para dejar claro que al resolver sobre la referida pretensión no nos apartamos ni se rectifica la jurisprudencia que, al par de declarar la incompetencia de este Orden Social para conocer de aquellas que tuvieran por objeto la fijación de los efectos temporales, a los fines de cotización, de bajas fundadas en cese de actividad, cursadas tardiamente, declara, a su vez, la competencia de dicho Orden Social, cuando los efectos temporales pretendidos se proyectaran sobre acción protectora, si bien precisando que no cabe hacer peticiones generales y abstractas al respecto, pues han de versar sobre prestaciones concretas ya causadas. La cuestión planteada es ajena a los supuestos en los que descansan las líneas jurisprudenciales expuestas; no afecta propiamente a retroactividad de alta o baja, mediando cese o cambio de actividad, sino a otra distinta y que incide directamente, según ya se ha dicho, sobre campo de aplicación, cual es la de determinar el Régimen de Seguridad Social en el que, de estar comprendido en alguno, debiera haberse encuadrado el Sr. Chamoso, cuya actividad no ha variado en el periodo considerado.

2.- Los hechos alegados para fundar la expuesta pretensión y que se declaran probados en el ya inalterado relato histórico, son en síntesis los siguientes: a) D. Ángel Chamoso Fernández es titular del treinta por ciento de las acciones representativas del capital social de Hotel Feria, S.A. y ha sido administrador solidario de dicha sociedad, siendo actualmente administrador único de la misma; b) Desde el 1 de abril de 1989, fecha en que por comunicación de la sociedad y en razón del cargo societario mencionado se produjo el alta del SR. Chamoso en el Régimen General, las únicas funciones que ha desarrollado el mismo en aquella han sido las correspondientes a tales cargos societarios; c) Este encuadramiento se ha mantenido hasta el día 1 de julio de 1994, en el que simultáneamente se cursaron la baja en el Régimen General y la solicitud de alta en el R.E.T.A., con petición expresa de que una y otra produjeron sus efectos desde 1 de abril de 1989; d) La Seguridad Social ha procedido a efectuar dichas baja y alta, si bien con efectos de 1 de julio de 1994, lo cual ha motivado la pretensión

que ha dado origen al proceso, orientada, como se ha dicho, a obtener que el alta en el Régimen General causada en 1.989 sea reconducida, con tales efectos temporales al R.E.T.A., eliminándola de aquel desde la mencionada fecha.

3.- Afirman los recurrentes, que la sentencia que impugnan, al no declarar que las mencionadas alta y baja habían de producirse con los efectos temporales pedidos, ha incurrido en contradicción con las también dictadas por la Sala de procedencia, con fecha 4 de abril, 13 y 18 de julio, todas ellas de 1995, dado que estas, ante supuestos iguales, han llegado a pronunciamientos distintos, en tanto que acceden a la fijación de efectos temporales que se solicitaba con relación al alta en el R.E.T.A. y la baja en el Régimen General.

De estas sentencias, todas ellas aportadas mediante certificación, carece de idoneidad, a los fines de acreditar la concurrencia del presupuestos o requisito de recurribilidad que establece el artículo 217 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, la de 13 de julio de 1995, dado que no es firme. Son idóneas, por el contrario, las otras dos aportadas, en tanto que gozaban de firmeza a la fecha de publicarse la recurrida. Estas sentencias efectivamente acreditan el cumplimiento del mencionado requisito, según informa el Ministerio Fiscal y acepta la Tesorería al impugnar el recurso, pues versan sobre pretensiones análogas a la resuelta por aquella y llegan, sin embargo, a pronunciamiento distinto.

SEGUNDO: 1.- Acreditado el cumplimiento del citado presupuesto de recurribilidad, se ha de entrar a conocer de los tres motivos de casación que se alegan, lo que hará posible, al darles respuesta, atender la finalidad unificadora a que responde la instauración de este extraordinario y excepcional recurso.

2.- Los dos primeros motivos de casación responden a un mismo razonamiento, lo que hace aconsejable su estudio conjunto. No así el tercero, en el que se alega violación de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución. En aquellos se denuncia infracción de los preceptos siguientes: artículos 1, 2, 9, 14.1 y 98 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; artículos 61 y 62 de la Ley General de la

Seguridad Social de 1.974; artículo 1 del Real Decreto 1314/1984; artículos 2 y 28 del Real Decreto 1258/1987; y artículo 2 del Decreto 2530/1970.

3.- Para fundar que concurren las infracciones expuestas se parte de que la relación material que vincula a los recurrentes siempre ha tenido naturaleza mercantil o societaria, sin que en momento alguno haya podido ser incardinable en la laboral especial de alta dirección, prevista por el artículo 2.1. a) del Estatuto de los Trabajadores y desarrollado por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Sentado lo expuesto, lo que no ha sido cuestionado por la Tesorería General, afirman los recurrentes que la condición de alto cargo societario, tanto ahora como en 1989, determinaba la inclusión en el campo de aplicación del R.E.T.A. y no en el del Régimen General, por lo cual la Tesorería General, en tanto que tiene atribuida la competencia en materia de altas y bajas, debió de rechazar en su momento la comunicación de alta en el Régimen General y producir, también entonces, el alta en el R.E.T.A., sin que su actuación contraria al ordenamiento jurídico, manifestada en la conducta expuesta, permita que el alta indebida en el Régimen General se mantenga hasta 1994, rechazando que la baja pedida en el mismo no se produzca con los efectos temporales que se pretenden y, a su vez, que el alta en el R.E.T.A., aun tardíamente pedida, no actúe también desde entonces, a través de reconducir a este Régimen Especial el alta indebidamente causada en el General.

TERCERO: 1.- Los motivos de casación expuestos, en lo que atañen a la recondución al R.E.T.A. del alta indebida causada en el Régimen General, no deben ser acogidos por las razones siguientes; a) Es cierto, desde luego, que la relación que vincula al administrador único con la sociedad de capital es de naturaleza mercantil o societaria; no es, por tanto, de carácter laboral, ni siquiera especial, en tanto que excluida de tal ámbito en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores, sin ser subsumible en las previsiones del artículo 2.1. a) del mismo cuerpo legal. No es necesario insistir sobre ello, bastando hacer remisión a línea jurisprudencial consolidada existente al respecto, manifestada, entre otras, en nuestras sentencias de 25 y 27 de junio de 1989, 27 de julio y 5 de diciembre de 1990, 21 de enero, 13 de mayo, 3 y 18 de junio de 1991, 27 de enero de 1992 y 22 de diciembre de

1994. Es exacta, por tanto, la afirmación que en tal sentido hacen los recurrentes mediante la que precisan la naturaleza de la relación que los vincula, lo que no se ha cuestionado en ningún momento por la parte recurrida.

b) Por el contrario, la Sala no considera correcta la segunda premisa sobre la que descansa el razonamiento argüido para fundamentar tales motivos, consistente en que el campo de aplicación del R.E.T.A. incluye los cargos mercantiles de alta gestión de las sociedades de capital. La afirmación efectuada en tal sentido por los recurrentes, hecha de manera apodíctica, pretende, seguramente, encontrar apoyo en la resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 23 de junio de 1992, determinante de la Circular de la Tesorería General núm. 2034, de 29 de diciembre de 1992; pero una y otra carecen de fuerza normativa, por lo que su eficacia se halla obviamente condicionada a que se hallen acomodadas al ordenamiento jurídico. También forma parte de la premisa expuesta, en tanto que corolario de la anterior afirmación, la que también hacen los recurrentes, sin duda con el mismo apoyo, relativa que el cargo societario ostentado por el Sr. Chamoso -el de administrador solidario o el de administrador único- no permitía su alta en el Régimen General, en tanto que no comprendido en el campo de aplicación de este.

c) Como ya ha sido anticipado, esta Sala no considera ajustada la afirmación de la que parten los recurrentes, según la cual el cargo de administrador -primeramente solidario y después único- que ostentaba en 1989 el Sr. Chamoso y que sigue ostentando, obligaba a que su alta en la Seguridad Social se produjera en el R.E.T.A.. Contrariamente a lo que aquellos sostienen, tal conclusión no es correcta. En efecto: El Régimen Especial mencionado, previsto por el artículo 7.1 b), en relación con el artículo 10.2 c), de la Ley General de la Seguridad Social, y desarrollado por el Decreto 2530/1970, no incluye en su campo de aplicación a quienes ostenten altos cargos de gestión, de naturaleza mercantil, en las sociedades de capital. Tal Régimen Especial sólo intenta dispensar protección al trabajador por cuenta propia o autónomo, entendiendo por tal al que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ello a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas. El artículo 3 del mencionado Decreto

2530/1970, que es el que fija el campo de aplicación del R.E.T.A., determina la obligatoria inclusión en el mismo y por lo que ahora importa, de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, y de los socios de la compañía reguladores colectivas y socios colectivos de las compañías comanditarias que trabajen en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa. La mención de empresas individuales o familiares, hecha por el citado artículo, y la que igualmente efectúa, referida a dichas sociedades colectivas o comanditarias, parece que excluye el encuadramiento en tal Régimen Especial de quienes, con carácter mercantil, realizan actividades de alto gobierno en las sociedades de capital. Se ha de tener en cuenta, además, que estos altos cargos societarios, cuando son de la indicada naturaleza, no cumplen la condición de trabajadores por cuenta propia, la cual se impone inexcusablemente por las normas rectoras del R.E.T.A. para la inclusión en su campo de aplicación. Lo hacen por cuenta de la sociedad de capital para la que desarrollan su actividad, pues de ella reciben la remuneración que devengan, por más que dicha retribución se hubiera fijado en función de resultados. Tan es así que a efectos fiscales no es dudosa la conclusión expuesta, la cual, por otra parte, también es deducible de que el órgano rector supremo de las sociedades de capital tiene plena libertad para acordar la remoción de los administradores sociales, libertad que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal, manifestada en su sentencia de 30 de diciembre de 1.992, ha entendido tan transcendente que, en tanto que atentatoria de aquella, ha declarado la nulidad de cláusula de "blindaje" pactada por una sociedad anónima con su consejero-delegado.

Es cierto, como alegan los recurrentes, que el artículo 2.3 del Decreto 2530/1.970 consagra presunción, con valor "iuris tantum", en favor de que concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo en quienes ostentan la titularidad de un establecimiento abierto al público, sea como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. Pero no lo es menos que tal presunción no es aplicable al caso, dado que el Sr. Chamoso no ostenta la titularidad del Hotel Feria, la cual corresponde a la sociedad anónima del mismo nombre, sin que la participación que aquel tiene en el capital de esta pueda llevar a conclusión contraria mediante el

levantamiento del velo de la persona jurídica, dado que dicha participación, aunque importante, no es decisiva para marcar el signo de la voluntad social.

Las consideraciones que preceden desvirtúan la premisa de la que parte el razonamiento efectuado para fundamentar los motivos que son ahora objeto de exámen, en tanto que ponen de relieve que la Tesorería General, cuando en 1.989 accedió al alta del Sr. Chamoso en el Régimen General, sin reconducir la comunicación en tal sentido cursada para producir el alta en el R.E.T.A., no actuó antijurídicamente, al menos en lo que se refiere a ésto último, en tanto que no procedía tal alta en el R.E.T.A., por lo cual queda privada de fundamento la petición de que se reconduzca a tal Régimen Especial el alta que en el General se produjo en 1.989.

d) Se ha de significar, por último, que la legalidad de tal alta, la producida en el R.E.T.A. en 1.994, es cuestión ajena al proceso, en tanto que lo único que en este se discute, con relación a dicho Régimen Especial, es la de los efectos temporales del alta en el mismo. Es claro, por consiguiente, que ha de quedar excluido cualquier pronunciamiento al respecto.

CUARTO: 1.- Mayor dificultad ofrece la segunda afirmación que sustentan los motivos que son ahora objeto de exámen, referente a que el alta del Sr. Chamoso en el Régimen General, producida en 1 de abril de 1.989, era contraria al ordenamiento jurídico vigente a la sazón, por lo cual la baja en tal Régimen, cursada el 1 de julio de 1.994, habría de producir sus efectos desde la fecha primeramente indicada.

2.- La respuesta a los motivos objeto de exámen, por lo que concierne a la cuestión últimamente expuesta, habrá de partir de las consideraciones siguientes: a) El artículo 61.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1.974, Ley esta que era la vigente cuando se produjo el alta del Sr. Chamoso en el Régimen General, establecía, por lo que ahora importa, que estarían obligatoriamente incluídos en el Régimen General los trabajadores por cuenta ajena o los asimilados a estos. En el apartado 2 del citado artículo 61 se fijaban los colectivos objeto de asimilación, haciéndolo en enunciado abierto, pues en su letra h) quedaban incluídas cualesquiera otras personas que en lo sucesivo y por razón de su actividad, fueran también, a través de Decreto,

objeto de asimilación. Entre los colectivos que el mencionado artículo 61 asimilaba directamente figuraba el formado por quienes trabajaran por cuenta ajena en los cargos directivos de las empresas, excluídos de la Ley de Contrato de Trabajo, pero estableciendo que no estarían comprendidos en esta asimilación quienes ostentaran pura y simplemente el cargo de consejero en las empresas que adoptaran forma jurídica de sociedad. Esta asimilación no tenía perfiles nítidos, como tampoco los tenía la norma laboral excluyente, contenida en aquel entonces en el artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1.944, cuyo ámbito, sin embargo, era muy amplio, pues abarcaba a quienes desempeñaran en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo, características de los cargos que enunciaba. Lo cierto es, sin embargo, que el artículo 61.2 b) de la Ley General de la Seguridad Social, partiendo de la exclusión de laboralidad establecida por el artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo, vigente a la sazón, dividió a los afectados por aquella en dos grupos: el primero, beneficiado con el mandato de asimilación que directamente contenía, formado por aquellos que trabajaren por cuenta ajena en los cargos directivos de las empresas; y el segundo, a los que negaba la asimilación, integrado por quienes ostentaran, pura y simplemente, el cargo de consejero en las empresas que adoptaran forma jurídica de sociedad. De esta forma la citada norma de Seguridad Social adquiría autonomía con respecto a la establecida por el ordenamiento de trabajo, separándose de este, en tanto que una parte del colectivo que dicho ordenamiento dejaba fuera de la laboralidad quedaba, sin embargo, incluido en el campo de aplicación del Régimen General, en virtud de tal asimilación directa.

b) En la posterior evolución del ordenamiento de trabajo se produjo una tendencia a la asimilación a la laboralidad del personal directivo hasta entonces excluido de su ámbito. Así, el artículo 3 de la Ley de Relaciones Laborales instauró unas denominadas relaciones laborales especiales, comprendiendo entre estas al trabajo de alta dirección o gestión de la empresa, siempre que no se limitare, pura y simplemente, al desempeño del cargo de consejero en las empresas que revistieran forma jurídica de sociedad. Tal mandato, que era concorde con el del artículo 61.2 a) de la Ley General de la Seguridad Social de 1.974, no llegó, sin embargo, a tener efectividad, dado que no se

cumplieron las previsiones de la adicional cuarta de aquella ley, lo que determinó que siguiera operando lo que disponía su transitoria primera.

c) El Estatuto de los Trabajadores, insistiendo en la idea asimiladora a la laboralidad, antes iniciada sin éxito, si bien establece en su artículo 1.3 c) que quedan fuera del ámbito laboral aquellas actividades que se limiten, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, realizando tan sólo los cometidos inherentes a dichos cargos, determina en su artículo 2.1 a) que tiene el carácter de relación laboral especial la del personal de alta dirección, no incluído en el artículo 1.3 c). La consumación de esta asimilación a la laboralidad se produjo con la entrada en vigor del Real Decreto 1282/1985, que perfila, aunque no de manera nítida, el ámbito de la relación especial que regula.

d) El perfil no demasiado claro de la relación laboral especial mencionada ha hecho precisa la labor integradora de la jurisprudencia, declarando que los preceptos contenidos en los artículos 1.3 c) y 2.1 a) tienen ámbitos "tangentes ", lo que obliga a entender que quienes ocupan los altos cargos de gestión en las sociedades de capital, sin hallarse comprendidos en la exclusión consagrada por el citado artículo 1.3 c), han de ser considerados incluídos en el ámbito de la relación laboral especial antes mencionada, siempre que cumplieran los requisitos establecidos al respecto. Naturalmente que el alcance de la doctrina expuesta exigía la previa determinación del ámbito de la exclusión referida, lo que fue aclarado por la jurisprudencia (sentencia de 3 de junio de 1.991, en la que se reitera doctrina sentada por las de 29 de septiembre de 1.988 y 21 de enero de 1.991 y a la cual sigue la de 18 de junio de 1.991), en el sentido de que quienes integran los órganos de alto gobierno de las sociedades de capital, en tanto que a estos incumbe la dirección, gestión, administración y representación de las mismas, quedan comprendidos en el citado ámbito de exclusión, cualquiera que sea la estructura que revistan dichos órganos, bien se trate de consejo de administración, bien de administrador único o administradores solidarios, bien de cualquiera otra forma admitida por la ley, siendo por tanto erróneo entender que los integrantes de dichos órganos, cuando son colegiados, realizan meras funciones consultivas o de simple

consejo y orientación, ya que a aquellos les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, dirección y representación de las mencionadas sociedades de capital.

e) Completando las líneas jurisprudenciales expuestas, precisa la sentencia de 21 de enero de 1991, sentando doctrina que reiteran las de 13 de mayo, 3 y 18 de junio, también del mismo año, 27 de enero de 1.992 y 22 de diciembre de 1.994, que para el deslinde entre la relación societaria propia de los altos cargos y la laboral especial de alta dirección, no es suficiente el mero criterio de la actividad, ya que la desplegada tanto en una como en otra puede ser pareja, por lo que resulta necesario acudir a otros criterios, sobre todo en supuestos en que el órgano de administración tuviera carácter colegiado, cuales serían el del nombramiento para el cargo que habilitara para el ejercicio de dichas funciones o actividad. Y así, cuando el órgano de administración confiriera tales facultades representativas, mediante apoderamiento, en favor de persona ajena a aquel, la relación entre el designado para el correspondiente cargo y la sociedad, sería la especial de alta dirección, siempre naturalmente que se cumplieran los restantes requisitos exigidos para ello, mientras que si el citado órgano de administración atribuyera, mediante delegación, determinadas facultades en favor de persona integrada en aquel, la relación mantendría su carácter mercantil o societario, sin que este "plus de actividad" desvirtuara lo anterior, dado que el designado seguiría desarrollando las funciones correspondientes a su condición de administrador.

f) Las consecuencias que anteceden, con las que se dejan precisados el alcance de la exclusión de "laboralidad" que establece el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores y el "límite superior" de la relación laboral especial de alta dirección, pudieran, sin embargo, no ser decisivas para clarificar el ámbito de la asimilación que directamente disponía el artículo 61.2 a) de la Ley General de la Seguridad Social, en sus versiones de 1.966 y 1.974, dado que, como antes se dijo, este artículo nació con entidad autónoma, sin quedar subordinado al ordenamiento laboral vigente a la sazón, en tanto que desglosaba en dos grupos al colectivo integrado por quienes desempeñaren en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo, por aquel entonces excluido de dicho ordenamiento (artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo),

a fin de determinar que la asimilación que directamente disponía sólo beneficiaba a aquellas personas que, estando excluídos de la citada Ley de Contrato de Trabajo, trabajaran por cuenta ajena en los cargos directivos de las empresas, pero dejando fuera de dicha asimilación, por tanto, a los que ostentaren, pura y simplemente, cargo de consejero en las empresas que revistieran forma jurídica de sociedad.

Es oportuno recordar que el vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al dar nueva redacción al precepto que efectúa la aludida asimilación, actualmente contenido en su artículo 97.2 a), constriñe dicha asimilación al personal de alta dirección a que se refiere el artículo 2.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, con lo cual, aunque hace que tal mandato adquiera plena concordancia con el ordenamiento laboral, priva, sin embargo, de contenido a la referida asimilación, ya que dicho personal, en tanto que vinculado a la empresa por relación laboral, aunque sea especial, no precisa de asimilación para estar comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General, en tanto que la mención a trabajadores por cuenta ajena con relación especial, efectuada por el artículo 7.1 a) del propio Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, lleva consigo que queden directamente afectados por lo dispuesto en el artículo 97.1 de la misma Ley.

Pero en cualquier caso, tal Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social no estaba vigente en la fecha en que el Sr. Chamoso fue encuadrado en el Régimen General, lo que hace inaplicable el mismo al supuesto litigioso, sin que tampoco su disciplina al respecto pueda servir de pauta interpretativa segura, pese a tratarse de refundición, dado que en tal punto pudiera considerarse excedido.

Consiguientemente con lo expuesto, para dar solución a la cuestión que es ahora objeto de exámen resulta obligado estar a lo que disponía el artículo 61.2 a) de la Ley General de la Seguridad Social de 1.974. Su mandato dejaba fuera de la asimilación que directamente disponía a quienes ostentaran, pura y simplemente, el cargo de consejero en las empresas que revistieran forma jurídica de sociedad. Es cierto que quien desempeña dicho cargo tiene la condición de administrador, aunque lo desarrolle en órgano colegiado, por lo cual la referencia al mismo, aún efectuada con la literalidad

expuesta, cabría entender que abarcaba también a aquellos que, sin ser colegiada la estructura organizativa de la sociedad, ostentaran la condición de administrador de la misma. Pero, dada la literalidad del precepto, también cabría entender, como así lo declaró la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal en jurisprudencia reiterada, ciertamente rectificada a partir de su sentencia de 26 de abril de 1.991, que el mismo incluía en la asimilación que establecía a quienes, cuando la estructura organizativa no fuera colegiada, ostentaren el cargo de administrador o a aquellos que, siendo colegiado el órgano de administración y formando parte del mismo, fueran revestidos de un "plus de actividad", en virtud de delegación conferida por dicho órgano.

Con lo antes expuesto se pretende poner de relieve las dificultades interpretativas que ofrecía el citado artículo 61.2 a), en sus versiones de 1.966 y 1.974, lo que explica que la Seguridad Social haya actuado durante mucho tiempo siguiendo el criterio hermeneutico que se ha expuesto en segundo lugar, con lo cual, al extender el ámbito del campo de aplicación del Régimen General, dispensaba mayor nivel subjetivo de protección. Tal criterio se mantuvo hasta que fueron dictadas la resolución y circular al principio mencionadas, con las cuales se pretendía un ajuste o adecuación con nuestros criterios jurisprudenciales antes expuestos, -los cuales, es de advertir, venían referidos al ordenamiento laboral- y, al propio tiempo, no privar de protección a quienes hasta entonces dicha Seguridad Social había encuadrado en el Régimen General. Pero para lograr esto último se ha forzado, sin modificación normativa al respecto, el campo de aplicación del R.E.T.A.. Aún cuando no es función de la jurisprudencia apuntar los caminos adecuados para atender el fin de protección pretendido, no es inoportuno recordar las posibilidades que ofrecía el artículo 61.2k) de la Ley General de la Seguridad Social de 1.974 y las que sigue ofreciendo el artículo 97.2 k) del vigente Texto Refundido.

g) En todo caso, las dificultades interpretativas puestas de relieve obligan a entender que la actuación de la Tesorería, manifestada en aceptar el alta en el Régimen General del Sr. Chamoso, cursada en 1.989, no fue demostrativa de infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, por lo cual no procede referir los efectos de la

baja en dicho Régimen a 1.989, tal como pretenden los recurrentes, en petición, por otra parte, que, en tanto que conjuntamente formulada con la de que se reconozca igualmente que los efectos del alta en el R.E.T.A. deben producirse desde el mencionado año 1.989, ha de entenderse que ha sido deducida como subordinada al éxito de esta.

3.- Por todo lo razonado procede igualmente desestimar los motivos que han sido objeto de exámen, en cuanto se refieren a la atribución de efectos retroactivos para la baja en el Régimen General.

QUINTO.: 1.- El último motivo del recurso denuncia infracción de los artículos 14 y 9.3, ambos de la Constitución. Se razona al respecto que la Sala de procedencia, ante pretensiones iguales, ha llegado a pronunciamientos distintos, perjudicando así el principio de igualdad en la aplicación de la Ley y la seguridad jurídica.

2.- Es cierto que el principio primeramente mencionado impide que un mismo órgano jurisdiccional pueda modificar, arbitrariamente, el sentido de sus anteriores decisiones cuando la posterior versare sobre supuesto sutancialmente igual que los resueltos por aquellas; pero ello no supone que el precedente "petrifique" la doctrina jurisdiccional que con aquel hubiera sido sentada, lo cual sería contrario a la dinámica jurídica, que también puede manifestarse, como declara el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/1.984, "en una razonable evolución de la interpretación y aplicación de la legalidad, concretada en un cambio de criterio que legitime las diferencias de tratamiento".

3.- Se ha de tener presente, además, que el ordenamiento procesal vigente, contemplando la posible dispersión de la doctrina de suplicación, ha instaurado un recurso de casación, no sólo extraordinario, sino también excepcional, para atender la seguridad jurídica y la unidad en la interpretación del derecho, mediante el cual y a través de las sentencias que lo resuelven, se posibilita el establecimiento de líneas jurisprudenciales, con especial proyección unificadora.

4.- Es claro, por lo expuesto, que la existencia de sentencias contrarias a la que se recurre, no obliga al seguimiento de la doctrina que en aquellas se sienta, ni aún

cuando procediera del mismo órgano jurisdiccional, pues conclusión contraria no es compatible con la función casacional ni con la primacía de este Tribunal Supremo, que es el único que en el plano de la legislación ordinaria tiene capacidad para crear jurisprudencia.

5.- Procede, por lo expuesto, la desestimación del tercer motivo que funda el recurso y la total de este, con condena en costas a la sociedad recurrente y pérdida del depósito constituido por esta, pues así procede en virtud de lo establecido por los artículos 233 y 226.2 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Yolanda Gutiérrez González, en la representación que acredita de Hotel Feria, S.A. y de D. A.C.H., contra la sentencia de la Sala de lo Social, con sede en Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 17 de octubre de 1.995, por la que se resuelve, estimándolo, el de suplicación que interpusieron la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la dictada el 19 de enero de 1.995 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valladolid, en autos seguidos a instancia de los hoy recurrentes frente a los mencionados Instituto y Tesorería, sobre atribución de efectos retroactivos a baja en el Régimen General y alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Con condena en costas a Hotel Feria, S.A. y pérdida del depósito que dicha sociedad constituyó para recurrir, al que se dará su legal destino.

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE JULIO DE 1996

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 3 de diciembre de 1.993 el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid, dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Se rechaza la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la parte demandada.- Y se

estima la demanda formulada por Dº. Elisa de Castro Prieto contra la empresa CROSSELLING, S.A., declarando que, la rescisión de su contrato notificada por la demandada a la actora, con efectos de 31-8-93, es constitutiva de despido IMPROCEDENTE y condenando a la referida demandada a que, a su opción, readmita a la trabajadora en el mismo puesto de trabajo y condiciones que regían antes de producirse el despido, o le indemnice en la cantidad de 60.000 pts, y asimismo a que le abone los salarios dejados de percibir, desde la fecha del despido y hasta la notificación de esta resolución (a razón del salario mensual indicado), advirtiéndose que la citada opción podrá ejercitarse, ante este Juzgado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, y entendiéndose que, de no hacerse así, se opta por la readmisión".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- La actora, Dª. Elisa de Castro Prieto, ha venido prestando servicios para la empresa demandada -CROSSELLING, S.A.- desde el 4-1-93, a virtud del contrato de agencia suscrito en esa fecha por las partes, realizando la actividad de mediación en la promoción y venta de sus productos y percibiendo como contraprestación comisiones, cuyo importe promediado asciende a 60.000 pts. mensuales.- 2º. En el contrato citado -que obra en los ramos de prueba de ambas partes, y en lo que aquí no se transcriba se tiene por reproducido- se pacto que su objeto sería la realización para parte del Agente de la actividad de mediación y promoción para la venta y comercialización de los productos y servicios que se reseñaban en los correspondientes anexos o listas de precios vigentes en cada momento (estipulación segunda), y que el Agente organizaría su actividad profesional de mediación y promoción así como el tiempo que dedicase a la misma conforme a sus propias pautas, normas y criterios, añadiendo que esa independencia y autonomía, lo serían sin perjuicio de desarrollar aquella actividad con arreglo a las instrucciones generales de la empresa, esenciales e imprescindibles en materias y aspectos tales como precios, condiciones de entrega y de pago de las operaciones mercantiles que se realizasen, características de los clientes, etc. (estipulación tercera).- 3º. Asimismo se pacto que como contraprestación económica el Agente percibiría las remuneraciones que se especificaban en los correspondientes

anexos o listas de preciso y comisiones vigentes en cada momento (estipulación octava) y que las comisiones se abonarían mensualmente y en caso de que se liquidasen adelantadamente comisiones que posteriormente no llegasen a buen fin total o parcialmente, el importe indebidamente abonado se retrotraería de la primera liquidación periódica que se realizase y que se entenderían percibidas a cuenta las comisiones que proviniesen de operaciones que no hubiesen llegado aún en su totalidad a buen fin (Estipulación novena).- 4º. La actora no asumía el riesgo y ventura de las operaciones en que intervenía.- 5º.- Por medio de carta fechada el 30-8-93 y entregada el 31-8-93, que obra en autos, la empresa demandada comunicó a la actora la rescisión de e su contrato, desde el momento de la notificación de dicha carta, alegando que en carta de 7-1-93 se le había señalado de acuerdo con ella, la cifra mensual obligatoria de facturación que debía realizarse a través de su actuación mercantil y que en ninguno de los meses transcurridos desde enero a agosto había conseguido dicha cifra mensual.- 6º.- Antes de formular su demanda, por despido, la actora presentó papeleta de conciliación ante la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, el 9-9-93 y se tuvo por intentado y sin efecto el acto de conciliación el 24.-9-93".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por CROSSELLING, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 10 de noviembre de 1.995, en la que, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por CROSSELLING, S.A., frente a la sentencia de fecha 3-12-1993, dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid, en proceso por despido deducido por Dª. ELISA DE CASTRO PRIETO, frente a aquella y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia impugnada, condenando a la empresa demandada recurrente a la pérdida de los depósitos y consignaciones, así como a abonar al Letrado de la parte contraria en concepto de honorarios la cantidad de veinticinco mil pesetas".

CUARTO.- Por la representación procesal de la Entidad CROSSELLING, S.A., se preparó el recurso de casación para la unificación de doctrina. En su formalización, se invocaron como sentencias con valor referencial las dictadas por las Salas de lo

Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias, de 30 de septiembre de 1.994, Baleares de 31 de octubre de 1.994, Andalucía, con sede en Granada, de 1 de febrero de 1.995, y Galicia, de 2 de octubre de 1.995. El motivo de casación denunciaba la infracción de los artículos 1, 2.2, 3.1 y 9.2 c) de la Ley de Contrato de Agencia de 27 de mayo de 1.992 por inaplicación, así como el artículo 1.1 del Real Decreto 1438/85, de 1 de agosto, por aplicación indebida, en relación con los artículos 1 y 2.

a) de la vigente Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1.995 y artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 21 de febrero de 1.996 se procedió a admitir a trámite el presente recurso, y no habiendose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerarlo improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y el fallo el día 27 de junio de 1.996, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: 1.- La sentencia dictada el 10 de noviembre de 1.995 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, rechazando la excepción de falta de jurisdicción que nuevamente había opuesto CROSSELLING, S.A., confirma la de instancia, estimatoria de la pretensión deducida por Dª. Elisa de Castro Prieto, mediante la que se declaraba que el cese que impuso a esta la citada entidad constituía despido improcedente, imponiendo la correspondiente condena.

2.- Según la versión judicial de los hechos, tal como ha quedado definitivamente configura en suplicación, la actora concertó el 4 de enero de 1.993 con dicha demandada un denominado contrato de agencia, obligándose por el mismo a actuar como intermediaria en la venta de los productos de esta, sin asumir el riesgo y ventura en el buen fin de las ventas que se realizaran con su intervención, pero gozando de plena autonomía para organizar tal actividad y el tiempo que dedicara a ella, sin otro límite que el de sujetarse a los criterios que recibiera en lo relativo al precio de dichos

productos, pago de su importe y condiciones de entrega, recibiendo en compensación el importe de la comisión que fue fijada al respecto.

3.- CROSSELLING, S.A., ha formulado contra dicha sentencia de suplicación recurso de casación para la unificación de doctrina, siendo la cuestión que plantea la de si la relación material traída al proceso, dado los términos del contrato que la constituyó y la manera real de su desarrollo, merece el calificativo de laboral, tal como declara la sentencia que impugna, o, por el contrario y según sostiene, tuvo carácter mercantil, por lo que el conocimiento de la pretensión deducida para impugnar la resolución de la misma, unilateralmente decidida por la hoy recurrente, queda fuera del ámbito jurisdiccional del Orden Social, correspondiendo al Civil.

SEGUNDO: 1.- Según afirma la parte recurrente, la sentencia que combate, al resolver la expuesta cuestión como lo ha hecho, ha incurrido en contradicción con las dictadas el 30 de septiembre de 1.994, 31 octubre 1.994, 1 febrero 1.995 y 2 octubre 1.995, por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia del Principado de Asturias, Baleares, Andalucía (sede en Granada) y Galicia, respectivamente, sentencias todas ellas que tienen la condición de firmes.

2.- En términos correctos plantea dicha parte el debate sobre la contradicción, que debe ser resuelto en sentido afirmativo, ya que al menos dos de las citadas sentencias -las de 30 de septiembre de 1.994 y 31 de octubre de 1.994- resuelven de manera distinta -declaran la incompetencia del Orden Social- sobre pretensiones que, comparada con la que dio origen al proceso, presentan con esta simetría subjetiva e igualdad sustancial en sus hechos, fundamentos y peticiones. Las relaciones llevadas a unos y otro proceso fueron iniciadas mediante unos denominados contratos de agencia, por los que se obligaban los demandantes, sin responden del buen fin de la operación, a promover por cuenta de la empresa para la que actuaban actos u operaciones de comercio, recibiendo la comisión en cada caso pactada y pudiendo organizar conforme a sus propios criterios, tanto su actividad profesional como el tiempo dedicado a la misma, atendiendo tan sólo a la tarifas suministradas y a los criterios impartidos en lo relativo a las condiciones de venta. Carecen de relevancia para excluir la igualdad

sustancial que se aprecia que en los hechos probados de los que parten las sentencias aportadas para cotejo figure explícito que los agentes se encontraban en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, estando también en alta en la licencia fiscal, pues tales circunstancias -que no aparecen explícitas en la descripción del supuesto ahora controvertido-, de haberse desarrollado la correspondiente relación en términos de laboralidad, no excluiría este carácter, como tampoco lo contrario, ya que lo esencial al respecto, como después se razonará, es que las actuaciones del agente se hubieran realizado o no de manera independiente.

TERCERO: 1.- Cumplido el presupuesto o requisito de recurribilidad, procede entrar a conocer del motivo de casación que se aduce en el recurso, mediante el que se denuncia infracción de los artículos 1, 2.2, 3.1 y 9.2 c) de la Ley 12/1.992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia, artículo 1 del Real Decreto 1438/1985, artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 1y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

2.- Tales motivos de casación deben ser acogidos por las razones que a continuación se exponen: a) La delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1 f) del Estatuto de los Trabajadores, desarrollada por el Real Decreto 1438/1985, y sus fronteras con la que se genera por el contrato de agencia, regulado por Ley 12/1.992, ha de efectuarse actualmente teniendo presente lo que, transponiendo a nuestro ordenamiento interno la Directiva 86/653 CEE, de 18 de diciembre de 1.986, determina en términos imperativos esta última Ley, por la que por vía refleja se deja precisado el ámbito de la exclusión de laboralidad que consagra el artículo 1.3 f) del Estatuto de los Trabajadores y el de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1 f) del mismo cuerpo legal. La nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la valida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas

funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare.

b) Siendo ello así deviene evidente que la relación traída al proceso no es incardinable en la laboral especial antes citada, dado que, como figura en la ya inalterable versión judicial de los hechos, la parte recurrida, al desarrollar el contrato de agencia que concertó, actuó con plena independencia funcional, rigiendo por sus propios criterios su actividad y el tiempo dedicado a la misma, limitándose las instrucciones recibidas a materias imprescindibles para el correcto desenvolvimiento de su actividad, cual era la fijación del precio de los productos correspondientes a la intermediación que hacía. Tal relación no sólo fue concertada con exclusión de dependencia, sino que en su desenvolvimiento real se produjo con ausencia de tal nota, lo cual lleva a la conclusión indicada y fuerza a entender que dicha relación revistió naturaleza mercantil, por lo cual el Orden Jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones surgidas de dicha relación no es el Social, ya que así resulta de lo establecido por el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

3.- Al no haberlo entendido así la sentencia impugnada incurrió en las infracciones denunciadas y, por apartase de la doctrina ajustada sentada por las sentencias que han sido utilizadas para el debate sobre la contradicción, produjo quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y formación de la jurisprudencia. Procede, por tanto, casar y anular la sentencia recurrida.

4.- Ante ello se ha de resolver el debate planteado en suplicación con pronunciamiento ajustado a dicha unidad de doctrina, lo que en el caso ha de hacerse, con estimación del recurso que en tal grado de jurisdicción interpuso la parte también hoy recurrente, declarando la falta de jurisdicción del Orden Social para conocer de la pretensión deducida, dejando a salvo el derecho de la demandante de ejercitar su pretensión ante el órgano competente del Orden Civil. Todo ello sin imposición de

costas en este recurso y en el de suplicación, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir y de la consignación efectuada.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado D. A.M. Sexma, en representación de CROSSELLING, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de noviembre de 1.995, por la que se resuelve, desestimándolo, el de suplicación que interpuso la misma parte contra la dictada el 3 de diciembre de 1.993 por el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid, en autos seguidos a instancia de Dª. Elisa de Castro Prieto frente a la citada empresa, sobre despido. Casamos y anulamos la referida sentencia de suplicación.

Resolviendo el debate planteado en tal grado de jurisdicción, acogemos el recurso interpuesto por dicha empresa y, con revocación de la sentencia de instancia, declaramos la falta de jurisdicción de este Orden Social para conocer de la pretensión deducida, dejando a salvo el derecho de la demandante de ejercitar su pretensión ante el órgano competente del Orden Civil. Todo ello sin imposición de costas en este recurso y en el de suplicación y con devolución de los depósitos constituidos y de la consignación efectuada.

13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ENERO DE 1997

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ha dictado la sentencia impugnada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 8 de febrero de 1993, por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, entre los litigantes indicados en el encabezamiento, sobre afiliación a la Seguridad Social.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es el siguiente: "Que con fecha de 26-11-90, se efectuó visita de Inspección por el Controlador Laboral a la empresa G.C.M. Comercial S.L., haciéndose constar que Jesús Campo Lago prestaba servicios para la G.C.M. Comercial S.L. En el momento de la visita estaba en un despacho ocupado con diversas documentaciones los trabajadores del centro le reconocieron como jefe desde el inicio de la actividad. 2.- En fecha de 28-2-91 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, extendió acta de infracción contra la empresa G.C.M. Comercial S.L., por la que se consideró que los hechos relatados en el numeral anterior se califican como infracción grave, en grado mínimo, imponiéndose una sanción a la empresa de 100.000 ptas. 3.- En fecha de 17-4-91 tuvo entrada en la Dirección Provincial del INSS "comunicación a efectos de alta o baja de oficio" de la Inspección de trabajo por la que se les informa de la procedencia del alta desde el 1-4-89 en la empresa G.C.M. Comercial S.L. del trabajador Jesús Campo Lago. 4.- Con fecha de 18-4-91 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, levantó acta de liquidación de cuotas del Régimen General de la Seguridad Social de Jesús Campo Lago en la empresa G.C.M. Comercial S.L., por falta de alta y cotización del trabajador Jesús Campo Lago desde el 1-4-89 administrador Grupo 1 desde el 1-4-89. 5.- Con fecha de 6-2-91 Jesús Campo Lago fue dado de alta por G.C.M.

Comercial S.L. 6.- Que por la Dirección Provincial procedió a causar de oficio el alta comunicada por la Inspección de Trabajo de fecha 1-4-89 y una baja el día anterior al alta presentada por la empresa, o sea el 31-1-91. Y por resolución de fecha 18-11-91 se procede a comunicar a G.C.M. Comercial S.L. el alta de oficio, siendo recibido por la empresa en fecha 26-11-91. 7.- Que el codemandado Jesús Campo Lago figura afiliado al Régimen especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, cotizando en dicho régimen con alta en licencia fiscal como agente comercial desde el 7-89, emitiendo facturas por el citado Jesús Campo Lago a la Entidad G.C.M. Comercial S.L. Que asimismo Jesús Campo Lago emitió facturas a otras empresas como Comercial Tober S.L.

8.- Que con fecha de 10-3-89 se otorgó escritura notarial de constitución de la entidad "G.C.M. Comercial S.L.", por Jesús Campo Lago, G.A.G.C., Jose Angel

Moreiras Fernández y Carlos Modesto Goberna Conde. El capital social de 500.000 ptas., dividido en 500 participaciones sociales de mil pesetas cada una, ha sido portado por los socios (4 socios) cada uno de ellos ciento veinticinco mil pesetas, adjudicándosele a cada uno ciento veinticuatro participaciones sociales. Los socios fundadores constituidos en Junta general y universal adoptan por unanimidad el acuerdo de dirigir administradores de la Sociedad a Jesús Campo Lago y D. G.A.G.C.. 9.- Con fecha de 21-12-91 la empresa G.C.M. Comercial S.L. presentó escrito de reclamación previa, contra el alta de oficio reclamación previa que fue desestimada, por resolución de fecha 15-5-92. 10.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades legales del procedimiento, a excepción del término para dictar sentencia, dado el excesivo volumen de asuntos existentes en este Juzgado, así como la existencia de asuntos urgentes de carácter preferente". El fallo de la sentencia de instancia es del siguiente tenor: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por GABINO A.G.C. contra J.C.L. y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; debo absolver y absuelvo a dichas demandadas de las pretensiones contenidas en demanda".

SEGUNDO.- El relato de hechos probados de la sentencia de instancia ha sido mantenido íntegramente en la sentencia dictada por Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, hoy recurrida en unificación de doctrina, siendo la parte dispositiva de la misma del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DON GABINO A.G.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. TRES de VIGO, en fecha 8 de febrero de 1993, que se confirma íntegramente".

TERCERO.- La parte recurrente considera contradictoria con la impugnada en el caso la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 15 de julio de 1992 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de agosto de 1992.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de julio de 1992, contiene los siguientes hechos probados: "1.- 18 de febrero de 1991 Resolución de la Tesorería Territorial de Huesca por la que se deniega el alta en el

Régimen General como trabajadores por cuenta ajena de la empresa SERVICIOS FISCALES Y ASEGURADORES, S.L. de Antonio Chine Sampietro y María Carmen Arellano Sánchez. 2.- 15 de abril de 1991 Resolución por la que desestima la reclamación previa. 3.- Mediante Escritura Pública otorgada ante la Señora Notario de Albalate de Cinca, Dña. A.M. Llina Salillas, el 17 de enero de 1991, Agustín Rivas Soro, María del Carmen Arellano Sánchez y Antonio Chine Sampietro, constituyeron una Sociedad de Responsabilidad Limitada denominada Servicios Fiscales y Aseguradores, S.L., con un capital social de 3.000.000 de pesetas dividido en 30 participaciones por ellos suscritas a partes iguales. 4.- Nombraron administradores solidarios a los tres socios, con las facultades enumeradas en el artículo 11 de los Estatutos incorporados a la escritura de constitución que se da por reproducida íntegramente". En la parte dispositiva de la misma se estimó el recurso de suplicación interpuesto por la TGSS contra la sentencia de instancia revocando la misma, y absolviendo a la entidad gestora de la pretensión ejercitada en el proceso tramitado.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia versa sobre un supuesto en apariencia similar al ahora tratado en el caso, siendo la parte dispositiva de la misma desestimatoria del recurso de suplicación interpuesto por el actor contra la sentencia de instancia, confirmándose la misma.

CUARTO.- El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de 26 de julio de 1995. En él se alega como motivo de casación al amparo del art. 221 de la Ley de Procedimiento Laboral, contradicción entre las sentencias reseñadas en el antecedente de hecho anterior y la ahora impugnada en el caso.

Alega también el recurrente infracción de los arts. 1.1, 1.3.c y 2.1.a de la Ley 81/1980 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores, arts. 2 y 3 del Decreto de 20 de agosto de 1970 y arts. 61.2.a y 62.b de la Ley General de la Seguridad Social. Finalmente alega quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

El recurrente ha aportado la preceptiva certificación de la sentencia de los Tribunales Superiores de Justicia, que considera contradictorias a los efectos de este recurso.

QUINTO.- Por Providencia de 19 de septiembre de 1995, se tuvo por personado e interpuesto en tiempo y forma el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Pasados los autos al Magistrado Ponente, se admitió a trámite el recurso. Personada la parte recurrida, Tesorería General de la Seguridad Social, le fue efectuado el correspondiente traslado del recurso, al que contestó en escrito de fecha 8 de abril de 1996.

SEXTO.- Trasladadas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar procedente el recurso. Por Providencia de 25 de septiembre de 1996, la Sala acordó la suspensión del señalamiento previsto, quedando las actuaciones pendientes de nuevo señalamiento para cuando por turno corresponda.

SEPTIMO.- Por Providencia de 18 de diciembre de 1996, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 22 de enero de 1997, haciendo constar que La Sala estará formada por la totalidad de los Magistrados que la componen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina es si deben o no ser dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social determinados miembros de los órganos de administración de las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad de capital; a saber, aquéllos que, sin disponer de una participación mayoritaria de las acciones, atienden al gobierno permanente de la sociedad, prestando trabajo en virtud de la propia condición de miembros de los órganos societarios, en calidad de administradores únicos, administradores solidarios, consejeros delegados o cargos sociales similares.

Es de aplicación al caso el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974 (LGSS-74). Para ello ha de tenerse en cuenta que la fecha del hecho que ha dado lugar al litigio es un alta de oficio en el Régimen

general del la Seguridad Social acaecida en abril de 1991, con efectos retroactivos a partir de abril de 1989. Conviene señalar, no obstante, que una regulación parecida, aunque no idéntica, se contiene en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social actualmente en vigor, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS-94).

SEGUNDO.- La sentencia recurrida ha optado en la respuesta a la cuestión litigiosa por una solución afirmativa. Se trata en el caso de un administrador de una sociedad limitada, propietario de una cuarta parte de las acciones, que había sido dado de alta de oficio en el Régimen general de la Seguridad Social en abril de 1991, pero con efectos desde abril de 1989, con base en que desarrollaba el trabajo de dirección y administración de la empresa. El fundamento principal de la decisión de la sentencia de suplicación, confirmatoria de la de instancia que había rechazado la demanda, dice con claridad : un administrador de una sociedad limitada debe ser considerado trabajador por cuenta ajena de la persona jurídica, y por lo mismo ha de afiliarse al Régimen general de la Seguridad Social.

En sentido distinto se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de julio de 1992, aportada y analizada por la parte recurrente en unificación de doctrina, en un supuesto sustancialmente igual al de la resolución impugnada. También en este caso la discusión estaba centrada en si correspondía o no el alta en el Régimen general de la Seguridad Social a quien era administrador de una sociedad limitada, y también éste disponía de una cuota de participación social importante pero inferior al 50 % (un tercio del total). Razona esta sentencia de suplicación, con apoyo en la jurisprudencia de esta Sala sobre el carácter mercantil de los servicios prestados en la empresa por los miembros de los órganos de administración de la sociedad titular (se cita y reproduce parcialmente la sentencia de 18 de junio de 1991), que estas personas están excluidas de la legislación laboral; de donde la sentencia de suplicación infiere que no pueden considerarse trabajadores por cuenta ajena a los efectos de la legislación de Seguridad Social.

TERCERO.- Los preceptos de la LGSS-74 que describen el campo de aplicación del Régimen general de Seguridad Social están enunciados en los artículos 61 y 62 (los homólogos en la LGSS-94 son los numerados art. 97 y 98). Contiene el primero de los preceptos citados una remisión al art. 7.1. del mismo cuerpo legal. La cláusula general de inclusión en dicho Régimen, establecida en el art. 61.1 LGSS-74, dice así: Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen general de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado a) del artículo 7. Por su parte, el precepto formulado en dicho art. 7.1.a. LGSS-74 delimita el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, indicando que en el mismo se incluyen lo trabajadores por cuenta ajena, aclarando a continuación que tal incorporación se produce con independencia en todos los casos de la categoría profesional del trabajador y de la forma y cuantía de la remuneración que perciba.

A la cláusula reproducida del art. 61.1. LGSS-74 acompaña en el apartado siguiente del mismo artículo una enumeración de supuestos de prestación de servicios por cuenta ajena que se declaran expresamente comprendidos en el campo de aplicación del Régimen general de la Seguridad Social. De esta relación interesa destacar, por la estrecha conexión del supuesto legal al del presente caso, la inclusión en el art. 61.2.a. de los que trabajen por cuenta ajena en los cargos directivos de las empresas excluidos de la Ley de contrato de trabajo, si bien, por excepción, no estarán comprendidos en esta asimilación quienes ostenten pura y simplemente cargos de consejeros de las empresas que adopten forma jurídica de sociedad.

Parece claro, a simple vista, que esta excepción o exclusión se refiere a lo que los estudiosos de las sociedades por acciones llaman consejeros externos y consejeros no ejecutivos, cuya actividad como órganos de la sociedad se limita virtualmente a la participación en las reuniones de los consejos de administración. Dicha excepción o exclusión legal no abarca, en cambio, a los administradores sociales, también llamados consejeros ejecutivos, que atienden al gobierno permanente de la sociedad, llevando a efecto sus acuerdos y poniendo en práctica en la vida de la empresa los objetivos societarios. Como apunta la sentencia aportada para comparación en este recurso de unificación de doctrina, la relación de servicios de estos administradores sociales que

atienden al gobierno permanente de la sociedad se rige por el Derecho mercantil y no por el ordenamiento laboral, el cual sí rige, en cambio, en determinados puntos fijados por el RD 1382/1985, para el empleado de alta dirección que no tiene la condición de administrador societario o miembro del consejo de administración de la sociedad. Ello es así de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala, que tiene su origen en la sentencia de 29 de septiembre de 1988.

Los cargos directivos de las empresas excluidos de la Ley de contrato de trabajo eran, según el art. 7 de esta última, las personas que desempeñan en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno y alto consejo.

Conviene recordar que la citada Ley de contrato de trabajo, si bien ha sido derogada por la Ley 11/1994, estaba vigente en el momento de los hechos de este caso. Y conviene tener presente también que el reenvío efectuado a su art. 7 por el art. 61.2.a. de la LGSS-74 es un reenvío de los llamados recepticios, que ha supuesto la incorporación del contenido de la norma reenviada a la norma reenviante, haciendo posible incluso su pervivencia más allá de la fecha de la derogación de aquélla, hasta la modificación de la redacción del art. 61.2.a. de la LGSS-74 por el actual art. 97.2.a. de la LGSS-94.

A su vez, la asimilación a que se refiere la cláusula general del art. 61.1 LGSS-74 se hace depender, en la delimitación por vía enumerativa del art. 61.2.h. LGSS-74, de una determinación del Gobierno, adoptada, en su caso, sobre la base de la actividad profesional desarrollada (por razón de su actividad) por el grupo o colectividad incluido en el Régimen general de la Seguridad Social mediante este procedimiento. Respecto de las personas a que se refiere el presente litigio, tal determinación expresa de asimilación por el cauce reglamentario, no se había producido en el momento de los hechos, ni se ha producido tampoco desde entonces hasta la fecha en que se dicta esta sentencia.

Por último, el art. 62 LGSS-74 indica expresamente dos supuestos que no dan lugar a inclusión en el Régimen general de la Seguridad Social. Uno es el de los trabajos de favor (servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad, ejecutados ocasionalmente). El otro, que tiene más que ver con la decisión del presente asunto, es

el de los trabajos que den lugar a la inclusión en alguno de los Regímenes especiales de la Seguridad Social. Tal inclusión normativa en un Régimen especial de Seguridad Social no se ha producido tampoco para los miembros de los órganos de administración de las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad que presten trabajo en la misma en su condición de tales.

No ha tenido esta virtualidad el intento de la Administración de Seguridad Social de llevar a efecto el encuadramiento en el Régimen especial de trabajadores autónomos por medio de una simple resolución de interpretación administrativa. Como se declara en nuestra sentencia de 4 de junio de 1996, a la vista de la normativa vigente, dicha resolución no es ajustada a derecho y su contenido excede del marco competencial del organismo que la ha acordado, no siendo posible por esta vía encuadrar al grupo profesional de los administradores de sociedades por acciones en el campo de aplicación del Régimen especial de trabajadores autónomos.

CUARTO.- La reseña de legislación y de jurisprudencia que se ha expuesto en el fundamento anterior puede recapitularse en los siguientes puntos: a) el Gobierno se encuentra expresamente habilitado para dictar una norma reglamentaria que precise o aclare el encuadramiento de Seguridad Social de los administradores sociales ejecutivos, modulando en su caso dicha inclusión por sectores de acción protectora; b) dicha disposición reglamentaria no ha sido dictada hasta el momento; c) en la situación normativa actual, está descartada la incorporación de este grupo profesional al Régimen de los trabajadores autónomos; d) la exclusión expresa del Régimen general de los que ostentan pura y simplemente cargos de consejeros alcanza a los consejeros externos y a los no ejecutivos, pero no al grupo profesional de los consejeros ejecutivos que asumen el gobierno permanente de las sociedades por acciones; y e) la decisión sobre pertenencia o no de este colectivo al Régimen general, cuestión que debemos resolver en esta sentencia, depende de cómo se interpreten de un lado la cláusula general de los artículos 61.1. (en relación con el 7.1.) de la LGSS-74, que declara incluidos en el mismo a los trabajadores por cuenta ajena, y de otro lado la cláusula especial del art. 61.2.a. LGSS-74, de inclusión en el propio Régimen de los trabajadores por cuenta ajena en cargos directivos de las empresas.

Si se piensa, como se hace en la sentencia de contraste aportada en este recurso de unificación de doctrina, que el alcance de la expresión trabajadores por cuenta ajena tiene la misma extensión que el campo de aplicación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y si se piensa, además, que la expresión trabajadores por cuenta ajena en cargos directivos de las empresas comprende solamente los empleados de alta dirección del RD 1382/1985, y no los administradores ejecutivos de las sociedades por acciones, la opción interpretativa que ha de acogerse es la de excluir a estos últimos del campo de aplicación del Régimen general de la Seguridad Social. En cambio, si se parte de la base, acogida en la resolución impugnada, de que el administrador social, que trabaja para la sociedad en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia de que el régimen de su relación de servicios sea mercantil, entonces habrá que llegar a la conclusión de que es obligado el encuadramiento de estos profesionales en dicho Régimen general.

Es esta última la opción interpretativa por la que se inclina la Sala. Ello conduce en el presente caso a la desestimación del recurso. Las razones que conducen a esta conclusión se exponen a continuación.

QUINTO.- Los artículos 61.1.y 7.1. de la LGSS-74 no describen el campo de aplicación del Régimen general de la Seguridad Social en términos idénticos a los utilizados por el art. 1.1. del Estatuto de los Trabajadores (ET) para delimitar el ámbito subjetivo de cobertura de la legislación de trabajo. En el enunciado de aquéllos se habla sin más de trabajadores por cuenta ajena, mientras que el tenor literal del art. 1.1. ET menciona, además de la nota de la ajenidad del trabajo, la nota de la dependencia del mismo (dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona). Ello ha inducido a la doctrina científica a afirmar que el campo principal de aplicación de la legislación laboral debe referirse de manera más precisa a los trabajadores asalariados, fórmula que incluye las dos notas indicadas más la de retribución de los servicios.

Podría pensarse que la diferencia terminológica observada carece de relevancia práctica a los efectos de decisión de la cuestión controvertida en este litigio, ya que la expresión trabajadores por cuenta ajena se utiliza muchas veces, por antonomasia, como

fórmula equivalente a trabajadores asalariados o a la más larga trabajadores por cuenta ajena, dependientes, retribuidos. Ciertamente, en el sistema productivo actual, el trabajo asalariado es el más importante, conocido y característico de los trabajos por cuenta ajena, por lo que el uso indistinto de una y otra expresión es frecuente. Pero esta vía de interpretación no es, evidentemente, la única posible. La distinta formulación de los preceptos legales reseñados permite también, recurriendo al criterio de la interpretación literal estricta, afirmar que el campo de aplicación de la legislación laboral y de la legislación de Seguridad Social (en lo que concierne a la protección de los trabajadores por cuenta ajena) no son exactamente idénticos o coextensos. De acuerdo con este planteamiento, la normativa de protección social de los trabajadores por cuenta ajena comprende a todos los que lo son en el sentido estricto de la expresión, incluyendo a aquéllos que, como los administradores sociales ejecutivos, no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral.

Las razones para preferir esta segunda opción interpretativa son las siguientes: 1) la experiencia pone de relieve que el sector de los administradores sociales ejecutivos, especialmente en sociedades de dimensión pequeña, puede ser vulnerable a los riesgos y contingencias protegidos por la Seguridad Social, en términos semejantes a otros sectores profesionales; 2) la inclusión de este grupo profesional de los administradores sociales ejecutivos en el Régimen general de la Seguridad Social ha venido siendo exigida por la jurisprudencia y por la propia Administración laboral desde hace muchos años, lo que ha generado un historial de aseguramiento y unos derechos en curso de adquisición que conviene respetar, en atención al objetivo constitucional de mantenimiento del régimen público de Seguridad Social; 3) esta jurisprudencia y esta práctica administrativa cuentan con antecedentes normativos de exigencia de afiliación obligatoria a regímenes de Seguridad Social de "quienes por cuenta ajena desempeñen los altos cargos a que se refiere el artículo 7 de la Ley de contrato de trabajo...en iguales condiciones y con los mismos derechos y obligaciones que los demás trabajadores" (Decreto de 17 de noviembre de 1950, BOE 9-12); y 4) la exclusión de los administradores sociales ejecutivos del Régimen general de la Seguridad Social, unida a la ya declarada por la jurisprudencia imposibilidad de

inclusión en el Régimen de autónomos, daría lugar a una inconveniente laguna de protección en un ordenamiento de Seguridad Social que comprende en su ámbito prácticamente a todas las actividades profesionales.

SEXTO.- Una última puntualización es necesario hacer en la motivación de esta sentencia, relativa a la participación accionarial de los administradores sociales ejecutivos. Como consta en los antecedentes de hecho, y se ha reiterado en los fundamentos primero y segundo, el actor en este litigio (y lo mismo ocurre en el de la sentencia de contraste) es administrador ejecutivo de una sociedad en la que posee una cuarta parte (un tercio en la sentencia de contraste) de las acciones. La calificación de su trabajo como por cuenta ajena -por cuenta de la persona jurídica cuyo gobierno le está encomendado- deriva precisamente de que su participación en la propiedad de la misma no alcanza la mayoría de las acciones. En el caso de administradores sociales con participación mayoritaria propiamente dicha (la mitad o más de las acciones) faltaría la nota de la ajenidad, y nos encontraríamos ante un supuesto de trabajo por cuenta propia. Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala de lo social del Tribunal Supremo (TS 27-6-89 y 5-10-95, entre otras).

La asignación de un valor determinante a efectos de calificación jurídica a la propiedad de las acciones de la empresa viene aconsejada por dos consideraciones. Una es la necesidad, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de declarar una línea divisoria nítida entre los campos de aplicación respectivos de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena y los regímenes de trabajadores por cuenta propia. La otra es que, en las sociedades por acciones, tal línea divisoria está determinada inevitablemente por la participación en la propiedad de las mismas. Si el administrador societario no alcanza el 50 % de las acciones prevalece o tiene preponderancia en su trabajo el rasgo de la ajenidad. En cambio, si posee la mitad o más de las participaciones sociales, no se puede decir, ateniéndonos a un criterio de efectividad, que el administrador social ejecutivo sea verdaderamente un trabajador por cuenta ajena. El fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía de incremento del activo de la empresa, en su propio patrimonio.

El atenimiento a un criterio de efectividad en la determinación de las posiciones de trabajadores por cuenta ajena y empresarios informa numerosos preceptos y reglas del ordenamiento social español, como el que contiene la definición del empresario (art. 1.2 ET), el que establece la presunción de existencia del contrato de trabajo entre sujetos determinados (art. 8.1. ET), y el que concreta los efectos de la cesión de trabajadores (art. 43 ET). Este mismo principio de regulación ha sido acogido por la jurisprudencia social sobre los grupos de empresas (TS 3 de mayo de 1990 y las que en ella se citan).

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DON A.G.C.,, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 9 de junio de 1995, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 8 de febrero de 1993 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, en autos seguidos a instancia de dicho recurrente, contra LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y DON J.C.L., sobre RECLAMACION DE ALTA.

14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ENERO DE 1997

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- Con fecha 1 de Junio de 1994 el Juzgado de lo Social nº 8 de Madrid dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Que estimando como estimo la demanda formulada por D. J.A.C. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA PATRONAL ASEPEYO, REVESTIMIENTOS AGUILERA, S.L., debo declarar y declaro que el accidente sufrido por el actor el 26 de Mayo de 1992 tiene naturaleza de accidente de trabajo a todos los efectos, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración." Segundo.- En la anterior sentencia se declararon

probados los siguientes hechos: "1º) REVESTIMIENTOS AGUILERA S.L. fue constituida en escritura pública otorgada ante el Notario D. A.D.G. el 19 de Diciembre de 1988 siendo sus socios fundadores D. J.A.C., que suscribió trescientas participaciones sociales, D. J.F.A.H. que suscribió cien, y Dª C.A.H. que suscribió otras cien, siendo el primero de ellos nombrado Administrador Unico. 2º) Con efectos de 1 de Enero de 1989 REVESTIMIENTOS AGUILERA se dió de alta en la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL como empresa de nueva creación, declarando a cuatro trabajadores a los que dió de alta en el Régimen General de la Seguridad Social entre los que se encontraba D. J.A.C. con categoría de Encargado. 3º)

Con esa misma fecha la empresa presentó solicitud de Convenio de Asociación la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales ASEPEYO, con la cual quedaron concertadas las contingencias profesionales de sus trabajadores. 4º) D. J.A.C. viene prestando servicios para la empresa REVESTIMIENTOS AGUILERA S.L. desde el 1 de Enero de 1989 con categoría de Encargado siendo dado de alta como trabajador por cuenta ajena en la Seguridad Social y habiendo cotizado desde entonces dentro del Régimen General sin interrupción. 5º) El 26 de Mayo de 1992, cuando el actor regresaba a las instalaciones de la empresa tras haber presentado un presupuesto de obra a un cliente fue atropellado por un vehículo automóvil. 6º) El 30 de Mayo de 1992, la empresa comunicó a la Mutua ASEPEYO el accidente ocurrido entregando el correspondiente parte de accidente de trabajo, asumiendo la baja con efectos de 27 de Mayo de 1992 tras emitir el 10 de Julio de 1992 el parte de baja. El 21 de Mayo de 1993 los servicios médicos de la Mutua dieron el alta médica al actor. 7º) El 20 de Octubre de 1993 comunicó por escrito al actor que por no reunir los requisitos que para tal menester recogen los arts. 7.1.a) y 61.2.a) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/74 de 30 de Mayo, no podrá la Mutua reconocer el caso como accidente de trabajo de acuerdo con el art. 84.1 del mencionado texto refundido. 8º) El actor presentó reclamación previa ante el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL el 19 de Noviembre de 1993, y contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD el 2 de marzo de 1994, igualmente, presentó escrito de reclamación por disconformidad a la

Mutua Patronal demandada el 11 de Noviembre de 1993. En el acto de juicio oral y con caracter previo desistió de su demanda contra el INSALUD. 9º) A consecuencia del atropello el actor sufrió fractura conminuta epifiso-metafisaria próxima de tibia y peroné izquierdos y fractura de huesos propios y heridas múltiples." Tercero.- Posteriormente, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que estimando el recurso interpuesto por ASEPEYO, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NUMERO 151 contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número ocho de Madrid de fecha uno de Julio de mil novecientos noventa y cuatro en autos seguidos a instancia de D. J.A.C. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD, ASEPEYO, REVESTIMIENTOS AGUILERA, sobre Accidente, y revocando parcialmente la sentencia de instancia se declara la existencia de un accidente sufrido por el actor de cuyas consecuencias económicas no debe responder la Mutua Patronal y sí el INSS y la TGSS y, en su caso, la empresa Revestimientos Aguilera si no hubiere cotizado por el actor en el Régimen General de la Seguridad Social." Cuarto.- Por el Letrado D. Jose M. Pérez Nogueroles en nombre y representación de D. J.A.C. se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se formula el siguiente motivo: "UNICO) Alegamos violación por aplicación indebida de su contenido del artículo 1.3 C del Estatuto del Trabajador en relación con el art. 61 de la Ley General de la Seguridad Social y contra la resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad de fecha 29.12.92, número 2-034, concretamente de sus puntos 5, 2 y 3." Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 4 de Enero de 1993.

Quinto.- Personada la parte recurrida y evacuado el traslado de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar improcedente el recurso, y se señaló para votación y fallo el día 22 de Enero de 1997.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Fueron socios fundadores de la Sociedad "Revestimientos Aguilera S.L." el hoy actor J.A.C., que suscribió 300 participaciones sociales, J.F.A.H. que suscribió 100 y C.A.H. que suscribió otras 100. J.A.C. fué nombrado administrador único, y dado de alta en la Seguridad Social Regimen General en 1 de Enero de 1989, fecha en que se concertó con la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales ASEPEYO el riesgo de accidente laboral. El actor, en 26 de Mayo de 1992, sufrió un accidente de trafico al regresar al domicilio de la empresa después de haber visitado a un cliente para entregarle un presupuesto de obra. Comunicado el accidente a la Mutua Asepeyo, esta en 20 de Octubre - y después de prestarle asistencia sanitaria y darle de alta - comunicó por escrito no reconocer el accidente como de trabajo al no reunir el actor los requisitos de los artículos 7.1 a) y 61.2 a) de la Ley de Seguridad Social. Presentada demanda en solicitud de que el hecho fuera declarado accidente laboral, ésta es desestimada por sentencia de 1 de Junio de 1994, que recurrida en suplicación por la Mutua Asepeyo da lugar a la sentencia de 7 de Diciembre de 1994, que estima el recurso, y con revocación parcial de la sentencia de instancia declara que del accidente sufrido no debe responder la Mutua Patronal, y sí el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería, y en su caso, la empresa "Revestimientos Aguilera, S.L." si no hubiera cotizado por el actor. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la de 4 de Enero de 1993, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que contempla el accidente sufrido en ocupaciones laborales por el administrador único de una sociedad anónima en la que poseía el 77% de las acciones, y que de alta en la Seguridad Social Regimen General se había concertado el riesgo de accidente laboral con la Mutua Patronal el "Fenix Mutuo". Fallecido el trabajador a consecuencia del accidente, reclamó su viuda las prestaciones por accidente de la Mutua Patronal, la que rechazó el siniestro. Presentada demanda, la sentencia citada la estima, revocando la de instancia, de cuyo recurso de suplicación conoce.

Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos exigidos en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral como informó en su día el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- La naturaleza de los Administradores Unicos de Sociedades de Capital y su encuadramiento en la Seguridad Social, ha sido objeto de singular atención por parte de esta Sala en sus sentencias de 4 de Junio de 1996 y 29 de Enero del presente año, dictada esta última como la presente en Sala General.

La primera de las sentencias citadas, acentúa el caracter mercantil y no laboral de la relación del administrador único con la sociedad, pero niega que el campo de aplicación del RETA incluya los cargos mercantiles de alta gestión de las sociedades de capital, para lo que realiza un estudio del artículo 3 del Decreto 2530/1970. Ahora bien, esta propia sentencia al hacerse cargo del presunción juris tantun del 2.3 del Decreto citado, afirma que no es aplicable al caso enjuiciado porque el actor no es el titular de la empresa de la que es administrador único, ya que su participación en el capital, aunque importante, no es decisiva, dejando ver que en caso contrario mediante el levantamiento del velo de la persona jurídica debería concluirse que en definitiva él es el titular de la empresa, procediendo entonces su encuadramiento como trabajador autónomo. Por su parte la sentencia de 29 de Enero, partiendo de la naturaleza mercantil de la relación de los Administradores Unicos con la sociedad de capital, distingue el concepto y ámbito propio del trabajador por cuenta ajena en la Ley de Seguridad Social artículo 7.1 y 61.1 citados en el recurso, y el concepto y ámbito propio del trabajador por cuenta ajena con dependencia que contempla el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, tras un ponderado estudio de los artículos citados y la frontera marcada por el Real Decreto 1382/1985, concluye que los administradores únicos de sociedades de capital deben ser encuadrados en el Regimen General.

TERCERO.- Como la tesis de la sentencia de 29 de Enero de 1996 está sustentada en que de hecho los administradores únicos realizan una actividad, que aunque no laboral y si mercantil, es por cuenta ajena, no puede por menos de hacer una última puntualización en sintonía con la realizada por la sentencia de 4 de Junio de 1996, cuando considera la presunción del artículo 2.3 del Decreto 2530/1970 en los siguientes términos: "La calificación de su trabajo como por cuenta ajena -por cuenta de la persona jurídica cuyo gobierno le está encomendado- deriva precisamente de que su participación en la propiedad de la misma no alcanza la mayoría de las acciones. En el

caso de administradores sociales con participación mayoritaria propiamente dicha (la mitad o más de las acciones) faltaría la nota de la ajenidad, y nos encontraríamos ante un supuesto de trabajo por cuenta propia. Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala de lo social del Tribunal Supremo (TS 27-6-89 y 5-10-95, entre otras).

La asignación de un valor determinante a efectos de calificación jurídica a la propiedad de las acciones de la empresa viene aconsejada por dos consideraciones. Una es la necesidad, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de declarar una línea divisoria nítida entre los campos de aplicación respectivos de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena y los regímenes de trabajadores por cuenta propia. La otra es que, en las sociedades por acciones, tal línea divisoria está determinada inevitablemente por la participación en la propiedad de las mismas. Si el administrador societario no alcanza el 50 % de las acciones prevalece o tiene preponderancia en su trabajo el rasgo de la ajenidad. En cambio, si posee la mitad o más de las participaciones sociales, no se puede decir, ateniéndonos a un criterio de efectividad, que el administrador social ejecutivo sea verdaderamente un trabajador por cuenta ajena. El fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía de incremento del activo de la empresa, en su propio patrimonio." CUARTO.- La doctrina que se recoge en los dos precedentes fundamentos, obliga a desestimar el recurso, pues si bien la interpretación que este da a los artículos 7.1 y 61.1 de la Ley de Seguridad Social en su texto de 1974 es la recta, sin embargo el hecho de que el recurrente fuera propietario de más de la mitad del capital de la sociedad, hace que coincida en él la actividad y la titularidad de aquel a cuenta de quien trabaja, es decir, ni es trabajador por cuenta ajena a tenor del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, ni tampoco lo es en los términos del artículo 7.1 de la Ley de Seguridad Social y, habiendolo entendido así la sentencia recurrida, el recurso debe ser desestimado de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. J.A.C. contra la sentencia dictada el 7 de Diciembre de 1994 por la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 4944/94, formulado contra la sentencia dictada el 1 de Junio de 1994 por el Juzgado de lo Social nº 8 de Madrid, en autos sobre "invalidez", seguidos a instancias de D. J.A.C. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD, MUTUA PATRONAL ASEPEYO y REVESTIMIENTOS AGUILERA, S.L.

15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 1997

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha dictado la sentencia impugnada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 12 de febrero de 1996, por el Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián, entre los litigantes indicados en el encabezamiento, sobre despido.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es el siguiente: "1.- El actor ha venido prestando servicios como fotógrafo para la empresa demandada desde el 1 de abril de 1992, percibiendo unas retribuciones brutas de 238.569 pesetas/mes (media de los últimos doce meses). El actor percibía estas retribuciones "a la pieza", esto es, por fotografía realizada. 2.- El actor realizaba su actividad para la demandada, en la Delegación de San Sebastián, en la que existía una zona habilitada para el trabajo de los fotógrafos (mesa de luz, archivo y laboratorio de revelado). El actor revelaba las fotografías que realizaba y enviaba las seleccionadas a la Delegación de Bilbao. En fecha no determinada, pero al parecer hacia el año 1993, se contrató a una "laborante", para realizar el trabajo de revelado y transmisión de las fotografías. La misma trabaja de 17 a 21 horas en días laborables. 2.- El actor acude diariamente a la Delegación de San Sebastián, bien por la mañana, bien por la tarde, reuniéndose incluso con los redactores a fin de determinar los actos, acontencimientos...que se van a cubrir por el periódico y el

tipo de fotografía que interesa realizar, y también para la selección de las fotografías que han de publicarse. 4.- El actor es propietario de las cámaras fotográficas y del vehículo que utiliza en sus desplazamientos. 5.- El resto del material fotográfico (rollos, material para revelado...) lo suministra la empresa. 6.- El actor disponía de llaves de acceso al local de la Delegación de San Sebastián. 7.- Las fotografías realizadas por el actor, y remuneradas "a la pieza" han quedado, por el momento, en propiedad de la empresa que siempre ha dispuesto líbremente de ellas. 8.- El actor ha estado acreditado por el Diario El Mundo para diversos actos y acontecimientos. En una ocasión en que viajó a Zagreb se publicó una fotografía por él realizada destacándosele como "enviado especial". 9.- El actor, además era llamado en ocasiones en horas en las que no se hallaba en la Delegación, para realizar trabajos o reportajes imprevistos.

10.- El actor ha sido designado en las páginas del Diario El Mundo, como "reportero gráfico de El Mundo del País Vasco". 11.- El actor, en ocasiones, solicitaba a la empresa el disfrute de sus vacaciones en fechas determinadas y comunicaba sus libranzas. 12.- El actor no había formalizado contrato de trabajo ni había sido dado de alta en la Seguridad Social. 13.- En fecha de 13 de octubre de 1995 el Director de Fotografía D. C.G. comunicó al actor que no se iba a volver a colaborar con él por haber engañado a la empresa manifestando que había enviado unas fotografías que la empresa sostiene que no se enviaron hasta el día siguiente. 14.- En fecha de 7 de noviembre de 1995 se intentó Acto de Conciliación sin Efecto". El fallo de la sentencia de instancia es del siguiente tenor: "FALLO: Que desestimo la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la empresa demandada y estimo en lo sustancial la demanda interpuesta por D. J.C.R.M. frente a la empresa EDITORIAL DEL PUEBLO VASCO S.A. (EDIVASA), en reclamación por despido, declarando improcedente aquel que tuvo lugar el 13 de octubre de 1995 y condenando a la demandada a la inmediata readmisión del actor, a menos que dentro del plazo de cinco días, a contar desde la notificación de esta sentencia, opte por indemnizarle en la cantidad de 1.265.233 pesetas (UN MILLON DOSCIENTAS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS TREINTA Y TRES PTAS), (a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio), con abono, en cualquiera de ambos casos, de los salarios dejados de percibir".

SEGUNDO.- El relato de hechos probados de la sentencia de instancia ha sido mantenido íntegramente en la sentencia dictada por Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, hoy recurrida en unificación de doctrina, siendo la parte dispositiva de la misma del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que con apreciación de OFICIO de la Incompetencia de jurisdicción del Orden Social en los autos de referencia nº 872/95, provenientes del Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián, desestimamos la demanda que en su día interpuso D. J.C.R.M., contra EDITORIAL DEL PUEBLO VASCO (EDIVASA), al carecer de acción el demandante, en este orden jurisdiccional social, al considerar la SALA que no nos encontramos ante una relación entre las partes de carácter laboral. A salvo de las correspondientes acciones que pueda instar el demandante en vía civil, si a su Derecho conviniere. Todo ello sin especial pronunciamiento de costas".

TERCERO.- La parte recurrente considera contradictorias con la impugnada en el caso la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 18 de diciembre de 1991, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla de fecha 10 de mayo de 1993.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, contiene los siguientes hechos probados: "1.- La parte actora D. P.M.F.-GUERRA ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada EL MUNDO DEL SIGLO XXI -UNIDAD EDITORIAL, S.A. desde el día 23/10/89, con la categoría de REPORTERO GRAFICO desarrollando las funciones propias de la misma, con centro de trabajo en esta Provincia y percibiendo un salario a efectos de despido de 198.447 ptas., mensuales, no ostentando cargo de representación de trabajadores. 2.- En fecha 5/10/92 fue despedido de la empresa mediante comunicación verbal. 3.- El actor diariamente, salvo cuando se encuentra desplazado por motivos laborales, ordenado por la empresa, acude, en horas fijadas de la mañana, a recibir instrucciones sobre los acaeceres gráficos a cubrir, incluso en la mayoría de las veces, acompañando al delegado de la empresa en Sevilla, a su vez redactor de la misma. 4.- Se declara probado que el actor cuenta en la sede en Sevilla de la Empresa con mesa de trabajo y utiliza los laboratorios de ésta para revelado de sus reportajes. Igualmente está habilitado para

entrar en el local a discreción, poseyendo llaves del mismo. 5.- El actor es propietario de la cámara fotográfica y del vehículo que utiliza en los desplazamientos, costumbre local y profesional, que igualmente se declara probada. 6.- Es propiedad de la Empresa el material fotográfico restante, siéndole en esta calidad suministrado al actor, recibiendo ésta el trabajo del mismo consistente en fotografías diversas sobre objetivos que la misma fija de antemano, quedando de su propiedad y decidiendo libremente el curso que da a las mismas, publicándolas o no, incluso cediéndolas a otros medios de difusión. 7.- El actor ha sido acreditado muy frecuentemente, tanto en el país, como en el extranjero, adonde ha viajado por cuenta de la empresa.

Especialmente ha sido acreditado por la demandada en Sevilla, con motivo de los últimos acontecimientos culturales, festivos y judiciales, que se han producido en esta ciudad, y que por notoriedad no es preciso detallar. 8.- El actor además de realizar las jornadas diarias asignadas, en horario flexible, ha sido llamado en horas no laborales, del día y de la noche, 9.- La empresa le ha destacado en múltiples ocasiones a pie de fotografía, como enviado especial, resultando probado que sólo son enviados especiales los fotógrafos de plantilla. 10.- El actor ha cobrado mediante transferencia bancaria, sin elaborar facturas ni incluir IVA. 11.- El actor carecía de contrato escrito, y no fue dado de alta en la Seguridad Social 12.- Frente al despido efectuado, el trabajador en fecha hábil presentó ante el CENTRO DE MEDIACION, ARBITRAJE Y CONCILIACION, papeleta de conciliación, cuyo acto se intentó sin efecto". En la parte dispositiva de la misma se desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la Unidad Editorial, contra la sentencia de instancia, confirmándose la misma.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, versa sobre un supuesto en apariencia similar al ahora tratado en el caso, declarando en la parte dispositiva de la misma, la nulidad de la sentencia de instancia, retrotrayendo las actuaciones al momento posterior a la conclusión del juicio para que por el Magistrado de instancia dicte nueva sentencia para resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

CUARTO.- El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de 24 de septiembre de 1996. En él se alega como motivo de casación al amparo del art. 221 de

la Ley de Procedimiento Laboral, contradicción entre las sentencias reseñadas en el antecedente de hecho anterior y la ahora impugnada en el caso.

Alega también el recurrente infracción del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y art. 2.A) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Finalmente alega quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

El recurrente ha aportado la preceptiva certificación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que considera contradictorias a los efectos de este recurso.

QUINTO.- Por Providencia de 17 de octubre de 1996, se tuvo por personado e interpuesto en tiempo y forma el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Pasados los autos al Magistrado Ponente, se admitió a trámite el recurso. Personada la parte recurrida, le fue efectuado el correspondiente traslado del recurso, al que contestó en escrito de fecha 7 de noviembre de 1996.

SEXTO.- Trasladadas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar improcedente el recurso. El día 20 de marzo de 1997, previamente señalado al efecto, tuvieron lugar la votación y el fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre si debe o no ser calificada como laboral una determinada relación de servicios existente entre un fotógrafo profesional y una empresa editora de un periódico diario. En esta relación de servicios, cuyo cese ha dado origen al presente litigio, concurrían las siguientes circunstancias: a) el trabajo prestado por el actor a la empresa titular del periódico consistía en la realización de fotos y reportajes gráficos (hecho probado primero) en una circunscripción territorial o provincial determinada (hecho probado segundo); b) el reportero o colaborador gráfico era dueño de la máquina de fotos y del coche que utilizaba en los desplazamientos de trabajo (hecho probado cuarto), si bien la empresa le suministraba el resto del material

fotográfico (hecho probado quinto), y le facilitaba además una zona de trabajo (mesa de luz, archivo, laboratorio de revelado) en los locales de la delegación territorial a la que estaba adscrito (hecho probado segundo); c) las fotografías de los reportajes gráficos podían ser seleccionadas por la empresa para su reproducción, y las seleccionadas por la empresa pasaban a la propiedad de ésta (hecho probado séptimo), si bien en las publicadas constaba la firma del fotógrafo (fundamento jurídico segundo), y éste, según se afirma con valor fáctico en la motivación de la sentencia, se reservaba la propiedad de los negativos (fundamento jurídico segundo); d) los servicios del colaborador o reportero gráfico demandante se han prestado de manera continuada durante más de tres años y medio (desde 1 de abril de 1992 hasta el 13 de octubre de 1995) (hecho probado primero y hecho probado décimo tercero); e) el actor acudía diariamente a la delegación territorial del periódico, bien por la mañana o bien por tarde, para reunirse con los redactores del mismo, con objeto de determinar los actos o acontecimientos a atender, el tipo de fotografía a realizar en los reportajes o colaboraciones, y la selección de las fotos a publicar (hecho probado tercero), disponiendo de llaves de acceso al local de la delegación (hecho probado sexto) ; e) el demandante, que era designado como reportero gráfico en las páginas del periódico (hecho probado décimo), fue llamado en ocasiones por la empresa editora en horas en que no estaba en la delegación para trabajos o reportajes imprevistos (hecho probado noveno), habiendo sido acreditado a veces como enviado especial para determinados acontecimientos o puntos noticiosos (hecho probado octavo); f) la remuneración del trabajo se efectuaba en la modalidad a la pieza, es decir, la empresa pagaba por foto realizada y adquirida (hechos probados primero y séptimo); y g) el fotógrafo de prensa demandante podía prestar servicios por cuenta de otra empresa (aunque no consta que lo hiciera) (fundamento jurídico segundo).

La Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha resuelto en el caso incompetencia de jurisdicción, al descartar que el actor, hoy recurrente en unificación de doctrina, hubiera estado ligado con la empresa por una relación contractual de trabajo en la que concurrieran las notas de ajenidad, dependencia y retribución salarial.

SEGUNDO.- De las dos resoluciones aportadas y analizadas en el recurso para el juicio de contradicción, las más moderna es la dictada por la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) en fecha 10 de mayo de 1993. Las similitudes entre los supuestos litigiosos de la sentencia impugnada y de la citada sentencia de contraste son evidentes. En esta última se trata también de la prestación continuada de servicios al mismo periódico por parte de un colaborador o reportero gráfico, que aporta la cámara fotográfica y el vehículo para desplazamientos de trabajo, pero que recibe de la empresa los restantes materiales y medios de trabajo. La actividad desarrollada da lugar, al igual que en la sentencia recurrida, a que acuda diariamente a la redacción (salvo cuando se encuentra desplazado por motivos profesionales), a recibir instrucciones sobre "los acaeceres gráficos a cubrir", habiendo sido acreditado por el periódico para "acontecimientos culturales, festivos y judiciales", y habiendo sido llamado a veces en horas no laborales para trabajos no previstos. Las semejanzas del supuesto de la sentencia de contraste con la impugnada alcanzan también a los intercambios patrimoniales a que da lugar la relación de trabajo : el colaborador o reportero gráfico percibe retribución a la pieza, adquiriendo la empresa fotografías para su reproducción, y haciéndose constar el nombre del autor en caso de publicación.

La Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía apreció en el caso de la sentencia de contraste existencia de relación laboral, calificando por tanto como despido el acto de cese.

TERCERO.- Constatada la contradicción de sentencias, y comprobado que el escrito de formalización del recurso ha efectuado un análisis suficiente de la misma, debemos pronunciarnos sobre la cuestión planteada, en la que se denuncia infracción por inaplicación del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Ello implica analizar si concurren o no las notas de ajenidad, dependencia y retribución salarial que caracterizan conjuntamente a la relación contractual de trabajo que es objeto del ordenamiento laboral. Pero antes es preciso despejar una cuestión previa que propone el escrito de la parte recurrida.

Afirma la representación letrada de la entidad editora del periódico que la sentencia de suplicación ha anulado los hechos probados de la sentencia de instancia, y que ello obliga en este recurso a partir únicamente de los hechos reflejados en los fundamentos de derecho de la resolución del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que son los únicos que han quedado en pie.

Esta Sala del Tribunal Supremo no comparte esta apreciación. La versión judicial de los hechos en el asunto que debemos decidir ahora ha sido completada con determinados datos fácticos adicionados a los de la sentencia de instancia por la sentencia de suplicación, pero el propósito de ésta no ha sido evidentemente eliminar la muy cuidada narración de hechos de la sentencia del Juzgado de lo social, en la que se apoyan de manera explícita o implícita gran parte de sus consideraciones. No existe, por otro lado, contradicción alguna entre los hechos de la sentencia de instancia y los añadidos en la de suplicación, que son los consignados en los puntos c) y g) de nuestro fundamento o considerando primero. La publicación de la foto con firma del colaborador o reportero, y la reserva de la propiedad de los negativos son, como se verá a continuación, manifestaciones del derecho de propiedad intelectual del reportero o colaborador compatibles con la cesión a la empresa de la titularidad de los derechos de explotación periodística de las fotografías o reportajes adquiridos y pagados a la pieza. Es más, las afirmaciones de la sentencia de suplicación en esta parte de su fundamentación, en que, habida cuenta de la involucración de una cuestión de competencia material, invoca su facultad libre de apreciación de los hechos, discurren sobre los hechos probados de la sentencia de instancia, sin pretensión alguna de reconstrucción completa de los mismos, limitándose principalmente a matizaciones o comentarios de calificación jurídica, como que la acreditación como enviado especial no genera dependencia, o que la retribución a la pieza no es una retribución por actividad sino por resultado.

CUARTO.- La comprobación de si concurre o no la nota de la ajenidad o cesión anticipada del resultado del trabajo requiere en casos como el presente en que la materia del contrato es una obra fotográfica de las que son objeto del derecho de propiedad intelectual (art. 10.1.h. de la Ley 22/1987, de propiedad intelectual) algunas

puntualizaciones sobre las particularidades del régimen jurídico del derecho de autor y sobre las posibles incidencias del mismo en la calificación de las relaciones de servicios entre los autores de las obras y las empresas que las encargan.

La primera puntualización que conviene hacer es que dicha relación de servicios puede ser configurada como relación laboral. Tal supuesto está expresamente previsto y regulado en el art. 51 de la Ley de propiedad intelectual, que habla de transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral. Por su parte, el Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual aprobado por Decreto legislativo 1/1996 de 12 de abril, que ha conservado con las debidas regularizaciones y armonizaciones la dicción y numeración de los artículos de la Ley refundida, incluye en la nueva rúbrica del art. 51 (Transmisión de los derechos del autor asalariado) una indicación inequívoca de que la creación y cesión de una obra de autor se puede llevar a cabo por medio del contrato de trabajo, y con sujeción a la legislación laboral.

Una segunda puntualización que interesa hacer sobre la modalización de la ajenidad cuando el resultado del trabajo es una obra de autor es que la cesión de dicho resultado no tiene por qué abarcar a la integridad de los derechos de propiedad intelectual, sino sólo a los principales o más relevantes, que son, respecto de las obras de fotografía periodística, los de explotación de las mismas en atención a su actualidad. Es característica general del derecho de propiedad intelectual la pluralidad y complejidad de facultades de carácter personal y patrimonial que atribuye al autor (artículos 2 y 3 de la Ley de propiedad intelectual). Es más, determinadas facultades que componen el derecho de autor de contenido complejo son inalienables o no susceptibles de cesión a terceros. Tal es el caso de las facultades que integran el llamado derecho moral, dentro de las que se cuenta la exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra (art. 14. 3º de la Ley de propiedad intelectual).

A lo anterior debe añadirse que, dentro de las facultades de carácter patrimonial de la propiedad intelectual, los llamados derechos de explotación regulados en los artículos 17 y siguientes de la Ley presentan también una gran elasticidad en cuanto a

las modalidades de ejercicio (reproducción, distribución, comunicación pública, transformación), y en cuanto a los contenidos y alcance de los actos de transmisión (duración en el tiempo, ámbito territorial, exclusividad o no de la cesión, etc.). Esta diversidad y elasticidad de contenido del derecho de propiedad intelectual lleva consigo que la verificación de si existe o no ajenidad en una relación de servicios de autor haya de depender de que los derechos cedidos incluyan los principales derechos de explotación dentro del giro o tráfico económico de la profesión y sector de actividad, o por el contrario tengan una importancia económica accesoria dentro de ellas.

En fin, interesa puntualizar, a propósito de la ajenidad en las relaciones de servicios de creación de obras de autor, que el derecho de autor es independiente, compatible y acumulable con el derecho de propiedad sobre la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual (art. 3 de la Ley). Específicamente para ciertos soportes materiales de obras de autor, el art. 56 de la Ley establece que la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no comporta por este solo título ningún derecho de explotación sobre esta última, y que el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada.

QUINTO.- A la vista de las consideraciones anteriores, y tal como está configurada por las partes la relación contractual cuya calificación es objeto de controversia, hay que llegar a la conclusión de que concurre en el caso enjuiciado la nota de ajenidad que caracteriza a la prestación de servicios de régimen laboral. El colaborador o reportero gráfico demandante no hace los trabajos fotográficos por propia iniciativa y para sí mismo, con propósito de ofrecerlos luego en el mercado de la información, sino que los realiza atendiendo a precisas indicaciones temáticas o de objeto de una empresa periodística, que tiene la facultad de seleccionar a precio preestablecido las fotografías que más le interesan de los reportajes realizados, y que adquiere así el principal resultado del trabajo, que son los derechos de explotación y publicación en prensa de las fotografías seleccionadas. La reserva de facultades al colaborador o reportero es secundaria en el caso, y tiene su razón de ser, en lo que

respecta a la consignación de su nombre en el pie de foto, en el derecho moral de los autores de obras intelectuales o artísticas.

Tampoco es decisivo para desvirtuar la calificación de laboralidad el que el trabajador, siguiendo lo que la sentencia de contraste califica de costumbre o uso profesional, aportara su propia cámara fotográfica y utilizara su propio vehículo para los desplazamientos de trabajo. Estas aportaciones, contempladas en el conjunto de la relación contractual, no tienen con toda evidencia entidad económica suficiente para convertir al colaborador o reportero gráfico en titular de una explotación o empresa, posición esta última en la que el objetivo de lucrar un rendimiento por el capital invertido prevalece sobre la obtención de una renta por el trabajo realizado.

Es cierto que el trabajo de un colaborador gráfico de un medio de comunicación puede realizarse también por cuenta propia, con elección de reportajes o trabajos por parte del colaborador y posterior ofrecimiento de los mismos a las empresas informativas. Pero tal configuración de la actividad profesional no se produce en casos como el enjuiciado en que el intercambio del trabajo fotográfico realizado por un retribución está determinado de antemano en sus elementos principales mediante encargo o intervención de la empresa periodística.

SEXTO.- Además de trabajo por cuenta ajena, el demandante en el presente litigio, a diferencia de lo que ocurre en el asunto resuelto en sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 1987, presta sus servicios en régimen de dependencia o subordinación, régimen compatible con el reconocimiento al profesional de los márgenes lógicos de decisión sobre el modo de ejecución del trabajo, el cual, además, por hipótesis, ha de realizarse principalmente fuera de los locales o dependencias de la empresa. No nos encontramos en el caso ante un colaborador libre, que presta servicios esporádicamente o por actos o acontecimientos singulares, sino ante un reportero gráfico -con esta denominación expresa figura el actor en el medio de comunicación- incorporado plenamente y con continuidad a la organización del trabajo de la empresa informativa, que programa diariamente el trabajo a realizar y que encarga incluso en ocasiones trabajos o reportajes imprevistos.

SEPTIMO.- El modo de retribución del trabajo elegido por las partes de la relación de servicios objeto de este litigio es el llamado de retribución a la pieza, en el que se abona una cantidad predeterminada por fotografía adquirida.

Este sistema singular de destajo o remuneración por resultado no se encuentra ciertamente entre los más típicos del contrato de trabajo, que suelen ser la remuneración por tiempo o por rendimiento, pero no es incompatible con el mismo, teniendo en cuenta que el art. 26 del Estatuto de los Trabajadores, cuando concurren las notas de ajenidad y dependencia, considera "salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie,..., cualquiera que sea la forma de remuneración".

OCTAVO.- La conclusión del razonamiento anterior es que nos encontramos ante un litigio cuyo origen es una relación contractual de trabajo de régimen laboral, y cuyo conocimiento corresponde en consecuencia al orden social de la jurisdicción. El recurso debe, por tanto, ser estimado. Teniendo en cuenta el signo de la sentencia de instancia, la resolución del debate de suplicación con arreglo a doctrina unificada -último tramo de la sentencia estimatoria de unificación de doctrina- supone la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la empresa, y la confirmación de la sentencia de instancia.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DON J.C.R.M., contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 9 de julio de 1996, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 12 de febrero de 1996 por el Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián, en autos seguidos a instancia de dicho recurrente, contra EDITORIAL DEL PUEBLO VASCO, S.A. (EDIVASA), sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida.

Resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso interpuesto por la empresa, y confirmamos la sentencia de instancia.

16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 1998

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 24 de febrero de 1995 el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

El actor D. M.F.O., con D.N.I. nº AAAAAAAA, solicitó del INEM en fecha 1/8/94 prestación por desempleo, que le fue denegada por resolución de 5/9/94 por no tener la consideración de trabajador por cuenta ajena.

Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por resolución de 30/9/94.

El actor vino prestando sus servicios para la empresa Hogar del Libro, S.A., desde el 14/12/89, cesando por expediente de regulación de empleo, poseyendo el 12,5% de las acciones y estando el resto del capital social en poder de su familia compuesta por padre, tíos y hermano.

La base reguladora asciende a 112.408 ptas. mensuales.

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

Desestimando íntegramente la demanda interpuesta por M.F.O. frente al I.N.E.M. debo absolver y absuelvo a dicho demandado de los pedimentos de la demanda contra los mismos interpuesta.

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D.M.F.O. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia con fecha 7 de junio de 1996, en la que consta el siguiente fallo: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por M.F.O. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona, en fecha 24 de febrero

de 1995, en el procedimiento número 1242/94, seguido por el recurrente, contra el Instituto Nacional de Empleo, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

TERCERO.- Por la representación D.M.F.O. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el día 19 de Junio de 1997, en el que se denuncia infracción del artículo 7.2 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores y con el 61 de la propia Ley. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada el 2 de noviembre de 1995 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

CUARTO.- Por Providencia de esta Sala, de fecha 26 de septiembre de 1997, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal del Instituto Nacional de Empleo para que formalizara su impugnación, presentándose por la misma el correspondiente escrito.

QUINTO.- Evacuado el traslado conferido, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 12 de marzo de 1998, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-

1.- La cuestión debatida se centra en determinar si existe relación laboral, a los efectos del reconocimiento de la prestación por desempleo, cuando el solicitante, que prestaba servicios y percibía una remuneración en una sociedad anónima hasta que se le extinguió la relación en base a la autorización obtenida por la empresa en expediente de regulación de empleo, era, a su vez, accionista y poseía el 125% del capital social, siendo los otros socios el padre, sus tíos y un hermano del solicitante, titular, también, de un 12'5 % del capital social.

2.- La sentencia de instancia, denegó el reconocimiento de la prestación por desempleo solicitada argumentando la inexistencia de relación laboral entre el solicitante y la empresa, y partiendo como esenciales hechos probados de que el actor prestaba sus servicios para la sociedad anónima desde el 14/12/89, cesando por expediente de regulación de empleo, poseyendo el 12'5% de las acciones y estando el resto del capital social en poder de su familia compuesta por padre, tíos y hermano.

3.- La sentencia ahora recurrida, dictada, en fecha 7-VI-1996 (rollo 6129/95), por la Sala de lo Social del TSJ/Catalunya, sin modificar formalmente los hechos declarados probados de la sentencia de instancia al no haberlo instado el recurrente, confirma la sentencia impugnada, argumentando que no existen la notas de dependencia y ajenidad propias de la relación laboral, siendo innegable que la empresa era netamente familiar, y adicionando de oficio, con pretendido valor fáctico en sus fundamentos jurídicos, que el solicitante había convivido con su padre hasta dos meses antes de solicitar la prestación, que éste último era presidente del consejo de administración y que no consta diferenciada y preferente la actividad laboral correspondiente a la categoría profesional que se le atribuía.

4.- La sentencia invocada como de contraste esta dictada por la propia Sala del TSJ/Catalunya, en fecha 2-XI-1995 (rollo 2960/95), precisamente en un supuesto que afectaba a la hermana del ahora recurrente en casación unificadora y que al igual que éste era titular de un 125% del capital social, habiéndosele extinguido, asimismo, su relación laboral con la misma sociedad anónima de la que otro socio era también su padre, en base a la autorización obtenida en expediente de regulación de empleo. En este supuesto, la Sala de suplicación, invocando las SSTS/IV 14-VI-1994 y 19-X-1994, llegó a conclusión distinta, entendió que la relación existente entre la demandante y la sociedad era laboral, reconociendo la prestación por desempleo solicitada.

5.- La contradicción entre ambas resoluciones es evidente, partiendo de la identidad existente entre los exclusivos hechos que en una y otra sentencia es dable entender como verdaderamente probados y la conclusiones distintas a las que llegan en aplicación de idénticos fundamentos y pretensiones, cumpliéndose, así, el requisito o

presupuesto que para viabilizar el recurso de casación unificadora se exige en el art. 217 LPL, por lo que procede entrar en el estudio de las infracciones jurídicas denunciadas.

SEGUNDO.-

1.- La cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala, en supuestos análogos al ahora enjuiciado, y en el sentido asumido por la sentencia invocada como de contraste, y así:

En una primera sentencia, la STS/IV 14-VI-1994 (recurso 3493/1993), se declaró que Una participación de alrededor del 10% en la sociedad titular de la empresa no desvirtúa la nota de ajenidad en los servicios prestados a una sociedad anónima de propiedad familiar, cuando además en el caso enjuiciado tampoco consta convivencia con otro u otros miembros de la familia titulares de acciones que pudiera, a partir de una cierta cuota de participación conjunta en la propiedad del capital social, dar lugar a un patrimonio o fondo común, en el que ingresaran los frutos o resultados del trabajo prestado. A ello debe añadirse que la pertenencia de la actora (por cierto tiempo, y no subsistente en el momento del cese en el trabajo) al consejo de administración de la sociedad titular de la empresa no es obstáculo, según la interpretación jurisprudencial del art. 1.3.c. del ET (TS 15 febrero 1990), al reconocimiento de una relación laboral común desarrollada simultáneamente con dicha sociedad.

Posteriormente, la STS/IV 19-X-1994 (recurso 3050/1994), -- relativa a un supuesto de sociedad de responsabilidad limitada cuyos únicos socios eran los padres del actor y dos de sus hijos, poseyendo el demandante un 20% del capital y habiéndosele extinguido su relación con la empleadora en virtud de expediente de regulación de empleo --, se declaró que "el art. 3-1 de la Ley 31/84 ... establece que están protegidas por desempleo los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el RGSS requisitos que concurren en el actor; previamente a la extinción de la relación del mismo con la Empresa ... S.L., se tramitó ...expediente de regulación de empleo ... en donde se autorizó rescindir las relaciones laborales con cuatro trabajadores declarándolos en situación de desempleo con efectos del día siguiente; si en virtud de dicha autorización se extinguió la relación laboral del actor, calificándola como relación laboral por cuenta ajena, resolución firme, no cabe que con posterioridad, el INEM deniegue la prestación

cuando el trabajador la solicita, negando su condición de trabajador por cuenta ajena, en base a la presunción establecida en el art. 1-3 c) del ET que excluye del ámbito laboral los trabajos familiares, considerando que la presunción iuris tantum allí establecida no ha sido destruida, por cuanto se trata de una cuestión ya resuelta, previo cumplimiento de los trámites previstos en el art. 49-9 y 51 de la Ley 8/80 del ET, en donde ... se calificó al recurrido como trabajador por cuenta ajena y que no cabe volver a plantear; por otra parte, con independencia de las relaciones familiares del actor con otros socios de la ... S.L., lo cierto es que aquel prestaba sus servicios por cuenta de una Sociedad con personalidad jurídica propia, distinta de la de los titulares del capital social, percibiendo su remuneración, cotizando a la Seguridad Social sin intervenir en la administración de la Sociedad, circunstancias todas ellas, que demuestran lo acertado de la resolución recurrida, al calificar los trabajos por cuenta ajena al reunir todos y cada uno de los requisitos exigidos en el ET". Doctrina que, en parte, se reitera en la STS/IV 14-IV-1997 (recurso 2723/1996), relativa al supuesto de un socio fundador, titular del 20% del capital social, de la sociedad de responsabilidad limitada que había procedido a extinguir su relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo.

Cabe entender que la doctrina sobre la existencia o no de relación laboral a efectos del desempleo en el caso de sociedades calificables de familiares se perfila, entre otras, en la STS/IV 19-XII-1997 (recurso 1048/1997), en la que se enjuicia el supuesto de una persona no socia, pero que prestaba sus servicios, hasta que su relación fue extinguida en expediente de regulación de empleo, para una sociedad anónima de la que eras socios un tercero, su madre, accionista mayoritaria, y la esposa del demandante, la que era administradora única, conviviendo en el mismo domicilio el demandante, su mujer y la madre de aquél. En ella se afirma que, en puridad, cuando el empresario es una persona jurídica no puede hablarse de los parientes del empresario a efectos de excluir a determinadas personas de la condición de trabajadores por cuenta ajena, proclamando que el art. 7.2 LGSS alude a los 'parientes del empresario', condición que, en puridad de concepto, no puede darse cuando el empresario es una persona jurídica. Añadiendo, además, que aún cuando se traspasase o levantase el velo de esa persona jurídica, y se tomase en consideración la realidad de las personas físicas

que la integran, tampoco podría encajarse la situación del actor ... en el radio de acción del comentado art. 7, toda vez que si bien el actor es hijo de la socio mayoritaria de la compañía (su madre), no consta que conviva con ella ni a su cargo, con lo que, en relación a esta persona, no concurren los requisitos que el precepto impone; y aunque la esposa del demandante es también socio de esa sociedad, e incluso administradora única, y además los dos cónyuges viven en el mismo domicilio, lo cierto es que la participación que la mujer del actor tiene en el capital social no alcanza, en modo alguno, el 50% del mismo (tan solo tiene un 30%), y tampoco puede considerarse probado que su marido viva a su cargo, máxime cuando se ha demostrado que él cobraba un sueldo mensual.

En la misma línea interpretativa, en la STS/IV 25-XI-1997 (recurso 771/1997), -- en un supuesto en el que el demandado era titular del 10% de las acciones de la sociedad a la que había prestado servicios de la que su madre tenía otro 35% y su padre ostentaba el cargo de administrador único, conviviendo el demandado en el domicilio familiar --, se afirma que aunque se acudiera a las reglas de la prestación de servicios entre parientes resultaría que tanto el art. 1.3. e) del ET, como el art. 7.2 de la LGSS, contienen una presunción iuris tantum de no laboralidad de las relaciones de prestación de servicios entre los parientes que enumera. No puede por tanto realizarse una aplicación de dichos preceptos que desnaturalice su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario, para transformarla en presunción iuris et de iure. Cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena, pero es que, además, concluye que se declara probado que el actor trabajó y percibió retribución. Era por tanto trabajador por cuenta ajena y, como tal, estaba protegido de la contingencia de desempleo, de la que no puede ser excluido en base a su parentesco con titulares de la sociedad, o por su titularidad de una mínima parte de las acciones.

Cabe deducir de la STS/IV 22-XII-1997 (recurso 571/1997), dictada en un supuesto similar, que el fraude no se presume y debe ser probado por la parte que lo alega, no bastando deducirlo simplemente de la relación de parentesco, al afirmarse que

La tesis de la recurrida implica la existencia de una actuación en fraude de ley, que se presume (no se acredita) en función únicamente de la relación de parentesco.

Por último, en esta línea y en relación a otras prestaciones de la Seguridad Social, por esta Sala se ha afirmado, en su STS/IV 17-III-1997 (recurso 3570/1996), que como excepción, para evitar posibles fraudes, a falta de normas específicas que lo presuman en determinados supuestos para las prestaciones no contributivas, debe estarse a lo dispuesto en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, que proscriben el fraude pero no lo presumen.

TERCERO.-

1.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado comporta la declaración de existencia de relación laboral entre el ahora recurrente y la sociedad anónima para la que había prestado servicios y percibido retribución hasta la extinción de la relación en base a la autorización concedida en expediente de regulación de empleo , ya que, por una parte, no puede entenderse que el demandante sea pariente de la sociedad anónima empleadora a efectos de negarle naturaleza laboral a la relación existente entre ambos, y, por otra parte, dado que si la Entidad Gestora entendía que existía fraude y debía aplicarse la doctrina del levantamiento del velo, argumentando que la persona jurídica estaba siendo utilizada instrumentalmente en beneficio de sus socios, entre los que se encontraba el demandante, debería haberlo alegado en tal sentido y practicar prueba para acreditado, no siendo dable presumirlo por la mera constatación de que el demandante, socio minoritario, es pariente de otros socios.

2.- En definitiva, no existen datos en los inalterados hechos probados de la sentencia de instancia para negar que el demandante fuera trabajador por cuenta ajena al constar que trabajó y percibió retribución de la sociedad anónima de la que era socio minoritario, o, en otros términos, que de los datos fácticos existentes no es dable entender directamente o presumir, en los términos que posibilita el artículo 1253 del Código Civil, que ha existido fraude en la conducta del solicitante y que la invocada relación de trabajo con la empresa de la que era socio junto con otros familiares respondía a la esencial finalidad de poder obtener de tal forma, entre otras, las

prestaciones por desempleo, utilizando instrumentalmente con tal fin la forma jurídica societaria.

3.- Procede, por lo expuesto, estimando el recurso de casación unificadora, casar y anular la sentencia impugnada, y resolviendo el debate planteado en suplicación, revocar la sentencia de instancia, declarando el derecho del demandante al percibo de la prestación por desempleo, durante un periodo de 540 días, a partir del día 26-julio-1994, y a tenor de una base reguladora de 112.408 pesetas mensuales, condenando al INEM a su reconocimiento y abono, sin imposición de las costas de este recurso (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Don M.F.O., contra la sentencia, de fecha 7-junio-1996 (rollo 6129/95), dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Catalunya en el recurso de suplicación formulado por el ahora recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona, en fecha 24-febrero-1995, en los autos nº 1242/94 seguidos a instancia del ahora recurrente en casación unificadora frente al INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO. Casamos y anulamos la sentencia de suplicación impugnada y resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos el referido recurso y revocamos la sentencia de instancia, declarando el derecho del demandante al percibo de la prestación por desempleo, durante un periodo de 540 días, a partir del día 26-julio-1994, y a tenor de una base reguladora de 112.408 pesetas mensuales, condenando al INEM a su reconocimiento y abono, sin imposición de las costas de este recurso Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 1998

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El día 20 de Febrero de 1996, el Juzgado de lo Social número 27 de Madrid, dictó sentencia en virtud de demanda formulada por DON J.M.G.M., frente al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, en reclamación de despido, en la que como hechos probados figuran los siguientes: "PRIMERO.- El actor J.M.G.M., inicio su relación con el Ayuntamiento de Madrid el 1-9-92 para prestar servicios como educador en el internado-residencia AAAAAAAA. SEGUNDO.- El ingreso en el citado internado en la fecha ya referida, tuvo lugar como consecuencia de inserción de anuncios por parte del Ayuntamiento en la prensa para que las personas interesadas realizaran sus ofertas, procediéndose a la realización por parte del organismo demandado de un pliego de condiciones que tras superar la selección, fue íntegramente aceptado por el demandante. TERCERO.- Conforme a los pliegos de condiciones y en virtud de adjudicación directa, el actor ha estado prestando sus servicios como educador en los periodos de 1-9-92 a 30-6-93; de 1-9-93 a 30-6-94 y de 1-9-94 a 30-6-95. Obran en las actuaciones los respectivos expedientes de contratación, teniéndose en su contenido íntegramente por reproducidos. CUARTO.- El actor se ocupaba de los niños acogidos en el internado de AAAAAAAA dependiente del organismo demandado una vez que aquellos concluían sus horas lectivas. La presencia del actor en el centro, estaba directamente relacionada con la permanencia de niños internos. No firmaba partes de entrada ni salida ni disfrutaba de vacaciones reglamentarias o permisos. QUINTOS.- En

cada uno de los periodos contratados, el actor percibió las cantidades que en los citados contratos se especificaban como importe total de sus servicios, siendo el del último contrato suscrito por importe de 205.000 pts/mes con gastos e impuestos incluidos. SEXTO.- Todos los contratos suscritos lo fueron al amparo del R.D. 2357/1985 de 20 de Noviembre en relación con el R.D. 1465/85. SÉPTIMO.- El actor estaba dado de alta en el I. A. E. y en el R. E. T. A.; igualmente al inicio de la contratación depositó fianza suficiente, suscribiendo un seguro de responsabilidad civil al objeto de garantizar daños producidos a terceros a causa de su actividad. OCTAVO.- Se ha agotado la vía previa administrativa.". Y como parte dispositiva figura la siguiente: "Que debo declarar y declaro la incompetencia de este orden jurisdiccional social para el conocimiento de la demanda presentada por J.M.G.M. contra AYUNTAMIENTO DE MADRID, sobre despido, absolviendo en la instancia a la demandada de los pedimentos instados en su contra y sin perjuicio del derecho que asiste al actor en su caso a ejercitar las acciones que pudieran corresponderle ante la jurisdicción contencioso-administrativa.".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 16 de Abril de 1997, en la que como parte dispositiva figura la siguiente: "Que debemos anular y anulamos de oficio la sentencia de instancia, en el sentido de considerar competente la jurisdicción laboral, devolviendo los Autos al Juzgado de instancia, para que con libertad de criterio, el Magistrado de instancia, entre a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- Contra dicha sentencia preparó el Ayuntamiento de Madrid, en tiempo y forma e interpuso después recurso de CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. En el recurso se denuncia la contradicción producida con la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de Mayo de 1995, recurso número 4477/93.

CUARTO.- Se impugnó el recurso por el recurrido, e informó sobre el mismo el Ministerio Fiscal, que lo estima improcedente.

QUINTO.- Señalado día para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, se celebró el acto de acuerdo con el señalamiento acordado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia de suplicación, anuló de oficio la de instancia, en el sentido de considerar competente la jurisdicción laboral para conocer de la demanda formulada sobre declaración de improcedencia de despido. La entidad recurrente cita como contradictoria la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de Mayo de 1995 y, denuncia que infringe lo dispuesto en los RR DD 1465/85, de 17 de Julio y 2387/85, de 20 de Noviembre, en relación con el también infringido artículo 1.3, apartado a) del Estatuto de los Trabajadores, con lo que entiende, que existe un quebranto manifiesto en la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia, pues es doctrina pacífica muy reiterada por el Tribunal Supremo, que lo determinante para la calificación como administrativa de la relación es la existencia de una norma con rango de ley que así lo autorice y el voluntario sometimiento a ella de las partes, por lo que la contratación tiene claro carácter administrativo, pues los contratos se han suscrito con sujeción a reglamentos administrativos, aún cuando en los mismos se hubieran cometido irregularidades o infringido los preceptos en que se ampara y, su conocimiento no corresponde a la jurisdicción del orden social, cuando ademas, procede añadir: 1º) que el artículo 12 del Real Decreto 1468/85, declara la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de las cuestiones litigiosas que surgan sobre interpretación, modificación, resolución y efectos de estos contratos, de conformidad con el artículo 19 de la Ley de Contratación del Estado; 2º) que el artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores excluye su ámbito de aplicación la relación de servicios del personal laboral al servicio del Estado, corporaciones locales, y las entidades Publicas Autónomas, cuando al amparo de una ley dicha relación se regule por normas administrativas; y 3º) que se ha seguido puntualmente el procedimiento exigido por los citados por los citados Reales Decretos para contratar al actor, por lo que no se puede sino concluir, en que la relación no es laboral sino administrativa.

SEGUNDO.- En la impugnación del recurso, se niega que existan las identidades que exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, así como la contradicción propiamente dicha, porque las sentencias tienen fundamentaciones distintas al tratar supuestos de hecho diferentes, no susceptibles de comparación, resolviendo en el caso de autos como cuestión de orden publico procesal, mientras, que el precedente se basa en la resolución del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1996 y, por otra parte "el objeto de los contratos en el caso de autos, es una prestación de servicios desde el año 1991 como educador, y no un trabajo especifico, está ausente de temporalidad, no habitualidad y carácter excepcional".

Sin embargo, es claro, como sostiene el Fiscal en su dictamen, que concurren los requisitos legales basados en la triple identidad que alude el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, con fallos contradictorios, según se comprueba al verificar el análisis comparativo de la sentencia impugnada y la aportada para contraste, aunque si bien en esta, los actores comenzaron a prestar servicios para el Ayuntamiento de Madrid, con la categoría profesional de profesores de E.G.B. en el centro de educación permanente de adultos de este organismo, mediante contratos laborales y, a partir del curso 1988/89 pasaron a prestar sus funciones en régimen de servicios de adjudicación directa con el fin de impartir los cursos de educación permanente de adultos al amparo del Real Decreto 1465/85 de 17 de Julio, mientras que en la sentencia impugnada, el demandante inició su relación con el Ayuntamiento de Madrid para prestar servicios como educador en el Internado-Residencia AAAAAAAA, suscribiendo todos los contratos al amparo del Real Decreto 2357/1985, de 20 de Noviembre, en relación con el Real Decreto 1465/85.

Pues se produce la contradicción -salvo matices intrascendentes como anteriores contrataciones laborales-, ante una situación de hecho idéntica, cual es, que las relaciones existentes entre las partes cuando se produce la extinción de los contratos, habían surgido en virtud de contratos suscritos al amparo del Real Decreto 1465/85 y, en ambos supuestos, las funciones que se desarrollan, responden a un trabajo de carácter habitual y permanente en una institución publica, vinculada a la educación, aunque, en el supuesto de contraste se trate de profesores y en el de autos de un educador.

TERCERO.- Como es hecho probado, que "el actor se ocupaba de los niños acogidos en el internado de San Ildefonso dependiente del Organismo demandado una vez que aquellos concluían sus horas lectivas. La presencia del actor en el centro, estaba directamente relacionada con la permanencia de los niños internos". De tal declaración fáctica resulta, que las funciones que se vienen realizando, son permanentes y habituales en el centro de trabajo y, que no se trata de "la prestación de un servicio no habitual en la administración, de un contenido concreto y especifico, y con carácter excepcional". Por ello se ha de seguir, el criterio unificado en sentencia de 2 de Febrero de 1988, dictada en Sala General precisamente para superar discrepancias anteriores y, -reiterado por otra de este Tribunal de 10 de Febrero de 1998-, en donde se recoge:

CUARTO.- De conformidad con el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso formulado, al ser ajustada a la doctrina antes expuesta, la sentencia de suplicación.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el Recurso de CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Dª. C.Z.L., en nombre y representación del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 16 de Abril de 1997, dictada en el recurso de suplicación número 3078/96, formulado por DON J.M.G.M., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 27 de Madrid, de fecha 20 de Febrero de 1996, en virtud de demanda formulada por DON J.M.G.M., contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, en reclamación de despido.

Condenando al Ayuntamiento al pago de las costas causadas en el presente recurso, con inclusión de los honorarios del Letrado de la parte recurrida, interviente en el recurso, en la cuantía, que en su caso señalará la Sala, sin que haya de superar la suma de ciento cincuenta mil pesetas.

Devuélvanse las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.
En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José María Botana López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JUNIO DE 1998

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social número 15 de Barcelona dictó sentencia el 22 de julio de 1996 con el siguiente fallo: "Que debo desestimar y desestimo las demandas acumuladas por despido y extinción de la relación laboral interpuesta por D. S.C.F. contra la empresa PARKE DAVIS, S.A." La referida sentencia contiene el siguiente relato de hechos probados:

1. Don S.C.F., con D.N.I. número AAAAAAAA, presta servicios para la empresa Parke Davis S.A. del sector farmacéutico, con domicilio en el Prat de Llobregat, Polígono Industrial BBBBBBBB s/n.

2. Inició su relación con la empresa Laboratorios Sustancia, S.A. el 2-1-79, en virtud de un contrato por el que se comprometía a poner a disposición de la misma el vehículo de su propiedad Citroen 2 CV AKS, matrícula B-BZ, para efectuar servicios de reparto de mercancías y cualesquiera otros de carácter análogo que le pudieran ser encomendados, comprometiéndose a mantener el referido vehículo a disposición de la empresa, si poder atender a otros tráficos o actividades propios o ajenos si el vehículo le

era solicitado por la empresa. Se hacía constar que la relación entre las partes no sería de carácter laboral, y que respondería de la pérdida, deterioro, mojadura, menoscabo, derrame o cualquier otro perjuicio que pudiera sufrir la mercancía entre el momento de la carga y el de su descarga.

3. Se halla dado de alta en el RETA y en el IAE como transportista, siendo el promedio de lo percibido durante el último año de 303.410 pesetas mensuales.

4. Desde un principio trabajó en exclusividad para la empresa de conformidad con las órdenes e instrucciones que recibía, prestando servicios todos los días laborables con una jornada entre 8 y 11 horas diarias.

5. Su actividad como transportista se combinaba con trabajos realizados en el almacén, hasta el punto que en los últimos años era esta última la que ocupaba la mayor parte de su jornada laboral, siendo el salario previsto en el Convenio Colectivo para un trabajador con la categoría de almacenero de 235.651 pesetas mensuales, incluyendo la parte proporcional de pagas extraordinarias.

6. La empresa Laboratorios Sustancia S.A. pasó a denominarse Parke Davis, S.A.; posteriormente asumió la actividad empresarial Warner Lambert España, S.A. y desde octubre de 1991 recuperó su antigua denominación de Parke Davis, S.A.

7. El 3-4-96 el demandante presentó papeleta de conciliación ante el SCI en solicitud de reconocimiento de relación laboral.

8. El 25-4-96 se le comunicó por escrito que como quiera que las actividades de almacén y en general del área productiva en el centro del Prat de Llobregat ya han finalizado, totalmente, su servicio como transportista no sería necesario desde el día 26 y que las actividades de transporte de plaza del almacén de distribución de la línea 10, en el centro de Créditos y Docks se seguían realizando, por lo que continuaban contando con sus servicios para dicho almacén.

9. Solicita el actor la declaración de nulidad o improcedencia de su despido o la extinción de su contrato de trabajo, habiéndose celebrado el día 15-5-96 el preceptivo acto de conciliación sin avenencia ante el SCI".

SEGUNDO.- Frente a la sentencia referida recurre en suplicación PARKE DAVIS, S.A. y D. S.C.F. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 7 de marzo de 1997 dicta sentencia de este tenor : "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por PARKE DAVIS S.A. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Barcelona, dictada el 22 de julio de 1996 en los autos números 562 y 570/96 seguidos a instancia de D. S.C.F., debemos declarar y declaramos la falta de competencia de los Juzgados y Tribunales de lo Social y revocamos la indicada sentencia dejando imprejuzgada la acción, advirtiendo a las partes que deberán, en caso, plantear sus controversias ante los Órganos civiles de la jurisdicción".

TERCERO.- Don S.C.F., por medio de su Abogado don José María Alonso Vallés, prepara contra dicha sentencia recurso de casación para la unificación de doctrina, que después interpuso ante esta Sala Cuarta, y alega la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de octubre de 1996 y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de junio de 1994, la primera sobre la existencia de relación laboral entre el recurrente y la empresa Parke Davis, S.A., y la segunda sobre la pretendida extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1, apartados a) y

c) del Estatuto de los Trabajadores. Denuncia el recurrente en el primer motivo de casación la infracción por inaplicación del artículo 1.1, en relación con el 8.1, ambos del Estatuto de los Trabajadores y por interpretación errónea del artículo 1.3, g) del mismo Estatuto. Y el segundo motivo infracción por inaplicación del artículo 50.1, apartados a) y c) del Estatuto de los Trabajadores; y número 2 del mismo artículo, en relación con el artículo 2, apartados a), f) y g) del mismo texto legal.

CUARTO.- El recurso fue impugnado por PARKE DAVIS, S.A.. El Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido para dictamen en el sentido de ser procedente el recurso, casando la sentencia que declara la incompetencia del orden social.

QUINTO.- Se señaló por la Sala el pasado día 9 de los corrientes para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, celebrándose dichos actos de acuerdo con el señalamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Advierte el señor S.C.F. en su recurso de casación que aporta dos sentencias de contradicción, una por cada uno de los motivos del recurso. Basa el primer motivo de casación en la infracción que denuncia por la no estimación de la acción de resolución indemnizada del contrato de trabajo al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, pues habiendo procedido la empresa -dice el recurrente- a la reducción unilateral de la jornada de trabajo sin sujeción a procedimiento alguno debía haberse estimado la resolución pretendida con derecho a indemnización; e invoca a tal fin la contradicción existente con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña -la misma que dictó la sentencia que recurre- de 1 de junio de 1994. El segundo motivo versa sobre la estimación de la sentencia recurrida de la incompetencia de jurisdicción, y se vale para acusar la contradicción que se invoca de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de octubre de 1996.

SEGUNDO.- La sentencia que se invoca como contraria, procedente de la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de junio de 1994, carece del pretendido valor contradictorio ya que en ella se dice que "El recurrente no impugna de modo expreso, ni formula censura jurídica concreta respeto de este último pronunciamiento (extinción del contrato indemnizada, del artículo 50 del Estatuto), por lo que a la Sala le está vedado entrar en su examen. En cuanto a la declaración de despido, que sí es combatida, lo es únicamente con el argumento de que la relación entre las partes es mercantil y no laboral, pero para el caso de ser aceptada la vinculación de trabajo... el recurso se limita a solicitar la revocación de la sentencia en cuanto a la indemnización y salarios de tramitación, sin cuestionar la calificación del despido como nulo". La sentencia del Juzgado de lo Social declaraba la nulidad del despido y condenaba a la empresa al abono de una indemnización de 22.977.402

pesetas, con más los salarios de tramitación; y la de suplicación se limita a declarar que el salario del demandante era de 4.105 pesetas diarias y que la indemnización que le correspondía era de 5.244.137 pesetas. Como dice PARKE DAVIS, S.A. en su escrito de impugnación al recurso de casación, la sentencia recurrida, al estimar la incompetencia de jurisdicción no entra a conocer de la pretensión actora de extinción de su contrato de trabajo, y difícilmente puede haber contradicción entre dos resoluciones cuando una de ellas ni tan siquiera analiza la cuestión supuestamente contradictoria.

Como informa el Ministerio Fiscal, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 1 de junio de 1994 "no merece la consideración de contradictoria, pues, además de no existir la exigible correspondencia entre los hechos que fundamentan las sentencias que se han de comparar, contempla la misma un supuesto de despido nulo en el que únicamente se planteó por el recurrente la cuestión de salarios e indemnización, sin referirse tampoco a la rescisión del contrato estimada en la instancia".

Los hechos contenidos en una y otra sentencia, la de 1 de junio de 1994 y la aquí recurrida, son diferentes. En aquélla primero se le comunica verbalmente que la empresa había decidido prescindir de sus servicios, impidiendo su reincorporación al puesto de trabajo; días después se le comunica que su relación ha sido siempre mercantil y que estaba dispuesta a seguir contratando sus servicios, y días después se le dice que trabajaría un día sí y otro no, y al mes siguiente se le comunica que trabajaría sólo dos días a la semana. Comparando estos hechos con los relatados como probados en la sentencia recurrida, según consta en los antecedentes de hecho ya descritos en la presente sentencia, la falta de contradicción de sentencias que acusan la empresa recurrida y el Ministerio Fiscal quedan bien acreditadas.

TERCERO.-

1. La segunda sentencia, que se dice contraria respecto de la debatida competencia del orden social de la jurisdicción, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de octubre de 1996, acredita, en cambio, la contradicción invocada. Dicha sentencia se refiere a otros litigantes en idéntica situación a los hoy recurrentes y versa sobre hechos, fundamentos y

pretensiones sustancialmente iguales, habiéndose llegado, sin embargo, a pronunciamientos distintos. Así se demuestra con la minuciosa relación precisa y circunstanciada de la contradicción que hace en su escrito el recurrente.

2. En la sentencia de contradicción los actores prestaron servicios para la demandada como mensajeros, en un primer momento sirviéndose de un ciclomotor y después de una furgoneta de su propiedad; deberían acudir a la empresa donde se les asignaban hojas diarias de facturación, percibiendo un sueldo en función de los servicios realizados y kilómetros recorridos, siendo por cuenta de dichos actores, que llevan uniforme de la empresa, todos los gastos de sus vehículos, que realizan los dos actores con vehículo propio, aunque el tercero lo hace con vehículo de la empresa, con un peso máximo autorizado de cada vehículo de dos mil kilogramos; ninguno de los actores está dado de alta en el RETA, salvo el tercero citado. La sentencia declara la competencia del orden jurisdiccional social, reconociendo el carácter laboral de la relación existente, que se inició en enero de 1990 para uno, en febrero de 1991 para otro y en septiembre de 1992 para el que venimos llamando tercero.

3.- En la sentencia recurrida el señor S.C.F. inició su relación con unos Laboratorios el 2 de enero de 1979, domiciliada en el mismo lugar que la hoy demandada y de la que es continuadora, pasando a ser después PARKE DAVIS, S.A.. Se comprometía a poner a disposición de la empresa el vehículo de su propiedad Citroen 2CV para efectuar servicios de reparto de mercancía y cualesquiera otros análogos que se le encomendaran comprometiéndose a mantener a disposición de la empresa dicho vehículo, sin poder atender otras actividades propias o ajenas si el vehículo le era solicitado por la empresa. Se hacía constar que la relación entre las partes no sería laboral y que respondería de la pérdida, avería, deterioro u otro perjuicio que pudiera sufrir la mercancía entre su carga y descarga. Se hallaba dado de alta en el RETA y en el IAE como transportista y el promedio de lo percibido durante el último año fue de 303.410 pesetas. Trabajó con exclusividad para la empresa de acuerdo con las órdenes recibidas y en jornada, los días laborables, entre 8 y 11 horas diarias. Su actividad como transportista se combinaba con trabajos en el almacén y en los últimos años esta última actividad ocupaba la mayor parte de su jornada con salario previsto en

el convenio colectivo aplicable para un almacenero de 235.651 pesetas mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

El actor solicitó el 3-4-1996 el reconocimiento de su relación laboral y el 25 de ese mes la empresa le comunicó que como las actividades del área productiva en el centro de El Prat de Llobregat ya habían finalizado, no serían necesarias, pero que seguiría realizando las actividades de transporte de plaza del almacén de distribución de la línea 10, por lo que continuaban contando con sus servicios para dicho almacén. El actor instó la declaración de nulidad o improcedencia del despido o la extinción del contrato de trabajo, desestimando el Juzgado las demandas acumuladas de despido o extinción de la relación laboral, y declarando la Sala de suplicación en la sentencia indicada de 7 de marzo de 1997 que estimaba el recurso interpuesto por PARKE DAVIS, S.A. así como la incompetencia del orden social, por ser competentes los órganos de la jurisdicción civil, sin posibilidad de entrar a conocer del recurso interpuesto por el señor S.C.F.

Los fundamentos en que se apoyaban las partes en uno y otro proceso, referentes a la existencia o no de una relación laboral por cuenta ajena, visto lo dispuesto en el artículo 1.3, g) del Estatuto de los Trabajadores, adicionado por la Disposición final séptima de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, son igualmente coincidentes. Y las pretensiones de los actores en uno y otro proceso, que instan la declaración de existencia de una relación laboral por cuenta ajena, son sustancialmente iguales. Como afirma en su informe el Ministerio Fiscal, ambas sentencias contemplan hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, aunque lleguen a pronunciamientos distintos. Se dan, por ello, los presupuestos de recurribilidad que exige el artículo 217 de la ley de Procedimiento Laboral, pero sólo respecto del problema de la competencia del orden social, en el que se comparan sentencias contradictorias. En lo referente al otro tema recurrido, sobre declaración de extinción del contrato al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, la falta de contradicción de las sentencias comparadas obliga a esta Sala a abstenerse de pronunciarse sobre la materia, sin perjuicio de lo que después se dirá.

CUARTO,-

1. Denuncia el recurrente respecto de este motivo de casación la infracción por inaplicación del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 8.1 del mismo, e interpretación errónea del artículo 1.3, g) de dicho Estatuto.

2. En lo referente a la competencia o no del orden social sobre transportistas con vehículo propio, tal como se reguló en el artículo 1.3, g) del Estatuto de los Trabajadores, adicionado por la Disposición final séptima de la Ley 11/1994, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas sentencias y de realizar su tarea unificadora mediante este recurso de casación para la unificación de doctrina.

En primer lugar, desechando la naturaleza interpretativa del precepto legal indicado, y adoptando el criterio del "tempus regit factum", como hizo la Sala en sentencia de 12 de abril de 1996 (recurso 1292/95) para, seguidamente y con invocación de la Disposición transitoria primera del Código civil, "concluir que la norma posterior se aplica a los efectos futuros de las relaciones de servicios creadas bajo el amparo de la legislación precedente. Lo que supone, proyectado sobre el artículo 1.3, g) ET, que la exclusión del ámbito laboral que éste pudiera determinar alcanza a los contratos de transporte con vehículo propio celebrados después de su entrada en vigor, y también a los efectos producidos a partir del 12 de junio de 1994 por los contratos de servicios de transportistas autorizados con vehículo propio anteriores a dicha fecha" (sentencia de 18 de julio de 1996, recurso 2674/95). Que la cuestión que se plantea en el recurso "ha sido resuelta ya por la sentencia de esta Sala de 5 de junio de 1996, que descarta tanto la ultraactividad de la calificación de la relación controvertida en la legislación anterior, como la retroactividad de la nueva calificación, de forma que ésta se aplicará a las relaciones de prestación de servicios de transporte que reúnan los requisitos previstos para que opere la exclusión, aunque hayan sido concertadas bajo la vigencia de la norma laboral anterior, pero sólo respecto a los efectos de esas relaciones que se hayan producido con posterioridad al comienzo de la entrada en vigor de la nueva norma, sin que tal calificación alcance, por tanto, a los efectos de la relación que hayan tenido lugar

cuando estaba vigente la norma anterior" (sentencia de 23 de diciembre de 1996; recurso 1534/96).

Como informa el Ministerio Fiscal, dicha interpretación es la más adecuada y además viene confirmada por la importante sentencia de la Sala de 5 de junio de 1996 (recurso 1426/95), que al abordar el tema de la constitucionalidad del precepto del artículo 1. 3, g) del ET declara: "El criterio de la autorización administrativa exigida a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado"; y añade la sentencia que "Sin entrar en la cuestión sobre la que no corresponde pronunciarse a esta Sala, de si el criterio del tonelaje del vehículo es o no el más adecuado para trazar la línea fronteriza del transporte mercantil, lo cierto es que este criterio, si no es utilizado arbitrariamente, puede proporcionar la certeza en la aplicación del Derecho, que ha sido la finalidad buscada por el legislador al introducir tal precepto en el ordenamiento jurídico".

Precisa el Ministerio Fiscal en su informe que la sentencia referida deja encarrilado el problema para ocasiones posteriores en el sentido de que el tonelaje del vehículo es determinante para la delimitación de la frontera entre transporte mercantil y actividad de transporte constitutiva de relación laboral. Todo ello -añadimos aquí- sin perjuicio, para la obligada exclusión, del requisito legal de la autorización administrativa.

3. Argumenta el recurrente que el criterio diferenciador entre contrato laboral o relación mercantil, para dilucidar si la relación es por cuenta propia o ajena, es el que entiende que debe atenerse a la exigencia o no de autorización administrativa a partir de determinado tonelaje. Que la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, desarrollada por el Real Decreto 1211/90, de 28 de septiembre y la Orden de 3 de febrero de 1993, al disponer ésta en su artículo 2 que están exceptuados de la obligatoriedad de la autorización administrativa que habilite para la prestación de transportes públicos discrecionales de mercancías por carretera, así como

de transportes privados complementarios de mercancías, los "Transportes públicos o privados complementarios realizados en vehículos de hasta 2 Tm de peso máximo autorizado, inclusive".

QUINTO.- Como ya se ha dicho, en el caso de la sentencia recurrida el transporte se realiza con un vehículo de tamaño reducido, Citroen de 2 CV, que no requiere la autorización administrativa referida; que se cumplen en el servicio prestado las notas de laboralidad, pues el trabajo de reparto de mercancías se realiza en exclusividad, prestando servicios para la empresa todos los días laborables de ocho a once horas diarias; trabajos de transporte que después se combina con los que se realizan en el almacén.

La sentencia recurrida se aparta del criterio mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tal como se expone en sus sentencias de 5 de junio, 18 de julio y 23 de diciembre de 1996, antes comentadas; quebranta la unidad de doctrina, por lo que debe ser casada y anulada y se debe resolver el debate planteado en suplicación de acuerdo con dicha unidad de doctrina, esto es declarando la competencia del orden social de la jurisdicción, por lo que las actuaciones de instancia y de suplicación deben ser devueltas a la Sala de lo Social de Cataluña para que la misma estime su competencia y resuelva los dos recursos de suplicación interpuestos por PARKE DAVIS, S.A. y don S.C.F., devolviendo a la primera el depósito constituído para recurrir en suplicación.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado don José María Alonso Vallés en representación y defensa de don S.C.F., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de marzo de 1997, dictada en suplicación contra la del Juzgado de lo Social número 15 de Barcelona de 22 de julio de 1996. Casamos y anulamos la sentencia recurrida en casación y declaramos la competencia del orden social de la jurisdicción

sobre transporte con vehículo propio realizado por don S.C.F., por lo que devolvemos a dicha Sala de lo Social las actuaciones de instancia y de suplicación para que la misma, estimando su competencia para el conocimiento de la relación laboral existente entre las partes, resuelva los dos recursos de suplicación interpuestos por PARKE DAVIS, S.A. y don S.C.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Barcelona dictada el 22 de julio de 1996, absteniéndose de examinar el primer motivo del recurso de suplicación interpuesto por PARKE DAVIS, S.A., en el que éste invoca la inexistencia de relación laboral entre las partes y la incompetencia del orden social de la jurisdicción. Devuélvase a dicha empresa el depósito constituido para recurrir en suplicación.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.
En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Campos Alonso hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

19-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE JUNIO DE 1998

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 23 de Octubre de 1996, el Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando la excepción de Incompetencia de la Jurisdicción Social, debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos del actor sin entrar a conocer de la demanda plateada por A.Z.P., contra AAAAAAAA S.A., R.C.P., Interventor de la Suspensión de Pagos y el Fondo de Garantía Salarial".

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1.- La empresa codemandada AAAAAAAA S.A., está constituida por familiares del actor no constando su condición de socio de la misma.- 2.- El actor ingresó en la empresa demandada como Gerente el 2-7-73, siendo nombrado Consejero Delegado en reunión celebrada por el Consejo de Administración el 15 de noviembre de 1982 atribuyéndole al Sr. A.Z.P. todas las facultades que el art. 22 de los Estatutos Sociales asignan al Consejo de Administración y cuyo detalle se contiene en el documento nº 4 aportado por la empresa dándose aquí por reproducido.

Formalizándose el citado nombramiento en escritura pública el 6 de diciembre de 1982.- 3.- En la Junta General Extraordinaria y Universal de la Compañía celebrada el 7-10-94, se cambia el órgano de Administración de la Sociedad:

De Consejo de Administración a Administrador General Único, siendo designados para tal cargo al actor D. A.Z.P., elevándose a escritura pública su nombramiento el 20-10-94 con las atribuciones que el art.

13 de los Estatutos le confiere al decir "Corresponde al Órgano de Administración, representar a la Sociedad y encauzar, vigilar y dirigir su administración, con facultades para resolver todos los negocios y asuntos que directa o indirectamente, se relacionen con el objeto social..." 4.- El actor en su condición de Administrador General único de la empresa AAAAAAAA S.A. solicita la declaración del Estado de Suspensión de Pagos que se tiene por solicitado por providencia de fecha 28-2-95, y llegó al acuerdo con el Comité de empresa el 10-3-95 para rescindir las relaciones laborales con los trabajadores de la totalidad de la plantilla.- 5.- Por resolución del Director Provincial de Vizcaya de Trabajo y Seguridad Social de fecha 31-3-95, en ERE nº 3/95, se autoriza la empresa AAAAAAAA S.A. a rescindir las relaciones laborales con los 38 trabajadores de la totalidad de su plantilla, incluido el actor a los que se declara en situación legal de desempleo con efectos desde el 1 de abril de 1995.- 6.- El actor en el E.R.E. figura incluido con la categoría de Director Gerente, antigüedad desde 2-7-73 y salario mensual de 577.346 ptas. (19.245 ptas/día).- 7.- El actor reclama el importe de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio

con un máximo de 12 mensualidades cuya totalidad asciende a 6.928.152 ptas.- 8.- El actor fue cesado en el cargo de Administrador General Único el 28-11-95 por acuerdo de la Junta General Extraordinaria de la mercantil AAAAAAAA.- 9.- Con fecha 26 de enero de 1996 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante la Delegación Territorial de Trabajo de Vizcaya resultando sin avenencia respecto AAAAAAAA S.A. y sin efecto respecto al Interventor de la Suspensión de Pagos, D. R.C..- 10.- El Ministerio Fiscal emitió su informe favorable a la estimación de la excepción de Incompetencia de Jurisdicción cuyo contenido obra en autos y se da por reproducido."

SEGUNDO.- Posteriormente, con fecha 13 de Noviembre de 1997, la Sala de Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por D. A.Z. contra la Sentencia de fecha 23 de octubre de 1996, procedente del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao, autos 178/96, por lo que debemos confirmar la precitada resolución, por ser esta ajustada a Derecho en todos sus pronunciamientos, al entender la Incompetencia del Orden Jurisdiccional Social, por lo que sin pronunciarnos sobre el fondo del asunto, remitimos a la parte actora a la jurisdicción Civil. Sin costas."

TERCERO.- Por la representación procesal de D. A.Z.P., se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, con fecha 30 de Diciembre de 1997, en el que se denuncia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral, la contradicción existente entre la citada sentencia recurrida y las certificadas que se aportan, así como infracción de las disposiciones legales que se citan.

CUARTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 25 de Marzo de 1998, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida por término de diez días.

QUINTO.- No habiendose personado la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe, en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el

Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 9 de Junio de 1998, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Las circunstancias de hecho que rodean a la cuestión litigiosa discutida son las siguientes: el demandante, ahora recurrente, formuló en su día dos demandas frente al Fondo de Garantía Salarial, empresa AAAAAAAA S.A. y el interventor judicial de la misma, Sr. Cerdeiriña Pérez; que en la primera demanda solicitaba se le abonaran en concepto de salarios y pagas extraordinarias la suma de 6.890.310 pts.

Devengadas desde el 1 de Enero de 1995 y el 20 de Diciembre del mismo año, demanda que fue estimada parcialmente por el Juzgado Social nº 1 de Bilbao condenándose a la empresa que le abonara la cantidad de 1.732.038 pts., rechazando previamente la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada; que, recurrida esta sentencia en suplicación fue confirmada por la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de Septiembre de 1997, aportada ahora como sentencia de contraste con relación a la recurrida; que por la otra demanda, ejercitada frente a los mismos demandados, el actor solicitaba en concepto de indemnización por extinción de su relación laboral con la empresa, la cantidad de 6.687.552 pts.

Equivalente a 12 mensualidades de su salario de 567.296 pts.; que la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social de Bilbao nº 9 de 23 de Octubre de 1996 apreció la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada y absolvió a los demandados sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto; y que recurrida esta sentencia en suplicación la Sala, de distinta composición personal que la anterior del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó la resolución ahora impugnada de 13 de Noviembre de 1997 confirmando la de instancia y, por tanto, manteniendo la incompetencia de jurisdicción.

SEGUNDO.- Ninguna duda existe en cuanto a que las sentencias comparadas cumplen las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. Las únicas diferencias se refieren a los conceptos por los que se reclaman

determinadas cantidades. Y la diversa solución a que ambas sentencias llegan, se justifica por la distinta interpretación que sostienen en relación con las infracciones denunciadas: arts. 1 y 2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral en su relación con el 1 y 49 del Estatuto de los Trabajadores.

Para la sentencia de contraste la doble condición del actor de administrador y de trabajador, justifica la existencia de la relación laboral, mientras que para la sentencia recurrida la circunstancia de haber sido el actor Consejero delegado de la empresa desde 1982 hasta 1994 en que se le nombra administrador único e inicia luego el expediente de regulación de empleo que afecta a todos los trabajadores, supone una vinculación directa con la empresa que excluye la relación laboral.

TERCERO.- Pero expuestas las anteriores circunstancias debe resolverse la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal en su informe referente a la apreciación de la cosa juzgada, una vez admitida la relación laboral del actor por la sentencia de contraste.

Como antes se ha indicado, insiste el recurrente en que, en el presente caso hay una relación laboral, la de gerente de la empresa, preexistente al acceso del trabajador a la Administración de la Sociedad. Y que, vigente el cargo mercantil, subsiste la gerencia, el salario y la cotización a la Seguridad Social, aparte de que los Estatutos Sociales prevén (arts. 15 y 16) la gratuidad del cargo de Administrador y su compatibilidad con cargos para los que hubiera sido nombrado gerente, Director, Apoderado o por trabajos profesionales de cualquier índole.

La apreciación de oficio de la cosa juzgada propuesta por el Ministerio Fiscal en el presente caso no puede aceptarse, dadas la circunstancias que acompañan a este recurso y a las que anteriormente se hizo referencia.

Aun prescindiendo de que ninguna de las partes había alegado esta excepción, ni en la instancia, ni en el recurso de suplicación, la doctrina de la Sala, respecto a la alegación de incompetencia de jurisdicción u otras excepciones que afecten a materia de orden público y apreciación de oficio, señala (sent. 2 de Abril de 1996) que es necesario que en este excepcional recurso se invoque concurriendo el requisito de la contradicción

entre sentencias y que además no tenga la condición de cuestión nueva traída al recurso. Hay sentencias de esta Sala que se pronuncian sobre cuestión similar a la ahora planteada, si bien en recursos con denuncia de infracción legal del artículo 1252: así las alegadas por el Ministerio Fiscal de 15 de Abril y 19 de Mayo de 1993. Y en cuanto a las sentencias de esta Sala de 17 de Noviembre de 1997 y de 27 de Enero de 1998 no servirían de apoyo para sostener la apreciación de oficio de que se trata, dada la diferencia de casos que contemplan respecto a la presente controversia, pues dichas sentencias parten del supuesto de que la misma Sala, en diferentes fases del procedimiento, estima en una sentencia la competencia de la jurisdicción laboral y en otra posterior la desestima.

No debe además olvidarse que, en el presente caso, en una primera reclamación del actor ceñida al abono de salarios de Enero a Abril de 1995, se estima la demanda rechazando la excepción de incompetencia de jurisdicción sobre la base de reconocer en el actor su doble condición de trabajador de la empresa y de cargo societario de carácter mercantil con plenos poderes de administración; mientras que la sentencia recurrida, aún partiendo de hechos probados similares, contempla la petición de indemnización por extinción de contrato de quien siendo Consejero Delegado desde 1982 y Administrador Único desde 1994 representa a la empresa tanto en la iniciación de la suspensión de pagos como en a liquidación de los contratos laborales de todos los trabajadores; y se decide, con esos datos, aceptar la incompetencia de jurisdicción alegada.

No debe, por tanto, apreciarse la excepción de cosa juzgada, dado que no concurrirían en este caso las identidades exigidas por el artículo 1252 del Código Civil. Por lo que procede resolver sobre la competencia jurisdiccional planteada en el recurso. Y la solución correcta coincide con la adoptada por la sentencia recurrida pues la condición del actor como máximo representante de la empresa desde 1982 al ser nombrado Consejero Delegado con todas la facultades que las estructuras sociales asignan al Consejo de Administración (v. escritura pública de 6-12-82 unida a las actuaciones) y posteriormente Administrador General Único sustituyendo al consejo de Administración y redactándose de nuevo los artículos 15 y 16 de los Estatutos Sociales

(v. escritura pública de 20-10-94, también unida a las actuaciones) tiene la suficiente entidad para justificar su vinculación e integración en la propia empresa como alto representante ejecutivo de la misma, ejercitando poderes inherentes a la titularidad de la empresa. Lo que viene a estar en armonía con el criterio de esta Sala (v. sentencias de 21-1-91 y 22-12-94) según el cual "la alta dirección se concreta en el ejercicio de poderes correspondientes a la titularidad de la empresa y el desempeño de un cargo de miembro de los órganos de administración de la sociedad implica también la actuación de facultades de esta naturaleza," añadiendo que "cuando ejercen funciones de esta clase la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación se será laboral".

En consecuencia, lo razonado en el precedente fundamento obliga a desestimar el recurso sin que, de acuerdo con previsto en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral haya lugar a la imposición en las costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el procurador D. J.O.P., en nombre y representación de D. A.Z.P., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de Noviembre de 1997 dictada en recurso de suplicación interpuesto por el citado recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao de 23 de Octubre de 1996 dictada en autos seguidos a instancia del Sr. A.Z.P. frente al Fondo de Garantía Salarial, R.C.P. y AAAAAAAA S.A. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Antonio Somalo Giménez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

20-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 1998

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Gerona el 28 de junio de 1995 contiene el siguiente fallo: "Que acogiendo como acojo la excepción planteada de falta de jurisdicción del Orden Social, debo, sin entrar en el fondo, absolver a la parte demandada de los pedimentos instados".

Dicha sentencia contiene el siguiente relato de hechos probados:

"PRIMERO: Los actores prestaron sus servicios para la Escuela-Taller, Fundación Ecomediterránea-Atis de Catalunya, mediante los siguientes contratos..NOMBRE..-C.FORMAC..-C.TIEM.PAR..-FINALIZ.-CATEGORÍA.

SEGUNDO: La retribución fijada fue de 46.000 pesetas pro 40 horas semanales en los contratos en prácticas, 30.666 pesetas por 30 horas semanales en contratos de formación a tiempo parcial.

TERCERO: El objeto fundamental de la Escuela-Taller era, sin ánimo de lucro, la formación teórico-práctica de guías turísticos de jóvenes en desempleo.

CUARTO: No obstante aparece en algunos contratos que la jornada laboral era de 40 horas semanales, esta era la jornada total teórico-práctica, la cual se dividía en un 22'2% de teoría y un 77'7% de práctica.

QUINTO. La parte demanda descontó diversos días de salario (1.553 pesetas) a los actores por día de no asistencia, conforme le permite -entiende- su normativa particular (O.M. de 29 de marzo de 1998).-

SEXTO: Los actores reclaman el salario íntegro de 46.000 pesetas por 40 horas semanales de trabajo, en los contratos en prácticas, ya que no se preveyó en el contrato horas de formación teórica.

SÉPTIMO: La parte actora redujo en el acto del juicio sus pretensiones a la cantidad de 4.727.780 pesetas.

OCTAVO: Presentados los días 22-7-93 y 2-8-93 las pertinentes papeletas de conciliación, se celebró el día 9 de agosto de 1993 sin avenencia".

SEGUNDO.- Recurrida dicha sentencia en suplicación por los demandantes, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia dictó sentencia el 20 de junio de 1996 en la que sin modificar el relato de hechos probados de la de instancia se pronunció en estos términos: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación formulado por Dª I.B.G., y otros, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Girona, de fecha 28-6-1995, dictada en los autos número 35/94, seguidos a instancia de aquellos, frente a FUNDACIÓN ECOMEDITERRÁNEA-ATIS DE CATALUNYA; y en su consecuencia desestimando la excepción de incompetencia jurisdiccional, y apreciando la competencia de este Orden Jurisdiccional Social para el conocimiento de la cuestión planteada en la litis, debemos declarar y declaramos la nulidad de dicha resolución, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquel en que fue dictada, a fin de que por el magistrado de Instancia, con absoluta libertad de criterio y haciendo uso si lo estima necesario de las facultades para mejor proveer le confiere la Ley de Procedimiento Laboral, dicta nueva resolución partiendo de la competencia del Orden Jurisdiccional Social, en la que resuelva el fondo del asunto."

TERCERO.- La fundación Ecomediterránea-ATIS de Catalunya preparó contra dicha sentencia recurso de casación para la unificación de doctrina, que interpuso después ante esta Sala Cuarta, invocando en el recurso la contradicción producida por la sentencia recurrida con la de la Sala de lo Social de Granada del Tribunal Superior de

Justicia de Andalucía de 1 de diciembre de 1994, elegida por el actor entre otras y unida mediante certificación al rollo de casación. Denuncia la infracción de los artículos 1 y 2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, 1 del Estatuto de los Trabajadores y la Orden Ministerial de 29 de marzo de 1988.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, evacuando el traslado conferido para dictamen, informó en el sentido de estimar procedente el recuso. La Sala señaló el día 1 de los corrientes para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, celebrándose los actos de acuerdo con el señalamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-

1. Ya queda dicho en los antecedentes de hecho de esta sentencia: el Juzgado de lo Social de Girona estimó la alegada falta de jurisdicción y se abstuvo de pronunciarse sobre el fondo del asunto, esto es la reclamación de cantidad formulada por los veinticuatro actores; mientras que la sentencia de la Sala de lo Social de Catalunya estimó el recurso de suplicación formulado por dichos actores, revocó la sentencia del Juzgado de lo Social y declarando la competencia del orden social de la jurisdicción mandó reponer las actuaciones al momento anterior a que dicho Juzgado dictara su sentencia para que como órgano competente del orden social se pronunciara sobre el fondo.

2. En el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por don Alberto Foncillas Molina, Letrado y representante de la Fundación Ecomediterránea ATIS de Catalunya invoca el mismo la contradicción producida por la sentencia recurrida respecto de la dictada por la Sala de lo Social de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 1 de diciembre de 1994, seleccionada por el recurrente de entre las distintas alegadas en el recurso como contrarias. En la confrontación entre ambas sentencias se alega la igualdad de hechos al llevarse a cabo la actividad en uno y otro caso por alumnos trabajadores de Escuela-Tallller al amparo de contratos de trabajo en prácticas. Ambas demandadas sostienen la inexistencia de relación laboral y la incompetencia del orden social de la jurisdicción para el

conocimiento de la reclamación de cantidad formulada en las dos demandas. Los pronunciamientos de una y otra sentencia sin distintos, pues la recurrida declara la competencia del orden social de la jurisdicción, mientras que la de la Sala de Granada sostiene la incompetencia del mismo por entender que la reclamación debe ventilarse ante el orden cotencioso-administrativo. En uno y otro proceso se discute sobre la naturaleza laboral o no de la relación habida entre las Escuelas-Taller y Casas de Oficios y los alumnos-trabajadores de las mismas, para lo que las dos sentencias, como las partes por ellas afectadas, postulaban, aunque con criterios de interpretación diferentes, lo dispuesto en el Orden Ministerial de 29 de marzo de 1988 (Boletín Oficial del Estado de 30 de marzo). En todo caso, esta es la disposición aplicable en el presente recurso por razón de vigencia temporal de normas.

3. Se dan, por tanto, en el recurso las igualdades sustanciales de hechos, fundamentos y pretensiones y la diversidad de pronunciamientos que como requisito de recurribilidad previene el articulo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.-

1 Se denuncia por el recurrente la infracción legal de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, 1 del Estatuto de los Trabajadores y de la Orden Ministerial de 29 de marzo de 1988. Dicha Orden de 1988, que regula los programas de las Escuelas-Taller y Casas de Oficios, dispone en su artículo 1 que 'Las Escuelas Taller y las Casas de Oficios son programas públicos de empleo-formación que tienen como finalidad cualificar a desempleados, preferentemente jóvenes menores de veinticinco años, en alternancia con el trabajo y la práctica profesional, favoreciendo sus oportunidades de empleo las ocupaciones relacionadas con la ocupación o promoción del patrimonio artístico, histórico, cultural o natural, así como con la rehabilitación de entornos urbanos o del medio ambiente y la mejora de las condiciones de vida en las ciudades'.

Después establece el artículo 2 de la Orden cuáles son las Entidades promotoras de los proyectos de Escuelas-Taller y Casas de Oficios, dispone en su último párrafo que 'los alumnos trabajadores serán contratados, siempre que estuvieren disponibles y

no se perjudicara el plan formativo, en ocupaciones relacionadas con los oficios y técnicas profesionales aprendidas en la Escuela-Taller o en las Casas de Oficios, debiendo haber superado, al menos, la primera fase formativa'.

Sobresale el interés de los artículos 4 y 5 de la Orden referida. El artículo 4.2 dispone que 'Los proyectos formativos en Casas de Oficios constarán de una primera fase de formación ocupacional en una especialidad formativa o en un oficio y otra segunda donde dicha formación se imparte en alternancia con el trabajo o la práctica profesional: La duración de ambas etapas nunca será superior a un año ni inferior a seis meses'. El artículo 5 describe el contenido de las dos etapas en los programas de Escuelas-Taller y Casas de Oficios en estos términos:

1. Durante la primera etapa los alumnos de Escuelas-Taller y Casas de Oficios recibirán formación profesional ocupacional, según el plan formativo incluído en la Memoria..., pudiendo percibir las becas y ayudas económicas previstas en la normativa reguladora del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, incluídas las relativas a transporte y manutención .

2. Durante la segunda etapa del proyecto formativo los alumnos de Escuelas-Taller y de Casas de Oficios serán contratados bajo la modalidad que, según la normativa vigente, resulte más idónea para la inserción profesional de los jóvenes. Durante esta fase los trabajadores complementarán su formación, en alternancia con el trabajo y la práctica profesional, percibiendo las retribuciones salariales que les correspondan de conformidad con lo previsto en la normativa vigente. 3. La selección de los alumnos-trabajadores, así como de los docentes y del personal de apoyo a la Escuela-Taller y Casas de Oficios será efectuada por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo en colaboración con la Entidad promotora'.

Pasajes concretos de la Orden distingue entre 'el alumno' y 'el trabajador beneficiario' (artículo 7), dispone la expedición de las certificaciones que acrediten los conocimientos y destrezas profesionales adquiridas, así como la experiencia laboral acumulada (artículo 8) y las modalidades de contratación previstas (artículo 9). Y el artículo 10 regula la financiación de la Escuela-Taller y de la Casa de Oficios para

distinguir, entre otros, estos costes: 'Las bases o ayudas económicas a los alumnos, así como las subvenciones que comprendan los gastos derivados de su transporte o manutención durante la primera fase normativa' (apartado b), y 'La parte que se determine de los costes salariales de los beneficiarios del Proyecto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º de esta disposición, hayan sido contratados, incluídos los originados por las cuotas a cargo del empresario derivadas de contingencias comunes y profesiones, Fondo de Garantía Salarial, Desempleo y Formación Profesional. En el supuesto de contratos para la formación y en prácticas la cuantía de la aportación económica del Instituto Nacional de Empleo será equivalente al salario mínimo interprofesional que corresponda, en proporción a la jornada de trabajo efectiva'.

2. La Orden de 29 de marzo de 1988 fue desarrollada por una resolución de la Dirección General del INEM de 12 de marzo de 1992, que no fue publicada en el Boletín Oficial del Estado y que carece de valor normativo vinculante. Sin embargo no es excesivo decir aquí que en la resolución o circular, como en la Orden, se distinguen las becas, de los costes salariales de los alumnos, en la primera y segunda etapa, respectivamente.

3. Dicha Orden de 29 de marzo de 1988 fue derogada por la de 3 de agosto de 1994 (Boletín Oficial del Estado de 11 de agosto); y también la resolución de la Dirección General del INEM de 12 de marzo de 1992 fue derogada por la resolución del Instituto Nacional de Empleo de 7 de julio de 1995, ésta publicada en el Boletín Oficial del Estado de 28 de julio, que desarrolla la Orden de 3 de agosto de 1994 de conformidad con lo previsto en la disposición final tercera de dicha Orden, que autoriza a la Dirección General del INEM a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación de la Orden Ministerial.

Aunque no aplicable por razón temporal, ya que la Disposición Transitoria de la propia Orden de 1994 establece que los Proyectos de Escuelas Taller y Casas de Oficios, así como los beneficios concedidos a los mismos, anteriores a la entrada en vigor de esta Orden, continuarán rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se aprobaron, sí es conveniente y aleccionador, a los efectos que aquí nos ocupan, citar el

preámbulo de la Orden en el que se precisa que se prevé la creación de los centros de Iniciativa Empresarial con la función de asesorar a los jóvenes para su establecimiento como trabajadores por cuenta propia o para su colocación como trabajadores por cuenta ajena. Se dice en ella que 'La aprobación de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación que reordena la regulación del mercado de trabajo, dedica especial atención a la inserción laboral de los jóvenes, mediante la figura contractual del aprendizaje, modalidad que ha sido desarrollada en el Real Decreto 2317/1993, de 23 de diciembre, previéndose su formación en el marco de los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficio'. Sigue manteniendo en su artículo 5 el mismo contenido de las etapas en los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios que se describían en el artículo 5 de la Orden de 29 de marzo de 1988, y precisa que en la primera etapa se tiene derecho a percibir las becas previstas en el Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, y que durante la segunda etapa del proyecto 'los alumnos trabajadores complementarán su formación en alternancia con el trabajo y la práctica profesional, y serán contratados por las entidades promotoras en la modalidad del contrato de aprendizaje, siempre que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 3.2 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo... Durante esta etapa los alumnos trabajadores percibirán las retribuciones salariales que les correspondan de conformidad con lo previsto en la normativa vigente y en la presente disposición'.

TERCERO.-

1. Bien en el marco de la Orden de 1988, la aquí aplicable, como en el más enriquecido de la Orden de 1994, se distinguen dos etapas en los programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios; una primera en la que los alumnos, que reciben formación profesional ocupacional, tienen derecho a percibir becas y ayudas económicas, incluídas las relativas a transporte y manutención; y una segunda en la que los alumnos de Escuelas Taller y Casas de Oficios son contratados bajo la modalidad que según la normativa vigente resulte más idónea para la inserción profesional de los jóvenes, percibiendo las retribuciones salariales que les correspondan de conformidad con lo previsto en la normativa vigente; con las correspondientes cuotas empresariales

previstas en la legislación de Seguridad Social. Becas en la primera etapa y retribuciones salariales derivadas de los contratos que se suscriban, en la segunda.

2. Tanto la doctrina científica, como la jurisprudencia, tienen declarado que las becas están desprovistas de las notas configuradoras de la relación laboral. Que el becario adquiere una formación mediante la realización de una actividad que tiene un coste económico que soporta la institución o quien la financie. El régimen de becas es inoperante en los ámbitos de la enseñanza; no se caracteriza por la liberalidad, que es propia de la donación, y el becario, que ha de cumplir ciertas tareas, no las realiza en línea de contraprestación, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa. Se materializa con la beca un compromiso que adquiere el becario, que no desvirtúa la naturaleza extralaboral de la relación existente. La finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en la formación profesional.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la incorporación del becario y no la de incorporar los resultados o frutos del estudio o trabajo de formación realizados al patrimonio de la persona que la otorga, la cual no adquiere la posición de empleador o empresario jurídico-laboral respecto del becario (STS 13-6-1988, -RJ 5270-). En el caso de la sentencia de 22-6-1988 (RJ 6030) se recibe una cantidad mensual en concepto de beca sin imponer el menor reparo u objeción a la tarea desempeñada como tampoco a la forma en que era retribuída, encuadrada, sin duda, en las facultades de ámbito administrativo del organismo demandado, Consejería de Sanidad y Consumo de Murcia; la entidad que abonaba las percepciones y se benefició del trabajo fue un ente público y no una fundación privada, dato en que se apoya la sentencia para apreciar que la relación controvertida tenía naturaleza jurídico-administrativa y no jurídico-laboral. La sentencia declaró la incompetencia del orden social. Las sentencia de 26-6-1995 (recurso de casación para la unificación de doctrina 978/94) declaró que la beca es una relación de beneficio; y que en el caso del recurso se acreditó que la calificación de laboralidad descansaba sobre la base de que el provecho

de la entidad empleadora había prevalecido, en el desarrollo de la relación, sobre el provecho personal y científico del demandante. La sentencia de 28-7-1995 (recurso de casación para la unificación de doctrina 174/95) declaró la incompatibilidad entre prestación por desempleo y beca por asistencia a un curso de capacitación.

CUARTO.- En el caso del presente recurso se está, como se ha visto, ante una ordenación jurídico laboral en que los trabajadores perciben no ya una beca, ayuda o estipendio, sino una retribución salarial por tratarse de alumnos de Escuela-Taller o Casa de Oficios en la segunda etapa del proyecto formativo, contratados bajo las modalidades contractuales vigentes, que perciben la retribución salarial que les corresponde, en proporción a la jornada de trabajo efectiva y con un contrato sujeto a las cuotas de la Seguridad Social. Al reclamar los mismos determinadas diferencias salariales, es visto que es el orden social de la jurisdicción el que tiene atribuído el conocimiento del asunto, como resulta de los artículos 1 del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Procedimiento Laboral.

QUINTO.- La sentencia recurrida, al declarar la competencia del orden social para el conocimiento del asunto debatido, contiene la doctrina ajustada. El recurso debe ser desestimado, con la consiguiente pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal y sin hacer pronunciamiento sobre costas al no haberse impugnado el recurso.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado don Alberto Foncillas Molina en representación y defensa de al Fundación Eco-Mediterránea ATIS de Catalunya contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de 20 de julio de 1996, dictada en el recurso de suplicación interpuesto por los veinticuatro demandantes contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Gerona el 28 de junio de 1995. Se condena a la pérdida del depósito constituido para recurrir, sin hacer pronunciamiento sobre las costas de

casación Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.
En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Campos Alonso hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

21-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE DICIEMBRE DE 1999

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 1 de junio de 1998 el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: "Primero.- El actor D. F.F.R. prestó servicios para la empresa REPARTO DE BEBIDAS A DOMICILIO, S.A. durante el período 5-1-84 a 6-2-86 y del 7-2-86 a 31-10-88 para la empresa DIBECE, S.A., con la categoría profesional de Oficial de 1ª. Segundo.- El actor, a la finalización de la prestación de servicios con la empresa DIBECE, S.A. Percibió la prestación por desempleo en la modalidad de pago único. El actor adquirió un vehículo. Furgón de color Blanco. Tercero.- El actor ha estado dado de alta en el RETA., desde 1-2-89 al 31-10-97, y paga el IAE Cuarto.- El actor emite facturas por los servicios prestados y en las mismas se contempla el cargo del IVA correspondiente. Quinto.- El actor ha suscrito los siguientes contratos con la empresa DIBECE, S.A.: - Suscribió con DIBECE, S.A. el 1-1-93 un contrato mercantil en virtud del cual el actor se compromete a la reparación y mantenimiento de la maquinaria descrita en el mismo contrato. La empresa se compromete a abonar al actor la cantidad estipulada. El citado contrato consta en autos y se tiene aquí por reproducido. - El actor

y la empresa suscribieron sucesivos contratos de igual entidad en las fechas 3-1-94; 3-5-95; 28-7-97 aclaratorio. Sexto.- La empresa contrata con cada trabajador la reparación de la maquinaria y el mantenimiento de la misma. La prestación servicio se concreta cada día del siguiente modo: La empresa determina la maquinaria que han de reparar cada uno de los actores. La comunicación a cada actor se realiza por teléfono o mediante una hoja donde constan los establecimientos y los trabajos a realizar. La demandada entrega a los trabajadores nota de planificación del servicio y los trabajadores no pueden variar la nota injustificadamente. En caso de incidencias que puedan retrasar la reparación el actor debe avisar a la empresa para que pueda, la misma, garantizar la reparación por otra vía. El actor inicia la realización de las reparaciones a las ocho de la mañana, y finalizan la misma en torno a las cinco de la tarde. Los actores llaman a la empresa a las cinco de la tarde a fin de conocer si hay alguna reparación urgente a realizar. El actor realiza reparaciones en fines de semana alternos y atienden las urgencias que se produzcan. Séptimo.- El actor pertenece a una asociación llamada ARCA, Asociación de Reparadores Cerveceros Autónomos, cuyo cometido es la defensa de los intereses de los reparadores. Octavo.- La remuneración que percibe el actor se establece en función de las reparaciones realizadas. Cada trabajador emite las facturas correspondientes a los trabajos realizados, incluyendo el I.V.A. que en cada caso corresponda y percibe la cantidad facturada. Las cuantías percibidas a la fecha de la extinción de la relación jurídica asciende a las siguientes cantidades: - El actor facturó en Octubre/97 -282.240 pesetas, de las que 252.000 pesetas corresponden al trabajo de mantenimiento y reparación y 30.240 pesetas a la liquidación del I.V.A. En Septiembre/97 -295.680 pesetas, de las que 264.000 pesetas corresponden al trabajo de mantenimiento y reparación y 31.680 pesetas a la liquidación del I.V.A. Noveno.- La empresa facilita a cada trabajador una pegatina con el logotipo de la empresa y les da instrucciones sobre la colocación de las mismas. La Empresa facilita a los actores algunas herramientas básicas para su trabajo. La empresa facilita también a los trabajadores monos de trabajo, si los piden. Décimo.- La Empresa envió al trabajador el 11-11-97, una carta en la que les comunica que de acuerdo con la estipulación séptima del contrato suscrito en 1.995 procede a la resolución del mismo.

La empresa contempla en la carta las causas por las que procede a la resolución. Decimoprimero.- Cuando un trabajador causa baja la empresa le abona una cantidad similar a la que venía percibiendo por la facturación mensual. Decimosegundo.- La empresa dispone de un servicio de inspección que revisa el trabajo realizado por los actores y recibe las quejas que puedan tener los clientes sobre el trabajo de cada actor. Decimotercero.- La codemandada EL AGUILA es propietaria del 100% del capital de la compañía DIBECE, S.A. La empresa REPARTO DE BEBIDAS A DOMICILIO, S.A. está inscrita en el registro mercantil lo cual consta en las notas simples aportadas por los actores que aquí se tienen por reproducidas. Decimocuarto.- El actor ha prestado servicios para la empresa EUROSERVI, S.L. durante el período 6-1-98 a 4-2-98. Decimoquinto.- El actor interpuso la papeleta de conciliación a fin de evitar el procedimiento sin obtener dicho resultado".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que ESTIMO la Excepción de Incompetencia de Jurisdicción por razón de la materia planteada por los codemandados y DESESTIMO la demanda planteada por D. F.F.R. contra la Empresa EL AGUILA, S.A., REPARTO DE BEBIDAS A DOMICILIO, S.A. y DIBECE, S.A. y, en consecuencia, ABSUELVO a las Empresas demandadas de todos los pedimentos de la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto, advirtiendo a los actores que podrán acudir al orden jurisdiccional civil para el ejercicio de su acción".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Don F.F.R., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 1998, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación, formalizado por la parte demandante DON F.F.R., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 10 de los de Madrid de fecha uno de junio de mil novecientos noventa y ocho, en virtud de demanda interpuesta por este contra DIBECE, S.A., EL AGUILA S.A. y REPARTO DE BEBIDAS A DOMICILIO, S.A., en reclamación sobre DESPIDO, y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia en todos sus extremos".

TERCERO.- Por la representación letrada de D. F.F.R., se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el 13 de abril de 1999, en el que se denuncia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, la contradicción existente entre la citada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30-XII-1998 (rollo 6594/98) y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 14-V-1997 (rollo 402/97).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 5 de octubre de 1999, se admitió a trámite el presente recurso dándose traslado del escrito de interposición y de los autos al Letrado Don José Miguel Toledo Gregorio, en nombre y representación de "DIBECE, S.A.", para que formalizara su impugnación, presentándose por el mismo el correspondiente escrito.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos y se señaló para votación y fallo el día 2 de diciembre de 1999.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Destaca la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Madrid en fecha 30-XII-1998 (rollo 6594/98), la incongruencia argumental de la sentencia de instancia pero, a pesar de ello, sin entrar a revisar los hechos declarados probados impugnados por el demandante recurrente en suplicación, afirma, por una parte, que la Sala, a efectos de determinar su competencia, tiene facultad para formar su convicción mediante el análisis de la totalidad de las actuaciones realizadas, si bien no ha efectuado en los fundamentos de derecho de su sentencia afirmaciones a las que pudiera otorgarse valor fáctico, y, por otra parte, proclama que la Sala mantiene como válido el relato fáctico de la sentencia recurrida. En consecuencia, para la determinación de la concurrencia del requisito o presupuesto de contradicción exigible para viabilizar el recurso de casación unificadora por imperativo de lo dispuesto en el art. 217 de la

Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y, en su caso, para la resolución de la cuestión relativa a la competencia o incompetencia de los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión de fondo planteada, debemos partir de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia en cuanto concretamente afectan al referido tema competencial.

2.- En tales hechos se establece, en esencia, como probado que: a) el actor "ha estado dado de alta en el RETA, desde 1-2-89 al 31-10-97, y paga el IAE" (hecho 3º), "emite facturas por los servicios prestados y en las mismas se contempla el cargo del IVA" (hecho 4º); b) suscribió con la primera entidad demandada "el 1-1-93 un contrato mercantil en virtud del cual el actor se compromete a la reparación y mantenimiento de la maquinaria descrita en el mismo contrato", el que se da por reproducido, y "suscribieron sucesivos contratos de igual entidad en las fechas 3-1-94; 3-5-95; 28-7-97 aclaratorio" (hecho 5º); c) "la empresa contrata con cada trabajador la reparación de la maquinaria y el mantenimiento de la misma. La prestación servicio se concreta cada día del siguiente modo: La empresa determina la maquinaria que han de reparar cada uno de los actores. La comunicación a cada actor se realiza por teléfono o mediante una hoja donde constan los establecimientos y los trabajos a realizar. La demandada entrega a los trabajadores nota de planificación del servicio y los trabajadores no pueden variar la nota injustificadamente. En caso de incidencias que puedan retrasar la reparación el actor debe avisar a la empresa para que pueda, la misma, garantizar la reparación por otra vía. El actor inicia la realización de las reparaciones a las ocho de la mañana, y finalizan la misma en torno a las cinco de la tarde. Los actores llaman a la empresa a las cinco de la tarde a fin de conocer si hay alguna reparación urgente a realizar. El actor realiza reparaciones en fines de semana alternos y atienden las urgencias que se produzcan" (hecho 6º); d) "la remuneración que percibe el actor se establece en función de las reparaciones realizadas. Cada trabajador emite las facturas correspondientes a los trabajos realizados, incluyendo el IVA que en cada caso corresponda y percibe la cantidad facturada" (hecho 8º); e) "La empresa facilita a cada trabajador una pegatina con el logotipo de la empresa y les da instrucciones sobre la colocación de las mismas. La Empresa facilita a los actores algunas herramientas básicas para su trabajo. La

empresa facilita también a los trabajadores monos de trabajo, si los piden" (hecho 9º); f) "la Empresa envió al trabajador el 11-11-97, una carta en la que les comunica que de acuerdo con la estipulación séptima del contrato suscrito en 1.995 procede a la resolución del mismo. La empresa contempla en la carta las causas por las que procede a la resolución" (hecho 10º); g) "cuando un trabajador causa baja la empresa le abona una cantidad similar a la que venía percibiendo por la facturación mensual" (hecho 11º); y h) "La empresa dispone de un servicio de inspección que revisa el trabajo realizado por los actores y recibe las quejas que puedan tener los clientes sobre el trabajo de cada actor" (hecho 12º).

3.- Partiendo de tales datos fácticos, la sentencia ahora recurrida en casación unificadora confirma la declaración de incompetencia del orden jurisdiccional social efectuada en la sentencia de instancia, argumentando que "no existiendo prueba en contrario, la voluntad de las partes fue suscribir diferentes contratos mercantiles, sin sujeción a horario determinado, ni retribución o salario fijo, características trascendentales de la relación laboral, careciendo igualmente del requisito fundamental de dependencia al no estar sujeta su actuación a las órdenes directas de la empresa, sino en lo que una mera función de control requiere".

4.- La sentencia invocada como de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Catalunya en fecha 14-V-1997 (rollo 402/97), declaró la competencia del orden jurisdiccional social, por entender concurrían las notas características de la relación laboral, en el supuesto de un montador de muebles contratado por un gran almacén que no disponía de montadores en su propia plantilla, lugar al que acudía diariamente a primera hora de la mañana para que se le indicara por un empleado del mismo donde debía dirigirse para efectuar los trabajos de montaje de los muebles suministrados por aquél, acudiendo al domicilio del cliente que había adquirido el mobiliario a la hora que se le indicaba y efectuaba el montaje que se incluía en el precio pagado al almacén, facturando el demandante por trabajos realizados mensualmente y consistiendo su retribución en un 3´7% de la total factura de venta, estando dado de alta en el RETA y efectuando liquidación en el IAE. Se razona, para estimar la existencia de una relación laboral, que de tales datos fácticos resultaba que el demandante "pertenecía, bien que no

en términos rigurosos a una organización empresarial", concurriendo la nota de ajenidad "pues el trabajador no hacía suyos directamente los frutos de su trabajo, sino que estos pasaban al empresario que a cambio le entregaba la retribución", así como que las circunstancias "como la falta de una jornada laboral concreta, el desplazamiento en medios propios de locomoción, la posibilidad de organizar su trabajo, o la falta de obligatoriedad de acudir todos los días al centro... (mas formal que real pues lo cierto es que el demandante accedía diariamente) no son suficientes para desnaturalizar una relación en la que aparecen los elementos esenciales del contrato de trabajo".

5.- Concurre el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 217 LPL para viabilizar el recurso de casación unificadora, pues ante hechos sustancialmente iguales, -- así, entre otros, una relación con una empresa suministradora que no consta cuente con plantilla propia para montar, reparar o conservar los bienes entregados; la determinación de la clientela, tiempo de realización y precio de facturación por la empresa suministradora que abonaba directamente la retribución sin que se percibiera cantidad alguna del cliente; y control por parte de la referida empresa de la actividad diaria realizada --, e idéntica pretensión de reconocimiento del carácter laboral de la relación existente entre las partes, las sentencias confrontadas llegan a conclusiones jurídicas distintas sobre la cuestión debatida y, consecuentemente, en orden a la determinación del orden jurisdiccional competente para su enjuiciamiento.

SEGUNDO.- 1.- Denuncia la parte actora ahora recurrente en casación unificadora que la sentencia impugnada infringe los arts. 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, lo que obliga a determinar sí en la relación jurídica objeto de enjuiciamiento concurren las notas configuradoras del contrato de trabajo para derivadamente establecer el orden jurisdiccional competente para conocer del litigio planteado.

2.- De los hechos declarados probados contenidos en la sentencia recurrida, en relación con los documentos a los que aquéllos se remiten, resulta, en esencia, que: a) el demandante inicia su relación jurídica tras suscribir un denominado contrato mercantil de arrendamiento de servicios, posteriormente renovado, en el que una de las partes

aparecía como empresa dedicada "a montajes, desmontajes, conservación, mantenimiento y limpieza de instalaciones cerveceras de barril, máquinas automáticas, botelleros, etc. que se encuentran distribuidas en bares, restaurantes, cafeterías, hoteles, estaciones de servicio, etc." , necesitadas de "mantenimiento periódico, además de la instalación inicial o el desmontaje en su caso, y las reparaciones necesarias cuando aparece algún fallo en su funcionamiento", y la otra parte contratante figura con la "condición de profesional-autónomo con licencia fiscal para la actividad de instalación, reparación y mantenimiento de maquinaria diversa, y dado de alta en la Seguridad Social en el RETA"; b) la empresa contrató con el demandante la reparación de la maquinaria y el mantenimiento de la misma, concretándose la prestación servicio cada día al fijar la empresa la maquinaria que había de reparar, lo que efectuaba telefónicamente o mediante una hoja de encargo donde constaban los establecimientos y los trabajos a realizar; c) esta nota de planificación del servicio debía ser cumplida y no podía el demandante variarla injustificadamente, debiendo, en caso de incidencias que pudieran retrasar la reparación, avisar a la empresa para que se garantizara la reparación por otra vía; d) el actor iniciaba la realización de las reparaciones a las ocho de la mañana, y finalizaba la misma en torno a las cinco de la tarde, debiendo llamar a la empresa a las cinco de la tarde a fin de conocer si había alguna reparación urgente a realizar, también debía efectuar reparaciones en fines de semana alternos y atender las urgencias que se produjeran; e) la remuneración se establecía en función de las reparaciones realizadas, emitiendo facturas por los trabajos realizados incluyendo el IVA; f) la empresa facilitaba al actor una pegatina con el logotipo de la empresa e instrucciones sobre la colocación de las mismas, también le suministraba algunas herramientas básicas y mono de trabajo si lo pedía; g) cuando causa baja médica la empresa le abonaba una cantidad similar a la que venía percibiendo por la facturación mensual; h) la empresa dispone de un servicio de inspección que revisa el trabajo realizado por el actor y recibe las quejas que puedan tener los clientes sobre su actividad; y f) por último, la empresa procedía a la resolución del contrato existente entre las partes imputándole, entre otros hechos, "su falta de colaboración en los mecanismos de control determinados por esta empresa para un adecuado servicio al

cliente" y las "quejas reiteradas de los clientes de su zona por sus servicios en los últimos tiempos".

3.- Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que declara la irrelevancia de la calificación que las partes otorguen a un contrato, señalando que la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinado por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan (entre otras muchas, SSTS/IV 20-IX-1995 --recurso 1463/1994, 15-VI-1998 --recurso 2220/1997, 20-VII-1999 --recurso 4040/1998) y que la dependencia - entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa -, y la ajeneidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato (entre otras,SSTS/IV 14-II-1994 --recurso 123/1992, 27-V-1992 --recurso 1421/1991, 10-IV-1995 --recurso 2060/1994, 20-IX-1995 --recurso 1463/1994, 22-IV-1996 --recurso 2613/1995, 28-X-1998 --recurso 4062/1997, Sala General); si bien el requisito de dependencia no concurre cuando el contratado actúa con plena autonomía (entre otras, STS/IV 7-III-1994 --recurso 615/1993), aunque "mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma" y "también es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial" (entre otras, SSTS/IV 17-VII-1993 --recurso 1712/1992, 18-III-1994 --recurso 558/1993).

4.- En el caso enjuiciado las partes en los contratos suscritos califican de arrendamiento de servicios mercantil la relación que constituyen, pero tal calificación - sin duda impuesta por una de las partes - carece de trascendencia. La sentencia recurrida excluye el carácter laboral del contrato como consecuencia de la inexistencia del requisito de la dependencia, argumentando sobre la no sujeción a horario, el no establecimiento de retribución o salario fijo y la no sumisión a las órdenes directas de la empresa. No se cuestiona que hubo una voluntaria prestación de servicios retribuidos y según instrucciones impartidas por la empresa, siquiera como mera función de control,

que acababa asumiendo los resultados de la prestación. Se impone por ello analizar los elementos discutidos.

5.- Ciertamente en el contrato se establece que la prestación del servicio contratado no está sujeto a horario fijo, pero en la realidad se exigía al actor realizar el servicio con una dedicación diaria mínima desde las ocho de la mañana a las cinco de la tarde, con posibilidad de extensión si tras efectuar la preceptiva llamada a la empresa al finalizar la jornada había alguna reparación urgente a realizar, debiendo incluirse en un turno para efectuar reparaciones en fines de semana alternos y atender las urgencias que se produjeran, y precisamente en la carta de extinción, entre otros hechos, se le imputa al demandante la "imposibilidad de contactar con Ud. para cubrir los servicios urgentes de punto de venta con una mínima garantía por la tarde". Esta exigencia de amplia disponibilidad horaria del actor con respecto a la empresa contratante, que obligaba de hecho a éste a la prestación de servicios con carácter habitual y permanente durante un horario determinado, comporta entender que esa afirmada libertad de horario era un tanto relativa y más teórica que práctica no pudiendo destruir el elemento de dependencia del demandante con la empresa, tanto mas cuanto esta Sala ha declarado la existencia de relación laboral en supuestos de amplia libertad de horario que no desvirtúa la existencia del requisito de dependencia, para la que no es necesaria la concurrencia de una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en el ámbito organicista y rector (entre otras, SSTS/IV 14-II-1994 --recurso 123/1992, 27-V-1992 --recurso 1421/1991).

6.- El no establecimiento de retribución o salario fijo, a pesar de lo afirmado en la sentencia recurrida, no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras, dado el concepto de salario contenido en el art. 26.1 ET comprensivo de "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo". Pero además, y de hecho, aunque la remuneración percibida por el trabajador se estableciera en función de las reparaciones efectuadas, de la propia documentación de la parte demandada relativa a

las cantidades abonadas al demandante en el período 1993 a 1997 se deduce la escasa variación anual de las mismas (documento obrante a folio 832), debiendo tenerse también en cuenta el dato esencial de que tal retribución se abonaba en cuantía similar incluso aunque no se realizara trabajo efectivo durante los periodos de baja médica del actor y sin que, como se ha declarado por esta Sala, tenga virtualidad para desvirtuar el posible carácter laboral de una relación jurídica el hecho de poder estar afiliado el demandante al RETA o el que perciba la retribución por tarifas fijadas por la empresa con inclusión del IVA "al tratarse de datos que no se corresponden con la naturaleza del vínculo ni difieren su carácter" (entre otras, STS/IV 10-IV-1995 --recurso 2060/1994).

7.- Existía también de hecho una sumisión a las órdenes directas de la empresa, pues ésta diariamente encargaba al actor los concretos trabajos a realizar, debiendo cumplir estrictamente la nota de planificación del servicio sin poder variarla injustificadamente y debiendo, en caso de incidencias que pudieran retrasar la reparación, avisar a la empresa para que se garantizara la reparación por otra vía, estando obligado a colocar en las máquinas reparadas una pegatina con el logotipo de la empresa conforme a las instrucciones recibidas sobre la colocación de las mismas, teniendo la empresa un servicio de inspección que revisaba, entre otros, el trabajo realizado por el actor y recibe las quejas que pudieran tener los clientes sobre su actividad, precisamente cuando la empresa procede a la resolución del contrato existente entre las partes imputa al actor, entre otros hechos, "su falta de colaboración en los mecanismos de control determinados por esta empresa para un adecuado servicio al cliente" y las "quejas reiteradas de los clientes de su zona por sus servicios en los últimos tiempos".

8.- Lo anterior evidencia que los clientes no eran del actor sino de la empresa, que la actividad permanente del demandante era la propia de la empresa y no la de él mismo, sin que en momento alguno percibiera un lucro como beneficio propio (en esta línea interpretativa, entre otras, STS/IV 10-IV-1995 --recurso 2060/1994), y sin que la inclusión de determinadas cláusulas contractuales que no consta hayan tenido efectividad real, por lo que es dable considerarlas como usadas para "disfrazar" el sentido efectivo de la relación, puedan desvirtuar la realidad de que la actividad se

realizaba bajo el control y dependencia de la empresa (en este sentido, entre otras, STS/IV 15-VI-1998 --recurso 2220/1997), habiendo establecido la jurisprudencia unificadora que "no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre, a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo." (STS/IV 22-IV-1996 --recurso 2613/1995).

9.- Por lo que, en suma, concurrían los elementos de dependencia, entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa, y la ajeneidad, respecto al régimen de retribución, que constituyen los elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato.

10.- En consecuencia, existiendo una relación laboral procede declarar la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las cuestiones planteadas (arts. 1 y 2 LPL), por lo que estimándose el recurso de casación unificadora formulado por el demandante, debe casarse y anularse la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimarse el de esta clase interpuesto por el propio demandante contra la sentencia del Juzgado de lo Social, declarando la competencia de este orden jurisdiccional, debiendo el Juzgado de instancia dictar nueva sentencia que resuelva el resto de las cuestiones planteadas frente a las diversas partes demandadas; sin imposición de costas (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Don F.F.R., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de

Justicia de Madrid, en fecha 30-diciembre-1998 (rollo 6594/98), casamos y anulamos dicha sentencia y resolviendo el recurso de suplicación estimamos el interpuesto por el referido demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, en fecha 1-junio-1998 (autos 828/97), en los autos seguidos a instancia del referido demandante frente a "DICEBE, S.A.", "EL AGUILA, S.A." y "REPARTO DE BEBIDAS A DOMICILIO S.A.", estimamos en este extremo el recurso de suplicación interpuesto por el propio demandante contra la sentencia del Juzgado de lo Social, declarando la existencia de relación laboral y la consecuente competencia de este orden jurisdiccional, debiendo el Juzgado de instancia dictar nueva sentencia que resuelva el resto de las cuestiones planteadas frente a las diversas partes demandadas; sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.
En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

22-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE ENERO DE 2000

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El día 29 de Diciembre de 1998, el Juzgado de lo Social número 24 de Madrid, dictó sentencia en virtud de demanda formulada por D. Bruno , frente a INGETUBO, S.A., EMPRESA DE EXPLOTACIONES REMES S.A., ELABER, S.L.

D. Juan Manuel, D. Sebastián, D. José, D. Darío, D. Juan Pablo, FOGASA, en reclamación despido, en la que como hechos probados se declaran los siguientes:

PRIMERO.- El actor D. Bruno , venía prestando sus servicos en la empresa Ingetuvo S.A. con las siguientes condiciones laborales: antigüedad 3 de Agosto de 1987, categoría profesional: Montador y salario 177.579 pts con prorrateo de pagas extras.

SEGUNDO.- El 16 de junio de 1997 la empresa Ingetubo S.A., mediante carta comunicó al actor, la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas - crisis económicas - con efecto desde el 16 de julio de 1.997, carta que al obrar en autos se tiene por reproducida en su contenido.

TERCERO.- La empresa Ingetubo S.A., acredita tener deudas con la Tesorería General de la Seguridad Social en importe aproximado de 5 millones, con la Agencia Tributaria y con el Banco Español de Crédito (en importe aproximado de 5 millones de pesetas).

CUARTO.- Por resolución de la Dirección General de Trabajo de 16 de febrero de 1.996, se autorizó a la empresa Ingetubo S.A. a extinguir 16 contratos de trabajo.

QUINTO.- En octubre de 1.996, parte de la plantilla de Ingetubo S.A. pasó a prestar sus servicios a la EMPRESA EXPLOTACIONES REMES S.A.A, habiéndose subrogado ésta en los derechos y obligaciones de la anterior y respetando las condiciones laborales de estos trabajadores tenían en Ingetubo. En Mayo de 1.997 la EMPRESA DE EXPLOTACIONES REMES S.A. ofreció al actor unc ontrato por tiempo indefinido, con respeto de las condiciones de antigüedad, categoría profesional y salario, que gozaba en la empresa Ingetubo, no aceptando el actor.

SEXTO,- Ingetubo S.A. tiene su domicilio social en la Carretera de Torrejon a Loeches s/n, actualmente Avda de Galapagar s/n de Torrejón de Ardoz. siendo su DIRECCION000 D. Juan Manuel . Siendo su actividad la explotación de toda clase de materiales y elementos relacionados con la construcción en general y en especial la de estructuras metálicas. SEPTIMO.- LA EMPRESA DE EXPLOTACIONES REMES

S.A. tiene su domicilio social en la c/ Treviño nº 1 de Madrid, siendo su DIRECCION000 D. Sebastián . Y siendo su objeto social promover, instalar poner en funcionamiento y explotar por cuenta propia o ajena negocios de hostelería y alimentación o proceder a su venta, traspaso, subarriendo o cesión de los mismos adquiriendo la titularidad de los locales, oficinas e instalaciones necesarias por títulos de compra, arrendamientos de traspaso, o cualquier otro legítimo. Prestar servicios de hostelería y/o suministros alimentarios a terceros, incluso a entidades, corporaciones u organismos de derecho público. OCTAVO.- Por Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Madrid, de fecha 9 de octubre de 1.997, se rechazó la declaración de estado de quiebra necesaria de la empresa Ingetubo S.A. estando recurrida en apelación.

NOVENO.- El actor no ostenta ni ha ostentado cargo de representación de los trabajadores en la empresa.

DECIMO.- En el acto de juicio la parte actora DESISTIÓ de la demanda co-demandada ELABER S.L. y del co-demandado D. Darío.

UNDECIMO.- En fecha 11 de agosto de 1.997, tuvo lugar el preceptivo intento conciliatorio ante el SMAC, con el resultado de sin efecto.". Y como parte dispositiva: "En las presentes actuaciones a instancia de D. Bruno frente a INGETUBO, S.A., EMPRESA DE EXPLOTACIONES REMES S.A., ELABER, S.L. D. Juan Manuel , D. Sebastián , D. José , D. Darío , D. Juan Pablo , emplazado el FOGASA, debo estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, respecto a los co-demandados D. Juan Manuel , D. Sebastián , D. José y Juan Pablo . Y estimando la demanda, debo declarar y declaro improcedente la decisión extintiva adoptada por la empresa INGETUBO S.A., condenando a ésta a optar el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo o indemnizarle con la cantidad de 2.648.160 pesetas y en ambos casos deberá abonarle los salarios dejados de percibir desde el despido objetivo hasta la notificación de la sentencia. Absolviendo a la EMPRESA DE EXPLOTACIONES REMES S.A. y al FOGASA sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria.

Teniendo a la parte actora por DESISTIDA de la empresa Elaber S.L. y de D. Darío."

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia de fecha 29 de mayo de 1998, en la que como parte dispositiva figura la siguiente: "que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DON Bruno , frente a la sentencia número 466/97, dictada por el Juzgado de lo Social número Veinticuatro de los de Madrid, el día 29 de diciembre de 1997, en los autos 570/97 en procedimiento de despido seguido frente a INGETUBO, S.A., ELABER, S.L., DON José , D. Sebastián , DON Juan Manuel , DON Juan Pablo , DON Darío y EXPLOTACIONES REMES S.A, habiendo sido parte el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, y en consecuencia declaramos la compentencia del orden social para conocer de la presente litis y anulamos dicha sentencia para que por la Magistratura a quo se dicte una nueva en la que se entre a resolver con libertad de criterio el fondo del asunto y en la que se de cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y se complete el relato fáctico de la misma.".

TERCERO.- Contra dicha sentencia preparó la representación letrada de Ingetubo, en tiempo y forma e interpusieron después recurso de CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. En el mismo se denuncia la contradicción producida con la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 4 de Noviembre de 1997, en el recurso de suplicación 1137/97.

CUARTO.- No se impugnó el recurso por el recurrido, e informo sobre el mismo el Ministerio Fiscal que lo estima procedente.

QUINTO.- Señalado día para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, se celebró el acto de acuerdo con el señalamiento acordado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La acción por despido se dirige contra las personas jurídicas, con base a que "entre ellas se dan todos los supuestos jurisprudencialmente previstos para

ser considerados un grupo de empresas como son: confusión patrimonial, identidad de caja, que aunque las nóminas de los distintos trabajadores reflejan una titularidad empresarial distinta, lo cierto es que todos prestan servicios indistintamente para cada una de las tres empresas demandadas" y, también "se demanda a los accionistas, administradores únicos y miembros del consejo de administración de las empresas por si pudieran haber incurrido en algún tipo de responsabilidad personal y solidaria, ya que simultaneaban los cargos en las distintas empresas".

La sentencia de instancia declaró la incompetencia de jurisdicción por razón de la materia para conocer de la responsabilidad de socios y administradores de las Sociedades demandadas, condenó por despido improcedente a la Sociedad Anónima aquí recurrente y, absolvió al Fondo de Garantía Salarial sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria, así como a la Sociedad Anónima codemandada al no apreciar que formaba parte de una unidad económica o de intereses.

Recurrió en suplicación la parte actora, solicitando con carácter principal "la declaración de nulidad de actuaciones, reponiendo las mismas al momento previo a dictarse sentencia para que en la misma se contenga un relato fáctico en el que consten los que fueron objeto de litigio y los que fueron aceptados pacífica y expresamente de contrario". Petición que se refiere únicamente a las personas jurídicas, para determinar si estas entidades mercantiles demandadas formaban grupo de empresa. Con carácter subsidiario se pidió la revocación parcial de la sentencia de instancia condenando solidariamente a las demandadas mercantiles y, nada se instó en relación a los accionistas, administradores únicos y miembros del consejo de administración.

La Sala del Tribunal Superior de Justicia a pesar de las concretas peticiones del recurso antes expresadas y, en las que no se impugnaba la declaración de incompetencia jurisdiccional en relación a las personas físicas, declaró con evidente incongruencia en relación a los términos en que se planteó el recurso la competencia del Orden Social y anuló la sentencia de instancia, para que se dicte nueva resolución entrando a resolver con libertad de criterio el fondo del asunto, por no contener en su relato fáctico todos los datos necesarios de los que pueda extraerse la concurrencia o no de una pluralidad de

empleadores o de obligados solidarios, así como por haber estimado indebidamente la incompetencia de jurisdicción respecto de determinados demandados.

La empresa condenada en la instancia, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, únicamente en cuanto al pronunciamiento sobre la declaración de competencia del orden social para conocer del litigio contra las personas físicas demandadas, interesando sólo la revocación de la sentencia impugnada, para declarar como doctrina unificada la contenida en las sentencias invocadas como contradictorias, y en consecuencia, que se confirme la estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción contenida en la sentencia de instancia. Cita varias sentencias de contraste sobre la incompetencia de jurisdicción y se entendió como seleccionada la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de noviembre de 1997, al ser la más moderna de las invocadas. En sede jurídica denuncia infracción por interpretación erronea en la aplicación de los artículos 133.1, 262.5. y concordantes de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, en relación con el artículo 117.3 de la Constitución.

SEGUNDO.- A tenor del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, el recurso para la unificación de doctrina, cabe con ocasión de sentencias dictadas que fueren contradictorias con otras de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes "u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones substancialmente iguales, se hubiese llegado a pronunciamientos distintos". Tal supuesto existe en el presente recurso, pues ante análogos hechos y pretensiones determinantes de responsabilidad de los administradores sociales, se dictan resoluciones contrarias sobre la competencia jurisdiccional por razón de la materia.

En efecto "se demanda a los accionistas, administradores únicos y miembros del consejo de administración de las tres empresas por si pudieran haber incurrido en algún tipo de responsabilidad personal y solidaria, ya que simultaneaban los cargos en las distintas empresas" y, la sentencia combatida declara que la jurisdicción laboral "es la competente para conocer de la responsabilidad que con carácter solidario se reclama en esta litis a todos los demandados, personas físicas y jurídicas, y ello por cuanto

demandándose precisamente a todos ellos en base a la solidaridad que se pretende, esta determina que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1137 y siguientes del Código Civil, responden plenamente de una sóla obligación diversos deudores, siendo la naturaleza de esa obligación la que determina cual sea el orden jurisdiccional que de la misma haya de conocer ... con independencia de que unas, las de los que tengan la consideración de empresarios, nazcan directamente de la relación jurídico-material que configura el contrato de trabajo y otras respecto de las personas que no sean empleadores, de la relación juridico-material que surge entre los administradores de las sociedades mercantiles y los acreedores de estas por disposición de las leyes que la rige, o por determinadas relaciones jurídicas que constituyan un fraude de ley... [en] ... los supuestos de responsabilidad que dimanan ex artículos 133.1 y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo establecido en el articulo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, conforme a los cuales los administradores responden frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, y también responden solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial, de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, supuestos a los que ha de asimilarse el prevenido en la disposición transitoria de la Ley de Sociedades Anónimas de responsabilidad de los Administradores por la falta de aumento en el capital social o de conversión en Sociedad Limitada, antes del 30 de junio de 1992.".

En cambio, en la sentencia selecionada como de contraste, señala que "Aún cuando esta Sala ha mantenido el criterio de que las posibles responsabilidades solidarias que pudieran recaer sobre los administradores societarios por deudas contraídas por la sociedad, fuera esta del tipo mercantil que fuere, en función de las relaciones laborales habidas entre ésta y sus empleados correspondían ser conocidas y decididas por el Orden Social de la Jurisdicción, lo cierto es que tal criterio no ha sido

conformado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que, en su sentencia de 28 de febrero de 1997, ha estimado que tales posibles responsabilidades, aún solidarias en su caso, son posteriores en su declaración y constatación a lo que conforma el contenido típico del litigio laboral entre empleador societario y empleado del mismo, debiendo ser decididas ante el orden civil de la jurisdicción".

TERCERO.- Evidenciado que la doctrina que se contiene en la sentencia recurrida supone una clara contradicción con la recogida en la sentencia de contraste, se han de acoger las denuncias formuladas en el recurso, al ser la doctrina correcta la recogida en la sentencia de contraste, ya que de forma reiterada y constante, esta Sala viene declarando la incompentencia del orden jurisdiccional social cuando se trata de la responsabilidad de los administradores fundada en la omisión de los deberes societarios impuestos en los artículos 133.1 y 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobada por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, que es el supuesto contemplado en el presente litigio (sentencias de 28 de febrero, 28 de octubre y 31 de diciembre de 1997, 13 de abril y 21 de julio de 1998 y 9 de noviembre de 1999 entre otras). Doctrina también aplicable, a la responsabilidad de las los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada por imperativo del artículo 69.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo.

El único supuesto en que se ha declarado la compentencia de la Jurisdicción Social es el de la Disposición Transitoria Tercera del Texto Refundido Ley de Sociedades Anónimas de 1989. En todos los demás casos se ha denegado la compentencia y en el supuesto de autos en ningún momento se dice ni se alega que se encuentre en aquél supuesto, por lo que en base a la razones expuestas procede la declaración de incompetencia.

CUARTO.- De acuerdo con lo razonado y con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso y la revocación revocación parcial de la sentencia en cuanto declara la compentencia del orden jurisdiccional laboral para conocer de la responsabilidad de las personas físicas demandadas, manteniendo la declaración de nulidad de la sentencia de instancia por insuficiencia de hechos probados, que se efectúa

en la sentencia de suplicación al no haber sido impugnada en este recurso. , con devolución del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Letrado Dª Pilar Menor Sánchez, en nombre y representación de INGETUBO S.A., frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 29 de Mayo de 1998, dictado en el recurso de suplicación 1621/98, formulado por D. Bruno , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 24 de los de Madrid, de fecha 29 de diciembre de 1997. Casamos y anulamos parcialmente dicha sentencia, en el sentido de declarar la incompetencia del orden jurisdiccional laboral para conocer de la cuestión litigiosa contra las personas físicas demandadas y se mantiene la declaración de nulidad de la sentencia de instancia por insuficiencia de hechos probados. Procédase a la devolución del depósito constituido.

Devuélvanse las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José María Botana López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

XXII. BIBLIOGRAFIA

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- ANTÓN ONECA J., "Historia del Código penal de 1822", Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., "La espiral del Mobbing". Papeles del Psicólogo, 2003. N. º 84, páginas. 55-61.

- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.

- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicología. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral "Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)". Departament de psicología social. Facultat de Psicología. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. "La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco". Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- GARCÍA CAVERO P. "Acerca de la Función de la Pena". Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. http://www.revistajuridicaonline.com. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º. 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and OrganitzationalPsichology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organitzational Psichology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de

género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. "Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral". http://www.preventionworld. com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. "Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.". www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. "Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.". www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. "Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso". Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. "El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu". Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010.Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. "Mobbing: modelos explicativos y acción sindical". Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. "Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español". Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la

Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, "Estudio programático de la parte general". 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., "Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal". Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. "La consideración penal del mobbing", Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. "El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales". Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal". Revista Pena y Estado, n.ª1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.