



Roj: **STSJ MU 548/2013 - ECLI: ES:TSJMU:2013:548**

Id Cendoj: **30030340012013100179**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **11/03/2013**

Nº de Recurso: **1176/2012**

Nº de Resolución: **178/2013**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00178/2013

PASEO GARAY, 7. PLANTA 2

Tfno: 968229215-18

Fax:968229213

NIG: 30030 44 4 2011 0004244

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001176 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000396 /2011 JDO. DE LO SOCIAL nº 005 de MURCIA

Recurrente/s: Romulo

Abogado/a:

Procurador/a:

Graduado/a Social: MIGUEL ANGEL TORRES VILLASECA

Recurrido/s: ZARDOYA OTIS S.L.

Abogado/a: BERNABE ECHEVARRIA MAYO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

En Murcia, a once de marzo de dos mil trece

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos Sres D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española , en nombre S.M. el Rey, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Romulo , contra la sentencia número 0402/2011 del Juzgado de lo Social número 5 de Murcia, de fecha 16 de septiembre , dictada en proceso número 0396/2011, sobre DESPIDO, y entablado por Romulo frente a ZARDOYA OTIS SL.



Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figuran declarados los siguientes hechos probados: "PRIMERO.- El demandante D. Romulo , con NIF- NUM000 , ha prestado sus actividades profesionales para la empresa Zardoya Otis S.L., dedicada a la instalación y mantenimiento de ascensores, y domiciliada en Murcia en Ronda de Garay nº 12, desde el 02/02/2004, como oficial instalador de ascensores, con una contraprestación como consecuencia de su actividad profesional a cargo de la referida empresa dependiendo de las instalaciones realizadas durante cada mes. Siendo las percepciones económicas percibidas en el año anterior al 15/03/2011 de 34.964,36 Euros, con una media mensual de 2.913,70 Euros. SEGUNDO.- Con fecha 02/02/2004, la empresa Zardoya Otis S.L. y el Sr. Romulo suscribieron un contrato denominado contrato marco de colaboración, en el que aparece como adjudicataria de obras para el suministro, instalación y reparación de aparatos elevadores y que interesa subcontratar parte de las obras, la empresa Zardoya Otis S.L. y como subcontratista D. Romulo para la actividad específica de montaje de aparatos elevadores. Apareciendo en el artículo I "que el subcontratista se compromete a realizar para Zardoya Otis S.L. los trabajos de instalación y reparación de aparatos elevadores en las condiciones pactadas en el acuerdo marco. -El subcontratista suministrará todo el material, el equipo y los trabajos necesarios, inherentes a su cometido para la ejecución de todas y cada una de las unidades de obra encomendada, cuyos elementos le serán suministrados por Otis, siendo a partir de ese momento de su cuenta y riesgo la custodia de los mismos, así como todos los daños que dichos materiales sufran en el periodo de montaje, tanto por su manipulación y transporte en obra, como por su manejo durante el montaje". TERCERO.- Durante la ejecución del contrato el demandante organizaba su trabajo según su criterio así como el tiempo de trabajo, estando sometido a la imposición de plazos de realización y al resultado impuesto por la empresa. Era ayudado cuando era necesario por trabajadores de Otis y utilizaba su propio vehículo, salvo en el caso del transporte de materiales pesados, que eran utilizados para el transporte vehículos de Zardoya Otis S.L. En algunas ocasiones rechazó algunos trabajos y compraba y utilizaba el material de acuerdo con las instrucciones de la referida empresa. Y percibía sus retribuciones mediante facturas. Y el material le era entregado por los proveedores, siendo facturado a Otis, la que autorizaba los materiales. CUARTO.- Con fecha 15/03/2011 el supervisor de la empresa D. Bernardino comunicó verbalmente al Sr. Romulo que se prescindía momentáneamente de los servicios del demandante, y se le requirió para que devolviese las herramientas que no eran de su propiedad. QUINTO.- Se celebró sin efecto el 03/05/2011 el preceptivo acto de conciliación"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Desestimar la excepción de incompetencia de Jurisdicción alegada por la empresa Zardoya Otis S.L. Y desestimar la demanda promovida por D. Romulo , por inexistencia de despido, y en consecuencia procede absolver de la misma a la empresa Zardoya Otis S.L. por inexistencia de despido de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores".

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Graduado Social D. Miguel Angel Torres Villaseca, en representación de la parte demandante, con impugnación del Letrado D. Bernabé Echevarría Mayo, en representación de la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Social nº 5 de Murcia, se dictó sentencia el 16-9-11 en los autos nº 402/11 sobre Despido, seguidos a instancia de don Romulo contra Zardoya Otis SL, desestimando al excepción de incompetencia de jurisdicción y desestimando la demanda por inexistencia de despido. Por lo que el actor interpuso recurso de suplicación en solicitud de una sentencia de esta Sala que anule la de instancia y retrotraiga las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia, por indefensión; o, subsidiariamente revoque la de instancia y declare improcedente el despido previa declaración de la existencia de relación laboral. Recurso que fue impugnado por la contraparte que pidió su desestimación y la confirmación de la referida sentencia.

FUNDAMENTO SEGUNDO : Se ampara la parte recurrente en el apartado a) del art. 193 de la LJS por entender infringido el art. 97.2 LPL , que genera indefensión porque la frase de la sentencia "inexistencia de sumisión al poder de dirección y organización de Zardoya Otis SL" no esta motivada.

Motivo que no puede ser estimado ya que no se causa indefensión de parte en la sentencia recurrida cuando lo que se resuelve es contrario a sus intereses. Otra cosa es no estar de acuerdo con la forma de interpretar las pruebas por el Juez de instancia, que debe ser objeto de recurso a través de los apartados b) y c) del art. 193 LJS.



FUNDAMENTO TERCERO .- Al amparo del apartado b) del art. 193 de la LJS se solicita:

A) La adición al hecho probado primero que dice: "El demandante D. Romulo , con NIF- NUM000 , ha prestado sus actividades profesionales para la empresa Zardoya Otis S.L., dedicada a la instalación y mantenimiento de ascensores, y domiciliada en Murcia en Ronda de Garay nº 12, desde el 02/02/2004, como oficial instalador de ascensores, con una contraprestación como consecuencia de su actividad profesional a cargo de la referida empresa dependiendo de las instalaciones realizadas durante cada mes. Siendo las percepciones económicas percibidas en el año anterior al 15/03/2011 de 34.964,36 Euros, con una media mensual de 2.913,70 Euros". Esta adición: ""PRIMERO..-El demandante D. Romulo , con NIF: NUM000 , ha prestado sus actividades profesionales para la empresa Zardoya Otis, SL, dedicada a la instalación y mantenimiento de ascensores, y domiciliada en Murcia en Ronda de Garay nº 12, desde el 02/02/2004, como oficial instalador de ascensores, con una contraprestación como consecuencia de su actividad profesional a cargo de la referida empresa dependiendo de las instalaciones realizadas durante cada mes. Siendo la percepciones económicas percibidas en el año anterior al 15/03/2011 de 34.964,36 euros, con una media mensual de 2.913,70 euros y percibiendo dichas retribuciones periódicamente los días 3 y 15 de cada mes a través del servicio de pagos que Zardoya Otis SL tiene contratado con el Banco de Santander".

La adición al hecho probado segundo que dice: "Con fecha 02/02/2004, la empresa Zardoya Otis S.L. y el Sr. Romulo suscribieron un contrato denominado contrato marco de colaboración, en el que aparece como adjudicataria de obras para el suministro, instalación y reparación de aparatos elevadores y que interesa subcontratar parte de las obras, la empresa Zardoya Otis S.L. y como subcontratista D. Romulo para la actividad específica de montaje de aparatos elevadores. Apareciendo en el artículo I "que el subcontratista se compromete a realizar para Zardoya Otis S.L. los trabajos de instalación y reparación de aparatos elevadores en las condiciones pactadas en el acuerdo marco. -El subcontratista suministrará todo el material, el equipo y los trabajos necesarios, inherentes a su cometido para la ejecución de todas y cada una de las unidades de obra encomendada, cuyos elementos le serán suministrados por Otis, siendo a partir de ese momento de su cuenta y riesgo la custodia de los mismos, así como todos los daños que dichos materiales sufran en el periodo de montaje, tanto por su manipulación y transporte en obra, como por su manejo durante el montaje". Lo siguiente: "SEGUNDO..-Con fecha 02/02/2004, la empresa Zardoya Otis, S.L y el Sr. Romulo , quién carecía de formación, conocimientos y experiencia previa en el montaje de ascensores, aparatos elevadores y similares, suscribieron un contrato denominado contrato marco de colaboración, en el que aparece como adjudicataria de obras para el suministro, instalación y reparación de aparatos elevadores y que interesa subcontratar parte de las obras, la empresa Zardoya Otis, S.L y como subcontratista D. Romulo para la actividad específica de montaje de aparatos elevadores. Apareciendo en el artículo I: 'que el subcontratista se compromete a realizar para Zardoya Otis. S.L. los trabajos de instalación y reparación de aparatos elevadores en las condiciones pactadas en el acuerdo marco. -El subcontratista suministrará todo el material, el equipo v los trabajos necesarios. inherentes a su cometido para la ejecución de todas y cada una de las unidades de obra encomendada, cuyos elementos le serán suministrados por Otis, siendo a partir de ese momento de su cuenta y riesgo la custodia de los mismos, asi como todos los daños que dichos materiales sufran en el periodo de montaje, tanto por su manipulación v transporte en obra, como por su manejo durante el montaje'.

Una vez suscrito dicho contrato marco, el actor fue formado para los trabajos a desarrollar por Zardoya Otis, SL acompañando durante el periodo inicial al trabajador de Zardoya Otis SL, Sr. Ruperto que se encargó de su formación inicial, percibiendo el Sr. Romulo por la empresa retribuciones durante ese periodo y en concepto de "formación" además de cantidades en concepto de dietas y transporte".

La adición al hecho probado tercero que dice: "Durante la ejecución del contrato el demandante organizaba su trabajo según su criterio así como el tiempo de trabajo, estando sometido a la imposición de plazos de realización y al resultado impuesto por la empresa. Era ayudado cuando era necesario por trabajadores de Otis y utilizaba su propio vehículo, salvo en el caso del transporte de materiales pesados, que eran utilizados para el transporte vehículos de Zardoya Otis S.L. En algunas ocasiones rechazó algunos trabajos y compraba y utilizaba el material de acuerdo con las instrucciones de la referida empresa. Y percibía sus retribuciones mediante facturas. Y el material le era entregado por los proveedores, siendo facturado a Otis, la que autorizaba los materiales". Lo siguiente: ""TERCERO.-Durante la ejecución del contrato el demandante organizaba y ejecutaba, siempre personalmente, su trabajo según su criterio, de conformidad con los manuales de procedimientos establecidos e instrucciones para el montaje de ascensores facilitados al actor por Zardoya Otis, SL, estando sometido a la imposición de plazos de realización y al resultado impuesto por la empresa. El trabajador no disponía de herramientas propias y utilizaba para desarrollar su trabajo material, herramientas y maquinaria facilitadas y autorizadas por Zardoya Otis, S.L y con su logotipo, aportando el actor únicamente su trabajo personal sin aportación a la actividad de materiales, ni herramientas, ni maquinaria que fueran de su propiedad. Era ayudado cuando era necesario por trabajadores de Otis y utilizaba su propio vehículo, salvo en el caso del transporte de materiales pesados, que eran utilizados para el transporte vehículos de Zardoya Otis,



S.L En algunas ocasiones rechazó algunos trabajos por no saber hacerlos y compraba y utilizaba el material de acuerdo con las instrucciones de la referida empresa. Y percibía sus retribuciones mediante facturas. Y el material le era entregado por los proveedores, siendo facturado a Otis, la que, previamente por escrito, autorizaba la adquisición de los materiales por el actor.

Asimismo era el actor, en nombre de Zardoya Otis SL y no de otra empresa, quién se relacionaba con los propietarios de los ascensores donde realizaba cada intervención de reparación y/o mantenimiento"

En cuanto al apartado A) se rechaza por irrelevante para la correcta resolución de esta litis, pues es indiferente la fecha de los pagos a los efectos de este procedimiento.

En cuanto al apartado B) también es intrascendente pues lo relevante es si recibidos o no los cursos de formación la actividad se realiza de forma autónoma o por relación laboral.

En cuanto al apartado C) es preciso señalar:

Que el actor use los manuales de la demandada es necesario por tararse de aparatos fabricados pro la misma.

Conforme al hecho probado cuarto había herramientas de la empresa y del actor.

La introducción de que el actor rechazo trabajos que le ofrecieron porque no sabía hacerlos, se basa en prueba testifical inhábil a estos efectos.

La autorización por la empresa para la adquisición de materiales por el actor es indiferente que fuera por escrito o no.

Finalmente, no puede introducirse que el actor reparaba y mantenía los ascensores, pues según se desprende del hecho probado primero que no ha sido recurrido, la actividad contratada por el actor era la de montaje de aparatos elevadores.

FUNDAMENTO CUARTO .- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LJS se alega infracción del art.1 ET y la sentencia del TS de 11-12-89 y 29-12-99 .

Motivo que no puede ser estimado habida cuenta que ninguna infracción de norma legal ni de jurisprudencia se produce con la sentencia recurrida y ello por cuanto de la prueba practicada no s desprende la existencia de relacion laboral ya que se esta ante un contrato marco de colaboración para la ejecución de obras, se establece cada obra en un plazo determinado a finalizar y por un precio determinado. El contrato marco no define nada concreto, y el actor después contrataba específicamente diversos contratatas con duración determinada y precio cierto, por lo que se está ante una relación mercantil y no laboral.

Por otra parte, el actor realizaba su trabajo con independencia organizativa, sin sujeción a horario de trabajo, ni vacaciones predeterminadas por la demandada y sin ordenes de la misma. Y aportaba alguna herramienta, equipos de proteccion individual, vehículo propio y telefono movil. Y una vez concluía el trabajador su labor, la demandada lo supervisaba.

Si a todo ello se le adiciona que el actor esta dado de alta en el RETA, gira las facturas por si con IVA, tiene una póliza de responsabilidad civil propia, concierta con un Gabinete de Prevención Laboral, y carece de exclusividad con la demandada, es claro que no se esta ante una relación laboral sino ante una relación mercantil, para la ejecución de obras.

Todo lo cual obliga a desestimar el recurso planteado y a confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por Romulo , contra la sentencia número 0402/2011 del Juzgado de lo Social número 5 de Murcia, de fecha 16 de septiembre , dictada en proceso número 0396/2011, sobre DESPIDO, y entablado por Romulo frente a ZARDOYA OTIS SL ; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia.

Dése a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES



Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banesto, cuenta número: 3104000066117612, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banesto, cuenta corriente número 3104000066117612, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.