



Roj: **STSJ ICAN 999/2015 - ECLI: ES:TSJICAN:2015:999**

Id Cendoj: **35016340012015100734**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **13/05/2015**

Nº de Recurso: **83/2015**

Nº de Resolución: **826/2015**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **MARIA JESUS GARCIA HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En Las Palmas de Gran Canaria, a 13 de mayo de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000083/2015, interpuesto por D. Benigno , frente a Sentencia 000258/2014 del Juzgado de lo Social Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000252/2014-00 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D. Benigno , en reclamación de Despido siendo demandados ZARDOYA OTIS S.A. y FOGASA y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 17 septiembre 2014 , por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- La parte actora, con DNI NUM000 , figura dado de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos y ha prestado sus actividades profesionales para la empresa demandada desde el 01.06.2006 como instalador de ascensores en virtud de contrato marco de colaboración para la ejecución de obras, percibiendo sus retribuciones contra facturas. Las facturas giradas en el año 2013 (16) ascendieron a 43.708,04 euros, siendo todas ellas de cantidades diversas, y emitidas varias de ellas en el mismo mes.

SEGUNDO.- Con fecha 07.07.2006 la empresa demandada. y el actor suscribieron contrato marco de colaboración para la ejecución de obras, 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.A. y como subcontratista el actor para la actividad específica de montaje de aparatos elevadores, figurando en el artículo I "que el subcontratista se compromete a realizar para ZARDOYA OTIS S.A. 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 ZARDOYA OTIS S.A. 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".



Durante el año 2013 la empresa ZARDOYA OTIS S.A. y el actor suscribieron 9 anexos al contrato marco de colaboración por el que el actor se comprometía a realizar los trabajos de montaje, puesta en servicio, ajustes y limpieza de diversas obras.

TERCERO.- El actor no estaba sujeto a ningún horario de trabajo, si bien estaba sometido a la imposición de plazos de realización del montaje y al resultado fijado por la empresa demandada.

Los ascensores a instalar le eran entregados por la empresa demandada y el utillaje de montaje específico para ascensores, aunque el resto de herramientas ordinarias eran aportadas por el actor. El actor utilizaba su propio vehículo y teléfono móvil, y el mono de trabajo tenía el logotipo de Otis.

Las vacaciones del actor no tenían que ser autorizadas por la empresa demandada, si bien había periodos en los que empresa les comunicaba que no debían cogerse vacaciones.

El actor tenía suscrito seguro de responsabilidad civil así como contrato en materia de prevención de riesgos laborales autónomos.

Algunos EPI eran facilitados por la empresa demandada, y el resto los aportaba el actor como las botas, guantes y el casco.

La empresa demandada realizaba reuniones sobre seguridad tanto con los trabajadores autónomos como con sus trabajadores, y le daba formación al actor sobre el montaje y la instalación, entregándole además el plan de seguridad y salud como empresa principal, y los manuales de montaje y reparación así como una guía del subcontratista.

CUARTO.- El volumen de trabajo de la empresa demandada descendió considerablemente en el año 2013 respecto de los años anteriores, por lo que a primeros de diciembre de dicho año el supervisor de montaje se reunió con el actor y otros dos instaladores para comunicarles tal descenso y que en adelante no habría trabajo para los tres instaladores.

QUINTO.- Varias semanas después de tal reunión tuvieron otra, con el supervisor de montaje y el representante de la empresa, en la que el actor y los otros dos instaladores-montadores plantearon la posibilidad de ejecutar un servicio de mantenimiento de escaleras y andenes mecánicos a la empresa demandada.

Comunicándoles la misma en tal momento la falta de viabilidad de tal proyecto, y ofreciéndoles la posibilidad de obtener obras en Fuerteventura, sin que fuera aceptado ni rechazado por el actor en dicho momento.

SEXTO.- El 27.12.2013 el demandante, junto con aquellos dos citados instaladores, presentaron ante el SEMAC papeleta de conciliación frente a la empresa en reclamación de derechos, celebrándose el acto de conciliación el 10.01.2014 con el resultado de sin avenencia.

SEPTIMO.- El actor remitió burofax a la empresa el 08.01.2014 interesando confirmación o desmentido de supuesto despido verbal de igual fecha, sin que conste su contestación.

OCTAVO.- Los trabajadores de la empresa con contrato laboral que a tiempo completo realizan funciones análogas a las que se encomendaban al demandante tienen categoría de oficial de 2ª y un salario mensual bruto y prorrateado de 2.114,21 € según Convenio Colectivo de empresa.

NOVENO.- Se intentó conciliación ante el SEMAC por despido con el resultado de sin avenencia.

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: Que desestimando la excepción opuesta por la codemandada de incompetencia de jurisdicción, y desestimando íntegramente la demanda interpuesta por falta de acción, de D. Benigno frente a ZARDOYA OTIS, S.A., FOGASA y MINISTERIO FISCAL sobre DESPIDO, debo absolver y absuelvo a las demandadas de todos los pedimentos contenidos contra ellas en la demanda.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D. Benigno, siendo impugnado de contrario y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Benigno demanda por despido a Zardoya OTIS SA alegando:

mantener con la demandada vinculación laboral.

haber sido despedido verbalmente el 8 enero 2014

constituir el despido represalia por el ejercicio de sus derechos laborales al haber presentado en el SEMAC el 27 diciembre 2013 papeleta interesando el reconocimiento de la laboralidad de su relación.



Zardoya OTIS SA excepciona incompetencia de jurisdicción, insistiendo en que la relación con el demandante discurrió en el marco de un contrato de colaboración para ejecución de obras suscrito el 7 julio 2006, y muestra su oposición a la demanda.

La sentencia de instancia desestima la excepción y no acoge la pretensión al negar la existencia de relación laboral y por ende el despido.

Mostrando disconformidad el demandante se alza en suplicación formalizando escrito de recurso, que se impugna de contrario.

SEGUNDO.- Dispone el artículo 1 LRJS que "los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho..". Por lo que negándose la existencia de relación laboral en la sentencia, el fallo debió acoger la excepción de incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda.

Siendo la competencia cuestión de orden público procesal la Sala ha de entrar en su conocimiento, inclusive de oficio, sin estar a los estrictos límites del recurso de suplicación y sin sujeción a los hechos declarados probados en sentencia o a la revisión que de los mismos pueda interesarse.

De la prueba practicada resulta que:

D. Benigno figura dado de alta en el RETA, y tiene suscrito seguro de responsabilidad civil y contrato de prevención de riesgos laborales (interrogatorio demandante).

Zardoya OTIS SA -adjudicataria de obras para el suministro, instalación y reparación de aparatos elevadores - subcontrató a D. Benigno con fecha 7 julio 2006 para realizar trabajos de instalación y reparación de aparatos elevadores (documentos nº 1 y 2 ramo demandada).

Desde entonces D. Benigno ha prestado sus servicios exclusivamente a Zardoya OTIS SA de forma habitual, personal y directa realizando el mismo trabajo que un montador -oficial 2ª- de laboral de la empresa (se trata de un dato admitido por la empresa aunque con el propósito de mostrar al demandante como trabajador autónomo dependiente).

Para cada encargo D. Benigno firmaba un Anexo en el que figuraba el precio y el plazo de ejecución fijados por Zardoya OTIS SA (interrogatorio demandante).

Al término de cada encargo Zardoya OTIS SA, a través de un supervisor, controlaba el resultado. Solo una vez dada la conformidad procedía la facturación (testifical Supervisor de Montajes).

Otros autónomos y laborales podían intervenir en los encargos firmados por D. Benigno previa autorización de D. Nicolas ("lo hablaban con D. Nicolas ") representante de la empresa, o del supervisor quien declaró "si necesitaban ir a una obra me avisaban y se echaban una mano". En la ejecución del encargo D. Benigno no podía auxiliarse de trabajadores por él contratados (testifical del Supervisor y del Sr. Jose Antonio , miembro del Comité de empresa).

Para ejecutar la obra Zardoya OTIS SA, entrega a D. Benigno el aparato elevador, su manual de montaje -sin el cual no podría ejecutarse- y el utillaje específico, imposible de adquirir en ferretería especializada (testifical supervisor). D. Benigno , como cualquier trabajador de la empresa, podía dirigirse al Almacén de la empresa y retirar el material necesario (testifical Don. Jose Antonio).

Para acudir al trabajo D. Benigno se valía de su vehículo particular, las llamadas que tuviera que realizar las efectuaba desde su telefono móvil particular; ej., al supervisor si en el curso de la ejecución se presentaba algún tipo de problema (testifical supervisor). Las pequeñas herramientas también eran de su propiedad (interrogatorio demandante).

En su trabajo vestía mono con el distintivo "OTIS" (testifical Don. Jose Antonio).

D. Benigno no estaba sujeto a horario.

No podía dejar de trabajar en verano por ser los meses de mayor actividad al incrementarse la demanda de las comunidades de propietarios. Si no había trabajo - en periodos entre encargos- "eso eran vacaciones" "Si viajaba tenía que comunicar que en esos días no estaría" (testifical del Supervisor).

D. Benigno emitía sus facturas con inclusión de retenciones fiscales (interrogatorio demandante).

El equipo de protección individual (EPI) lo facilitaba la empresa. (testifical Don. Jose Antonio).

La empresa realizaba reuniones sobre seguridad tanto con trabajadores autónomos como laborales y les daba formación sobre el montaje y la instalación. (testifical Don. Jose Antonio).



Se expresa en STS 12 febrero 2008 (Rj. 2008/3473) que:

"1) 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.

2) La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicio son es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho; 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 objetivo del tipo contractual es una especie de género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada.

Cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las específicas de ajenidad del trabajo y dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo sometido a la legislación laboral.

3) Tanto la ajenidad como la dependencia 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 más veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

4) Son indicios comunes de la nota de ajenidad , entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados, la adopción por parte del empresario -y no del trabajador- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender; el carácter periódico o fijo de la remuneración del trabajo 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. "

En el concreto caso que nos ocupa la relación entre D. Benigno y Zardoya OTIS SA aparece instrumentalizada en un contrato marco de colaboración y los Anexos que concretan cada uno de los encargos fijando precio y plazo de ejecución.

No existe "en principio" obstáculo para la contratación de la actividad de montaje de aparatos elevadores al margen del marco laboral y será la forma en que los servicios se presten y desarrollen la que determine el acierto de la elección.

Se insiste en que la calificación como laboral o no de una relación jurídica es una conclusión a la que ha de llegarse a través de la valoración de los hechos interpretando y aplicando normas de Derecho.

D. Benigno presta sus servicios por cuenta de Zardoya OTIS SA efectuando el montaje de aparatos elevadores de la marca, servicio que se ofrece como accesorio al tiempo de su venta. Solo Zardoya OTIS SA puede ejecutar el montaje pues solo la empresa cuenta con personal específicamente formado para efectuar el trabajo y con el utillaje indispensable para ello, que no puede adquirirse en ferreterías especializadas. Podría hablarse de que el montaje de los aparatos elevadores de Zardoya OTIS en un trabajo secuestrado por la empresa que los fabrica, ya que solo un trabajador formado en la empresa, siguiendo el manual del aparato y con un utillaje exclusivo puede realizarlo.

En suma, D. Benigno entrega el resultado de su trabajo a Zardoya OTIS SA, que lo hace suyo y es Zardoya OTIS SA la que se aprovecha del fruto de ese trabajo haciéndolo llegar a los compradores de sus productos. D. Benigno nunca podría contratar directamente el servicio con los compradores; es un servicio que no se encuentra en el mercado.

Pero es que, además, D. Benigno se limita a aportar su actividad y a recibir la retribución pactada, sin que su percepción aparezca subordinada al pago del servicio por el cliente. No asume los riesgos del contrato existente entre el cliente y Zardoya OTIS SA, y sin que a ello sea óbice el hecho de que el pago a D. Benigno se condicionase a la conformidad con la instalación dada por el supervisor de Zardoya OTIS SA, lo que constituye mas bien un elemento de control de calidad y seguridad del trabajo realizado.

Concurre así pues la nota de ajenidad -en los frutos, en el mercado y en los riesgos-.



El secuestro de actividad impide a D. Benigno organizar su trabajo. D. Benigno no puede imprimir el sello de su personalidad en su trabajo, que viene estrictamente dirigido por Zardoya OTIS SA. Impone tiempo de ejecución y procedimientos, forma a su personal, entregándoles manuales sin los cuales resultaría imposible el montaje y utillaje único y exclusivo.

En suma la empresa instruye al trabajador y marca estrictamente las directrices de su trabajo que ha de ejecutarse sin margen de flexibilidad alguno. En caso de duda ha de contactar con el supervisor. De otro lado, por determinación de la empresa o el supervisor pueden participar en el encargo trabajadores de Zardoya OTIS SA o quienes como D. Benigno aparecen contratados como autónomos.

Estos hechos denotan la integración en el círculo organizativo o rector de la empresa. Pero es que además la dependencia aflora en la necesidad de poner en conocimiento de la empresa la no asistencia al trabajo, en la imposibilidad de dejar de prestar servicios en época estival -por acumulación de trabajo - y en el control en la prestación sometiéndose a una estricta supervisión.

En este marco adquiere interés el uso de mono de trabajo con el histórico de OTIS: dependencia interna que se manifiesta al exterior apareciendo D. Benigno de cara a terceros integrado como uno más dentro del equipo humano de la empresa.

Por lo que hace a la retribución la jurisprudencia no exige que sea fija y periódica, aunque ello refuerce la laboralidad de la relación; también admite la retribución por resultado (STS 19 febrero 2014 , Rj. 2014/2075).

Finalmente destacar que son datos inocuos para la resolución del caso el hecho de que D. Benigno conste de alta en el RETA y sea tomador de un seguro de responsabilidad civil y un seguro de accidentes, exigencias legales para la contratación de un trabajador autónomo que no desvirtúan la verdadera naturaleza de la relación evidenciada por la concurrencia de hechos acreditativos de la ajenidad y dependencia características de la laboralidad del vínculo. Y en lo que respecta a la falta de horario concreto, teniendo en cuenta el tipo de servicios prestados, que conllevaron un nulo margen de decisión sobre su concreto modo de ejecución, resulta insuficiente para desnaturalizar la relación.

En este mismo sentido sentencia de fecha 29/04/2015 (rec. 1347/2014).

TERCERO.- Afirmada la laboralidad del vínculo y por tanto la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer del despido procedería entrar en los motivos concernientes al fondo.

Ocorre no obstante que la Juzgadora expresa en el fundamento jurídico cuarto que no hubo despido porque no hubo relación laboral entre partes, no ofreciendo en el relato fáctico dato alguno que permita el examen de la cuestión. En el hecho probado consta que "el actor remitió burofax a la empresa el 08.01.2014 interesando confirmación o desmentido de supuesto despido verbal en igual fecha, sin que conste su contestación", lo que es insuficiente. Es necesario la causa por la que quedó extinguida la relación y la fecha concreta en que tuvo lugar.

En el recurso 1347/2014 se entró a conocer del despido y se calificó como nulo porque en la sentencia recurrida sí se ofrecían los elementos fácticos necesarios para resolver. En el que nos ocupa, la insuficiencia de hechos probados obliga anular la sentencia de instancia con devolución de los autos al órgano de procedencia a fin de que incorporando al relato fáctico los hechos necesarios entre a resolver del fondo del asunto.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Benigno , contra Sentencia 000258/2014 de 17 de septiembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos de 0000252/2014-00, sobre Despido, declaramos la competencia del orden social para conocer del asunto y anulamos la sentencia de instancia a fin de que por el órgano de procedencia dicte nueva resolución que incorporando un relato fáctico suficiente permita salvaguardar la tutela judicial efectiva y entre a resolver el fondo del asunto.

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

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación



de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/0083/15 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.