



Roj: **STSJ AS 857/2019 - ECLI: ES:TSJAS:2019:857**

Id Cendoj: **33044340012019100608**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **26/03/2019**

Nº de Recurso: **101/2019**

Nº de Resolución: **633/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DE LA ALMUDENA VEIGA VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00633/2019

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33004 44 4 2018 0000520

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000101 /2019

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000261 /2018

Sobre: RESOLUCION CONTRATO

RECURRENTE: Agapito

ABOGADO: VICTOR MANUEL AGUERA MUÑIZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDOS: LA VOZ DE AVILEZ S.L, EL COMERCIO S.A.

ABOGADO: ANTONIO SARASUA SERRANO, ANTONIO SARASUA SERRANO

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

Sentencia nº 633/19

En OVIEDO, a veintiséis de marzo de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias formada por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D^a CATALINA ORDOÑEZ DIAZ y D^a. MARÍA DE LA ALMUDENA VEIGA VÁZQUEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000101/2019, formalizado por el LETRADO D. VICTOR MANUEL AGÜERA MUÑIZ en nombre y representación de D. Agapito , contra la sentencia número 331/2018 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de AVILES en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000261/2018, seguidos a instancia de D. Agapito frente a LA VOZ DE AVILEZ S.L. y EL COMERCIO S.A., siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARÍA DE LA ALMUDENA VEIGA VÁZQUEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Agapito presentó demanda contra LA VOZ DE AVILEZ S.L. y EL COMERCIO S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 331/2018, de fecha veintiocho de septiembre de dos mil dieciocho .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"1º.- El demandante D^o Agapito , cuya circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, ha venido realizando desde el año 1996 la ilustración de dos tiras diarias que se publicaban , una en cada uno de los periódicos demandados, El Comercio y la Voz de Aviles.

Dichas ilustraciones las realizaba previa recepción de los guiones en los que se fundamentaba la ilustración, siendo D^o Eduardo el guionista de los mismos, y que fue quien seleccionó al demandante para realizar las ilustraciones de las **viñetas**, proceso en el que no intervinieron los periódicos demandados.

2º .- D^o Eduardo era el encargado de decidir los temas sobre los que tratarían las **viñetas**, sin recibir indicación alguna de los periódicos demandados.

Solo en dos o tres ocasiones los periódicos demandados le dieron indicaciones al Sr. Eduardo sobre el tema de la **viñeta**.

3º .- El actor cobraba del El Comercio un total anual de 10.003.20 euros en doce pagos mensuales y de la Voz de Avilés 5.697,84 euros en doce pagos mensuales.

Los precios totales de las **viñetas** los negociaba el Sr. Eduardo con la dirección de los periódicos y luego este era el que pactaba con el actor su participación en el precio total, siendo abonado directamente dicho porcentaje por los periódicos demandados.

4º .- El actor figura del alta en el Régimen de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social.

5º .- El demandante no acudía a los centros de trabajo de los periódicos demandados, ni utiliza materiales de los mismos para realizar las ilustraciones.

Tanto el demandante como el guionista, el Sr. Eduardo , tenían que enviar la **viñeta** a periódico antes del cierre de la edición.

6º .- Las **viñetas** no se publican en los periódicos demandados todos los días del año. Existen unos periodos de descanso , en los que el guionista, el Sr. Eduardo , acordó con la dirección de los mismos que no se publicarían las **viñetas**.

7º .- El guionista, D^o Eduardo , se jubiló el 31 de marzo de 2018, dejando de publicarse las **viñetas** que eran ilustrada por el actor, siendo esa fecha la última en la que hizo dichas ilustraciones.

8º .- Se celebró acto de conciliación el 11 de mayo de 2018 que finalizó con el resultado de sin avenencia".

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción formulada por la parte demandada, debo desestimar y desestimo la demanda formulada por D^o Agapito frente a las empresas LA VOZ DE AVILES S.L y EL COMERCIO S.A, absolviendo a los demandados de todas las pretensiones formuladas en la demanda.



Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por D^o Agapito frente a las empresas LA VOZ DE AVILES S.L y EL COMERCIO S.A, absolviendo a los demandados de todas las pretensiones formuladas en la demanda".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Agapito formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 14 de enero de 2019.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 14 de marzo de 2019 para los actos de votación y fallo. A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen del pleito el demandante reclamaba la declaración de improcedencia del despido que entendía constituía el cese de su relación laboral con las mercantiles codemandadas desde que en fecha 1 de abril de 2.018 dejó de recibir guiones para la ilustración de las **viñetas** que se publicaban en los periódicos El Comercio y La Voz de Avilés, con las consecuencias legales inherentes a dicha improcedencia en orden a la condena a la readmisión con abono de los salarios dejados de percibir o indemnización en cuantía legalmente procedente.

Sostenía el actor en su demanda que había venido prestando servicios para las empresas demandadas desde el año 1.996 mediante una relación de clara naturaleza laboral encubierta bajo la apariencia de falso trabajador autónomo, pues encargándose de una de las ilustraciones de las tiras diarias para cada uno de los periódicos El Comercio y La Voz de Avilés, desempeñaba funciones no solo plenamente incardinables en la categoría de diseñador gráfico que prevé tanto el convenio colectivo estatal como el de empresa, sino además claramente sometido a los requisitos de ajeneidad y dependencia previa recepción de los guiones por parte del guionista D. Eduardo , persona encargada para ello por ambos periódicos, así como retribución mediante facturas mensualmente emitidas por importes que además fueron actualizados durante toda su relación.

Frente a la sentencia de instancia que desestima íntegramente la demanda acogiendo la excepción de incompetencia de la jurisdicción del orden social, recurre en suplicación la representación letrada del trabajador para, al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social , interesar la revocación de la sentencia en orden a rechazar la excepción planteada y la íntegra estimación de las pretensiones de su demanda.

El recurso ha sido impugnado de contrario por la representación letrada de los codemandados EL COMERCIO S.A. y LA VOZ DE AVILÉS S.L. para interesar su desestimación con íntegra confirmación de la resolución de instancia.

SEGUNDO.- En primer lugar el recurso se fundamenta, al amparo del art. 193 .b) LJS, en un primer motivo de revisión fáctica mediante el que se pretende la modificación del hecho probado segundo al considerar que la afirmación que el mismo contiene en relación a que todas las **viñetas** se realizaban sin indicación alguna del periódico en el que se publicaban y sin que el demandante tuviera relación alguna con ambos periódicos es errónea a la vista de la prueba documental consistente en correos electrónicos que se identifican por referencia a los folios 369 a 417 de la prueba de la parte demandante -folios 551 a 586 de las actuaciones- y folio 180 de la prueba de la parte demandada -ídem a las actuaciones-, ilustración obrante al folio 426 de la prueba de la parte demandante -folio 610 de las actuaciones-, así como de la declaración del propio demandante y la testifical del guionista de las ilustraciones D. Eduardo , considerando acreditado que la relación era la propia de un trabajador más de la empresa. El motivo es expresamente impugnado por la representación letrada de los demandados para interesar su desestimación, confirmando el relato fáctico acogido en la instancia al destacar que ninguna relación de dirección de la actividad del actor por parte de los demandados se desprende siquiera de los correos electrónicos a que alude el recurrente, ni mucho menos de un encargo puntual en una relación de veinte años de duración.

El examen del recurso en sede de revisión fáctica tratándose de una resolución que decide la incompetencia de este orden jurisdiccional ha de partir inexorablemente, tal y como tiene reiterado esta Sala entre otras en la Sentencia de 17 de octubre de 2.017 (rsu. 1997/2.017), de " *la doctrina del Tribunal Supremo para los casos de dilucidarse la competencia del orden social de la jurisdicción, que, por tratarse de una cuestión de orden público, impone a la Sala el deber de examinarla sin sujeción a los presupuestos y estructuras formales del recurso ni a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia (Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de febrero de 1990). Esta doctrina está recogida por esta Sala en Sentencia de 13 de julio*



de 2001 y 8 de febrero de 2008 , entre otras, que señalan que se debe formar la propia convicción sobre los hechos, analizando directamente las pruebas y datos obrantes en autos, perspectiva de la que se ha de partir para examinar las revisiones del relato fáctico de la Sentencia en los casos de apreciación de la excepción de incompetencia por inexistencia de relación laboral entre las partes. Así pues, el examen del motivo, en lo que se refiere a los hechos y datos que pueden revelar la existencia o no de relación laboral entre las partes, se ha de afrontar desde esta perspectiva de no limitación por los requisitos formales de "las pruebas documentales" a las que alude el artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Pero una cosa es que la Sala no esté vinculada en estos casos por la declaración fáctica y que tenga que valorar la prueba y datos obrantes en autos y otra distinta que se pueda sustituir la apreciación de las pruebas hecha por el Juzgador de instancia por la que en cualquier caso pueda ofrecer la parte recurrente. Así, la prueba documental sí es susceptible de ser "valorada" de nuevo, pero existen otras, como la testifical, que por desarrollarse en el acto de juicio oral, sin más constancia que un resumen en acta o lo que resulte de la grabación del juicio, sigue siendo un medio de especial apreciación en la instancia (recordemos que una reiterada doctrina jurisprudencial viene sosteniendo que el Juzgador puede declarar probados hechos sobre la mera actitud de las partes o el simple comportamiento de los comparecientes), de forma que ante dos testificales contradictorias, salvo la evidencia del error de apreciación, ha de continuar el carácter de órgano soberano en la valoración del Juez de instancia " .

En el caso que nos ocupa, la revisión propuesta adolece de la expresa proposición del relato que en su lugar pretende el recurrente, sin perjuicio de que concluya que " no puede entenderse que toda la relación entre el demandante y los demandados se realizase a través del Sr. Eduardo , tal y como se refleja en el hecho probado segundo, sino que nos encontramos ante una relación normal y fluida entre un trabajador más de la empresa con sus encargados directos de los distintos departamentos, personal al que conocían y con el que se relacionaba habitualmente " . Mas incluso obviando tal circunstancia -al límite de lo que en esta sede sería admisible-, el examen de los elementos probatorios en que se sustenta conduce a su desestimación. Hemos de descartar por los motivos que ya se han expuesto *ut supra* la virtualidad que la prueba testifical pueda tener en suplicación y -mucho más aún por ser mera manifestación de parte- la virtualidad que la propia declaración del demandante pueda tener. Hechas tales precisiones, igualmente hemos de precisar con carácter previo una circunstancia que se revela especialmente importante y es la de que el recurrente sostiene a efectos de la revisión -y de la pretensión en definitiva de relación laboral- que la relación de trabajo y las indicaciones o cualesquiera instrucciones para la confección de las ilustraciones que se publicaban en sendos periódicos procedían con normalidad y habitualidad no del guionista como la Juzgadora *a quo* afirma, sino directamente de los responsables de distintos departamentos del periódico. Es de advertir que tan sutil diferencia tiene de trasfondo el hecho no controvertido en el recurso de la falta de constancia en cuanto a que el guionista Sr. Eduardo -que según el hecho probado primero cuya revisión no se postula " fue quien seleccionó al demandante para realizar las ilustraciones de las **viñetas**, proceso en el que no intervinieron los periódicos demandados " y quien elaboraba los guiones de las ilustraciones que el actor " realizaba previa recepción de los guiones en los que se fundamentaba la ilustración "- tuviera relación laboral alguna con sendos periódicos demandados, circunstancia que por otro lado la representación letrada de éstos ha negado.

Sentado lo anterior, el hecho probado que se pretende modificar afirma que " D^o Eduardo era el encargado de decidir los temas sobre los que tratarían las **viñetas**, sin recibir indicación alguna de los periódicos demandados. Solo en dos o tres ocasiones los periódicos demandados le dieron indicaciones al Sr. Eduardo sobre el tema de la **viñeta** " y acudimos a la prueba documental invocada para comprobar que efectivamente eso es lo que de la misma se desprende. En primer lugar, a los folios 551 a 586 de las actuaciones obran distintos correos electrónicos aportados por el demandante que aparecen dirigidos al actor tanto por quienes identifica como, por ejemplo, jefa de edición del periódico El Comercio, como principalmente por el guionista D. Eduardo y los mismos no arrojan hechos contrarios a los tenidos en cuenta por la Juzgadora *a quo* , ni tampoco permiten desautorizar los llevados al relato de hechos probados poniendo de manifiesto error alguno por su parte. Tales correos tienen por objeto efectivamente solicitar al actor que copia de las **viñetas** fueran enviadas a los respectivos correos electrónicos de los remitentes, pero de los mismos no se desprende orden, instrucción o indicación alguna por parte de los demandados para la realización de su cometido o entrega más allá de interesar también una copia de las ilustraciones que remitía al guionista, como por ejemplo al folio 567 de las actuaciones. Cierta grado de coordinación organizativa en la remisión de copia de las **viñetas** -por otro lado en absoluto incompatible con la corrección o familiaridad en los términos empleados en los susodichos correos- no permite desde luego afirmar como el recurrente pretende que las mismas se realizasen directamente para aquéllos bajo su directa organización y dirección, ni que fueran aquéllos quienes dirigieran su actividad ilustradora y no el Sr. Eduardo , en cuyos correos electrónicos - necesariamente identificados con " Eduardo " a que se corresponden las direcciones de correo electrónico que utiliza, tal y como se desprende llamativamente por ejemplo de los correos cruzados y obrantes a los folios 565, 566, 571 o 572- se constata la directa relación como guionista en orden a decidir el motivo o tema de las ilustraciones. Dicha circunstancia no resulta desvirtuada por la referencia en apoyo de su pretensión al correo obrante al folio 180 de las actuaciones



-dirigido al letrado de la parte demandada y aportado precisamente por ésta- en el que se insiste en la ausencia de otra vinculación de los periódicos con el actor que la remisión de las **viñetas** a una genérica dirección de correo electrónico de cuya apertura se encargaba respectivamente el responsable de cada sección. Tampoco por la referencia al folio 610 de las actuaciones consistente un encargo directo identificado como " *símbolos de nuestra tierra* " que, como se afirma en el propio hecho probado, coincide con la circunstancia de que " *en dos o tres ocasiones los periódicos demandados le dieron indicaciones al Sr. Eduardo sobre el tema de la **viñeta*** " y que, como pone de manifiesto la impugnación, resulta insuficiente para sostener que en tan dilatado período en que desde 1.996 el actor desarrolló su actividad constituya la regla general. El motivo debe ser así desestimado.

TERCERO.- En segundo lugar también al amparo del art. 193 .b) LJS, pretende el recurrente la modificación del hecho probado tercero. Frente a la redacción de la sentencia en la que se afirma que " *El actor cobraba del El Comercio un total anual de 10.003.20 euros en doce pagos mensuales y de la Voz de Avilés 5.697,84 euros en doce pagos mensuales. Los precios totales de las **viñetas** los negociaba el Sr. Eduardo con la dirección de los periódicos y luego este era el que pactaba con el actor su participación en el precio total, siendo abonado directamente dicho porcentaje por los periódicos demandados* ", propone el recurso la siguiente redacción alternativa: " *El demandante era el que negociaba directamente con los periódicos la retribución de sus honorarios. Tal y como declaró, inicialmente tenía unos honorarios que le fueron rebajados con posterioridad por una situación de crisis en el sector. Esta rebaja fue negociada directamente entre el actor y la dirección del periódico. El actor cobraba del El Comercio un total anual de 10.003'20 euros en doce pagos mensuales y de La Voz de Avilés 5.697'84 euros en doce pagos mensuales. Los precios totales de las **viñetas** los negociaba el Sr. Eduardo con la dirección de los periódicos y luego el Sr. Agapito acordaba sus honorarios con la dirección de los periódicos* ". Asimismo combatido por la representación letrada de los demandados, destaca la impugnación del motivo que adolezca de prueba documental o pericial en la que sustentar lo que considera son meras afirmaciones de parte.

Reiterando las consideraciones antedichas en torno a la correcta configuración de la revisión fáctica en supuestos como el que nos ocupa, el motivo tampoco puede ser acogido. De la revisión que propone se desprende que lo que en definitiva pretende el recurrente es contradecir la conclusión fáctica alcanzada en la instancia en cuanto a que era el guionista Sr. Eduardo y no el actor quien negociaba directamente la retribución de los servicios con los periódicos pero para ello se remite fundamentalmente a la propia declaración del actor, inidónea a estos efectos. Teniendo en cuenta que según razona la Juzgadora *a quo* en relación a la prueba practicada resulta acreditado que " *que los precios totales de las **viñetas** los negociaba el Sr. Eduardo con la dirección de los periódicos y luego este era el que pactaba con el actor su participación en el precio total, siendo abonado directamente dicho porcentaje por los periódicos demandados* ", tampoco es posible contradecir dicha conclusión siquiera acudiendo a la documental a la que el motivo genéricamente se remite en la que obran las facturas mediante las que eran retribuidos sus servicios, pues únicamente dan razón de que, como se afirma en la sentencia de instancia, las cantidades eran en efecto abonadas directamente por los periódicos. Por otra parte, el hecho de que las cantidades fuesen actualizadas no es contrario a lo que resulta razonable en una relación que se prolongó durante tan amplio período, ni al hecho acreditado mismo de que las cantidades fuesen negociadas. El motivo debe por ello ser desestimado.

CUARTO.- En tercer lugar y al amparo del art. 193 .b) LJS, pretende el recurrente la modificación del hecho probado quinto en el sentido siguiente: " *El demandante prestó sus servicios inicialmente en el centro de trabajo que las demandadas tenían en Avilés con los materiales facilitados por el periódico dentro de la categoría profesional de Infógrafo y con posterioridad continuó desarrollando sus servicios a distancia por su traslado por matrimonio a Madrid. La prestación del servicio estaba sometida a las necesidades horarias de los periódicos que fijaban la hora máxima de entrega de los trabajos* ". Considera el recurrente que nuevamente de las pruebas documentales y testificales practicadas se ha de concluir rotundamente erróneo que no acudiera a los centros de trabajo de los periódicos ni utilizara materiales de los mismos pues, por un lado, el Sr. Eduardo afirmó en su declaración testifical que nunca había facilitado al actor material alguno para desarrollar su trabajo y, por otro lado, la regulación convencional de aplicación contempla, tal y como consta a los folios 621, 647 y 624, la categoría de infógrafo en la que se enmarcaría su actividad por cuenta y bajo la dependencia de las demandadas, así como la posibilidad de que dicha actividad fuese prestada mediante un contrato de trabajo a distancia. *A fortiori* acreditaría la prueba documental consistente en correos electrónicos aportados por el demandante y obrantes a los folios 556 y 560 que las **viñetas** debían ser entregadas dentro de una horas concretas antes del cierre como así requerían los indicados correos. El motivo es igualmente impugnado por la contraparte para destacar que ni la previsión convencional acredita la existencia de la relación laboral pretendida, ni difícilmente podía el actor prestar servicios en las dependencias de los demandados al residir desde el año 2.000 en la Comunidad de Madrid.



La revisión pretendida no puede prosperar. Ciertamente ninguna virtualidad probatoria tiene a estos efectos la regulación convencional de una determinada categoría profesional, pues la sola previsión de su existencia no acredita que en el caso que nos ocupa así se desarrollase la actividad del actor. Por otra parte, afirmando el hecho probado controvertido que " *el demandante no acudía a los centros de trabajo de los periódicos demandados, ni utiliza materiales de los mismos para realizar las ilustraciones* " en absoluto se puede entender incompatible con el hecho que afirma el recurrente de que el Sr. Eduardo afirmase en su declaración testifical que nunca había facilitado al actor material alguno para desarrollar su trabajo. Más allá de que, como ya se ha dicho, la prueba testifical constituya un límite infranqueable en orden a la revisión fáctica -mucho más cuando, como es el caso, es interpretada por la Juzgadora *a quo* precisamente en sentido contrario al pretendido-, no existe sustento probatorio de que la prestación se hubiera venido desarrollando en el centro de trabajo y con los medios que afirma. Por otro lado y sin perjuicio de que se comprueba en la documental a que remite el recurrente que constan dos correos electrónicos en que se interesa la remisión de copia de las **viñetas** con un límite temporal, el hecho probado tal cual lo contempla la sentencia de instancia ya afirma que " *tanto el demandante como el guionista, el Sr. Eduardo, tenían que enviar la viñeta al periódico antes del cierre de la edición* ", con independencia de la interpretación que del mismo el recurrente quiera hacer. El motivo debe ser así igualmente rechazado.

QUINTO.- En último lugar al amparo del art. 193.b) LJS, pretende el recurrente la modificación del hecho probado séptimo en el sentido siguiente: " *El guionista, Sr. Eduardo se ha acogido a una jubilación parcial con efectos del día 31 de marzo de 2018 pero continúa realizando trabajos para ambos demandados conforme a la parcialidad de su jubilación* ". Sostiene el recurrente que es rotundamente errónea la afirmación de que el guionista se hubiese jubilado, lo que así se desprende de su propia declaración. Opone la representación letrada de las demandadas a la pretensión revisora del actor el certificado de vida laboral del testigo concernido, impugnando el motivo para interesar su desestimación.

Nuevamente la pretensión se funda en exclusiva en una prueba testifical que es expresamente valorada por la Juzgadora *a quo* para concluir sin otra consideración adicional que " *El guionista D. Eduardo se jubiló el 31 de marzo de 2018* ". Mas el motivo está abocado al fracaso en la medida en que ninguna relevancia a los efectos de su pretensión el dato de la jubilación del referido guionista en la medida en que lo que en definitiva pretende el actor es la existencia de relación laboral no con éste sino con los periódicos demandados, debiendo ser rechazado.

SEXTO.- En sede de censura jurídica y al amparo del art. 193 c) LJS el recurso articular tres submotivos que, en torno al artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, denuncian infracción de la "jurisprudencia" dimanante de las Sentencias que concreta en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rec. 9634/01 de 4 de mayo de 2.002, Sentencia del Tribunal Supremo rec. 3205/12 (sic) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias rec. 619/09 de 22 de mayo (sic), todo ello a fin de postular la naturaleza laboral por cuenta ajena de la actividad del actor y la improcedencia del despido. Tal y como es planteado por el recurrente, el artículo 1.1 del Texto refundido 2/2.015 del Estatuto de los Trabajadores contiene la definición de trabajador por cuenta ajena como aquél que voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario y de conformidad con el artículo 1.2.a) de nuestra Ley reguladora invocado, la jurisdicción social será competente para conocer de las cuestiones litigiosas que le conciernan. Ciertamente el motivo de censura jurídica no anuda a la pretensión atinente a la condición de trabajador por cuenta ajena del demandante infracción determinante de la improcedencia del despido aun cuando tanto la argumentación como el tenor literal del suplico del recurso integrarían, más allá de la omisión formal en el planteamiento de la pretensión, el cauce de censura jurídica para su examen. El motivo es expresamente impugnado por la representación letrada de las mercantiles codemandadas para interesar su desestimación con íntegra confirmación de la sentencia de instancia al entender que, conforme al relato de hechos declarados probados en la sentencia, ninguna relación laboral unía a las partes.

Puestos al análisis de dicha cuestión, sostiene el recurrente que a su relación de prestación de servicios sería plenamente aplicable la doctrina judicial y jurisprudencial que cita en el cuerpo de su escrito para considerar que su relación es la propia de un trabajador por cuenta ajena y, por ende, competencia de esta jurisdicción social. Descartada la eficacia que a efectos del motivo de censura jurídica pueda tener la infracción denunciada de sentencias procedentes de Tribunales Superiores -pues, sin perjuicio de su valor doctrinal, no integran el concepto de jurisprudencia que el artículo 1.6 del Código Civil define y el recurso de suplicación requiere-, son muchas las sentencias en las que el Alto Tribunal ha analizado la concurrencia de las notas definitorias del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores para considerar la existencia de una relación de trabajo por cuenta ajena pese a la suscripción formal de contratos civiles o mercantiles. Ciertamente la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga que, como el arrendamiento de obra o servicios, se rigen por la legislación civil o en su caso mercantil pocas veces es nítida, abocando a un casuismo que



obliga, como la jurisprudencia tiene reconocido, a atender a las específicas circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Precisamente por ello son las notas que conforme al artículo 1.1 del Estatuto definen la relación laboral las que la distancian de cualesquiera otras situaciones próximas y a cuya concurrencia se deberá estar con independencia de la calificación que las partes otorguen a la naturaleza de la relación. Además de la elemental voluntariedad y de la retribución de los servicios, son sin duda la dependencia y la ajenidad -entendidas como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa sin asunción del riesgo y ventura- los elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otro tipo de contratos si bien, siendo conceptos de un elevado nivel de abstracción y contornos no siempre fácilmente delimitables, es frecuente que para su identificación se recurra al análisis casuístico de hechos indiciarios.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de de 25 de marzo de 2.013, rcud. 1564/2.012, en relación a " *la doctrina unificada de la Sala a propósito de la distinción entre el carácter laboral o civil de una relación, contenida entre otras en las SSTS/IV 29- noviembre-2010 (rcud. 253/2010), 18-marzo-2009 (rcud. 1709/2007), 11-mayo-2009 (rcud. 3704/2007) y 7-octubre-2009 (rcud. 4169/2008) -con referencia, entre otras anteriores, a las SSTS/IV 9-diciembre-2004 (rcud. 5319/2003), 19-junio-2007 (rcud. 4883/2005), 7- noviembre-2007 (rcud. 2224/2906), 12-febrero-2008 (rcud. 5018/2005) y 6-noviembre-2008 (rcud. 3763/2007) -, que sientan los criterios a seguir para determinar si existe o no relación laboral, y que cabe resumir en los siguientes: A) 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 -). B) 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 concurren, 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 -rcud. 2606/04 -). C) Profundizando en estas 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 -], 10/07/07 [-rcud 1412/06 -], 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 -. Doctrina que acto continuo pasamos a exponer, con algunas adiciones. 1) 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". "A sensu contrario", cuando esta Sala ha declarado que existía arrendamiento de servicios y no una relación laboral ha exigido que la prestación del demandante se limitara a la práctica de actos profesionales concretos " sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, practicando su trabajo con entera libertad" (STS/Social 12-julio-1988) o que realizara "su trabajo con independencia, salvo las limitaciones accesorias" (STS/Social 1-marzo-1990). 2) 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 ajenidad, 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 -; 29/09/03 -rcud 4225/02 -; 09/12/04 -rcud 5319/03 -; 03/05/05 -rcud 2606/04 -; y 11/03/05 -rcud 2109/04 -). 3) 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. 4) 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]".

Ahora bien, tales premisas atenderán ineludiblemente al relato fáctico del concreto caso enjuiciado, pues la doctrina jurisprudencial aludida no exige del análisis netamente casuístico de las circunstancias concurrentes a fin de verificar o descartar las notas que determinarían la laboralidad de la relación. Llevadas tales consideraciones al caso que nos ocupa, se evidencia *ab initio* que no hay constancia de la instrumentación de la relación contractual entre las partes sino únicamente que " la ilustración de dos tiras diarias que se publicaban, una en cada uno de los periódicos demandados, *El Comercio* y *la Voz de Aviles* [...] las realizaba previa recepción de los guiones en los que se fundamentaba la ilustración, siendo D^o Eduardo el guionista de los mismos, y que fue quien seleccionó al demandante para realizar las ilustraciones de las **viñetas**, proceso en el que no intervinieron los periódicos demandados " y que " *El actor figura de alta en el Régimen de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social* " (hechos probados primero y cuarto, incontrovertidos). Ciertamente es inveterada la jurisprudencia que nos obliga a considerar que la calificación de los contratos no depende del *nomen iuris* que le den las partes contratantes, sino de la efectiva configuración de las obligaciones asumidas y de las prestaciones que constituyen su objeto. Ahora bien, teniendo en cuenta tanto los términos en que ha quedado planteada la litis como el relato fáctico que la Juzgadora *a quo* concluye en la instancia y que hemos de compartir, el motivo de censura jurídica del recurso no puede prosperar.

Tal y como hemos tenido ocasión *ut supra* de advertir, se revela especialmente importante destacar, *ab initio* , que el recurrente sostiene que la relación de trabajo era directamente con los periódicos demandados, no con el guionista que le seleccionó, insistiendo así por ejemplo en que las indicaciones o cualesquiera instrucciones para la confección de las ilustraciones que se publicaban en sendos periódicos procedían con normalidad y habitualidad directamente de los responsables de distintos departamentos del periódico y bajo el límite temporal que éstos le marcaban, que la correspondiente retribución la negociaba el actor con los demandados y no con el Sr. Eduardo o que había venido prestando servicios en las instalaciones y con los medios materiales de aquéllos hasta su traslado a Madrid. La precisión de los términos en que la pretensión de laboralidad se mueve no es baladí y tiene de trasfondo el hecho no controvertido en el recurso de la falta de constancia en cuanto a que el guionista Sr. Eduardo tuviera relación laboral alguna con sendos periódicos demandados, circunstancia que por otro lado la representación letrada de éstos ha negado.

Desde la perspectiva de la dependencia, era precisamente el D. Eduardo quien seleccionó al demandante para realizar las ilustraciones de las **viñetas** sin intervención de los periódicos demandados y quien elaboraba los guiones de las ilustraciones que el actor realizaba previa su recepción sin indicación de aquéllos. Para desarrollar su actividad ilustradora el actor no solo la realizaba sin sometimiento a pacto de exclusividad alguno, tal y como alega la representación letrada de los demandados y el propio actor reconocía en la papeleta de conciliación, sino -lo que es más importante- sin orden, instrucción o indicación alguna por parte de los demandados para la realización de su cometido o entrega. Precisamente lo que resulta acreditado es la directa relación del actor con el Sr. Eduardo como guionista en orden a decidir el motivo o tema de las ilustraciones. Siendo la dependencia aquel rasgo del contrato de trabajo por el que el trabajador se incardina en la esfera organicista y rectora de la empresa, la ausencia de orden o dirección alguna tampoco resulta desvirtuada ni por la existencia de cierta coordinación que se infiere de la solicitud de la remisión de copia de las **viñetas** sin que ello suponga siquiera ejercicio de facultades de control o corrección de su contenido más allá de la mera recepción, ni tampoco la constancia de " *dos o tres ocasiones* " en una relación que se remonta al año 1.996 en las que los periódicos demandados " *dieron indicaciones al Sr. Eduardo sobre el tema de la **viñeta*** " sin que en ningún caso lo hicieran tampoco al propio actor. La existencia de un límite temporal en el envío de las **viñetas** circunstancia perfectamente compatible con el hecho de que, por su propia naturaleza, las



ilustraciones debieran ser remitidas con el límite propio de las necesidades de los periódicos para su edición papel pero que solo apunta a cierto grado de coordinación organizativa propia de la actividad en la que los servicios del actor se enmarcaban. Atendiendo a la ajeneidad, ni consta acreditado que el actor acudiese a los centros de trabajo de los periódicos demandados, ni tampoco que utilizase materiales de los mismos para realizar las ilustraciones.

Desde la perspectiva de la retribución del actor, ciertamente éste cobraba directamente de los periódicos demandados cantidades en doce pagos mensuales mediante la emisión de facturas que obran unidas a las actuaciones. Siendo evidente la regularidad en el pago, varias circunstancias deben ser asimismo destacadas. En primer lugar, dicha regularidad cohonesta con la idéntica regularidad en los trabajos, pues obedecían a la ilustración de dos tiras diarias, cada una en un periódico. A ello no obsta la constancia de un concreto encargo a que alude el recurrente por remisión al folio 610 de las actuaciones, ni el hecho de que en determinados periodos dichas ilustraciones no fuesen publicadas. Con respecto a la primera cuestión, el documento obrante al indicado folio remite a la publicidad en el periódico El Comercio de la colección de "Arras de Asturias" titulada "Símbolos de nuestra tierra" que se describe como "Trece monedas acuñadas en plata maciza de 1ª ley con los símbolos más emblemáticos del Principado de Asturias" y de cuyo diseño afirma el actor ser el responsable. Incluso de admitir que en dicho trabajo las instrucciones acerca de la temática fueran directamente realizadas por el periódico, además de tratarse de un encargo puntual, se aprecia a las facturas obrantes a los folios 540 y 541 de las actuaciones que, al contrario de lo que afirma el recurrente, su retribución fue claramente independiente, pues en las mismas y diferenciado en el mismo mes consta el abono por El Comercio de 88.235 pesetas en concepto de "Ilustraciones Granda y cía (tiras)" en fecha 15 de octubre de 1.996 y el abono en concepto de "14 ilustraciones para monedas (13 motivos + escudo del Principado)" en fecha 31 de octubre de 1.996. Con respecto a la segunda cuestión, habiendo aportado el actor periódicos correspondientes a tres días del mes de agosto de 2.004 -en concreto, día 6 de agosto correspondiente a El Comercio (folio 680) y 12 y 13 de agosto correspondiente a La Voz de Avilés (folio 702 y 724)- y un día del mes de agosto de 2.008 -en concreto, día 1 de agosto correspondiente a La Voz de Avilés (folio 748)- para acreditar que al actor se le pagaba con idéntica regularidad aun cuando no publicase tiras diarias por estar de vacaciones, tampoco esta tesis puede prosperar. Aun cuando acudamos a las facturas de los meses de agosto de 2.004 y 2.008 a que exclusivamente se refieren tales periódicos para comprobar la retribución, no es admisible la consecuencia que de ello infiere el recurso, pues más allá de la falta de publicación puntual, tampoco ésta acredita la no realización de los trabajos tal y como por otro lado se desprende del correo electrónico obrante al folio 557 en que los dibujos del actor se reservaban para otras ediciones. En segundo lugar, resulta acreditado que " los precios totales de las **viñetas** los negociaba el Sr. Eduardo con la dirección de los periódicos y luego este era el que pactaba con el actor su participación en el precio total ". A fortiori, la actualización es un dato en absoluto incompatible con ello y, en las circunstancias descritas, no permite por sí solo afirmar la existencia de dependencia, pues obviamente también en el marco de una relación de arrendamiento de servicios puramente civil dicha actualización está presente en el pago de los mismos.

Conforme tiene declarado nuestra jurisprudencia, " [...] el contrato de trabajo 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 notas específicas de ajeneidad 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 ajeneidad 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 23-10-1989 (RJ 1989, 7310)], compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones [STS 20-9-1995 (RJ 1995, 6784)], la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad [SSTS 8-10-1992 (RJ 1992, 7622) y 22-4-1996 (RJ 1996, 3334)], y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Indicios comunes de la nota de ajeneidad 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 31-3-1997 (RJ 1997, 3578)], 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 11-4-1990 (RJ 1990, 3460) y 29-12-1999], el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo [STS 20-9-1995], 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 23-10-1989] " (Sentencia de 29 noviembre 2010, rcud. 253/2.010). Aplicando dicha jurisprudencia, el examen de la conclusión alcanzada en la instancia a la luz de los hechos que deben reputarse acreditados y de la prueba examinada nos lleva, al igual que a la Juzgadora a quo, a concluir que no nos encontramos ante una relación laboral entre el actor y los periódicos demandados, conclusión en la que la Juzgadora a quo ahonda al destacar el dato de que fuese a la jubilación del Sr. Eduardo cuando precisamente el actor dejó de recibir los encargos de las ilustraciones que dependían de sus guiones. El motivo de censura jurídica debe ser por ello rechazado, sin que puedan ser acogidas las pretensiones de censura jurídica esgrimidas en este aspecto.

A tenor de lo expuesto, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Agapito contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº2 de AVILES, dictada en los autos seguidos a su instancia contra LA VOZ DE AVILES S.L. y EL COMERCIO S.A., sobre DESPIDO, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en éstos y en los artículos 230. 4, 5 y 6 misma Ley.

Depósito para recurrir

Conforme al artículo 229 LRJS, todo condenado que no sea trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, junto a ese escrito debe justificar el ingreso del **depósito para recurrir (600 €)**.

Forma de realizar el depósito

a) Ingreso **directamente en el banco**: se hará en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uría nº 1. El nº de cuenta, correspondiente al nº del asunto, se conforma rellenando el campo adecuado con 16 dígitos: 3366 0000 66, seguidos de otros cuatro que indican nº del rollo de Sala (se colocan ceros a su izquierda hasta completar los 4 dígitos); y luego las dos últimas cifras del año del rollo. En el impreso bancario hay indicar en el campo **concepto**: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

b) Ingreso por **transferencia bancaria**: constará el código IBAN del BS: ES55 0049 3569 9200 0500 1274; y el campo **concepto** aludido.

De efectuarse **diversos pagos o ingresos** en la misma cuenta se hará un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

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