



Roj: **STS 588/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:588**

Id Cendoj: **28079140012018100118**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2018**

Nº de Recurso: **3595/2015**

Nº de Resolución: **45/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3595/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 45/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 24 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa **Zardoya** Otis, S.A. representada y asistida por el letrado D. Vicente Fernández Victoria contra la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 2666/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, en autos nº 788/2012, seguidos a instancias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social contra **Zardoya** Otis, S.A. y D. Jon sobre declaración de relación laboral.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Xunta de Galicia representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillen y asistida por la letrada de la Xunta de Galicia D^a Marta Carballo Neira.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de marzo de 2014, el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«Primero.- El 14 de abril de 2012 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó un acta de infracción, con número NUM000 , a la empresa "ZARDOYA OTIS, SANA" con motivo de una vista efectuada el 14 de marzo de 2012. El contenido de dicha acta consta en los folios 5 y ss de los autos, y se da íntegramente por reproducido. Tras la formulación de alegaciones, se emitió un informe ampliatorio por parte de la inspectora actuante, cuyo contenido consta en las actuaciones y se da íntegramente por reproducido.

Segundo.- La entidad "ZARDOYA OTIS, SANA" suscribió un acuerdo marco con Jon el 5 de marzo de 2012, en el que se comprometía a realizar trabajos de instalación y reparación de aparatos elevadores. En fechas posteriores (6 de marzo, 2 de abril, 30 de abril y 24 de mayo de 2012) se firmaron varios anexos al contrato marco.

Tercero.- Jon está afiliado al RETA, realizó cursos de formación y suscribió una póliza de responsabilidad civil en relación a los trabajos efectuados para "ZARDOYA OTIS, SANA".

Cuarto.- Por los trabajos realizados, Jon percibió una retribución mediante facturas, que consta en los folios 145 y ss de los autos. Desde su afiliación al RETA, el trabajador sólo prestó servicios para la entidad "ZARDOYA OTIS, SANA" (siempre en Orense hasta el acuerdo marco de 5 de marzo de 2012). Jon , en la ejecución de su actividad, no mantiene contacto directo con los clientes a los que se les instalan los aparatos elevadores, que son propiedad de "ZARDOYA OTIS, SANA", quien se encarga de gestionar el cobro con los clientes, los cuales no abonan cantidad alguna al trabajador.

Quinto.- En la ejecución del trabajo, "ZARDOYA OTIS, SANA" entrega a Jon un manual de instalación. La empresa realiza un control de calidad de los trabajos efectuados, estando los trabajadores indicados sometidos a la inspección llevada a cabo, en nombre de la empresa, por Roque , quien supervisa las tareas durante el desarrollo del contrato y una vez finalizado el trabajo.

Sexto.- Jon emplea herramientas de su propiedad para la realización de los trabajos encargados, si bien "ZARDOYA OTIS, SANA" suministra alguno de los materiales indispensables para la realización de los trabajos (como es el caso del tractel tirak 500 kg eléctrico, el arca de útiles gen comfort y la escalera de mano, en su caso), así como elementos de seguridad, tales como la línea de vida y arnés. El trabajador guarda sus herramientas en una nave propiedad de sus padres.

Séptimo.- Jon no está sometido a ningún pacto de exclusividad con "ZARDOYA OTIS, SANA".

Octavo.- Los horarios de trabajo de Jon dependen de las horas de apertura y cierre de la obra en la que se realiza la instalación, y del trabajo existente, si bien no tienen que hacer guardias ni la empresa determina las vacaciones o días que no prestan servicios.

Noveno.- Jon realiza, al amparo de los acuerdos marco firmados con "ZARDOYA OTIS, SANA", unas tareas que son idénticas a lo que llevan a cabo trabajadores contratados laboralmente por la empresa».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Acojo la demanda formulada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por lo que declaro que entre "ZARDOYA OTIS, SANA" y Jon existe una relación laboral».

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Zardoya Otis, S.A. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 14 de septiembre de 2015 , en la que consta el siguiente fallo:

«Que con desestimación del recurso interpuesto por la empresa «ZARDOYA OTIS, SA», confirmamos la sentencia que con fecha 21/03/14 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Lugo , a instancia de la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL y por la que se acogió la demanda formulada.»

TERCERO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la representación procesal de la empresa Zardoya Otis, S.A. interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 11 de marzo de 2013, en el rec. suplicación 1176/2012 .

CUARTO.- Se admitió a trámite el recurso, no siendo impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado.



QUINTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 25 de octubre de 2017, actos que fueron suspendidos y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala, fijándose para el día 13 de diciembre de 2017, actos que fueron suspendidos trasladándose los mismos para el Pleno de Sala del día 17 de enero de 2018.

En dicho acto, la Magistrada Ponente, Excm. Sra. D^a Rosa María Viroles Piñol, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La representación letrada de la mercantil **ZARDOYA** OTIS, S.A. ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de Galicia de 14 de noviembre de 2015 (rec. 2666/2014) dictada en el recurso de suplicación formulado por la citada mercantil contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº tres de Lugo que estimó la demanda formulada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social declarando la existencia de relación laboral entre **ZARDOYA** OTIS, S.A. y D. Jon ; pronunciamiento confirmado por la sentencia aquí recurrida.

El recurso de casación para la unificación de doctrina que aquí se examina termina suplicando que, tras su admisión a trámite, esta Sala dicte sentencia por la que estimando el mismo declare la inexistencia de relación laboral entre las partes y, derivado de ello.

2.- Las circunstancias relevantes de la sentencia recurrida en orden a poder establecer el necesario juicio de contradicción previo para poder conocer del contenido del recurso son las siguientes: 1) **Zardoya** Otis SA suscribió un acuerdo marco con el Sr. Jon el 05-03-12 por el que éste se comprometía a realizar trabajos de instalación y reparación de aparatos elevadores. 2) El Sr. Jon , afiliado al RETA, realizó cursos de formación; suscribió una póliza de responsabilidad civil en relación con los trabajos efectuados para **Zardoya**; por los trabajos realizados percibía una retribución mediante facturas; en la ejecución de su actividad no estaba en contacto directo con los clientes; 3) **Zardoya** entregó un manual de instalación y realizaba un control de calidad de los trabajos efectuados, estando sometido a la inspección llevada por el encargado de la empresa; 4) empleaba herramientas de su propiedad, si bien **Zardoya** suministraba los materiales indispensables, así como elementos de seguridad tales como la línea de vida y el arnés; no estaba sometido a ningún pacto de exclusividad; 5) sus horarios de trabajo dependían de las horas de apertura de la obra en que se realizaba la instalación, si bien no tenía guardias ni la empresa determinaba las vacaciones; y 6) las tarifas eran idénticas a lo que cobran los trabajadores contratados laboralmente.

La Sala de suplicación sostiene que los hechos denotan la integración en el círculo organizativo o rector de la empresa remitiéndose a lo resuelto por la sentencia de 05/12/13 (R. 2142/13), donde se declaró la naturaleza laboral de la relación al apreciar las notas que la caracterizan, esencialmente de ajenidad en los resultados, dependencia en la prestación de servicios y retribución de los mismos. A tal efecto, destaca que el prestador de servicios no forma una organización empresarial propia, no corría con el riesgo de la operación, al percibir una cantidad fija mensual, siendo la empresa recurrente quien contrataba con los clientes a los que había que instalar ascensores, y eran dichos clientes quienes abonaban a **Zardoya** los trabajos realizados, sin que entre el prestador de servicios y los clientes existiera ningún tipo de relación; debía asistir al lugar de trabajo que les ordenaba la empresa, y la prestación de servicios se efectuaba personalmente, sin que tuviera personal contratado, y no se realizaban trabajos esporádicamente, sino que la prestación de servicios se ejecutaba con permanencia y habitualidad, sin que conste que haya realizado otros trabajos para otras empresas, estando adscrito a la organización de la mercantil recurrente, siendo personal de ésta quien controlaba y supervisaba el trabajo realizado; en cuanto a las herramientas empleadas eran propiedad de los trabajadores, si bien la empresa recurrente suministraba los medios más complejos que se precisaban para la realización de los trabajos y venía realizando las mismas funciones que el personal laboral de la empresa.

SEGUNDO.- 1.- Para acreditar la contradicción, la recurrente aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 11 de marzo de 2013, dictada en el recurso de suplicación 1176/2012 que resolvió un asunto de despido entre una persona que se dedicaba al montaje e instalación de ascensores y la misma empresa demandada en el presente recurso. **Zardoya** Otis, S.A.. El examen de dicha sentencia evidencia las siguientes circunstancias relevantes a efectos de valorar la existencia de contradicción: 1) Las partes habían suscrito un contrato marco de colaboración para la ejecución de obras, en concreto para la instalación y reparación de ascensores y elevadores. 2) La empresa y el actor realizaban sucesivas contrataciones de duración determinada para obras concretas por un precio determinado. 3) Durante la ejecución del contrato, el actor organizaba su trabajo según su propio criterio, aunque estaba sometido a la imposición de plazos de realización y al resultado establecido por la demandada. 4) En algunas ocasiones, el



actor era ayudado por trabajadores de la demandada. 5) El actor no estaba sujeto a horario ni a vacaciones. 6) El actor utilizaba su propio vehículo, salvo en el caso del transporte de materiales pesados circunstancia en la que se utilizaban vehículos de **Zardoya Otis**. 7) El actor compraba material, previa autorización de la demandada, a los proveedores quienes lo facturaban directamente a **Zardoya Otis**. 8) El actor seguía las instrucciones de montaje emanadas de la demandada. 9) En algunas ocasiones el actor rechazó algunos trabajos.

La sentencia de la Sala de Murcia examina también la naturaleza de la relación existente entre el actor y la misma empresa demandada a los efectos de la impugnación de lo que se pretende como despido. Para al sentencia de contraste la relación se considera no laboral porque el actor organiza su trabajo con independencia, sin sujeción a horario ni vacaciones predeterminadas y sin órdenes de la misma que sólo supervisaba el trabajo.

2.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 219.1 LRJS el recurso de casación para la unificación de la doctrina, tendrá por objeto, precisamente, la unificación de la doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos. Requisitos todos ellos que se cumplen en el presente caso. En efecto, en ambas sentencias sometidas a comparación se demanda por despido contra la misma empresa por parte de sendos trabajadores que venían prestando sus servicios para la misma mercantil demandada en virtud de un contrato marco de prestación de servicios, sustancialmente igual en los dos casos, para ejecución de obras, en concreto, para la actividad específica de montaje y reparación de aparatos elevadores. En las dos sentencias se analiza si la relación entre las partes era o no de carácter laboral, lo que consiguientemente propició que en ambas se examinase la propia competencia del orden social para dilucidar sobre un conflicto idéntico derivado de la extinción de la relación contractual entre las partes.

Resulta especialmente destacable la identidad fáctica en los aspectos fundamentales de ambos pleitos que se refleja, con matices accesorios diversos, en los hechos probados que incluyen ambas sentencias y que han quedado reflejados anteriormente. En concreto interesa destacar que se trata de la misma empresa demandada que ha suscrito con los respectivos actores un contrato para la realización de obra de actividad de montaje y reparación de ascensores sustancialmente idéntico. En los dos supuestos comparados la dinámica era la misma: en el seno del contrato marco, cada instalación de un aparato elevador constituía una contrata específica para la que se suscribían los oportunos documentos. Lo relevante y decisivo es que las condiciones en las que se prestaba el servicio contratado eran sustancialmente idénticas: así, siempre las partes calificaron la relación como mercantil y a tal efecto se preocuparon de incidir en que el prestador del servicio ni estaba sujeto a horario, ni a imposición de descanso vacacional y podía rechazar algunos encargos. Ello no obstante, en ambos casos la aportación del prestador de los servicios era escasa en cuanto a los materiales pues se limitaba a pequeñas herramientas y a la aportación del teléfono móvil y el vehículo. En los dos supuestos, el actor estaba sometido a la imposición de plazos de realización y al resultado establecido por la demandada; en el caso de transporte de materiales pesados se utilizaban vehículos de **Zardoya Otis**; el material necesario para efectuar la instalación era proporcionado por la mercantil demandada que o bien los entregaba directamente o bien autorizaba las compras a proveedores que facturaban a la mercantil y no al prestador de los servicios. Los dos actores seguían las instrucciones de montaje emanadas de la demandada y los ascensores a instalar les eran entregados por la empresa así como el utillaje de montaje, específico para ascensores, que no podía adquirirse en ningún otro lugar.

Todo ello revela que, con los matices propios de cada caso que de ninguna manera afectan a la contradicción, nos encontramos en ambas sentencias en presencia de unos hechos sustancialmente idénticos que evidencian la existencia de un mismo modo de proceder en la empresa demandada: la contratación de personas externas para la instalación y montaje de ascensores o elevadores lo que constituye objeto social de la empresa, mediante al suscripción de un acuerdo marco de ejecución de obra que da cobertura a sucesivos encargos o contratas, calificados como mercantiles y que se desarrollan de forma idéntica o muy parecida en ambos casos comparados. Existe, por tanto, una identidad sustancial fáctica con pretensiones y fundamentos idénticos, pero con pronunciamientos distintos y contradictorios, pues mientras la recurrida califica la relación entre las partes como laboral, la referencial califica idéntica relación como mercantil, lo que, indudablemente, exige la pertinente unificación doctrinal, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal.

3.- No ignora la Sala que en anteriores ocasiones, en supuestos semejantes de la misma entidad mercantil demandada y con la misma sentencia de contraste que la aquí alegada, hemos concluido en la ausencia de contradicción. Así la STS 408/2016, de 11 de mayo (rcud. 662/2014) examinó un supuesto similar en el que



se discutía sobre la calificación, laboral o no, que debía darse a la mantenida entre las partes en virtud de un contrato marco sustancialmente idéntico al aquí examinado. La falta de contradicción se afirmó, por un lado, en la existencia de circunstancias concretas de ejecución de los encargos que estaban presentes en la recurrida y no en la referencial; y, por otro, en el hecho de que en la recurrida se contemplaba la intervención de Inspección de Trabajo y de la jurisdicción contencioso administrativa con sentencia firme anterior a la nuestra, lo que no concurre en la de contraste. Con posterioridad, las SSTS 1027/2016, de 1 de diciembre (rcud. 476/2014), 1028/2016, de 1 de diciembre (rcud. 1705/2014 y 1036/2016, de 2 de diciembre (rcud. 661/2014) con invocación expresa del precedente anterior llegaron a la conclusión de que en la ejecución del contrato las condiciones en las que aquél se desarrolló fueron notoriamente diferentes en cada caso, por lo que al ser diferentes los hechos contemplados no mediaba la necesaria contradicción. Resulta destacable, no obstante, que tales decisiones conllevaron la confirmación de las sentencias recurridas que calificaban como laboral la relación entre las partes.

Sin embargo, la Sala considera que en este caso si concurre la necesaria contradicción y que, por tanto, debe entrar a conocer sobre el fondo del asunto y, consecuentemente, apartarse de los precedentes mencionados. Y ello con fundamento en tres órdenes de razones distintas, una fáctica y las dos restantes teleológicas. La primera razón se fundamenta en que, como se ha evidenciado anteriormente, en el presente supuesto ha quedado acreditada una identidad sustancial fáctica que revela la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 219 LRJS lo que impone, tal como informa el Ministerio Fiscal, la necesidad de admisión a trámite del recurso. Es más, "teniendo en cuenta que el conocido sistema indiciario acogido por la jurisprudencia a la hora de determinar si concurren las notas de ajenidad y, en especial, de dependencia propicia que la contradicción sea particularmente compleja en estos casos, tal dificultad no significa que resulte, ni mucho menos, imposible la concurrencia de la suficiente identidad entre los hechos relevantes acreditados en cada caso" (STS nº 862/2017, de 7 de noviembre, rcud. 3573/2015), es lo que sucede en el presente caso en el que los indicios relevantes, los decisivos en orden a calificar la laboralidad o no de la relación cuestionada, constan de manera igual en ambas sentencias. La segunda razón deriva de la concurrencia de varios recursos de casación unificadora derivados de la aplicación del mismo contrato marco de ejecución de obra entre la misma mercantil aquí demandada y diversas personas físicas prestadoras del servicio en condiciones similares, que exigen, en aras de la seguridad jurídica a la que sirve este extraordinario recurso, una respuesta clara por parte de esta Sala. Y la tercera razón se fundamenta, también, en la misma finalidad ya que, ante la realidad social actual en la que proliferan las prestaciones personales de servicios que se articulan bajo el amparo de diversos contratos civiles y mercantiles, le corresponde a este Tribunal, en cumplimiento de su responsabilidad de unificación doctrinal, remarcar con carácter general y aplicar, en cada caso, las notas específicas que definen el contrato de trabajo a fin de que los órganos judiciales puedan realizar con respaldo jurisprudencial claro su difícil labor de resolver cada uno de los conflictos que sobre tales cuestiones se les vayan planteando.

TERCERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar, en base a las circunstancias concurrentes, la naturaleza de la relación jurídica que vincula al demandante con la mercantil **Zardoya** Otis, S.A. para delimitar si constituye o no una relación laboral.

A tal efecto, la entidad recurrente denuncia la infracción de los artículos 1 y 42 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 5 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre de subcontratación en el sector de construcción y el artículo 11 de la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajador autónomo. Considera el recurso que estamos en presencia de una contrata de obra, lícitamente constituida y aplicada, en la que no se parecían las notas que caracterizan al contrato de trabajo, sino que, por el contrario, la relación entre las partes siempre se ha mantenido en el ámbito estrictamente civil en el que se han producido la realización de diversas obras contratadas que se han llevado a cabo por el actor con plena autonomía y responsabilidad, lo que determina que deba ser casada la sentencia recurrida y declarar la inexistencia de relación laboral entre las partes con la consecuente declaración de incompetencia de jurisdicción del orden social para examinar las cuestiones derivadas de la rescisión del contrato celebrado entre las partes.

2.- Dado el carácter de la cuestión controvertida, y las alegaciones que se efectúan, procede recordar 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 de 25 de marzo de 2013 (rcud. 1564/2012), de 29 de noviembre de 2010 (rcud. 253/2010), de 18 de marzo de 2009 (rcud. 1709/2007), de 11 de mayo de 2009 (rcud. 3704/2007) y de 7 de octubre 2009 (rcud. 4169/2008), entre muchas otras, en las que sientan los criterios a seguir para determinar si existe o no relación laboral, y que cabe resumir en los siguientes:

a) La realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes a la relación que regulan, 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 (SSTS de 20 de marzo de 2007, rcud 747/2006 ; de 7 de noviembre de 2007, rcud 2224/2006 ; de 12 de diciembre de 2007, rcud 2673/2006 y de 22 de julio de 2008, rcud 3334/20 07 entre otras).

b) Asimismo, aparte de la presunción *luris tantum* de laboralidad que el artículo 8 ET atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe, el propio Estatuto, en su artículo 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 (STS de 19 de julio de 2002, rcud. 2869/2001 y de 3 de mayo de 2005, rcud. 2606/2004).

c) La línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga [particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios], regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. Y ello es así, porque 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 tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada. En consecuencia, la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia (STS de 3 de noviembre de 2014, rcud. 739/2013).

d) Profundizando en estas razones, la doctrina de la Sala ha sentado una serie de criterios que resume la STS de 9 de diciembre de 2004 (rcud 5319/2003) y que han reproducido posteriormente, muchas otras (por todas: SSTS de 12 de febrero de 2008, rcud. 5018/2005 ; de 22 de julio de 2008, rcud. 3334/2007 y de 25 de marzo de 2013, rcud. 1564/2012) en los siguientes términos:

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. En sentido contrario, *A sensu contrario* para la declaración de existencia de arrendamiento de servicios y no de una relación laboral se exige que la prestación del demandante se limite a la práctica de actos profesionales concretos, sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, ordenes, instrucciones practicando su trabajo con entera libertad; esto es, realizando su trabajo con independencia y asunción del riesgo empresarial inherente a toda actividad de esta naturaleza.

2.- 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. 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.

3.- Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario. También se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo (STS de 23 de octubre de 1989), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS de 20 de septiembre de 1995); la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad (STS de 8 de octubre de 1992 , STS de 22 de abril de 1996); y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del



empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados (STS de 31 de marzo de 1997); la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (STS de 15 de abril de 1990 , STS de 29 de diciembre de 1999); el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS de 20 de septiembre de 1995); y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS de 23 de octubre de 1989).

3.- Esta doctrina ha sido reiterada por múltiples sentencias posteriores dictadas en los más variados supuestos, siendo de destacar las de 26 de noviembre de 2012 (R. 536/2012) y 9 de julio de 2013 (R. 2569/12) en las que se citan indicios contrarios a la existencia de relación laboral en relación con el requisito de la dependencia que son resumidos por la primera de las sentencias citadas diciendo que no parece de más señalar que 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; y que también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Y que 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 fijo o periódico 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.

CUARTO.- 1.- En aplicación de toda esta doctrina, cabe concluir que, contrariamente a lo que se sostiene en el recurso, concurren en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala las notas características de la relación laboral. En efecto, a la vista de los hechos declarados probados, en primer lugar, no cabe duda de la concurrencia de voluntariedad y de prestación de servicios personales por parte del demandante. En segundo lugar, aparece clara la característica de la ajenidad, ya que los frutos del trabajo pasan "ab initio" a la mercantil **Zardoya** Otis S.A. que asume la obligación de retribuir dichos servicios que están garantizados; por otra parte nada hay que acredite que el demandante asuma riesgo empresarial de clase alguna, ni que realice una inversión en bienes de capital relevante, pues la inversión que constituye elemento esencial de la actividad contratada se entrega directamente por la demandada. En tercer lugar, los trabajos llevados a cabo por el demandante (montaje de ascensores y elevadores y su eventual reparación) se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de la mercantil demandada que es la que proporciona no solo los bienes de equipo, sino las instrucciones de montaje. Al respecto, al actor se le daba formación sobre el montaje y la instalación entregándole los manuales de montaje y reparación. Destaca, especialmente, que el demandante ha prestado sus servicios exclusivamente a **Zardoya** OTIS SA de forma habitual, personal y directa realizando el mismo trabajo que un montador -oficial 2^a- laboral de la empresa y que en su trabajo vestía con un mono que llevaba el distintivo de OTIS. En cuarto lugar, no consta que el actor fuera un verdadero empresario que -titular de un negocio- ofreciese su actividad empresarial en el mercado y que asumiera el riesgo y ventura de tal hipotética actividad; lo que se desprende, por el contrario, es que la actividad se prestaba exclusivamente para la demandada en la forma y condiciones que esta determinaba.

2.- A la vista de tales probados datos y operando en el caso la presunción de laboralidad, en virtud de lo establecido en el artículo 8 ET , resulta forzoso concluir que al concurrir las notas típicas de la relación laboral establecidas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores , la relación del demandante con la demandada ha de ser calificada de laboral, como lo ha declarado la sentencia recurrida, ya que no cabe entender -por lo expuesto- que la prestación del demandante se limitaba a la realización de sus tareas "sin sujeción ninguna ordenes, instrucciones o directrices de la empresa, ni que efectuara su trabajo con independencia, salvo las limitaciones accesorias, como esta Sala ha exigido cuando ha declarado que existía arrendamiento de servicios y no una relación laboral.

3.- No obsta a la anterior conclusión que de los hechos probados se deduzcan indicios que pudieran incidir en la inexistencia de las notas de dependencia (no sujeción a horario o no imposición de vacaciones) y de ajenidad (encomienda de contratas propias de la actividad de construcción o utilización de medios propios en la realización de la actividad) ya que tales indicios o resultan marginales o deben ceder ante los de mayor fuerza que apuntan, según se ha visto en sentido contrario. A tales efectos resulta destacable la escasísima



cuantía en inversión que el actor ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la principal y entrega al actor (herramienta especializada, vehículos para transporte de piezas importantes, así como el conocimiento de las instalaciones a montar para lo que se forma al actor). También resulta destacable que, en definitiva, el trabajo del actor es exactamente el mismo que realizan otros trabajadores de la empresa con los que ésta mantiene relación laboral. No estamos, por tanto, en el supuesto previsto en el artículo 5 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre de subcontratación en el sector de construcción que regula el régimen de subcontratación en dicho sector y que, en modo alguno, interfiere ni condiciona la aplicación de los artículos 1.1 y 8.1 ET .

Tampoco resulta de aplicación el artículo 11 de la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo , que regula el concepto y ámbito subjetivo del trabajador autónomo económicamente dependiente. El actor no es un trabajador autónomo de este tipo, entre otras razones, porque no ha quedado acreditado que realice una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa; lo que constituye requisito imprescindible para que pueda darse la figura. La constatada existencia de dependencia en el caso examinado excluye que estemos en presencia de un trabajo autónomo. La regulación del trabajo autónomo no ha modificado en modo alguno la delimitación del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, y no ha asimilado los trabajadores "económicamente dependientes" a los trabajadores dependientes. El legislador ha despejado posibles dudas para evitar la asimilación al trabajo asalariado del trabajo autónomo económicamente dependiente, precisamente para evitar que a través de esta figura puedan simularse formas de trabajo auténticamente subordinado; y lo ha hecho determinando negativamente un espacio externo al trabajo no autónomo, de acuerdo con el artículo 1 LETA , que sigue muy directamente los rasgos delimitadores del campo de aplicación del RETA, al definir la figura de trabajador autónomo como "las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena", exigiendo en el caso de los autónomos económicamente dependientes, además, entre otras previsiones, la formalización escrita del contrato, la posibilidad de acuerdos de interés profesional, la regulación de la jornada, de las interrupciones justificadas de actividad profesional y de la extinción contractual.

QUINTO.- Las consideraciones expuestas, oído el Ministerio Fiscal, llevan a la conclusión de que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida, por lo que se impone su confirmación previa desestimación del recurso interpuesto, con la consiguiente imposición de costas a la recurrente, así como la pérdida de depósitos a los que se les dará el destino legal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa **Zardoya** Otis, S.A. representada y asistida por el letrado D. Vicente Fernández Victoria.
- 2.- Confirmar la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 266/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo , en autos nº 788/2012, seguidos a instancias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social contra **Zardoya** Otis, S.A. y D. Jon sobre declaración de relación laboral.
- 3.- Imponer las costas del presente recurso a la recurrente **Zardoya** Otis S.A., decretando la pérdida del depósito para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Dª Rosa Maria Viroles Piñol

Dª Maria Lourdes Arastey Sahun D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego

5

VOTO PARTICULAR

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa Maria Viroles Piñol,

De conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 3595/2015, para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en síntesis, y como se desarrollará, entendiendo que el recurso debió ser desestimado por concurrir una causa de inadmisión por falta de contradicción entre las sentencias comparadas.

La postura que sostengo se fundamenta en mi discrepancia con la solución alcanzada por la Sala en atención a las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- 1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina se reduce a determinar la naturaleza de la relación, laboral o mercantil, existente entre la empresa recurrente y el trabajador demandante.

2. - La sentencia recurrida (STSJ/Galicia 14-septiembre-2015-rollo 2666/2014) contempla el caso de un trabajador que suscribió en 2012 con la empresa un contrato marco de colaboración para la ejecución de obras, como subcontratista, consistentes en el montaje y reparación de aparatos elevadores en las condiciones pactadas. Para la ejecución del contrato la empresa facilitaba al trabajador un manual de instalación y, aunque él ponía parte de las herramientas, le daba instrumentos específicos, como un tractel tiral de 500 kg. eléctrico, un arca de útiles, escalera de mano y elementos de seguridad, facilitándole, igualmente, los elevadores a montar, trabajos cuya ejecución era controlada por un empleado de la empresa. El trabajador no estaba sometido a ningún pacto de exclusividad; sus horarios de trabajo dependían de las horas de apertura de la obra en que se realizaba la instalación, si bien no tenía guardias ni la empresa determinaba las vacaciones; y las tarifas eran idénticas a lo que cobran los trabajadores contratados laboralmente.

El 14 de abril de 2012 la Inspección de Trabajo tras girar visita a la empresa, levantó acta de infracción por falta de alta en el régimen general de la Seguridad Social del actor y otros trabajadores.

3.- La empresa sostiene que la relación no es laboral, sino mercantil, tesis que la Sala rechaza remitiéndose a lo resuelto por la sentencia de 05/12/13 (R. 2142/13), donde se declaró la naturaleza laboral de la relación al apreciar las notas que la caracterizan, esencialmente de ajeneidad en los resultados, dependencia en la prestación de servicios y retribución de los mismos. A tal efecto, destaca lo siguiente: a) los cuatro trabajadores -entre los que se encontraba el actor- no forman una organización empresarial propia, sino que fueron contratados individualmente, dándose de alta en el RETA y emitiendo facturas mensualmente con IVA, siendo la prestación de servicios a tiempo completo para la recurrente, pero aunque así no fuera, la doctrina jurisprudencial, entre otras, STS 23/11/209, admite también la existencia de relación laboral, aun en el caso de la no prestación de servicios a tiempo completo o en régimen de exclusividad; b) por otra parte, los trabajadores no corrían con el riesgo de la operación, al percibir una cantidad fija mensual, siendo la empresa recurrente quien contrataba con los clientes a los que había que instalar ascensores, y eran dichos clientes quienes abonaban a **Zardoya** los trabajos realizados, sin que entre éstos y los clientes existiera ningún tipo de relación; c) los trabajadores debían asistir al lugar de trabajo que les ordenaba la empresa, y la prestación de servicios se efectuaba personalmente, sin que tuvieran personal contratado, y no se realizaban trabajos esporádicamente, sino que la prestación de servicios se ejecutaba con permanencia y habitualidad, sin que conste que hayan realizado otros trabajos para otras empresas, estando adscritos a la organización de la mercantil recurrente, siendo personal de ésta quien controlaba y supervisaba el trabajo realizado por los trabajadores; d) en cuanto a las herramientas empleadas eran propiedad de los trabajadores, si bien la empresa recurrente suministraba los medios más complejos que se precisaban para la realización de los trabajos; e) los trabajadores realizaban el mismo horario que el resto del personal laboral de la empresa recurrente, si bien no hacían guardias, ni la empresa fijaba sus vacaciones, y f) no consta que los trabajadores tuvieran facultades para la aceptación o rechazo de los trabajos encomendados, sino que venían realizando las mismas funciones que el personal laboral de la empresa.

4. Por la empresa **ZARDOYA** OTIS S.A., se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste, a efectos de acreditar la existencia de relación laboral que viabiliza el recurso, conforme al art. 219.1 LRJS se trae por la recurrente la dictada por el TSJ/Murcia de fecha 11-marzo-2013 (rollo 1176/2012). En ella se contempla el caso de quien fue contratado por la misma empresa que el hoy actor mediante contrato de colaboración similar al suscrito por este, subcontratación de la instalación y reparación de elevadores. Consta en ella que, durante la ejecución del contrato, el demandante organizaba su trabajo, según su criterio, así como el tiempo de trabajo y utilizaba su propio vehículo, así como que en ocasiones rechazó la ejecución de algunos trabajos y que en el desempeño de su actividad el material a



emplear en los montajes se lo facilitaba la demandada, cuyas instrucciones de montaje seguía, teniendo su propio Gabinete de Prevención Laboral. El 15-03-2011 fue despedido verbalmente, lo que motivó que presentara demanda por despido que fue desestimada en la instancia, al entender que no había existido despido porque la relación existente entre las partes no era laboral, pronunciamiento que confirmó la sentencia de contraste con base a los hechos declarados probados, principalmente que el actor organizaba su trabajo con "*independencia organizativa, sin sujeción a horario, ni vacaciones predeterminadas por la demandada y sin órdenes de la misma*" que solo supervisaba su trabajo sin que existiera pacto de exclusividad con ella.

5.- Por la parte recurrida se ha alegado la falta de contradicción de las sentencias comparadas en los términos requeridos por el art. 219.1 LRJS, cuestión que debe examinarse y resolverse con preferencia, al tratarse de la concurrencia de un requisito de orden público procesal que condiciona la admisión de un recurso extraordinario que se concede para unificar doctrina en supuestos de sentencias contradictorias dictadas en supuestos de hecho y de derecho sustancialmente iguales, por cuanto si no existe esa identidad sustancial no puede hablarse de soluciones contrapuestas necesitadas de unificación.

6.- Sentado lo anterior, procede estimar que las sentencias comparadas no son contradictorias, – como en supuesto análogo al ahora enjuiciado ya se declaró por esta Sala en STS/IV 11-mayo-2016 (rcud 662/2014) y 1-diciembre-2016 (rcud. 1705/2014) entre otros, porque son diferentes los hechos contemplados por ellas. Es cierto que en los dos casos se trata de personas contratadas por la misma empresa con base a un modelo de contrato mercantil, subcontrata, que parece ser el mismo, pero ahí acaban las similitudes porque la ejecución del contrato, las condiciones en las que se ha desarrollado son diferentes. En efecto, en el caso de la sentencia recurrida resulta que el trabajador prestaba su actividad bajo la dirección y supervisión de un encargado de la empresa, quien no sólo le facilitaba los elementos de las máquinas que debía montar o reparar, sino, también, los instrumentos de trabajo más específicos, como el tractel tiral eléctrico de 500 kg., un arca de útiles, una escalera de mano y un elemento de seguridad llamado línea de vida. Por contra, en el caso de la sentencia de contraste, ni existía compromiso de exclusividad en la prestación de servicios, ni era obligatorio ejecutar todas las obras encomendadas (se rechazó alguna), ni seguir las instrucciones de un superior, pues el subcontratista organizaba su actividad, el tiempo que dedicaba a ella y sus vacaciones, sin que la empresa le facilitase el instrumental necesario al efecto, incluso tenía su propio "*Gabinete de Prevención Laboral*", cual se afirma con valor de hecho probado en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia de contraste.

7.- Las diferencias de hecho apuntadas son relevantes para apreciar si concurren las notas de dependencia y ajenidad que, conforme al art. 1.1 Estatuto de los Trabajadores, son las típicas definitorias de la relación laboral, matiz diferencial que puede justificar la existencia de soluciones distintas, aunque no contrapuestas en los términos que requiere el art. 219.1 LRJS. Existe, además, otra diferencia sustancial: la intervención de la Inspección de Trabajo y de la jurisdicción contencioso administrativa en el caso de la sentencia recurrida y no en la de contraste. En efecto, las actas que levanta la inspección de trabajo gozan, sobre los hechos en ellas recogidos, de la presunción de certeza (*iuris tantum*) que la Ley les otorga y el art. 150-d) LRJS reitera para las afirmaciones fácticas que la autoridad laboral hace en sus demandas. De este elemento probatorio que goza de presunción de veracidad no pudo hacerse uso en el caso de la sentencia de contraste por no existir, lo que ha llevado a unas conclusiones de hecho distintas en el proceso que nos ocupa, al no haberse destruido la presunción dicha por la hoy recurrente. A ello se añade lo resuelto en procedimiento contencioso administrativo seguido que fue resuelto por sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa anterior a la recurrida, por la que se confirmó la procedencia del alta en el Régimen General e indirectamente la calificación de la relación como laboral. Dejando a un lado si esa sentencia produce efectos de cosa juzgada o no en este procedimiento, lo cierto es que su existencia plantea problemas jurídicos que no se suscitaron en el caso de la sentencia recurrida, donde no se produjeron las actuaciones administrativas reseñadas, razón por la que el debate fue distinto en los supuestos contrastados.

8.- La cuestión ahora examinada es idéntica a la que ya fue resuelta por la Sala en sentencias de 11 de mayo de 2016 (rcud. 662/2014) y 1 de diciembre de 2016 (rcud. 1705/2014 y rrcud.476/2014 y 661/2014), en los que aportándose la misma sentencia referencial se apreció falta de contradicción (art. 219 LRJS).

Entiendo que no existe identidad entre las sentencias comparadas para estimar que concurren los requisitos exigidos por el artículo 219 LRJS, y su falta ha de conducir en este momento procesal a la desestimación del recurso.

Y sin que a ello obste cual pueda ser el resultado sobre el fondo, dándose la circunstancia en el presente caso que la desestimación del recurso por falta de contradicción comporta la confirmación de la sentencia recurrida que reconoce la existencia de relación laboral entre las partes. Lo contrario, entiendo -dicho sea con los debidos respetos-, comporta dejar vacío de contenido el art. 219 LRJS.



SEGUNDO.- Es en el sentido expuesto exclusivamente que discrepo de la sentencia, y nada tengo que objetar en cuanto al fondo del asunto al reconocerse que la relación existente entre las partes es laboral.

Madrid, a 24 de enero de 2018

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ