



Roj: **STS 8640/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:8640**

Id Cendoj: **28079140012012100950**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2012**

Nº de Recurso: **536/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Noviembre de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de PELAYO MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 19/ Diciembre/2011 [recurso de Suplicación nº 3889/11], formulado frente a la sentencia de 18/Marzo/2011 del Juzgado de lo Social núm. 35 de los de Madrid [autos 1434/10], seguidos a instancia de D. Mateo contra PELAYO MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA, sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de marzo de 2.011, el Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que apreciando como aprecio la excepción de incompetencia de jurisdicción en la demanda de despido formulada por D. Mateo contra PELAYO MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA, debo declarar y declaro la existencia de una relación mercantil entre las partes y en consecuencia, absolución de la demandada del petitum de la misma, sin perjuicio del derecho del actor a acudir al orden civil a efectos de hacer valer sus derechos."

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- Que el actor D. Mateo viene realizando para la entidad demandada Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, desde 1992 funciones de Perito Tasado en calidad de colaborador o externo.- La citada Entidad asimismo tiene en plantilla peritos tasadores con relación laboral común.- SEGUNDO.- Que el actor el 1.01.95 constituye junto con su esposa Aurora la sociedad Gabinete Pericial Moure & Cuadrado cuyo objeto social es la peritación de siniestros que se les encomiende; al demandante le corresponde la tarea de peritación y tasación y a D^a Aurora la participación económica.- TERCERO.- Constituido dicho Gabinete, el actor respecto a las peritaciones encomendadas por la Mutua facturaba a nombre del mismo.- Examinadas las facturas incorporadas a la prueba documental, se constatan los siguientes importes de facturación (seuo): - Año 2005, 44016,73 E/netos. - Año 2006, 46747,46 E/netos. - Año 2007, 50348,64 E/netos. - Año 2008, 35054,10 E/netos. - Año 2009, 24315,14 E/netos. (Bloque 1 documental actora y doc 12-13 demandada).- Respecto este ejercicio y desde octubre 2009 a octubre 2010, se constata una facturación (seuo) de 31241 E/netos, (doc 14 parte demandada).- Las facturas se emitían mensualmente en función de la peritación de siniestros encomendados al actor por la demandada con el desglose en su caso de fotografías, tasaciones y las infructuosas.- CUARTO.- En un principio el actor acudía diariamente a la sede de la Mutua para recoger las peritaciones que le eran asignadas; tras informatización del sistema, el actor recibía vía correo informático las peritaciones a realizar diariamente indicando el vehículo, clase de siniestro y taller en donde se encontraba y tipo de seguro (terceros, todo riesgo, etc).- No consta que la Mutua entregara al actor medios materiales para el desempeño de sus cometidos, debiendo efectuar sus peritaciones con sus propios medios, si bien en 1993 consta un contrato de préstamo a favor de aquel de un ordenador Toshiba, (doc 5 actora).- QUINTO. - Los procedimientos de



selección del actor para actuar para la demandada, al igual que los peritos externos, no se ajustan al protocolo de selección de los de plantilla, eran contratados por su experiencia profesional.- Si bien se destaca que los protocolos y normas de actuación para las peritaciones son comunes tanto para los peritos externos como para los peritos de plantilla.- (Véase bloque de doc 7 y 8 de la parte actora).- Asimismo los baremos de honorarios por peritaciones estaban fijados por la Mutua.- Se carecía de poder disciplinario por parte de la Mutua en relación al actor y peritos externos.- Junto con la emisión vía informática de la relación de peritaciones, también se constata la emisión al actor por: igual procedimiento de correos informándole sobre las nuevas normativas a efectos de peritaciones.- Se constata desde el año 2009 que por la Mutua se informaba al actor con carácter mensual de su actividad y costes medios, (doc 11 parte actora).- El actor carecía de despacho en la sede de la Mutua ni tenía ubicación física al igual que los peritos externos.- Daba cuenta cuando se encontraba de vacaciones a efectos de no asignación de peritaciones, si bien no consta que estuviera sujeto a previa autorización, (doc 12 parte actora, folios 219 a 221).- Era convocado a reuniones informativas por parte de la Mutua y a instancia de la misma si bien con escasa periodicidad, (doc 13, folios 222-229).- Cada perito externo tenía asignada una zona o ruta establecida por la Mutua, si bien no existía un control horario sobre su actividad, ni forma de llevarla a cabo al margen de las instrucciones indicadas.- Se parecía de poder disciplinario por parte de la Mutua en relación al actor y peritos externos.- SEXTO.- Las retribuciones del actor por medio de la facturación detallada estaban en función de las peritaciones realizadas, sin que se constate una retribución fija o mínima, solo para los de plantilla, (doc 7 demandada).- Carecía de exclusividad para el desempeño de sus cometidos. En este sentido queda acreditado que el actor por medio de la sociedad que constituye, facturaba también en calidad de perito tasador para la sociedad de Seguros Caser. Así en el año 2006 facturó por 40995,42 E; en el año 2007, 62547,44 E; en el año 2008, 66398,89 E; en el año 2009, 60374,17 E; y en el año 2010, 59990,34 E.- Tanto los peritos de plantilla y externos con autorización de Pelayo estaban habilitados para la peritación de vehículos de las sociedades Munat y Azur.- SEPTIMO. - El actor al igual que los otros peritos externos debían informar en caso de rechazo de un peritaje, siendo decisión a tales efectos del Gerente de Peritos.- Por último la Mutua tiene establecido un plan de beneficios sociales para los peritos de plantilla que no se extiende a los externos, (doc 6 parte demandada).- OCTAVO.- El actor remitió el 24.07.29 un burofax al Presidente del Consejo de Administración de Pelayo, en la que solicitaba que fuera dado de alta en la Seguridad Social como trabajador, al realizar las mismas funciones que el resto de peritos "laborales" de Pelayo. A su vez, censuraba la actitud del jefe de peritos de la entidad, que no le mandaba suficiente trabajo, y el que le mandaba estaba muy alejado.- Destacamos dos párrafos del burofax: "La realización de nuestro trabajo, es idéntica al efectuado por los Peritos laborales", motivo por el cual, hemos indicado a nuestros superiores, que regularicen esta situación de forma indicada a los intereses de la empresa.- "A pesar de ello, hemos recibido, no solo una respuesta contraria, sino que nuestros superiores, están reduciendo nuestro trabajo de forma significativa, y en la práctica, no nos encargan peritaciones, con el único objetivo de que dejemos la empresa, y nos olvidemos de reclamar nuestros derechos laborales.-" Esta comunicación fue igualmente remitida por otros peritos externos.- NOVENO.- Con fecha 7.10.10 al actor se le comunica de forma verbal el cese de su actividad para la Mutua en virtud de la importante reducción de la siniestralidad y por ende la caída de asignaciones. A tales efectos el doc 11 de la parte demandada sobre evolución de los costes medios de valoración del actor año 2010.- El día 20.10.10 el actor ante tal comunicación remite un burofax con el siguiente contenido: "Por medio de la presente les requiero para que en el improrrogable plazo de 24 horas, me ratifiquen por escrito y de forma fehaciente la decisión de despedirme, hecho ocurrido durante la conversación mantenida el día 7 de octubre de 2010, con usted y con Don Plácido , y Don Arsenio en la sede de la Mutua Pelayo, sita en la Calle de Santa Engracia de Madrid, y por la cual, me comunicó Don Daniel que la empresa "PRESCINDÍA DE MIS SERVICIOS POR NO LLEVAR LOS COSTES MEDIOS DE LAS PERITACIONES DE FORMA ADECUADA, AL SER MUY ALTOS.-" A su vez, me comunicaron el mismo día 7 de octubre de 2010, que debía terminar las peritaciones que tenía asignadas hasta la fecha, y una vez finalizadas, no debería acudir más al trabajo.- En caso de ratificarse en esta decisión, o no contestar por escrito en el plazo indicado, procederé a ejercer las acciones legales oportunas en defensa de mis intereses, incluida la presentación de una demanda por despido.-" DECIMO.- Que la decisión extintiva reseñada fue efectuada igualmente a otros peritos externos o colaboradores y en razón a las mismas causas; existe al respecto por algunos de ellos procedimientos judiciales abiertos, (doc 9 y 10 demandada).- UNDÉCIMO.- Que se ha intentado la preceptiva conciliación ante el SMAC."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D. Mateo , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 2011 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Mateo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de los de MADRID, de fecha DIECIOCHO DE MARZO DE DOS MIL ONCE en virtud de demanda formulada por D. Mateo contra PELAYO MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA, en reclamación de DESPIDO, debemos anular y anulamos la sentencia de instancia, con reposición de



lo actuado al momento inmediato anterior, a fin de que por el juzgado de instancia se dicte nueva sentencia que entre a resolver sobre el fondo del asunto, al ser competente este orden jurisdiccional para conocer de la demanda formulada en autos".

CUARTO.- Por la representación procesal de PELAYO MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de diciembre de 2010 (Rec. 3769/10).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de noviembre de 2.012, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La STSJ Madrid 19/12/2011 [rec. 3889/11] anuló la decisión pronunciada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 35 en 18/03/2011 [autos 1434/10] y decretó la reposición de actuaciones a momento inmediatamente anterior a la sentencia, para que por el Juzgado se dictase sentencia sobre el fondo del asunto [acción por despido presentada por Perito Tasador], «al ser competente este orden jurisdiccional para conocer la demanda formulada en autos».

2.- Decisión que recurre en unificación de doctrina la demandada «Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija», con denuncia de haber infringido el art. 1.1 ET , en relación con el art. 38 CE y 1.255 CC ; y señalando como contraste la STSJ Cataluña 20/12/2010 [rec. 3769/10] .

3.- El art. 219 LRJS exige -para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y que esa discordancia se manifieste en la parte dispositiva de las sentencias, al contener pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. Exigencia en cuyo alcance hemos precisado -en interpretación del art. 217 LPL aplicable al citado art. 219 LRJS - que se trata de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales y que la exigible identidad ha de establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate se haya planteado en Suplicación [entre las últimas, SSTS 08/05/12 -rcud 2404/11 - ; 25/09/12 -rcud 4403/11 - ; y 27/09/12 -rcud 3919/11 -], de forma que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes, en tanto que la igualdad requerible ha de producirse en el debate jurídico [así, entre tantas precedentes, SSTS 12/07/12 -rcud 2344/11 - ; 25/09/12 -rcud 4403/11 - ; 27/09/12 -rcud 3919/11 -].

4.- Los datos de hecho que configuran la litis en la sentencia recurrida son los que siguen: 1º) el demandante viene realizando para la entidad demandada -desde 1992- funciones de Perito Tasador en calidad de colaborador o externo; 2º) los procedimientos de selección de los Peritos Externos no se ajustan a los protocolos de los Peritos de plantilla, sino que son contratados por su experiencia, si bien las normas de actuación y protocolo son -para unos y otros- las mismas; 3º) al principio el actor acudía diariamente a la sede de la Mutua para recoger las peritaciones que le eran asignadas pero tras la informatización del sistema, el demandante recibía vía correo informático las peritaciones a realizar diariamente, así como de las nuevas normativas a efectos de peritaciones; 4º) carecía despacho o ubicación física en la Mutua, aunque tenía una zona o ruta asignada, pero estaba exento de todo control horario o forma de llevar a cabo su actividad, fuera de instrucciones que le eran dadas en reuniones informativas a que le se le convocaba con escasa periodicidad; 5º) no consta que la Mutua entregara al actor medios materiales para el desempeño de sus cometidos, debiendo efectuar sus peritaciones con sus propios instrumentos; 6º) no estaba sujeto a poder disciplinario, tampoco tenía exclusividad para el desempeño de sus cometidos y en 1995 constituyó junto con su esposa una sociedad, cuyo objeto social es la peritación de siniestros que se les encomendasen, utilizando su propia organización empresarial; 7º) el actor era convocado a reuniones informativas por parte de la Mutua, si bien con escasa periodicidad; h) daba cuenta cuando se encontraba de vacaciones a efectos de no asignación de peritaciones, si bien no consta que estuviera sujeto a previa autorización; 8º) por la peritaciones efectuadas, la Mutua emitía mensualmente facturas a nombre de la sociedad constituida por el actor, con arreglo a honorarios cuyo baremo fijados por la Mutua y sin retribución mínima, sólo existente para los Peritos de plantilla; y 9º) el actor, al igual que los otros peritos externos, debía informar en caso de rechazo de un peritaje, siendo decisión a tales efectos del Gerente de Peritos.

5.- Por su parte, la decisión referencial contempla el supuesto caracterizado por los siguientes datos: 1º) el actor ejercía la profesión de Perito Tasador de Seguros en su domicilio particular, estaba dado de alta en licencia fiscal y en el RETA con anterioridad a Junio/00; 2º) en tal fecha -Junio/00- inició prestación de servicios



como Perito Tasador para la empresa aseguradora recurrente mediante contrato escrito de arrendamiento de servicios, en régimen de no exclusividad; 3º) la empresa retribuía al demandante por cada acto de peritación o informe realizado, mediante el pago de una cantidad diferente en cada intervención, y contra facturas emitidas por el tasador reclamante en la que se desglosaban honorarios, se cargaba el IVA y se aplicaba la retención correspondiente por IRPF; 4º) el actor utilizaba medios materiales de su propiedad para la realización de los peritajes encargados por la empresa; 5º) la empresa remitía telemáticamente las peritaciones a realizar y por el mismo cauce devolvía el Perito el encargo una vez efectuado, sin que debiera acudir a los locales de la empresa; 6º) el demandante recibía comunicados y circulares de la aseguradora, que eran meras instrucciones, no órdenes de cómo actuar; 7º) la empresa requería al actor las fechas en que tenía intención de disfrutar de sus vacaciones para coordinarlas entre los diversos Peritos Tasadores externos, sin imponer fecha de su disfrute; 7º) el actor ha venido desarrollando también funciones como Perito Tasador para otra aseguradora desde el año 2002 y para una tercera desde el año 2008.

6.- La comparación entre los supuestos sometidos a contraste evidencia que se trata de situaciones prácticamente idénticas y que las diferencias existentes entre ellas son simplemente de detalle, cuales son -como atinadamente observa el Ministerio Fiscal- que en la decisión de contraste el actor había suscrito contrato de arrendamiento de servicios y se hallaba dado de alta en Licencia Fiscal y en el RETA, así como que en las facturas se descontaban el IVA y el IRPF, extremos que no constan en el relato fáctico del caso de autos, aunque tampoco es descartable que tales divergencias -insustanciales- obedezcan a mera redacción de los respectivos hechos declarados probados [como efectivamente pone de manifiesto un examen complementario de las actuaciones]. Con lo que ha de entenderse concurrente la exigible contradicción, tal como legal y jurisprudencialmente se halla configurada.

SEGUNDO.- 1.- Desde siempre ha mantenido esta Sala que es imposible desconocer que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga [ejecución de obra; arrendamiento de servicios; comisión; relación asociativa, etc.], regulados por la legislación civil, o mercantil en su caso, no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. En igual forma que el casuismo de la materia, obliga a atender a las específicas circunstancias de cada caso concreto, porque cuando se trata de calificar la relación jurídica que haya vinculado a las partes litigantes, para decidir si en ella concurren las notas definitorias de la laboral, previstas en el art. 1 ET, es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso con el 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 [SSTS 27/05/92 -rcud 1421/91 -; 06/03/02 -rcud 1367/01 -; 28/10/04 -rcud 5529/03 -; 20/03/07 -rcud 747/06 -; y 31/01/08 -rcud 3363/06 -], porque es un lugar común en las resoluciones judiciales que versan sobre la calificación del contrato en virtud del cual se prestan unos servicios, que con el mismo contenido, pueden derivarse de un contrato de trabajo o de un arrendamiento de servicios del art. 1544 CC, de forma que la «diferencia ha de encontrarse en las circunstancias concurrentes, en la relación que une a las partes y en el desarrollo y contenido de la relación, siendo indiferente la denominación que los interesados hubieren dado a su contrato» (SSTS 17/06/10 -rcud 3847/09 -; y 03/05/11 -rcud 2228/10 -).

Y ello es así, porque la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato del arrendamiento de servicios regulado en el CC 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» [STS 07/06/86 Ar. 3487]. A lo que se añade que «[e]n 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» (así, la STS 09/12/04 -rcud 5319/03 -, que inicia la doctrina y que ha sido reproducida últimamente en las de sentencias de 15/05/09 -rcud 3704/07 -; 23/11/09 -rcud 170/09 -; 20/07/10 -rcud 3344/09 -; y 29/11/10 -rcud 253/10 -).

2.- Asimismo hemos afirmado que aunque el art. 1.1 ET «no contiene una definición del contrato de trabajo, sí establece las notas generales características que ha de reunir para poder ser acreedor de tal denominación y distanciarse de otras instituciones o figuras jurídicas próximas» (STS 11/03/05 -rec. 2109/04 -) y que la dependencia -entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa-, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contratos (recientes, SSTS 03/05/05 -rec. 2606/04 -; 11/03/05 -rec. 2109/04 -; 27/11/08 -rcud 3599/06 -; 18/03/09 -rcud 1709/07 -; y 09/07/12 -rcud 2859/11 -), siendo la proyección acumulada de indicios de una y otra sobre la relación concreta



que se analiza la que permite la calificación, según técnica utilizada por la Sala en múltiples supuestos (así, por ejemplo, SSTS 29/12/99 -rcud 1093/99 -; 16/07/10 -rcud 3391/09 -; 19/07/10 -rcud 2233/09 -; y 19/07/10 -rcud 2830/09 -), porque 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, que son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales (nuevamente, STS 09/12/04 -rcud 5319/03 - ... 15/05/09 -rcud 3704/07-; 23/11/09 -rcud 170/09-; 20/07/10 -rcud 3344/09-; y 29/11/10 -rcud 253/10-. Y las muchas que en ellas se citan).

3.- En todo caso es obligado poner de manifiesto el significado de aquellas notas esenciales del contrato de trabajo, recordando -con reiteración de lo indicado en el anterior apartado- que la dependencia ha de ser entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa (así, SSTS 29/12/99 -rcud 1093/99 -; 16/07/10 -rcud 3391/09 -; 19/07/10 -rcud 2233/09 -; y 19/07/10 -rcud 2830/09 -) y que la ajenidad consiste en la cesión anticipada de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador (así, SSTS 20/10/90 -rec. 57/90 -; 29/01/91 -rec. 802/90 -; 16/03/92 -rec. 1105/91 -; ... 17/11/04 -rec. 6006/03 -; y 11/03/05 -rec. 2109/04 -), que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios (STS 12/02/08 -rcud 5018/05 -; 16/07/10 -rcud 3391/09 -; 19/07/10 -rcud 2233/09 -; y 19/07/10 -rcud 2830/09 -). Y también hemos afirmado que tanto la dependencia como la ajenidad se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, de ahí que frecuentemente se recurra para su identificación a hechos indiciarios de ellas, que son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales (SSTS 09/12/04 -rcud 5319/03 - ... 12/02/08 -rcud 5018/05 -; 22/07/08 -rcud 3334/07 -; 27/11/08 -rcud 3599/06 -; y 18/03/09 -rcud 1709/07 -).

4.- Finalmente 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 (SSTS 09/12/04 -rcud 5319/03 - ... 27/11/08 - rcud 3599/06 - ... 23/11/09 -rcud 170/09 -; 20/07/10 -rcud 3344/09 -; 29/11/10 -rcud 253/10 - . Y las muchas precedentes que en ellas se citan).

TERCERO.- 1.- Tratándose -ya concretamente- de la actividad objeto de enjuiciamiento, nuestra doctrina es expresiva de que el trabajo de valoración de daños de los Peritos Tasadores de seguros puede realizarse tanto en régimen laboral [contrato de trabajo] como en régimen de ejercicio libre de la profesión [arrendamiento de servicios]; o lo que es lo mismo, desde la perspectiva de las compañías aseguradoras, la tasación pericial de daños puede llevarse a cabo como recursos personales propios, o mediante encargo a peritos colaboradores externos o a sociedades de peritación. Y que la elección entre una y otra posibilidad corresponde, como es obvio, a las compañías y a los peritos tasadores [en uso de la libertad de empresa y de la libertad profesional, respectivamente], los cuales, de común acuerdo, pueden dar a la relación de servicios la configuración que tengan por conveniente. La línea divisoria entre una y otra opción está en lo que la jurisprudencia llamó «integración en el círculo rector y disciplinario del empresario», concepto que en la legislación vigente se formula como «servicios ... dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica» [art. 1.1 ET], y que la doctrina científica denomina nota o criterio de «dependencia». Si los servicios del Perito Tasador de seguros se prestan en régimen de dependencia nos encontraremos, al margen del «nomen iuris» elegido por las partes, ante un contrato de trabajo; si se realiza en régimen de autonomía, fuera del círculo rector o ámbito de dirección de la compañía aseguradora, nos encontraremos, al margen también de la calificación asignada por los contratantes, ante un contrato de arrendamiento de servicios (SSTS 08/10/92 -rcud 2754/91 -; 10/07/00 -rcud 4121/99 -; 14/03/05 -rec. 2208/04 -; 06/10/05 -rec. 2224/04 -; y 17/05/12 -rcud 871/11 -).



2.- Aplicada tal doctrina al supuesto objeto de debate, el criterio de este Tribunal diverge de la Sala de Suplicación, siendo así que si bien existen innegables indicios que nos sitúan en el marco de la relación laboral [la programación del trabajo correspondía a la aseguradora demandada, que asignaba la zona de actuación y le enviaba telemáticamente los encargos y peritaciones; el trabajador realizaba directa y personalmente las peritaciones; la prestación de servicios era habitual, siéndole señalados de forma diaria por correo electrónico; en su actividad debía seguir las indicaciones que la empresa le daba, siendo al efecto también convocado a reuniones informativas; y la posible pretensión de rechazar un peritaje era decidida por el Gerente de Peritos], sin embargo concurren otras circunstancias que con mayor fuerza apuntan a la inexistencia de vínculo de trabajo: a) la falta de exclusividad, con trabajo -sustancialmente mayor- para otras compañías; b) la inexistencia de horario y de vigilancia o dirección directa de la demanda, así como de control del resultado de la actividad por personal de la empresa; c) la falta de retribución mínima y la facturación a la sociedad constituida junto con su esposa; d) la aportación personal de todos los medios materiales necesarios para su actividad; e) la libre fijación de sus vacaciones, cuya fecha únicamente comunicaba a los efectos de que no se le asignasen peritaciones; y f) el no sometimiento -sobre ello no consta el menor dato indiciario- del Perito a supervisión, control o poder disciplinario algunos. Datos todo ellos que nos llevan a excluir que en el presente supuesto concurren la esencial nota de la dependencia [inclusión en «círculo rector y disciplinario» de la empresa], aún entendida con la flexibilidad que hemos referido más arriba, y la de ajenidad en los medios de producción.

3.- Ciertamente que el supuesto objeto de debate en estas actuaciones guarda indudable similitud con el examinado en la STS 17/05/12 [rcud 871/11], en el que afirmamos la existencia de relación laboral entre el perito tasador y la Compañía aseguradora demandada, pero ello no significa que con la presente decisión rectifiquemos nuestra doctrina, pues en una materia de tan dificultosa calificación como la presente -indudable «zona gris» de laboralidad-, algunas diferencias pueden implicar una decisiva trascendencia en orden a la consideración del vínculo jurídico entre las partes -contrato de trabajo; arrendamiento de servicios-, y en el caso actual median dos circunstancias ausentes en el precedente y que -en esta materia límite- comportan alcance decisorio: a) el demandante de autos empleaba medios propios para desarrollar su trabajo [en el precedente eran de la empresa: «el perito tasador no utilizaba en su trabajo ningún medio de producción propio sino los de la empresa aseguradora»: fundamento segundo]; y b) en el caso presente, la destinataria de las tasaciones y de la correlativa contraprestación económica era una sociedad de la que el Perito tasador era miembro [dato también ausente en nuestra citada sentencia de 17/05/12]. Diferencias que justifican -entendemos- diversa solución en el marco de una misma e inmodificada doctrina.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Con devolución del depósito y devolución -o cancelación- para la consignación -o aseguramiento- [art. 228.3 LRJS] y sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de «PELAYO MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA» y revocamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 19/12/2011 [recurso de Suplicación nº 3889/11], que a su vez había revocado la resolución - declaratoria de incompetencia de jurisdicción- que en 18/03/2011 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 35 de los de Madrid [autos 1434/10] a instancia de Don Mateo , declarando esta última firme.

Se acuerda la devolución del depósito constituido y de la consignación efectuada o cancelación de su aseguramiento, sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.